



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Percorso Europeo e Transnazionale

Tesi di Laurea

**REGOLAMENTO EUROPEO 1346/2000:
PROFILI DI GIURISDIZIONE**

RELATORE:

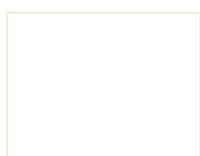
Dott.ssa Laura Baccaglini

LAUREANDA:

Elena Piccinni

PAROLE CHIAVE: procedure concorsuali, giurisdizione, COMI, dipendenza, insolvenza nell'Unione Europea.

Anno Accademico 2010-2011



INDICE

INTRODUZIONE	1
--------------	---

CAPITOLO PRIMO

IL REGOLAMENTO 1346/2000: CENNI STORICI E STRUTTURALI

1. <i>La nozione di insolvenza transfrontaliera in base al Reg. 1346/00</i>	5
2. <i>Cenni alla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera propria di alcuni Stati europei</i>	10
3. <i>Evoluzione dello spazio giuridico europeo e Reg. 1346/00</i>	19
4. <i>Modelli di riferimento: la cd. universalità e territorialità del fallimento</i>	24
5. <i>La scelta del legislatore comunitario e il modello dell'universalità limitata</i>	27
6. <i>La Model Law on Cross- Border Insolvency</i>	33
7. <i>L'influenza del Reg. 1346/00 nell'ordinamento italiano</i>	39
8. <i>Ambito di applicazione del Reg. 1346/00</i>	48

CAPITOLO SECONDO

I CRITERI DI GIURISDIZIONE NEL REGOLAMENTO 1346/2000: LA NOZIONE DI COMI E QUELLA DI DIPENDENZA NELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

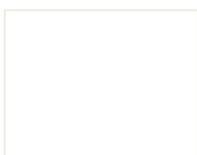
1. <i>La nozione di procedura principale, secondarie e autonoma</i>	57
1.1 <i>(segue). I profili caratterizzanti le singole procedure</i>	58
1.2 <i>Considerazioni generali</i>	68
2. <i>Il centro degli interessi principali del debitore</i>	70
2.1 <i>(segue). COMI del debitore persona fisica</i>	80
2.2 <i>(segue). COMI delle persone giuridiche e delle società</i>	85

2.3 (segue). Difficoltà applicative del criterio di COMI in caso di gruppi di imprese	95
3. La nozione di dipendenza	104
4. Coordinamento delle procedure aperte in base al modello dell'universalità limitata	109

CAPITOLO TERZO

PROFILI DINAMICI RELATIVI ALLA GIURISDIZIONE

Premessa	115
1. Forum shopping e libertà di stabilimento	116
2. Trasferimento all'estero del COMI e perpetuatio jurisdictionis	126
3. Conflitti di giurisdizione	130
3.1 (segue). Conflitti positivi	131
3.2 (segue). Conflitti negativi	136
4. La litispendenza nel Reg. 1346/2000	138
5. Giurisdizione e azione revocatoria	145
CONCLUSIONI	149
BIBLIOGRAFIA	157



INTRODUZIONE

Il presente lavoro di ricerca ha ad oggetto i profili di giurisdizione così come delineati nel Regolamento comunitario n. 1346/2000 sull'insolvenza.

In particolare, si intendono analizzare, sia dal punto di vista sostanziale che processuale, i criteri introdotti dal legislatore comunitario per l'individuazione dello Stato giurisdizionalmente competente all'apertura della procedura concorsuale, qualora l'attività del debitore fallendo si sia svolta in più ordinamenti appartenenti allo spazio giuridico europeo.

La trattazione viene articolata in tre parti.

La prima sezione è dedicata agli aspetti nozionistici, ed in particolare dalla contestualizzazione storica del Regolamento CE in esame fino all'individuazione del suo campo di applicazione in termini spazio-temporali in quanto operazione necessaria ad una preliminare analisi degli aspetti più squisitamente tecnico-giuridici.

Il primo concetto esaminato è quello di "insolvenza transfrontaliera" la cui determinazione consente di circoscrivere esattamente l'oggetto del Reg. 1346/00. Quindi si procede nell'analisi delle soluzioni normative adottate prima dell'entrata in vigore della regolamentazione comunitaria, sia nell'ambito dei singoli Stati, con particolare attenzione alle scelte operate dal legislatore e dalla giurisprudenza in Svizzera, in Germania, in Francia, in Spagna, nel Regno Unito e in Italia, nonché in sede di accordi bi- e plurilaterali tra Stati diversi, fino ai più recenti Progetti di Convenzione del 1990 e del 1995, i cui contributi nell'elaborazione del Reg. 1346/00 sono stati tutt'altro che marginali.

La questione della giurisdizione in caso di procedure di insolvenza con elementi di estraneità potrebbe, in astratto, essere risolta secondo l'adesione a due diversi modelli: il primo è il cosiddetto modello universale, in base al quale la dichiarazione di fallimento implica il coinvolgimento di tutti i beni del debitore ovunque localizzati ai fini della soddisfazione di tutti i creditori concorrenti, indipendentemente dalla loro nazionalità o domicilio. Il secondo è indicato quale modello territoriale, in base al quale la sentenza dichiarativa di fallimento produce effetti esclusivamente entro i confini del territorio nazionale.

Tuttavia, né l'una né l'altra soluzione sono state integralmente recepite dal Reg. 1346/00, che sull'esempio della *Model Law on Cross-Border Insolvency* ha adottato un modello intermedio cosiddetto dell'"universalità limitata", secondo il quale assieme all'apertura di una procedura principale è possibile procedere all'apertura di una o più procedure secondarie.

In conseguenza dell'adozione di tale modello, i criteri di giurisdizione individuati dal legislatore comunitario sono due, rispettivamente riconducibili al cosiddetto COMI, il "centro degli interessi principali del debitore", e alla cosiddetta "dipendenza": la ricorrenza del primo legittima l'apertura della procedura principale, la seconda è presupposto per l'apertura della procedura secondaria. Nel prosieguo della trattazione, ci si occuperà proprio dell'analisi sostanziale dei due criteri di giurisdizione. Il legislatore comunitario, infatti, non si è preoccupato di procedere ad una definizione puntuale dei caratteri distintivi delle due nozioni, dalla quale individuare univocamente lo Stato membro competente, e ha lasciato così ampi margini discrezionali alle Corti nazionali.

Si procederà ad una ricostruzione della nozione di COMI, distinguendo le ipotesi in cui il debitore sia una persona fisica, imprenditore e non imprenditore, da quelle in cui il debitore sia una persona giuridica, e infine da quelle in cui la società fallenda si trovi controllata da un gruppo multinazionale.

Si procede nell'analisi del concetto di "dipendenza" finalizzata ad una possibile ricostruzione univoca elaborando le soluzioni adottate in sede giurisprudenziale e le posizioni avallate dalla dottrina.

A conclusione, si individueranno le modalità di coordinamento delle varie procedure in base alle previsioni del Regolamento.

L'ultima parte del lavoro è dedicata alla trattazione degli aspetti processuali inerenti i profili di giurisdizione: sono i cosiddetti aspetti "dinamici".

In questa sede, si analizzerà il fenomeno conosciuto come *forum shopping*, ossia il trasferimento del COMI precedentemente la dichiarazione di fallimento finalizzata alla ricerca dell'ordinamento giuridico con la normativa interna più favorevole alla propria situazione imprenditoriale. Si ricercherà nelle soluzioni adottate dalla giurisprudenza, una soluzione che valorizzi il coordinamento del *Considerando* 4 al Reg. comunitario con gli artt. 43 e 48 del Trattato CE, volti a

tutelare comunque la libertà di stabilimento¹.

Verrà poi dedicata attenzione al fenomeno del trasferimento del COMI successivamente alla dichiarazione di fallimento o immediatamente prima e alle situazioni di conflitto di giurisdizione, sia positivo sia negativo, derivanti dalla mancanza di precisi criteri attributivi della potestà giurisdizionale in materia di insolvenza transfrontaliera. Nelle ipotesi di conflitto positivo, la ricerca è volta anche alla formulazione di una possibile disciplina dell'istituto della litispendenza, non espressamente considerata nel Reg. 1346/00.

A conclusione della presente ricerca si cercherà di dare una complessiva lettura del Reg. 1346/00, soffermando l'attenzione sulle questioni per le quali sarebbe auspicabile un intervento del legislatore comunitario.

¹ Il *Considerando* 4 al Reg. 1346/00 recita: "È 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»)". Il testo del Reg. 1346/00 è integralmente consultabile al sito internet <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>.

CAPITOLO PRIMO

REGOLAMENTO 1346/2000: CENNI STORICI E STRUTTURALI

1. *La nozione di insolvenza transfrontaliera in base al Reg. 1346/00*

Il fenomeno oggetto della presente trattazione, riconducibile alla cosiddetta insolvenza transfrontaliera è a tal punto denso di problematiche afferenti ai più eterogenei settori del diritto, da rendere necessario fin dall'inizio circoscriverne compiutamente la definizione.

Infatti, i problemi legati alla disciplina fallimentare sul piano del diritto interno, nel caso di imprese operanti anche fuori dai confini nazionali, si complicano ancora di più in ragione degli elementi di transnazionalità².

In generale, le leggi fallimentari sono contraddistinte da un carattere universalistico e da un principio di unità, per cui vengono di prassi privilegiate le cosiddette soluzioni collettive della crisi di impresa: con la dichiarazione di fallimento opera un vincolo espropriativo che colpisce l'intero patrimonio del debitore (c.d. universalità oggettiva) sul quale i creditori potranno soddisfare le proprie pretese solo insinuando il credito al passivo (c.d. universalità soggettiva)³.

Nel caso in cui l'impresa operi in più ordinamenti, si genera uno scontro tra le istanze universalistiche delle differenti normative nazionali.

Il Reg. 1346/00 sull'insolvenza transfrontaliera, entrato in vigore il 31 maggio 2002, segna il punto di arrivo di una lunga storia di tentativi volti a disciplinare la fattispecie sopra tratteggiata quando l'impresa insolvente abbia operato in Stati

² QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, Torino, 2007, 3.

³ BONFANTI, CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2009, 1.

comunitari⁴.

Tale Regolamento si inserisce nel noto processo di comunitarizzazione del diritto internazionale privato e processuale, in quanto adottato ai sensi degli artt. 61 lett. c) e 65 del nuovo titolo IV del Trattato CE intitolato “ Visti, asilo, immigrazioni e altre politiche connesse alla libera circolazione delle persone”, in tema di cooperazione giudiziaria civile e mira a disciplinare i rapporti intracomunitari, dettando norme uniformi e direttamente applicabili in tutti gli Stati membri⁵.

Nonostante una base normativa comune a livello europeo, già è necessario notare preliminarmente che tale *corpus* nulla dice in relazione al significato da attribuire a ciò che i vari ordinamenti riconducono al fenomeno “insolvenza” ovvero “procedura di insolvenza” transfrontaliera. La questione è di importanza centrale dal momento che attorno a tale nozione viene a delinearsi il campo di applicazione della normativa comunitaria⁶.

⁴ PUNZI, *Le procedure d'insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2003, 997; DANIELE, *il regolamento n.1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza: spunti critici*, in *Dir. Fall.*, 2004, 593; CORNO, *La disciplina comunitaria dell'insolvenza*, in *Dir. Fall.*, 2002, 272; DANIELE, *legge applicabile e diritto uniforme nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Riv. Dir. Internaz. Privato e proc.*, 2002, 33; PAPPALARDO REALE, *Il regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza transfrontaliere*, in *Dir. Fall.*, 2004, 1095; BATTAGLIA, *Brevi note sul regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Dir. Fall.*, 2002, 22; LASCARO, *Brevi considerazioni sul regolamento C.E. n. 1346/2000 in tema di insolvenza transfrontaliera*, in *Dir. Fall.*, 2004, 1324; FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2001, 677; STARACE, *La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 2002, 295; DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, in *Fallimento*, 2002, 693; DE CESARI, *Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Riv. Dir. internaz. privato e proc.*, 2003, 55; CARBONE, *Il regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, in *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, 2004, 87; BONFANTI, *Le procedure concorsuali internazionali tra il Regolamento 1346/2000 e la disciplina italiana di diritto internazionale privato*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2003, 407; TEDESCHI, *Procedura principale e procedure secondarie nel regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Dir. Fall.*, 2003, 540; CAVALAGLIO, *Spunti in tema di regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza e di riforma urgente della legge fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 2003, 580.

⁵ DE CESARI, *Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, op. cit. 55; STARACE, *La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenza straniere*, op. cit., 295; BATTAGLIA, *Brevi note sul regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, op. cit., 22.

⁶ Il Considerando 2 del Reg. 1346/00 recita: “per il buon funzionamento del mercato interno è necessario che le procedure di insolvenza transfrontaliera siano efficienti ed efficaci”; il Considerando 3: “Le attività delle imprese presentano in maniera crescente implicazioni

La *ratio* di una siffatta scelta legislativa sicuramente è quella di evitare che gli Stati membri, alla luce delle singole normative interne, offrano interpretazioni differenti e contrastanti. Dichiaratamente, dunque, il Regolamento non introduce presupposti soggettivi e oggettivi uniformi per la dichiarazione di fallimento, i quali rimangono così disciplinati dalla *lex fori*.

Infatti l'art. 1 si limita ad affermare che: “ *Il presente regolamento si applica alle procedure fondate sull'insolvenza del debitore che comportano lo spossessamento parziale o totale del debitore stesso e la designazione di un curatore*” mentre l'art. 2 lett. a) fornisce l'elenco delle procedure previste dalle normative vigenti negli Stati membri, meglio dettagliato nell'Allegato A, cui è applicabile la normativa comunitaria⁷.

In base all'analisi dei contenuti degli articoli richiamati, *ictu oculi*, sembrerebbe essere superflua la previsione di cui all'art. 1 citato, in quanto il solo richiamo del successivo art. 2 lett. a) all'Allegato A parrebbe sufficiente ad individuare le procedure concorsuali passibili di applicazione della disciplina comunitaria.

Ci si chiede, dunque, quale sia l'utilità della indicazione di un campo di applicazione normativo generale come stabilito dall'art. 1 citato, posto che la suddetta generalità viene invece di fatto limitata dal richiamo a precise modalità di risoluzione delle situazioni di insolvenza indicate nell'Allegato A, che sembra risolvere *de plano* ogni interpretazione.

Alla *queastio* relativa agli aspetti nozionistici dell'insolvenza si può rispondere sostenendo che l'art. 1 fungerebbe da guida *pro futuro*, alla quale gli Stati membri sarebbero chiamati ad attenersi ove si trovassero nella necessità di individuare ulteriori specifiche procedure da aggiungere alla lista: *ergo* nell'Allegato A potranno essere inserite solamente quelle procedure concorsuali nazionali che presentino i caratteri di cui all'art.1⁸.

transfrontaliere e dipendono pertanto sempre più da norme di diritto comunitario”; il Considerando 8: “*Allo scopo di migliorare l'efficacia e l'efficienza delle procedure di insolvenza che presentano implicazioni transfrontaliere*”; VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale: storia del problema - in Germania, Italia e nei progetti di convenzioni internazionali*, Milano, 2006, 1; VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, Milano, 2006, 184.

⁷ Art. 1 e art. 2 Reg. 1346/00.

⁸ DE CESARI, MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2009, 63; PUNZI, *Le procedure d'insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, op. cit. 997; FUMAGALLI, *Il Regolamento comunitario*

Fin qui ciò dice il Regolamento circa l'insolvenza.

Quanto invece al carattere transnazionale della procedura concorsuale si riscontrano almeno due problematiche interpretative: la prima riguarda il fatto che, all'interno del Regolamento, manca ogni indicazione dei presupposti che attribuiscono con sicurezza il carattere transfrontaliero alle specifiche situazioni di insolvenza; la seconda concerne la difficoltà di individuare il momento in cui il carattere transfrontaliero debba essere accertato e dichiarato dal giudice o dall'autorità competente, in particolare se ciò debba avvenire *ab origine* ovvero possa essere riconosciuto anche in un secondo momento senza nulla togliere alla validità della procedura in corso⁹.

Quanto alla prima questione, occorre esaminare in maniera sistematica la disciplina contenuta nel Regolamento; il punto di partenza è costituito dal *Considerando 3* del Reg. 1346/00 che prende atto delle crescenti implicazioni transfrontaliere delle attività di impresa, fenomeno questo richiamato dai successivi *Considerando* in riferimento sia a situazioni in cui i beni del debitore o i suoi creditori siano ubicati in Stati membri diversi sia a quelle in cui la sede principale del debitore si trovi in uno Stato membro e le dipendenze in uno o più Paesi diversi.

Se è pacifico il fatto che si possa parlare di insolvenza transfrontaliera qualora un debitore con il proprio patrimonio entra in contatto con diversi ordinamenti giuridici, controverso è in che misura ciò debba accadere. Esemplificando, ci si chiede se sia sufficiente ai fini del rispetto del requisito della transnazionalità il fatto che un debitore italiano posseda un bene immobile in Germania ovvero uno solo dei suoi creditori abbia la cittadinanza o la residenza in diverso Stato membro¹⁰.

E ancora, *quid iuris* nel caso in cui il debitore abbia semplicemente posto in

sulle procedure di insolvenza, op. cit. 677; CARBONE, *Il Regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, op. cit. 87; DE SANTIS, *La normativa comunitaria relativa alle procedure di insolvenza transfrontaliera e il diritto processuale interno: dialoghi tra formanti*, in *Dir. Fall.*, 2004, 91.

⁹ VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 184.

¹⁰ VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale: storia del problema – in Germania, in Italia e nei progetti di Convenzione internazionale*, cit., 1; VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 194; DE CESARI, MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana*, cit., 97.

essere atti, negozi o perfezionato rapporti giuridici sottoposti alla legge di uno Stato membro diverso da quello in cui si è aperta la procedura concorsuale?

Benché esplicitamente il Regolamento nulla dica al riguardo, i suddetti dubbi interpretativi possono essere superati con una lettura sistematica della normativa comunitaria; in particolare, è necessario il richiamo ai principi generali del buon funzionamento del mercato interno, sancito ai *Considerando* 2 e 4, e della certezza dei rapporti giuridici. È allora alla luce di detti richiami che si può riconoscere anche nella menzionata casistica il carattere transfrontaliero dell'insolvenza¹¹.

Rimane ora da esaminare il secondo problema, relativo alla difficoltà di identificare *ab origine* la sussistenza o meno, nel caso di specie, del relativo carattere transfrontaliero. Esemplificando si dia il caso in cui si apra una procedura concorsuale nazionale e solo in un secondo momento ci si renda conto dell'esistenza di collegamenti con altri ordinamenti giuridici.

Qualora l'esito della valutazione giurisdizionale della questione fosse negativo, il Regolamento non entrerebbe in gioco, mentre se fosse positivo il giudice dovrebbe ulteriormente decidere in merito alla propria competenza giurisdizionale in base alle regole dettate dalla normativa comunitaria.

Ci si chiede però come sia possibile che il giudice già all'inizio dell'attività istruttoria conosca di tutti gli aspetti fattuali inerenti la fattispecie concreta, posto che ad esempio non è raro il fatto che la presenza di eventuali creditori esteri venga constatata solo a seguito dell'accertamento dello stato passivo ovvero a procedura completata¹².

Pertanto, dalla complessità delle situazioni più sopra prospettate, nonché con richiamo alla *ratio legis* del Regolamento stesso, non si può che avallare quella parte della dottrina che nega la necessità del riconoscimento del carattere transfrontaliero della procedura fin dalle prime fasi istruttorie del processo¹³.

¹¹ VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale: storia di un problema – in Germania, in Italia e nei progetti di Convenzione internazionale*, cit., 1; DE CESARI, MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana*, cit., 97.

¹² DE CESARI, MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana*, cit., 97.

¹³ DE CESARI, MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana*, cit., 97; VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 184.

In sintesi: di fallimento transfrontaliero si può parlare quando ci si trova dinnanzi ad una procedura che presenti i caratteri generali di cui all'art. 1 del Regolamento ovvero sia elencata nell'Allegato A dello stesso, le cui vicende giuridiche (beni, creditori, contratti stipulati, etc.) oltrepassino i confini nazionali per produrre effetti in diversi ordinamenti appartenenti allo spazio giuridico europeo riconoscibile in qualsiasi momento processuale senza invalidazione degli esiti raggiunti.

2. Cenni alla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera propria di alcuni Stati europei

Lo sviluppo della commercializzazione, dovuto alla liberalizzazione e alla globalizzazione dei mercati, ha comportato l'espansione delle attività imprenditoriali oltre i confini statali e conseguentemente una maggiore circolazione di merci e spostamento di beni all'estero¹⁴.

Tutto ciò ha comportato problemi di diversa natura, tra cui quello inerente la disciplina giuridica applicabile ai beni merce, alla gestione delle sedi secondarie istituite all'estero, nonché ai rapporti ivi posti in essere dall'imprenditore, quando si determina una crisi di impresa e questa debba essere sottoposta ad una procedura di insolvenza¹⁵.

A livello nazionale i diversi ordinamenti statali suggeriscono soluzioni a tutt'oggi ancora tra loro molto eterogenee, volte all'esatta circoscrizione di quei criteri che consentano di individuare il titolare della potestà giurisdizionale alla

¹⁴ PUNZI, *Le procedure d'insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, op. cit., 997. CARBONE, *Il Regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, op. cit., 87; BONFANTI, *Le procedure concorsuali internazionali tra il Regolamento 1346/2000 e la disciplina italiana di diritto internazionale privato*, op. cit., 407; CORNO, *La disciplina comunitaria dell'insolvenza*, in *Dir. Fall.*, 2002, 272; CARBONE, *Una nuova ipotesi di disciplina italiana sull'insolvenza transfrontaliera*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2000, 591; QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 3.

¹⁵ CARBONE, *Il Regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, op. cit., 87; PUNZI, *Le procedure d'insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, op. cit., 997.

dichiarazione di fallimento allorché l'attività di impresa presenti caratteri transnazionali.

Gli Stati europei che per primi hanno statuito una disciplina *ad hoc* in materia di insolvenza transfrontaliera sono stati la Svizzera e la Germania¹⁶. L'ordinamento svizzero, in sede di riforma del diritto internazionale privato approvata con Legge federale n. 291 di data 18 dicembre del 1987, abbandonando il modello territoriale classico, nel caso in cui, nello svolgimento della sua attività, l'imprenditore abbia avuto contatti con vari ordinamenti giuridici, ha introdotto quale criterio attributivo della competenza giurisdizionale ai fini della dichiarazione di fallimento quello del domicilio del debitore fallito¹⁷.

Risulta, dunque, di fondamentale importanza per l'ordinamento elvetico l'esatta individuazione dei contenuti della nozione di "domicilio" del debitore, in quanto sono destinate a produrre effetti all'interno del territorio svizzero esclusivamente quelle pronunce di fallimento provenienti dalle autorità giudiziarie dello Stato in cui sia localizzato il relativo domicilio.

In materia fallimentare, la nozione di "domicilio" si ricava direttamente dalla Legge di riforma del diritto internazionale privato che fornisce criteri differenti in

¹⁶ Il richiamo alla soluzione adottata dal legislatore svizzero è importante in quanto aiuta a circoscrivere compiutamente in fenomeno dell'insolvenza transfrontaliera, benché si ricorda che tale ordinamento non è parte dell'Unione europea. Risulta interessante sottolineare in questa sede il fatto che la Svizzera non disponga di alcuno strumento internazionale per la definizione della disciplina dell'insolvenza transfrontaliera, ma di una serie di Convenzioni datate e con portata estremamente limitata, che il Tribunale svizzero considera quali meri testi di diritto cantonale, in quanto legano solo i citati cantoni. Infatti, dall'abrogazione della Convenzione franco-svizzera del 15 giugno 1869 in materia di competenza giudiziaria ed esecuzione delle sentenze civili, avvenuta in data 1 gennaio 1992, gli unici trattati in vigore sono la Convenzione del 12 dicembre 1825- 13 maggio 1826 firmata dai diversi cantoni svizzeri e il reame di Wuerttemberg in tema di fallimento e di uguaglianza di trattamento degli abitanti degli Stati contraenti in caso di dichiarazione di insolvenza; la Convenzione del 4-18 febbraio 1837 fra diversi cantoni svizzeri ed il reame di Sassonia. JEANNERET, *Il riconoscimento in Svizzera di un fallimento straniero: situazione attuale e considerazioni pratiche*, in *Riv. Dir. internaz. priv.*, 2004, 1249.

¹⁷ Il principio di competenza giurisdizionale del domicilio del debitore è codificato all'art. 166 LDIP, ove si precisa che per le società il luogo del domicilio coincide con quello della sede. La Svizzera, con la legge federale LDIP del 1987 ha dato risposta al problema legato alla scelta del modello universale ovvero territoriale in ambito internazionale accogliendo una soluzione mediana. Il legislatore svizzero infatti autorizza il riconoscimento della sentenza di fallimento pronunciata all'estero con l'unica conseguenza pratica di consentire l'apertura sul territorio nazionale di un fallimento cosiddetto ancillare o mini-fallimento, regolato esclusivamente dal diritto elvetico e destinato a soddisfare alcuni creditori privilegiati (art. 172 LDIP). JEANNERET, *Il riconoscimento in Svizzera di un fallimento straniero: situazione attuale e considerazioni pratiche*, op. cit., 1249.

base al fatto che il debitore sia una persona fisica ovvero una persona giuridica o una società, con la precisazione che in base alla legge fallimentare svizzera può essere dichiarata fallita anche una persona fisica non imprenditore¹⁸.

Qualora, in applicazione al suddetto criterio di competenza giurisdizionale, il procedimento rimanesse radicato avanti ad un giudice svizzero, il medesimo procedimento tenderà a mantenere un carattere universale; in caso contrario, ove il procedimento dovesse svolgersi in uno Stato terzo rispetto alla Svizzera in quanto ivi non sussistesse il domicilio del debitore, gli effetti della dichiarazione di fallimento pronunciata all'estero verranno riconosciuti anche in territorio svizzero, ove contestualmente potrà essere aperto, al ricorrere di determinati presupposti, un procedimento di carattere secondario, volto alla liquidazione dei beni ivi ubicati e alla soddisfazione dei creditori domiciliati in Svizzera¹⁹.

Il diritto elvetico, richiamandosi al principio universalistico, non riconosce tuttavia il principio dell'unitarietà della procedura, venendosi a determinare a livello locale l'apertura di uno specifico procedimento volto alla soluzione degli effetti della crisi d'impresa prodottisi nel territorio interno. Si tratta di un'impostazione molto simile a quella successivamente accolta nel Reg.1346/00.

L'ordinamento tedesco ha invece abbandonato il modello territorialistico, accogliendo l'orientamento giurisprudenziale del *Bundesgerichtshof*, formatosi

¹⁸ L'art. 20 della legge federale svizzera recita: "Giusta la presente legge, la persona fisica ha: a) domicilio nello Stato dove dimora con l'intenzione di stabilirvisi durevolmente.; b) la dimora abituale nello Stato ove vive per una certa durata, anche se tale durata è limitata a priori; c) la stabile organizzazione nello Stato dove si trova il centro della sua attività economica. Le disposizioni del codice civile svizzero concernenti il domicilio e la dimora non sono applicabili". L'art. 21 precisa invece che: "per le società la sede vale domicilio. È considerato sede di una società il luogo designato nello statuto o nel contratto di società. Se manca una tale designazione è considerato sede il luogo in cui la società è amministrata effettivamente. La stabile organizzazione di una società si trova nello Stato dove essa ha la sede o una succursale". È interessante sottolineare il fatto che la nozione in esame di domicilio" o di "sede", qualora si tratti di persone giuridiche, è suscettibile di un'univoca interpretazione, nel senso che non è ammessa la sua localizzazione in più ordinamenti giuridici. Ciò è rimarcato all'art. 20 comma 2, prima frase. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 87; JEANNERET, *Il riconoscimento in Svizzera di un fallimento straniero: situazione attuale e considerazioni pratiche*, op. cit., 1249.

¹⁹ QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 87; JEANNERET, *Il riconoscimento in Svizzera di un fallimento straniero: situazione attuale e considerazioni pratiche*, op. cit., 1249.

nel vigore della *Konkursordnung* del 1877²⁰. Ci riferiamo all'*Insolvenzordnung* del 1994, entrata in vigore il 1° gennaio 1999, e all'*Einfuehrungsgesetz zur Insolvenzordnung* (EGInsO) del 1994.

Ai sensi dell'art 3 della *Insolvenzordnung*, la competenza alla dichiarazione di insolvenza spetta al tribunale del luogo in cui il debitore ha il centro della propria attività, che si presume coincida con il domicilio, se trattasi di persona fisica, ovvero con la sede, nel caso di debitore persona giuridica²¹.

Il par. 102 della citata legge del 1999 disciplinava puntualmente le ipotesi di insolvenza internazionale prevedendo il riconoscimento delle sentenze di fallimento pronunciate all'estero nei confronti di un debitore che avesse beni ubicati in Germania, a meno che le autorità giudiziarie dello Stato di apertura fossero incompetenti secondo le leggi tedesche ovvero il riconoscimento della procedura fosse in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento

²⁰ La *Konkursordnung* statuiva che tutti i beni appartenuti al debitore fallito al momento di apertura della procedura concorsuale e aggredibili mediante esecuzione forzata entrassero a far parte del patrimonio oggetto di tale procedura. Ai sensi del par. 237 KO, nell'ipotesi in cui il debitore, sul cui patrimonio pendesse una procedura concorsuale all'estero, possedesse beni anche in Germania su tali beni ubicati in territorio tedesco era pacificamente ammessa l'esecuzione forzata individuale. Dalle disposizioni della KO emerge come il legislatore tedesco abbia previsto un trattamento differente delle situazioni di insolvenza in base a che la procedura venga aperta in Germania ovvero all'estero. Nel primo caso infatti viene coinvolto l'intero patrimonio del debitore fallito indipendentemente dal luogo in cui i beni siano ubicati, con la conseguenza di non poter agire individualmente per la soddisfazione della pretesa creditoria; nel secondo il fatto che la procedura concorsuale sia aperta all'estero non produce l'effetto di congelare, entro il territorio tedesco, le azioni esecutive individuali sul patrimonio del fallito. Un caso particolare in cui la giurisprudenza ha interpretato in senso evolutivo dette disposizioni normative risale al 1985 quando il *Bundesgerichtshof* ha concesso ad un curatore belga di agire contro il debitore tedesco di un imprenditore dichiarato fallito all'estero (precisamente in Belgio) per recuperarne i beni localizzati in Germania. In questa sede al curatore straniero è stata riconosciuta la possibilità di esperire azioni in territorio tedesco per incrementare l'attivo della società belga dichiarata fallita, in osservanza del principio della *lex fori concursus*. In questa circostanza, la Suprema Corte tedesca ha specificato la portata del par. 237 della *Konkursordnung* e dunque il carattere eccezionale dell'apertura di una procedura fallimentare in Germania qualora una procedura fosse già aperta in diverso Stato membro. Ciò in quanto si tratterebbe di una deroga al principio del riconoscimento automatico delle decisioni straniere. Ecco che dunque, da regola generale, l'apertura in Germania di una procedura di insolvenza è stata relegata dalla giurisprudenza di legittimità a mera ipotesi eccezionale. VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale: storia del problema – in Germania, in Italia e nei progetti di convenzione internazionali*, cit., 21; QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 87; BACCAGLINI, *Il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza fallimentare in Italia*, Dipartimento di scienze giuridiche- Università degli Studi di Trento, 2008, 37.

²¹ L'art. 3 citato recita: "Örtlich zuständig ist ausschließlich das Insolvenzgericht, in dessen Bezirk der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Liegt der Mittelpunkt einer selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit des Schuldners an einem anderen Ort, so ist ausschließlich das Insolvenzgericht zuständig, in dessen Bezirk dieser Ort liegt".

tedesco. Tale riconoscimento della procedura straniera non precludeva la possibilità di aprire anche in Germania una procedura concorsuale, superando la necessità di accertare l'insolvenza del debitore già dichiarato fallito e limitandosi a pronunciarsi sui beni ivi situati.

Successivamente nel 2003 la Germania ha provveduto a dotarsi di una specifica legge in materia di insolvenza transnazionale, la cosiddetta *Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Insolvenzrechts*, entrata in vigore il 20 marzo 2003, che ha riformato interamente il citato par. 102, adattandolo ai criteri di giurisdizione così come delineati dalla nuova normativa europea e ha modificato l'*Insolvenzordnung* del 1994, in particolare nella parte decima rubricata *Besondere arten des Insolvenzverfahrens*, dedicata a particolari tipi di insolvenza.

Il comma 1 dell'art. 102 delle disposizioni preliminari alla Legge sulle procedure di insolvenza disciplina le ipotesi in cui i criteri adottati dal Regolamento attribuiscono la competenza giurisdizionale ai tribunali tedeschi, ma non sia possibile rintracciarne la competenza territoriale interna sulla base delle disposizioni dell'*Insolvenzordnung*: si stabilisce che, nel caso di procedura principale, la competenza spetti in via esclusiva al tribunale nella cui circoscrizione il debitore abbia il centro dei propri interessi principali; nel caso di procedura secondaria, che la competenza territoriale spetti in via esclusiva al tribunale nella cui circoscrizione si trovi la dipendenza del debitore.

A seguito di tali interventi legislativi, la procedura fallimentare dichiarata in Germania colpisce oggi tutti i beni del debitore ovunque ubicati e, qualora risultasse aperta all'estero una procedura concorsuale, salvo particolari eccezioni, potrà essere riconosciuta anche in Germania²².

²² Rapportando la *Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Insolvenzengerichts* al Regolamento comunitario 1346/2000 ai fini della corretta identificazione del Tribunale competente si osserva quanto segue: la legge tedesca prevede che qualora la competenza giurisdizionale ad aprire una procedura di insolvenza spetti, ai sensi dell'art. 3 par. 1 del Regolamento comunitario ai giudici tedeschi, senza che vi sia un giudice tedesco territorialmente competente ai sensi della *Insolvenzordnung*, la competenza territoriale è del tribunale nella cui circoscrizione si trova localizzato il centro degli interessi principali del debitore; qualora invece la giurisdizione del giudice tedesco sussista ai sensi dell'art. 3 par. 2 del citato Regolamento, la competenza territoriale spetta in via esclusiva al tribunale nella cui circoscrizione si trova localizzata la cosiddetta dipendenza. Per quanto riguarda la risoluzione dei conflitti di giurisdizione il par. 3 del citato art. 102 stabilisce che non è possibile aprire una

Ai sensi dell'art. 335 della legge del 2003, infatti, l'apertura di una procedura d'insolvenza sul territorio nazionale comporta l'applicazione di regola della legge tedesca indipendentemente dall'ubicazione dei beni da trattare, mentre per converso ai fallimenti aperti in Stati diversi si procede in applicazione del criterio della *lex fori concursus*. In tali casi, ai sensi dell'art. 343 della citata legge, la sentenza di fallimento pronunciata all'estero potrà essere riconosciuta automaticamente anche in Germania se pronunciata da un tribunale competente e se tale riconoscimento non risulti incompatibile con i diritti fondamentali dell'ordinamento tedesco, senza escludere tuttavia la possibilità di aprire in Germania una procedura separata limitatamente ai beni ivi localizzati, nelle ipotesi in cui il debitore vi possieda una filiale o comunque un attivo²³.

A differenza dei due ordinamenti sopra citati, quello francese non presenta una disciplina *ad hoc* circa l'insolvenza transfrontaliera talché dinnanzi a tale vuoto normativo è dovuta intervenire la giurisprudenza.

In base alla giurisprudenza consolidata in Francia, nel caso di impresa che avendovi esercitato un qualsiasi segmento della propria attività, anche in assenza del requisito della stabilità, si trovasse in stato d'insolvenza, è sempre possibile aprire una procedura concorsuale sul suolo francese con effetti universali nel foro ove si trovasse il domicilio della stessa ovvero la sede reale del debitore, facendo ricorso a criteri di giurisdizione esorbitanti²⁴.

Si ricorda che nell'ordinamento francese le regole di competenza territoriale si trasformano in criteri attributivi di giurisdizione, ai sensi dell'art. 1 del decreto n.85- 1388 del 17 settembre 1985 (modificato successivamente dal decreto n.

procedura tedesca relativa a beni del debitore ubicati all'estero qualora il tribunale di altro Stato membro abbia precedentemente aperto una procedura concorsuale principale. QUEIROLO, *Le procedure di insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 87; VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale: storia del problema – in Germania, in Italia e nei progetti di convenzione internazionali*, cit., 21.

²³ L'art. 343 riprende appieno il dettato dell'art. 102 dell'*Einführungsgesetz*, che affermava che le procedure straniere coinvolgevano anche i beni del debitore presenti in Germania, salvo il caso in cui "i giudici dello Stato nel quale il procedimento era stato aperto non fossero competenti sulla base dei criteri previsti nel diritto interno"; e "il riconoscimento del provvedimento straniero conducesse a risultati manifestamente incompatibili con l'ordine pubblico". VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale: storia del problema – in Germania, in Italia e nei progetti di convenzione internazionali*, cit., 21; BACCAGLINI, *Il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza fallimentare in Italia*, cit., 35.

²⁴ QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 97

94- 910 del 21 ottobre 1994).

Dunque, la norma da ultimo citata stabilisce che il tribunale competente all'apertura della procedura concorsuale sia quello del luogo ove si trova localizzato il domicilio ovvero la sede reale del debitore; qualora il debitore abbia la sede effettiva all'estero, la competenza spetta al tribunale del luogo in cui è situata la sede secondaria, uno stabilimento ovvero una succursale. Infine, se difetti anche quest'ultimo criterio di competenza, la procedura di insolvenza può essere aperta dai giudici del luogo in cui è situato il centro principali degli interessi del debitore in Francia²⁵.

Nel caso di fallimento dichiarato all'estero, gli effetti tipici della declaratoria conclusiva verranno a valere in Francia solo a seguito del rilascio dell'*exequatur*, detto anche delibazione, inteso come la procedura giudiziaria che serve a far riconoscere, in un determinato Paese, un provvedimento giudiziario emesso dall'autorità giudiziaria di un altro Paese. Qualora ciò non avvenga e non sia rilasciato l'*exequatur* i singoli creditori francesi potranno agire personalmente a tutela del loro credito e non potrà essere esperita l'azione revocatoria fallimentare²⁶.

In Spagna solo con la legge n. 22 del 9 luglio 2003, entrata in vigore il 1° settembre del 2004, si è dato riconoscimento normativo al tema dell'insolvenza transfrontaliera. Prima di tale data mancava ogni riferimento alla materia sia nel diritto interno sia nel diritto internazionale privato. Modelli di riferimento per la redazione del testo normativo sono stati il Reg.1346/00 e la *Model Law*.

Con l'entrata in vigore della legge del 2003, si è pertanto sopperito al vuoto normativo in sede di procedure concorsuali che presentano caratteri di estraneità, ipotesi che ora trova una puntuale disciplina nel Titolo IX di detta legge, intitolato *De las normas de derecho internacional privado*, che richiama le regole di parte generale dedicate alla giurisdizione e alla competenza²⁷.

Proseguendo nell'illustrazione delle soluzioni normative adottate dai singoli Stati europei non si può tralasciare l'analisi di quanto elaborato nel Regno Unito in materia di insolvenza transfrontaliera.

²⁵ QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 97.

²⁶ QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 97.

²⁷ VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 32.

Nell'ordinamento inglese è nell'*Insolvency Act* del 1986, successivamente modificato dall'*Insolvency Act* del 2000, che vengono fissati i criteri di giurisdizione nonché le regole per consentire il coordinamento e la collaborazione tra corti, appartenenti a determinati Paesi, nel caso di fallimento transnazionale.

L'ordinamento inglese prevede diversi criteri di giurisdizione a seconda che si tratti di debitore persona fisica ovvero di persona giuridica o società. Nel primo caso, posto che nel Regno Unito possono essere sottoposti al procedimento di *Bankruptcy* le persone fisiche (imprenditori o no), la Sec. 265.1 prevede quattro titoli di giurisdizione: il domicilio, la residenza, la presenza del debitore nello Stato al momento dell'apertura della procedura ovvero l'esercizio di attività professionale nel foro²⁸. Nelle ipotesi di debitori costituiti da persone giuridiche o società, il criterio di giurisdizione è dato dalla localizzazione della sede statutaria nel Regno Unito, con alcune eccezioni elencate nella sec. 221²⁹.

È da notare come la normativa inglese fornisca ampi margini discrezionali ai giudici relativamente all'interpretazione dei citati criteri, che hanno determinato il riconoscimento della competenza giurisdizionale della *Chancery Division* anche nel caso in cui non vi siano né beni né attività commerciale nel foro, sulla base ad esempio della mera circostanza che un creditore della società straniera fallenda, assoggettato alla giurisdizione inglese, risultasse aver presentato istanza di fallimento e potesse godere di maggiori vantaggi dal procedimento locale³⁰.

²⁸ La Sec. 265.1 dell'*Insolvency Act* del 1986 recita: "A bankruptcy petition shall not be presented to the court under section 264.1 a) or b) unless debtor 1) is domiciled in England and Wales, 2) is personally present in England and Wales on the day on which the petition is presented, or 3) at any time in the period of three years ending with that day (i) has been ordinarily resident, or has had a place of residence in England and Wales, or (ii) has carried on business in England and Wales".

²⁹ La Sec. 221, rubricata "Winding up of unregistered companies" prevede che: " 4) No unregistered company shall be wound up under this Act voluntarily. 5) The circumstances in which an unregistered company may be wound up are as follows: a) if the company is dissolved, or has ceased to carry on business, or is carrying on business only for the purpose of winding up its affairs; b) if the company is unable to pay its debts; c) if the court is of the opinion it is just and equitable that the company should be wound up".

³⁰ La decisione della *Chancery Division* del 13 marzo 1981, pronunciata nella causa *Eloc Electro- Optieck and Communicatie BV*, è consultabile in *All England Law Rep.*, 1981, 1111. In questo caso la Corte ha stabilito che "the court would not make an order where there was no likelihood that any advantage would be achieved by the petitioner; but here, although an order

Oltre a queste norme che implicano ampi criteri di giurisdizione si riscontrano regole che riconoscono i procedimenti stranieri di insolvenza, qualora essi coinvolgano debitori domiciliati all'estero o società ivi incorporate. Dunque i titoli di giurisdizione così come delineati nell'*Insolvency Act* benché molto ampi, attribuiscono una competenza giurisdizionale concorrente, e non esclusiva, rispetto a quella dei Tribunali stranieri.

Sono in tal senso particolarmente importanti le norme di coordinamento e collaborazione previste nella sec. 426, subsec. IV, dell'*Insolvency Act* del 1986. Tale normativa prevede che qualora la dichiarazione di fallimento venga pronunciata in uno dei *relevant countries*, vale a dire uno degli Stati dell'area *Commonwealth*, le cui decisioni giurisdizionali sono riconosciute anche nel Regno Unito, si possa aprire sul suolo inglese una procedura secondaria a carattere squisitamente liquidatorio, potenzialmente in grado di essere sottoposta alla legge dell'ordinamento straniero in base ad una scelta discrezionale della corte estera.

A tal fine è importante sottolineare la distinzione operata nella normativa inglese tra procedure straniere aperte nei confronti di persone fisiche e procedure straniere che invece coinvolgano persone giuridiche. Nel primo caso, infatti, il fallimento pronunciato nello Stato ove il debitore è domiciliato viene riconosciuto nel Regno Unito, con la conseguente estensione degli effetti della procedura straniera nel territorio britannico e con il riconoscimento in capo al curatore straniero della facoltà di divenire titolare del patrimonio del debitore presente in Gran Bretagna. Nella seconda ipotesi invece, benché sia possibile attribuire effetti alla dichiarazione di fallimento pronunciata da diverso Stato, non segue lo spossessamento del debitore né il trasferimento della disponibilità dei beni al curatore: il riconoscimento comporta unicamente la possibilità di aprire un procedimento secondario cosiddetto *ancillary winding-up*³¹.

Nel caso in cui la procedura concorsuale si apra in un Paese diverso dalle *relevant countries*, non si trovano norme espressamente volte a tutelare detta

would not enable the petitioners to recover any money from the company, there was a reasonable possibility that the petitioners would benefit by a payment".

³¹ QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 66; BACCAGLINI, *Il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza fallimentare straniera in Italia*, cit., 184.

situazione. Tendenzialmente è ammesso il riconoscimento delle sentenze dichiarative di fallimento pronunciate dal tribunale del foro ove è domiciliato il debitore³².

3. Evoluzione dello spazio giuridico europeo e Reg. 1346/00

Dall'analisi dei singoli ordinamenti emerge la lacunosità degli interventi legislativi a livello nazionale, spesso inadeguati a dare risposte al fenomeno delle situazioni di cosiddetta insolvenza transfrontaliera in un contesto di sempre più crescente mercato in cui si registra una mobilitazione dei beni e delle relazioni economiche che vanno sempre più oltre i confini dei singoli Stati.

Di qui la necessità di disporre di un adeguato coordinamento tra le diverse procedure di insolvenza aventi carattere transfrontaliero previste a livello nazionale e recepite in un'apposita disciplina a livello sovranazionale³³.

Storicamente, si osserva che già prima dell'adozione del Reg. 1346/00 gli Stati membri erano ricorsi a taluni strumenti di coordinamento sostanzialmente riconducibili alle cosiddette convenzioni bi- e plurilaterali, vale a dire a norme concordate tra Stati firmatari di diritto internazionale privato e processuale.

Ed ancora prima, già alla fine del XIX secolo, organismi di diritto internazionale quali l'*International Law Association* e l'*Institut de droit International* avevano cominciato ad elaborare proposte per cercare di dare adeguata risoluzione al problema. Sulla base delle risultanze dei lavori del Congresso giuridico di Torino tenutosi nel 1880, furono redatti numerosi progetti di convenzioni bi- e plurilaterali per regolare l'insolvenza transfrontaliera³⁴.

Tra queste convenzioni bilaterali, ricordiamo quella conclusa tra la Francia e la

³² QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 66; BACCAGLINI, *Il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza fallimentare straniera in Italia*, cit., 184.

³³ QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 105.

³⁴ VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale: storia del problema – in Germania, in Italia e nei progetti di convenzione internazionale*, cit., 381.

Confederazione svizzera nel 1869 “ *sur l'exécution des jugements et la compétence judiciaire en matière civile*”, che fece da modello per i successivi progetti di convenzioni internazionali, e la Convenzione italo-francese del 3 giugno del 1930, nonché la Convenzione italo-britannica del 7 febbraio del 1964, e da ultimo la Convenzione italo-austriaca sul fallimento e sul concordato del 12 luglio del 1977³⁵.

Tra le convenzioni plurilaterali, di numero inferiore rispetto a quelle bilaterali, ritroviamo le *Resolutions* formulate durante il già citato Congresso giuridico italiano internazionale tenutosi a Torino nel 1880, cui parteciparono Francia, Italia, Svizzera, Olanda, Romania, Russia e Grecia³⁶, mentre è del 1933 la *Nordic Bankruptcy Convention* i cui stati contraenti furono Danimarca, Finlandia, Islanda, Svezia, Norvegia³⁷.

I passi più significativi verso una normativa compiuta si registrano successivamente nel secondo dopoguerra.

Nel 1960 la Commissione Europea conferì ad un gruppo di esperti l'incarico di elaborare un progetto di convenzione relativo alla materia fallimentare, ad

³⁵ Il trattato franco-svizzero, a partire dal 1992, è venuto meno a seguito della Convenzione di Lugano del 1988, ma continua a produrre effetti nelle materie in cui detta Convenzione non è applicabile. PAPPALARDO REALE, *Il Regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza transfrontaliere*, op. cit., 1095; FUMAGALLI, *Il Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, op. cit., 677; BONGIORNO, *Universalità e territorialità del fallimento (problemi antichi ma sempre più attuali)*, in *Dir. Fall.*, 1991, 666.

A questo punto è interessante volgere l'attenzione anche alla Corte di Cassazione italiana che si pronunciò in una sentenza nel 1990 allorché fu chiamata a decidere in merito all'interpretazione e all'applicazione della Convenzione italo-svizzera, firmata il 3 gennaio del 1933, relativa al riconoscimento e all'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale. Nel caso di specie, poiché l'art. 9 di detta Convenzione dichiara espressamente escluse dal suo ambito di applicazione le “*decisions rende en matière de falillite*”, non si riconosce la giurisdizione del giudice italiano a dichiarare la nullità o l'inefficacia di pagamenti coattivamente conseguiti da un creditore straniero, in seguito ad una procedura esecutiva individuale intrapresa in Svizzera. La Suprema Corte sottolinea infatti come il principio della *par condicio creditorum* non possa incidere sul diritto processuale internazionale che regola i rapporti interstatali, modificandone i contenuti; in questi casi il curatore italiano, per recuperare i beni siti all'estero, deve ricorrere agli strumenti giurisdizionali previsti nel *forum rei sitae* eventualmente esperibili dinanzi al giudice straniero. Un esempio questo tra tanti per sottolineare la difficoltà di disciplinare le procedure concorsuali transfrontaliere quando manca una regolamentazione puntuale in merito. Cass., S.U., 19 dicembre 1990, n. 12031; CASO, *Forche caudine per l'universalità del fallimento*, in *Foro. It.*, 1991, 1483.

³⁶ VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale: storia del problema – in Germania, in Italia e nei progetti di convenzione internazionali*, cit., 381.

³⁷ CARBONE, *Una nuova ipotesi di disciplina italiana sull'insolvenza transfrontaliera*, cit., 591.

integrazione della redigenda Convenzione di Bruxelles³⁸.

Il “*Progetto di convenzione sull’esecuzione delle sentenze di fallimento e delle decisioni affini nei Paesi del mercato comune*”, il cui scopo era di creare una regolamentazione uniforme dell’insolvenza transfrontaliera, fu steso nel 1970 e rielaborato nel 1980.

La base giuridica, per un intervento di questo tipo, è data dall’art. 220 (oggi art. 293 del TUE) del Trattato CE, che prevede l’obbligo per gli Stati di avviare negoziati per semplificare le formalità richieste in sede di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni giudiziarie, mantenendo integra la sovranità degli stessi³⁹.

Parallelamente a queste vicende, il Consiglio d’Europa di Strasburgo avviò l’elaborazione di un ulteriore progetto di convenzione, destinato a sfociare nella *Convenzione di Istanbul*, aperta alla firma il 5 giugno del 1990 e ratificato soltanto dallo stato Cipro⁴⁰.

Questa Convenzione avrebbe trovato applicazione allorquando una procedura concorsuale avesse presentato elementi di collegamento con più Paesi a fronte della localizzazione dei beni in più Stati ovvero della diversa residenza dei creditori⁴¹.

³⁸ La Convenzione di Bruxelles del 1968 disciplina il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, escludendo espressamente dal suo campo applicativo la materia fallimentare. CORNO, *La disciplina comunitaria dell’insolvenza*, op. cit., 272; BONFANTI, *Le procedure concorsuali internazionali tra il Regolamento 1346/2000 e la disciplina italiana di diritto internazionale privato*; PROTO, *L’insolvenza transfrontaliera nell’ordinamento comunitario*, in *Dir. Fall.*, 2003, 560; QUEIROLO, *Le procedure d’insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 105.

³⁹ FUMAGALLI, *Il Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, cit., 677; PROTO, *L’insolvenza transfrontaliera nell’ordinamento comunitario*, cit., 561; QUEIROLO, *Le procedure d’insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 105; COLESANTI, *Note sull’unità e universalità del fallimento in un progetto di convenzione internazionale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1970, 385.

⁴⁰ Il Consiglio d’Europa è stato istituito nel 1949 ed è organismo con funzioni esclusivamente consultive, con incarichi generali in materia di sviluppo economico e sociale. VELLANI, *L’approccio giurisdizionale all’insolvenza transfrontaliera*, cit., 6, 51; VANZETTI, *L’insolvenza transnazionale: storia del problema*, cit., 437; PUNZI, *Le procedure d’insolvenza transfrontaliere nell’Unione Europea*, cit., 997; STARACE, *La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere*, op. cit., 295; CORNO, *La disciplina comunitaria dell’insolvenza*, cit., 272; FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, cit., 677; CORNO, *La disciplina comunitaria dell’insolvenza*, cit., 272; PROTO, *L’insolvenza transfrontaliera nell’ordinamento comunitario*, cit., 561; CARBONE, *Una nuova ipotesi di disciplina italiana sull’insolvenza transfrontaliera*, op. cit., 591; QUEIROLO, *Le procedure d’insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 105.

⁴¹ CARBONE, *Una nuova ipotesi di disciplina italiana sull’insolvenza transfrontaliera*, cit., 591.

Si trattava di un progetto meno ambizioso rispetto a quello comunitario, perché volto a disciplinare solo gli aspetti più rilevanti della materia, in un'ottica di armonizzazione della stessa, in caso di procedure concorsuali con elementi di collegamento tra Paesi diversi.

Benché non si sia tradotta in diritto positivo, giacché mai entrata in vigore, si tratta di un'iniziativa importante perché ha introdotto il modello dell'universalità limitata, ripreso poi dal Reg. 1346/00, come verrà illustrato nei paragrafi seguenti⁴².

I lavori in sede comunitaria ripresero dopo il 1990, portando alla redazione della *Convenzione relativa alle procedure di insolvenza*, elaborata ormai nell'ambito dell'Unione Europea, aperta alla firma a Bruxelles il 23 novembre 1995⁴³.

Detta convenzione non entrò in vigore a causa della mancata ratifica della Gran Bretagna, pur restando comunque punto di riferimento fondamentale nella redazione del Regolamento europeo sull'insolvenza⁴⁴.

Prima del 2000, nello spazio giuridico europeo si era cercato di riempire il vuoto normativo in tema d'insolvenza transfrontaliera ricorrendo allo strumento della direttiva. Questo tipo di provvedimento non è stato soddisfacente in quanto si limita ad indicare il risultato voluto e non anche gli strumenti per raggiungerlo, lasciando liberi gli Stati di ricorrere al metodo che ritengono in tal senso più idoneo⁴⁵.

L'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, avvenuta in data 1° maggio 1999, ampliando la competenza comunitaria, ha autorizzato il Consiglio ad adottare gli atti più idonei al raggiungimento degli scopi imposti dagli artt. 63-67 del Trattato

⁴² PROTO, *L'insolvenza transfrontaliera nell'ordinamento comunitario*, cit., 561.

⁴³ BONTANTI, *Le procedure concorsuali internazionali tra il Regolamento 1346/2000 e la disciplina italiana di diritto internazionale privato*, cit., 407.

⁴⁴ CORNO, *La disciplina comunitaria dell'insolvenza*, cit., 272.

⁴⁵ Una prima direttiva del 1998 prese in considerazione il tema della definitività degli ordini immessi in un sistema di pagamento o di regolamento titoli, rendendo immuni da eventuali azioni giudiziarie o procedimenti concorsuali le operazioni poste in essere dagli intermediari che operavano nei mercati in cui questa era applicabile. Si sottolineava quindi l'inopponibilità di tali operazioni ai terzi, senza che nulla rilevasse l'eventuale apertura di una procedura di insolvenza. Con due direttive del 2001 si regolarono rispettivamente il risanamento e la liquidazione delle imprese di assicurazione e il risanamento e la liquidazione degli enti creditizi. Con due direttive del 2002, infine, vennero codificate le norme per i contratti di garanzia finanziaria e le regole giuridiche per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro. VELLANI, *L'approccio giurisprudenziale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 71.

nel campo della cooperazione giudiziaria; infatti il nuovo Titolo IV del Trattato medesimo riconosce il potere di adottare, “*allo scopo di istituire progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia*”, misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, fornendo la base giuridica per l'adozione di atti comunitari⁴⁶. L'art. 65, in particolare, specifica come in tale ambito si inseriscano quelle misure volte al miglioramento e alla semplificazione “*del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, comprese le decisioni extragiudiziali, nonché le pronunce relative alla promozione della compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di legge e di competenza giurisdizionale*”⁴⁷.

Al fine di unificare le regole di diritto internazionale privato e processuale, riducendo in tal modo le difficoltà sottese all'estensione degli effetti del fallimento fuori dall'ordinamento nazionale, è stato approvato il 29 maggio del 2000 il Reg. 1346/00; atto questo adottato a seguito dell'*iniziativa della Repubblica federale di Germania e della Repubblica di Finlandia ai fini dell'adozione di un regolamento del Consiglio relativo alle procedure di insolvenza, presentata al Consiglio il 26 maggio del 1999*⁴⁸.

Il Regolamento è entrato in vigore il 31 maggio del 2002, dopo un periodo di *vacatio legis* della durata di due anni, tempo concesso ai vari Stati membri per modificare il diritto nazionale, rendendolo compatibile con l'intervento comunitario⁴⁹.

⁴⁶ Il trattato di Amsterdam è entrato in vigore nel 1997. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 105.

⁴⁷ STARACE, *La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere*, op. cit., 295; PAPPALARDO REALE, *Il Regolamento n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza transfrontaliere*, cit., 1095; FUMAGALLI, *Il Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, op. cit., 677; PROTO, *L'insolvenza transfrontaliera nell'ordinamento comunitario*, cit., 561.

⁴⁸ CARBONE, *Una nuova ipotesi di disciplina italiana sull'insolvenza transfrontaliera*, cit., 591.

⁴⁹ SPARANO, *Il Regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza (CE 1346/2000)*, in *Dir. Fall.*, 2003, 662; DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, cit., 693.

4. Modelli di riferimento: la cd. universalità e territorialità del fallimento

Un contesto come quello europeo, caratterizzato dalla contemporanea presenza di diversi ordinamenti, ognuno dei quali risulta munito di autonoma funzione giurisdizionale, non fa altro che accentuare ed accrescere la necessità di delimitare l'ambito della potestà giurisdizionale dei propri tribunali sia delineando in modo chiaro e preciso i limiti dell'esercizio della stessa potestà nell'ambito nazionale di competenza sia precisando i termini di efficacia degli atti processuali frutto dell'attività giurisdizionale di altri Stati entro il proprio territorio⁵⁰.

Già nell'800 si era constatato come la contemporanea pendenza di più procedure concorsuali contro il medesimo debitore comportasse il frazionamento dell'asset patrimoniale e una palese violazione del fondamentale principio della *par condicio creditorum*: da qui l'avvertita necessità, in un'ottica *de iure condendo*, di legittimare una sola procedura che comprendesse la gestione di tutti i beni del fallito ovunque localizzati, secondo le regole giuridiche vigenti ove questa si fosse aperta con valore transnazionale⁵¹.

Nulla quaestio circa il carattere universale del fallimento nel diritto nazionale nella maggior parte degli ordinamenti degli Stati europei, sia per quanto riguarda il profilo dello spossessamento generale del debitore e la previsione del divieto di azioni esecutive individuali, sia per quanto concerne le modalità stesse di realizzazione del concorso là dove prevedono l'accentramento in capo ad un unico giudice della cognizione di tutte le pretese vantate nei confronti del debitore fallito⁵².

L'universalità e l'unicità della procedura concorsuale sono due principi che, in un contesto di crisi di impresa, permettono di raggiungere, quantomeno in via astratta, la *par condicio creditorum*, la massimizzazione del valore dei beni, la

⁵⁰ BONGIORNO, *Osservazioni in tema di universalità e territorialità del fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1974, 261.

⁵¹ SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. SCIALOJA), Torino, 1898, par. 348 e 374; BONGIORNO, *Osservazioni in tema di universalità e territorialità del fallimento*, op. cit., 261.

⁵² DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, op. cit., 693.

gestione ottimale della procedura da parte del curatore nonché una certa prevedibilità del risultato della stessa⁵³.

Tale modello universalistico, in base al quale davanti ad un unico tribunale si possa procedere aprendo una sola procedura di insolvenza idonea a coinvolgere tutti i beni del debitore ovunque localizzati e a soddisfare tutti i creditori concorrenti, indipendentemente dalla loro nazionalità o domicilio, viene da taluni esteso anche all'ambito internazionale, con la conseguente espansione dell'efficacia della *lex fori* dello Stato di apertura della causa principale, che assurge così al rango di *lex concursus*, oltre i confini nazionali⁵⁴.

Le critiche avanzate alle conseguenze transnazionali dell'applicazione del modello universalistico riguardano principalmente le difficoltà connesse all'individuazione di un giudice effettivamente competente, dal momento che le normative nazionali ricorrono a diversi titoli di giurisdizione nonché a differenti presupposti di fatto e di diritto, e quelle legate al conseguente allontanamento del giudice stesso dal luogo ove il fallimento ha iniziato a produrre i suoi effetti transnazionali⁵⁵.

Se dunque il principio dell'universalità della procedura concorsuale trova ampio consenso quando si tratta di disciplinare una procedura esclusivamente nazionale, altrettanto non si può dire allorquando si debba disciplinare una procedura analoga che presenti caratteri transfrontalieri.

In questi casi, l'impianto universalistico sembra vacillare sotto le problematiche

⁵³ Il modello universalistico ha trovato maggiore seguito nelle Convenzioni bilaterali di diritto internazionale, strumenti questi con cui gli Stati hanno rinunciato alla propria giurisdizione in relazione ad alcune procedure di insolvenza e riconosciuto la relativa competenza in capo all'autorità di altro Stato firmatario. Tale modello è stato accolto anche dalla Convenzione italo-austriaca del 12 luglio 1977, nonché dalla Convenzione italo-francese del 3 giugno 1930. In entrambi i casi viene disposto che la dichiarazione di fallimento pronunciata nello Stato in cui sia situato il centro degli affari del debitore produca effetto anche nel territorio dell'altro Stato contraente, impedendo ivi l'apertura di un'altra procedura. QUIEROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 23.

⁵⁴ PUNZI, *Le procedure d'insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, op. cit., 997; QUIEROLO, *Le procedure di insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 23; DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, op. cit., 693.

⁵⁵ Ulteriori difficoltà che comporterebbero altri aspetti critici non meno importanti e legati all'adozione del modello universalistico sono quelle connesse alla risoluzione della crisi di impresa quando questa coinvolga soggetti partecipati a livello di gruppi di società. QUIEROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 26; MICHELI, *Unità ed universalità del fallimento nel progetto di convenzione relativo al fallimento, ai concordati e alle procedure analoghe nella C.E.E.*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1971, 557.

anzidette che sono rimaste pressoché irrisolte spostando conseguentemente la maggior parte degli ordinamenti nazionali verso l'applicazione del cosiddetto modello territorialistico⁵⁶.

In base a tale modello in caso di dissesto di un'impresa che abbia svolto una qualsiasi attività nel foro, risulta possibile iniziare una procedura concorsuale regolata dalla disciplina nazionale e controllata dalle autorità locali indipendentemente dal fatto che il debitore abbia domicilio o cittadinanza straniera ovvero l'oggetto principale dell'impresa sia ubicato all'estero⁵⁷.

La sentenza di fallimento e la rispettiva procedura, in questo caso, producono effetti circoscritti al solo territorio nazionale.

Anche nei confronti del modello territoriale sono state avanzate talune critiche soprattutto a seguito dell'attenta analisi dei risultati cui si perviene applicando procedure concorsuali su base territoriale analoghe, contemporaneamente nei confronti del medesimo soggetto in Paesi diversi⁵⁸.

Nonostante la contrapposizione dei due modelli sia ben definita sul piano astratto, a livello pratico difficilmente si riscontra l'applicazione nella loro forma "pura" dell'uno o dell'altro⁵⁹.

A dimostrazione di questa promiscuità valga per tutti il fatto che la normativa

⁵⁶ QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 13; BONGIORNO, *Osservazioni in tema di universalità e territorialità del fallimento*, op. cit., 261.

⁵⁷ Detto altrimenti il modello territorialistico da ultimo menzionato fa proprio il concetto di sovranità territoriale, nel senso che lo Stato conserva la competenza giurisdizionale ad aprire una procedura concorsuale ogni qualvolta l'impresa abbia esercitato un'attività nel foro prevedendo criteri di collegamento che risultano tendenzialmente esorbitanti e senza che rilevi la circostanza per cui all'estero penda un procedimento a carico del medesimo soggetto. QUEIROLO, *L'evoluzione dello spazio giudiziario europeo: in particolare la disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, op. cit., 903; BONGIORNO, *Osservazioni in tema di universalità e territorialità del fallimento*, op. cit., 261; QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 13.

⁵⁸ Un primo aspetto problematico è costituito dall'assenza di comunicazione e coordinamento tra i vari sistemi nazionali, che ha quale negativa conseguenza l'indebolimento della tutela e del soddisfacimento dei creditori, i quali devono districarsi autonomamente tra le diverse procedure nazionali, sostenendo per di più elevati costi di insinuazione nei differenti stati passivi.

Inadeguata risulta essere poi la tutela che il modello territorialistico offre agli stessi creditori locali, nel senso che costoro vedono condizionata la soddisfazione della propria pretesa non alla natura del credito da essi vantato ma alla circostanza legata alla localizzazione di apertura della procedura nello Stato nel quale si accerta l'esistenza della parte più ingente del patrimonio dell'impresa. Nel caso di specie la soddisfazione dei creditori locali appare appropriata solo dal punto di vista nazionale, mentre diventa insoddisfacente se valutata da un punto di vista generale. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 19.

⁵⁹ QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 36.

adottata dalla maggior parte degli ordinamenti giuridici non riconosce gli effetti nel proprio territorio di procedure aperte all'estero, difendendo il principio di territorialità, attribuendo di converso alle procedure concorsuali aperte nel proprio Stato efficacia extraterritoriale, ricorrendo al principio di universalità. *Ergo*: la procedura aperta nel foro ha la capacità di coinvolgere tutti i beni del debitore ovunque localizzati e di soddisfare tutti i creditori ovunque residenti o domiciliati, a differenza di quella aperta all'estero⁶⁰.

Il Reg. 1346/00, come si vedrà, accoglie il modello dell'universalità limitata, mediando tra le soluzioni che tradizionalmente si contrapponevano in tema di fallimento transfrontaliero⁶¹.

5. La scelta del legislatore comunitario e il modello dell'universalità limitata

La mobilità di imprese e capitali in Stati diversi ha in astratto come possibile risvolto processuale la moltiplicazione delle procedure concorsuali a livello locale statale da aprirsi nei confronti di debitori che possiedono beni siti in diversi Stati.

Il *Considerando 2* del Reg. 1346/00 chiarisce che, ai fini del buon funzionamento del mercato interno, le procedure di insolvenza transfrontaliera debbono essere regolate in modo efficaci ed efficienti; contestualmente il *Considerando 3* rileva il dato oggettivo per cui *“le attività delle imprese presentano in maniera sempre più crescente implicazioni transfrontaliere e dipendono pertanto sempre più da norme di diritto comunitario. Poiché anche l'insolvenza di tali imprese incide sul corretto funzionamento del mercato interno comunitario vi è necessità di un atto che imponga di coordinare i provvedimenti*

⁶⁰ QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 36.

⁶¹ QUEIROLO, *L'evoluzione dello spazio giuridico europeo: in particolare la disciplina delle procedure di insolvenza*, in *Comunicazioni e studi*, 2002, 903.

*da prendere in ordine al patrimonio del debitore insolvente*⁶².

L'obiettivo fondamentale della norma comunitaria meglio chiarito nel successivo *Considerando 4*, è quello di disincentivare le parti coinvolte in una procedura fallimentare a spostare beni o ad instaurare procedimenti giudiziari da uno Stato all'altro, in base alla disciplina che si ritiene essere la più vantaggiosa in relazione alla propria condizione giuridica⁶³.

La necessità di garantire la *par condicio creditorum* e di includere nella procedura se non tutti, la maggior parte dei beni del fallito ha portato ad individuare l'universalità quale caratteristica principale dell'istituto. Pertanto, coerentemente con il riconoscimento di detto principio, una procedura concorsuale aperta in uno Stato membro dovrebbe poter vedere estesi i propri effetti anche oltre i confini nazionali, in quei territori ove il debitore fallito possieda beni o abbia intrecciato rapporti giuridici⁶⁴.

Nella pratica, tuttavia, tale caratteristica di universalità perde gran parte della sua efficacia poiché i vari Stati hanno la tendenza ad amministrare in modo esclusivo la funzione processuale sul proprio territorio sì che l'ambito di applicazione delle procedure concorsuali coincide per lo più con i confini dell'ordinamento ove si è dichiarato il fallimento, limitando enormemente i poteri degli organi fallimentari nell'attività di recupero dei beni che si trovano all'estero⁶⁵.

La possibilità di estendere gli effetti del fallimento, oltre i confini dello Stato ove la procedura è stata iniziata, è legata alla presenza di convenzioni internazionali che prevedano il riconoscimento dell'efficacia extraterritoriale della sentenza

⁶² COLESANTI, *Note sull'unità e universalità del fallimento in un progetto di convenzione internazionale*, op. cit., 385.

⁶³ Il testo del *Considerando 4* del Reg. 1346/00 così dispone: "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)". PAPPALARDO REALE, *Il regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza transfrontaliere*, op. cit., 1095.

⁶⁴ DORDI, *La convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento: la consacrazione dell'universalità limitata degli effetti delle procedure concorsuali*, in *Dir. comm. Internaz.*, 1993, 617; PAPPALARDO REALE, *Il regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza transfrontaliere*, op. cit., 1095.

⁶⁵ DORDI, *La convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento: la consacrazione dell'universalità limitata degli effetti delle procedure concorsuali*, op. cit., 617.

dichiarativa⁶⁶.

Abbiamo già avuto modo di constatare, però, come le convenzioni in materia fallimentare siano estremamente limitate.

La dottrina, in relazione a questa ondivaga incertezza nell'applicazione del modello universalistico, è stata costretta negli anni a pronunciarsi sulla casistica fallimentare procedendo ora a sostenere il modello anzidetto ora quello territorialistico, senza elaborare una soluzione mediana che considerasse elementi dell'uno e dell'altro modello, mediando tra la necessità di coordinamento tra i Paesi interessati e la tutela della sovranità statale⁶⁷.

In applicazione di questo modello derivato, ne conseguirebbe la possibilità di creare un collegamento tra le diverse giurisdizioni dei Paesi interessati dall'insolvenza nei casi concreti, consentendo la contemporanea pendenza di procedimenti diversi in capo al medesimo soggetto, senza imporre l'apertura di un'unica procedura, potendosi riservare il legislatore comunitario il compito di stabilire le modalità di coordinamento degli effetti derivanti dall'esperimento delle singole procedure.

In linea generale, lo schema in esame dell'universalità limitata si basa sull'apertura di una procedura principale, con carattere tendenzialmente universale, nello Stato ove si trova ubicato il domicilio o il centro degli affari del debitore, e di altre procedure locali, coordinate alla prima e ancorate al principio territorialistico, e radicate nei Paesi dove si trovano ubicate le dipendenze dell'impresa fallita ovvero dove sono localizzati alcuni suoi beni⁶⁸.

⁶⁶ Lo strumento principe era costituito dall'*exequatur* (o delibazione).

⁶⁷ DORDI, *La convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento: la consacrazione dell'universalità limitata degli effetti delle procedure concorsuali*, op. cit., 617.

⁶⁸ QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 36. Il noto "Progetto di Convenzione relativa al fallimento, ai concordati preventivi ed ai procedimenti affini" risalente al 1970, e modificato nel 1980, è stato il primo tentativo volto a supplire al vuoto normativo lasciato dalla precedente Convenzione di Bruxelles, sottoscritta il 27 settembre 1968, informata al principio secondo cui " *un véritable marché intérieur entre les six Etats ne sera réalisé que si une protection suffisante est garantie*",⁶⁸ la quale espressamente escludeva dal suo ambito di applicazione la materia fallimentare. Della Convenzione, il citato Progetto peraltro richiamava in sé i principi ispiratori, facendo proprie le teorie dell'unità e dell'universalità. Art. 2 del progetto di Convenzione CEE sul fallimento. COLESANTI, *Note sull'unità e universalità del fallimento in un progetto di convenzione internazionale*, cit., 385; DORDI, *La convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento: la consacrazione dell'universalità limitata degli effetti delle procedure concorsuali*, op. cit., 617; MICHELI, *Unità ed universalità del fallimento nel progetto di convenzione relativo al fallimento, ai concordati e alle procedure analoghe nella C.E.E.*, op.

Il modello degli accordi internazionali era invece ispirato alla cosiddetta “pluralità universale” e accoglieva numerosi consensi anche in dottrina, mostrandosi una soluzione efficace per superare le difficoltà legate a procedure concorsuali con implicazioni transazionali⁶⁹.

cit., 557.

In adesione a questi due principi il Progetto stabiliva all'art. 2 che i fallimenti aperti in uno Stato membro, in base alle regole di competenza previste dalla Convenzione comunitaria, producevano “di diritto effetti negli stati contraenti e vi precludono, finché non sono conclusi, la possibilità di decidere l'apertura di qualsiasi altro procedimento contemplato dalla stessa convenzione”, stabilendo inoltre all'art. 33 che i beni del fallito, ovunque ubicati nello spazio giuridico europeo, dovevano essere assoggettati alla medesima procedura. COLESANTI, *Note sull'unità e universalità del fallimento in un progetto di convenzione internazionale*, op. cit., 385; MICHELI, *Unità ed universalità del fallimento nel progetto di convenzione relativo ai concordati e alle procedure analoghe nella C.E.E.*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1971, 557.

In concreto, il Progetto di Convenzione si fondava sull'esistenza di due criteri di competenza: uno principale, che faceva riferimento al centro degli affari del debitore fallito, inteso all'art. 3 quale luogo ove era esercitata abitualmente l'amministrazione degli interessi principali dello stesso; e uno secondario, che faceva riferimento alla presenza sul territorio dello Stato di un eventuale sede secondaria o stabilimento del fallito. DORDI, *La convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento: la consacrazione dell'universalità limitata degli effetti delle procedure concorsuali*, op. cit., 617; MICHELI, *Unità ed universalità del fallimento nel progetto di convenzione relativo al fallimento, ai concordati e alle procedure analoghe nella C.E.E.*, op. cit., 557.

Il Progetto aveva inoltre l'obiettivo di fondare un sistema di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze dichiarative di fallimento che avesse carattere di automaticità, e consentisse solo residualmente la possibilità di intentare un'azione di opposizione alla sentenza dichiarativa pronunciata in altro Stato membro.

Al modello universalistico, dunque, il Progetto contrapponeva numerose eccezioni, e tra esse la possibilità di una nuova dichiarazione di fallimento nei confronti del medesimo debitore qualora fosse stata vittoriosamente esperita l'azione di opposizione all'efficacia della dichiarazione pronunciata, nonché quella, degna di particolare nota, che riguarda i “beni futuri”, sui quali non sarebbero estesi gli effetti del fallimento quando la legge dello Stato ove si è aperta la procedura li avesse esclusi dalla liquidazione. Art. 33 n.2 del Progetto di Convenzione (“*Il fallimento non produce i suoi effetti riguardo beni che il debitore acquista dopo la pronuncia del fallimento quando la legge dello stato li esclude*”); MICHELI, *Unità ed universalità del fallimento nel progetto di convenzione relativo al fallimento ai concordati e alle procedure analoghe nella C.E.E.*, op. cit., 557; COLESANTI, *Note sull'unità e universalità del fallimento in un progetto di convenzione internazionale*, op. cit., 385. La versione di questo Progetto tuttavia non trovava seguito da parte degli Stati membri, che optavano per altre vie quanto alla soluzione delle crisi transnazionali. Il riferimento è ai già citati accordi bilaterali e multilaterali.

Questi ultimi consentivano l'apertura di fallimenti secondari o derivati, nei luoghi ove fosse ubicato l'attivo fallimentare, pur in pendenza di una procedura principale aperta nel luogo della sede ovvero del centro degli affari del debitore, col solo fine di liquidare tutti i beni localizzati sul territorio in cui sono aperte le suddette procedure secondarie

⁶⁹ Alla procedura di carattere universale si era infatti sostituito un modello caratterizzato dalla coesistenza di più procedure concorsuali, che eventualmente si ponevano in rapporto gerarchico tra loro, con la prevalenza di quella aperta nel luogo dove fosse localizzato il centro principale dell'attività del debitore. Diverso era invece il modello della cosiddetta territorialità cooperativa, secondo il quale, mancando il presupposto della relazione gerarchica tra le procedure, vi era un onere di informazione in capo ai curatori delle diverse procedure pendenti, per evitare gravi lesioni alla *par condicio creditorum*, benché rimanessero autonomi nella gestione e non fossero obbligati a concordare le scelte più importanti. QUEIROLO, *Le procedure di insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 17; FERRI, *Creditori e curatore della*

Fu con la Convenzione di Istanbul del 1990 che il Progetto di Convenzione venne ripreso, così come modificato nel 1980, e si continuò a lavorare sul tema dell'individuazione della competenza giurisdizionale: l'art. 4 della nuova Convenzione prevedeva infatti quale criterio principale di competenza il centro degli affari del debitore, accompagnato dalla presunzione *iuris tantum* per le sole società e persone giuridiche, per le quali il centro degli affari veniva fatto coincidere con il luogo della sede statutaria⁷⁰.

Nel caso in cui il debitore, assoggettato ad una procedura concorsuale in uno Stato contraente, disponesse di beni ubicati in altro Stato anch'esso contraente, la Convenzione consentiva al curatore di scegliere se esercitare, nello Stato di locazione dei beni del debitore, i pochi poteri a lui conferiti dal fallimento o aprire un fallimento secondario, gestito dalle autorità locali⁷¹.

Sulla scia degli accordi convenzionali in materia, il Reg. 1346/00 ha adottato il modello dell'universalità limitata o temperata, reso esplicito dal *Considerando* 11 del medesimo, che giustifica quale criterio per l'individuazione dello stato ove radicare la procedura fallimentare principale l'ubicazione del centro degli interessi principali del debitore e quale criterio per il radicamento di eventuali procedure locali, collegate alla prima, quello della localizzazione delle dipendenze della società fallita ovvero dei beni della stessa⁷².

procedura principale nel Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza transnazionali, in *Riv. Dir. Proc.*, 2004, 707; DIALTI, *Cooperazione tra curatori e Corti in diritto internazionale fallimentare: un'analisi comparata*, in *Dir. Fall.*, 2005, 1010.

⁷⁰ La differenza rispetto al precedente Progetto comunitario stava nel fatto che rispetto a quest'ultimo, la Convenzione del 1990 non si applicava a tutti i fallimenti indipendentemente dall'entrata in gioco di rapporti internazionali *tout court*, ma esclusivamente alle procedure concorsuali che presentassero specifici aspetti internazionali in virtù della localizzazione di beni e di creditori in diversi Paesi. DORDI, *La convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento: la consacrazione dell'universalità limitata degli effetti delle procedure concorsuali*, op. cit., 617.

⁷¹ La scelta dipendeva da un'attenta valutazione avente ad oggetto l'entità dei beni e dei diritti patrimoniali posseduti dal debitore nel diverso Stato ovvero dalle possibilità connesse all'esercizio di azioni soddisfattive delle pretese creditorie di coloro che si erano insinuati nel passivo, previste dalla legge dello Stato ove fossero situati i beni del debitore. DORDI, *La convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento: la consacrazione dell'universalità limitata degli effetti delle procedure concorsuali*, op. cit., 617.

⁷² Il *Considerando* 11 del Reg. 1346/00 così recita: "Il presente regolamento tiene conto del fatto che, in considerazione delle notevoli differenze fra i diritti sostanziali, non è realistico istituire un'unica procedura di insolvenza, avente valore universale per tutta la Comunità. Pertanto, l'applicazione senza deroghe del diritto dello Stato che apre la procedura causerebbe spesso difficoltà. Ciò vale in particolare per le garanzie esistenti nella Comunità, che hanno caratteristiche molto diverse fra loro. Tuttavia, per quanto concerne i diritti di prelazione di cui

Tuttavia anche il modello adottato dal Regolamento comunitario dell'universalità limitata, detto anche sistema del fallimento secondario, non è immune da alcuni aspetti critici. *In primis* la dottrina sottolinea l'incertezza legata all'individuazione del foro e della legge regolatrice della procedura di insolvenza. Basti pensare, infatti, alle valutazioni cui sono chiamati i giudici circa l'estensione della procedura principale ai beni presenti nel foro ovvero l'apertura di un nuovo procedimento regolato dalle norme locali, che può essere effettuata solo *ex post*, sulla base della legge in vigore, delle circostanze del caso concreto e del coordinamento posto in essere con le autorità dello Stato della procedura principale.

A tutto ciò si aggiunga l'aggravio della necessità di esaminare l'entità dei beni del debitore situati nello Stato nel momento in cui è stata pronunciata la declaratoria di fallimento, di non facile individuazione soprattutto in presenza di beni mobili passibili di continui spostamenti.

In secondo luogo, l'applicazione del modello dell'universalità limitata che consente il radicamento di più procedure aventi ad oggetto il medesimo fallimento comporta necessariamente un aumento delle spese processuali, che inevitabilmente vanno a gravare sull'attivo fallimentare e dunque sulla futura soddisfazione delle pretese creditorie.

Ancora, parte della dottrina denuncia una possibile lesione del principio della *par condicio creditorum*. Ciò innanzitutto in relazione alla disciplina dell'insinuazione al passivo, diversamente regolata da Stato a Stato⁷³.

Lodevole a tal proposito l'intervento operato dal Regolamento comunitario, che per risolvere queste discriminazioni introduce nel *Considerando* 21 il divieto

godono alcuni creditori nel corso delle procedure di insolvenza, si registrano in alcuni casi enormi differenze. Il presente regolamento vuole tenerne conto in due modi distinti, prevedendo, da un lato, norme speciali sulla legge applicabile per diritti e rapporti giuridici particolarmente importanti (per esempio, diritti reali e contratti di lavoro) e ammettendo, dall'altro, oltre ad una procedura principale di insolvenza di carattere universale, anche procedure locali che comprendano unicamente il patrimonio situato nello stato di apertura". VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale: storia di un problema – in Germania, in Italia e nei progetti di convenzione internazionale*, cit., 437; FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, op. cit., 677; PAPPALARDO REALE, *Il regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza transfrontaliere*, op. cit., 1095; BONFANTI, *Le procedure concorsuali internazionali tra il regolamento 1346/2000 e la disciplina italiana di diritto internazionale privato*, op. cit., 407.

⁷³ QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 40.

generale di discriminazione tra creditori che abbiano “*la residenza abituale, il domicilio o la sede in uno Stato membro diverso da quello di apertura*”⁷⁴.

6. *La Model Law on Cross- Border Insolvency*

In termini temporali, oltre ai documenti preparatori citati nei precedenti paragrafi, il legislatore europeo ha potuto trarre ispirazione anche in un altro importante documento elaborato questa volta dalla Commissione permanente presso le Nazioni Unite per la Legislazione del Commercio Internazionale UNCITRAL e consistente nel *Model Law on Cross- Border Insolvency* approvato il 30 maggio del 1997, la cui analisi si rivela in questa sede importante ai fini di una puntuale esposizione delle previsioni contenute nel Reg. 1346/00⁷⁵.

La *Model Law* in esame ha costituito la base legislativa nella materia *de qua* per una molteplicità di ordinamenti giuridici facenti capo a nazioni quali gli U.S.A., il Regno Unito, la Polonia, la Romania, il Montenegro, la Serbia, il Messico, il Sud Africa, le Isole Vergini Britanniche, l'Eritrea e il Giappone⁷⁶.

⁷⁴ Al *Considerando* 21, prima parte: “*Ciascun creditore, che abbia la sua residenza abituale, il suo domicilio o la sede statutaria nella Comunità, dovrebbe avere diritto di insinuare i suoi crediti in ciascuna delle procedure di insolvenza pendenti nella Comunità sul patrimonio del debitore.*” All'art. 32 par. 1 del Regolamento si precisa poi che: “*Ogni creditore può insinuare il proprio credito nella procedura principale e in qualsiasi procedura secondaria.*” QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 40.

⁷⁵ CARBONE, *Una nuova ipotesi di disciplina italiana sull'insolvenza transfrontaliera*, op. cit., 591; GHIA, *Gli obiettivi della Guida Legislativa sull'Insolvenza dell'UNCITRAL*, in *il Fallimento*, 2005, 1229; VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 60; VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale: storia del problema – in Germania, in Italia e nei progetti di convenzione internazionale*, cit.; QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 53; *La Model Law*, ai sensi dell'art. 1 si applica dove “(a) Assistance is sought in this State by a foreign court or a foreign representative in connection with a foreign proceeding; or (b) Assistance is sought in a foreign State in connection with a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency]; or (c) A foreign proceeding and a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency] in respect of the same debtor are taking place concurrently; or (d) Creditors or other interested persons in a foreign State have an interest in requesting the commencement of, or participating in, a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency].”

⁷⁶ Tale intervento normativo delle Nazioni Unite è stato anch'esso dettato dall'esigenza di

Essa introduce il principio dell' "universalità limitata", nell'accezione di "modificata", in base al quale alla procedura principale, che si apre nel luogo ove è situato il centro degli interessi principali del debitore, si affiancano procedimenti locali volti esclusivamente alla liquidazione del patrimonio del debitore e funzionali alla piena realizzazione del procedimento principale stesso⁷⁷. Pertanto si può già notare che la fondamentale differenza tra il modello universale "limitato" e quello "modificato" consista nel fatto che quest'ultimo non prevede l'apertura in via secondaria di procedure autonome vere e proprie che invece sono radicabili applicando il modello limitato.

La *Model Law* si pone come obiettivo quello di assistere gli Stati nella stesura di leggi interne sulle procedure di insolvenza " *with a modern, harmonized and fair frame work to address more effectively proceedings in taking place*", rispettando " *the differences among National procedural laws and does not attempt a substantive unification of insolvency law. It offers solutions that hel in several modest, but nonetheless significant ways*".⁷⁸

Dunque, la *Model Law* fornisce una guida cui gli Stati possono ispirarsi nel progetto di sensibilizzazione e apertura alle regole giuridiche straniere, pur sempre nella loro autonomia di disciplina e della loro sovranità⁷⁹.

Tale formula normativa rientra pienamente nel noto meccanismo di armonizzazione detto "soft law"⁸⁰.

assicurare nelle transazioni internazionali la certezza del mercato e la promozione dello sviluppo economico, evitando fratture tra i sistemi finanziari nazionali e il sistema finanziario internazionale e assicurando il coordinamento delle varie giurisdizioni. Al sito internet: <http://www.uncitral.org>.

⁷⁷ QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 53.

⁷⁸ Rispettando le diversità che sussistono tra i diversi ordinamenti, la *Model Law* dunque non cerca di unificare le leggi interne dei singoli Stati in materia di insolvenza transnazionale, ma opera un graduale avvicinamento delle stesse, mediante la previsione di strumenti atti a favorire la cooperazione tra Corti e autorità competenti nonché il coordinamento degli strumenti procedurali. ESPLUGUES, *The Uncitral Model Law on Cross-Border Insolvency: an approach*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1998, 657; CARBONE, *Una nuova ipotesi di disciplina italiana sull'insolvenza transfrontaliera*, op. cit., 591; in *Guide to Enactment of the Uncitral* al sito internet: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html;

QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 53.

⁷⁹ In *Guide to enactment la Model Law* è definita "a vehicle for the harmonization of laws"; CARBONE, *Una nuova ipotesi di disciplina italiana sull'insolvenza transfrontaliera*, op. cit., 591; VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 60; ⁷⁹QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 53.

⁸⁰ UNCITRAL *Guide*: "A model law is a legislative text that is recommended to States for incorporating into their national law. Unlike an international convention, a model law does not

La caratteristica principale della *Model Law* è la *flexibility*, nel senso che essa permette al singolo Stato di modificare il testo *standard* proposto per renderlo compatibile con il proprio ordinamento, benché la *Guide to Enactment* evidenzi come le modifiche debbano essere ridotte al minimo⁸¹.

Rispetto alla disciplina delineata nel Reg. 1346/00, benché i due testi normativi si ispirino ai medesimi principi, la *Model Law* presenta alcune peculiarità, tra cui la mancata statuizione di una qualsivoglia subordinazione della procedura secondaria a quella principale, che invece è presente nel citato Regolamento. Diversamente, essa prevede invece uno stretto confronto tra la procedura straniera, aperta nello Stato ove il debitore vede ubicato il centro dei suoi interessi principali o anche una dipendenza, e la procedura locale. Nel caso in cui si aprano contemporaneamente due procedure concorsuali, una straniera e una locale, il giudice interno deve porre in essere una serie di controlli per verificare la compatibilità degli effetti della procedura straniera con quella locale, a causa della mancata previsione del riconoscimento automatico delle decisioni giudiziarie straniere in materia fallimentare⁸².

Ancora, nel caso in cui venga aperta una procedura locale prima di quella straniera, il curatore straniero potrà ottenere misure conservative o sospensive di istanze individuali solo dopo il controllo di compatibilità della procedura estera con quella locale. Infatti, non si producono gli effetti tipici del riconoscimento di una procedura principale, quali la sospensione automatica delle azioni individuali e delle azioni esecutive gravanti sui beni del debitore dichiarato fallito⁸³.

require the State enacting it to notify the United Nations or other States that may have also enacted it”.

⁸¹ In *Guide to Enactment*: “That States make as few changes as possible in incorporating the model law into their legal system”; VELLANI, *L’approccio giurisdizionale all’insolvenza transfrontaliera*, cit., 60; QUEIROLO, *Le procedure d’insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 53; ESPLUGUES, *The UNCITRAL Model Law of 1997 on Cross Border Insolvency: an approach*, op.cit., 657.

⁸² CARBONE, *Una nuova ipotesi di disciplina italiana sull’insolvenza transfrontaliera*, op. cit., 591; VELLANI, *L’approccio giurisdizionale all’insolvenza transfrontaliera*, cit., 60.

⁸³ Art. 19: “From the time of filing an application for recognition until the application is decided upon, the court may, at the request of the foreign representative, where relief is urgently needed to protect the assets of the debtor or the interests of the creditors, grant relief of a provisional nature, including:

(a) Staying execution against the debtor’s assets;

(b) Entrusting the administration or realization of all or part of the debtor’s assets located in this

Nell'ipotesi contraria, invece, ove la procedura locale venga dichiarata aperta successivamente a quella straniera, ogni provvedimento già concesso nella procedura straniera deve essere riesaminato per verificarne la compatibilità con la procedura locale: se gli effetti prodottisi a seguito del riconoscimento dello stato di insolvenza si rivelano incompatibili con la procedura locale si chiede all'autorità straniera di revocarli ovvero modificarli ⁸⁴.

Ricapitolando, la *Model Law* assumendo quindi il modello dell'universalità modificata quale coesistenza coordinata di più procedure delocalizzate in capo a giudici nazionali, offre a questi la potestà di valutare dell'opportunità di aprire procedure locali volte esclusivamente alla liquidazione del patrimonio del debitore in modo meramente strumentale alla migliore realizzazione degli scopi del fallimento principale; diversamente nel sistema della procedure secondarie

State to the foreign representative or another person designated by the court, in order to protect and preserve the value of assets that, by their nature or because of other circumstances, are perishable, susceptible to devaluation or otherwise in jeopardy;

(c) Any relief mentioned in paragraph 1 (c), (d) and (g) of article 21. [Insert provisions (or refer to provisions in force in the enacting State) relating to notice.]

Unless extended under paragraph 1 (f) of article 21, the relief granted under this article terminates when the application for recognition is decided upon. The court may refuse to grant relief under this article if such relief would interfere with the administration of a foreign main proceeding". Art. 21: "*Upon recognition of a foreign proceeding, whether main or non-main, where necessary to protect the assets of the debtor or the interests of the creditors, the court may, at the request of the foreign representative, grant any appropriate relief, including:*

(a) Staying the commencement or continuation of individual actions or individual proceedings concerning the debtor's assets, rights, obligations or liabilities, to the extent they have not been stayed under paragraph 1 (a) of article 20;

(b) Staying execution against the debtor's assets to the extent it has not been stayed under paragraph 1 (b) of article 20;

(c) Suspending the right to transfer, encumber or otherwise dispose of any assets of the debtor to the extent this right has not been suspended under paragraph 1 (c) of article 20;

(d) Providing for the examination of witnesses, the taking of evidence or the delivery of information concerning the debtor's assets, affairs, rights, obligations or liabilities;

(e) Entrusting the administration or realization of all or part of the debtor's assets located in this State to the foreign representative or another person designated by the court;

(f) Extending relief granted under paragraph 1 of article 19;

(g) Granting any additional relief that may be available to [insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State] under the laws of this State. Upon recognition of a foreign proceeding, whether main or non-main, the court may, at the request of the foreign representative, entrust the distribution of all or part of the debtor's assets located in this State to the foreign representative or another person designated by the court, provided that the court is satisfied that the interests of creditors in this State are adequately protected. In granting relief under this article to a representative of a foreign non-main proceeding, the court must be satisfied that the relief relates to assets that, under the law of this State, should be administered in the foreign non-main proceeding or concerns information required in that proceeding".

⁸⁴ Artt. 19 e 21 della *Model Law on Cross Border Insolvency*; CARBONE, *Una nuova ipotesi di disciplina italiana sull'insolvenza transfrontaliera*, op. cit., 591.

accolto invece dal Reg. 1346/00, attuativo del modello dell'universalità limitata, in ambito europeo pur disponendo della facoltà di aprire un'unica procedura a carattere universale, si assiste di regola all'apertura di veri e propri procedimenti concorsuali di carattere secondario nei paesi ove il debitore abbia beni o interessi sufficienti a giustificarla⁸⁵.

Come il Reg. 1346/00 così la *Model Law* prevede un obbligo di collaborazione ed informazione reciproca tra curatori e tra tribunali dei diversi paesi coinvolti nel fallimento⁸⁶.

Nel 1999 l'UNCITRAL ha proseguito i lavori in materia di insolvenza interna ai Paesi ove trova applicazione il proprio intervento normativo, dando particolare attenzione all'insolvenza societaria anche transnazionale, che si conclusero nel 2004 con l'adozione dell'UNCITRAL *Legislative Guide on insolvency law*⁸⁷.

Per la delicatezza della materia, che coinvolge per lo più aspetti di politica legislativa, l'UNCITRAL ha scelto quale strumento quello della guida e non quello del modello di testo normativo⁸⁸.

⁸⁵ QUEIROLO, *L'evoluzione dello spazio giuridico europeo: in particolar la disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, op. cit., 903.

⁸⁶ Art. 25: " *In matters referred to in article 1, the court shall cooperate to the maximum extent possible with foreign courts or foreign representatives, either directly or through a [insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State]. The court is entitled to communicate directly with, or to request information or assistance directly from, foreign courts or foreign representatives*". Art. 26: "In matters referred to in article 1, a [insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State] shall, in the exercise of its functions and subject to the supervision of the court, cooperate to the maximum extent possible with foreign courts or foreign representatives. The [insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State] is entitled, in the exercise of its functions and subject to the supervision of the court, to communicate directly with foreign courts or foreign representatives". Art. 27: "Cooperation referred to in articles 25 and 26 may be implemented by any appropriate means, including: (a) Appointment of a person or body to act at the direction of the court; (b) Communication of information by any means considered appropriate by the court; (c) Coordination of the administration and supervision of the debtor's assets and affairs; (d) Approval or implementation by courts of agreements concerning the coordination of proceedings; (e) Coordination of concurrent proceedings regarding the same debtor; (f) [The enacting State may wish to list additional forms or examples of cooperation]". VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 60.

⁸⁷ Il testo integrale al sito: <http://www.uncitral.org>; GHIA, *Gli obiettivi della Guida Legislativa sull'insolvenza dell'UNCITRAL*, op. cit., 1229; QUEIROLO, *Le procedure di insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 53.

⁸⁸ Il testo licenziato contiene 192 "raccomandazioni", costituite dalla ricognizione delle esperienze normative raccolte, classificate e commentate in un *corpus* redatto da esperti del settore dopo una serie di indagini internazionali compiute sulle diverse normative in materia, nonché da una selezione di *best practices*, ovvero dei comportamenti ritenuti ottimali e validati, consigliati in costanza di insolvenza transfrontaliera. GHIA, *Gli obiettivi della Guida Legislativa*

Anche la *Guide Law* non fornisce delle soluzioni predeterminate, ma aiuta l'utilizzatore nella scelta dell'approccio migliore per la risoluzione del problema di specie nel contesto nazionale o locale, riducendo al minimo gli eventuali conflitti positivi di giurisdizione⁸⁹.

Meritano poi menzione le previsioni del cosiddetto *Cross Border Insolvency Concordat* approvato dall'*Insolvency and Creditors' Rights Committee of the International Bar Association* il 31 maggio del 1996, informato anch'esso alla collaborazione tra ordinamenti, che trova applicazione nel mondo anglosassone tra i *lawyers* aderenti.⁹⁰

Il *Concordat*, come la *Model Law*, si ispira alla prassi dei paesi di *common law*, suggerendo una serie di principi-modello che gli Stati nazionali, gli organi giudiziari o i soggetti privati possono adottare per risolvere le controversie fallimentari, aiutando in tal modo il consolidamento di regole uniformi⁹¹.

Per raggiungere lo scopo adotta una regolamentazione flessibile, all'interno della quale si trovano le linee guida di carattere processuale volte a disciplinare i rapporti tra gli ordinamenti interessati dalla crisi dell'impresa⁹².

sull'*Insolvenza UNCITRAL*, op. cit., 1229.

⁸⁹ VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 60; QUIEROLO, *Le procedure di insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 53.

⁹⁰ CARBONE, *Una nuova ipotesi di disciplina italiana sull'insolvenza transfrontaliera*, op. cit., 591; VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 60; QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 61.

⁹¹ CARBONE, *Una nuova ipotesi di disciplina italiana sull'insolvenza transfrontaliera*, op. cit., 591; VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 60; QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 53.

⁹² Nel preambolo del *Concordat*: "*Flexibility in the rules appears to be indispensable in international bankruptcy. The situations which arise are so varied that any one rigid rule cannot solve all of them satisfactorily. Neither the theory of territoriality nor the theory of ubiquity can cope adequately with the divergent situations*". Testo integrale al sito internet: <http://www.iiiglobal.org/component/downloads/?task=view.download&cid=1522>. Tre sono le ipotesi che il *Concordat* prende in considerazione: il caso di apertura di un'unica procedura; quello di apertura di una procedura principale e una o più procedure secondarie; ed infine il caso di apertura di più procedure nessuna delle quali con il carattere di procedura principale. La risoluzione del primo caso è piuttosto lineare, in quanto le corti e il curatore di un unico Stato sono chiamati a gestire l'insolvenza, con la previsione del solo onere in capo agli altri Stati ove sono localizzati taluni beni del debitore di dare applicazione al buon principio informatore della collaborazione. Nel secondo caso, in cui si accendono sia una procedura principale che una o più procedure secondarie, viene riconosciuto in capo al curatore del *main proceeding* il potere di recuperare i beni del fallito ovunque ubicati, intervenendo eventualmente negli altri procedimenti. La terza ipotesi è senza dubbio la più complicata, poiché non si attribuisce alcun ruolo preminente ad alcuna di esse; in questa fattispecie il *Concordat* prevede un collegamento tra le diverse procedure, da attuare mediante lo strumento delle intese tra le autorità competenti a procedere, al fine di evitare soluzioni contrastanti. In tutti e tre i casi suddetti resta comunque

7. L'influenza del Reg. 1346/00 nell'ordinamento italiano

Nonostante l'adozione del Regolamento comunitario, dal 2002 ad oggi la maggior parte degli ordinamenti degli Stati europei è rimasta fedele all'impostazione territorialistica della disciplina fallimentare⁹³.

In Italia, la trattazione della materia dell'insolvenza transfrontaliera ha trovato una prima risposta normativa nel 1942 con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura civile e della legge fallimentare, benché le due fonti non prendessero in considerazione il problema in modo specifico⁹⁴.

Il problema era legato alla lacuna legislativa in tema di definizione della giurisdizione del giudice italiano, in quanto l'art. 4 del Codice di rito si limitava ad elencare espressamente i presupposti per l'esercizio della giurisdizione civile in riferimento alle ipotesi del processo di cognizione e del processo cautelare, senza fare riferimento a quello esecutivo, volontario e soprattutto fallimentare⁹⁵.

Molti studiosi hanno quindi dedicato i loro studi alla *vexata quaestio* inerente la natura della sentenza di fallimento per consentire l'applicazione dell'art. 4 citato anche questa tipologia di sentenze.

Parte della dottrina ha riconosciuto nella sentenza di fallimento il carattere

fermo l'obbligo di informazione tra curatori e autorità intervenienti nonché l'onere di rispettare i principi di diritto internazionale con particolare riguardo a quelli sanciti dal diritto contrattuale e commerciale. CARBONE, *Una nuova ipotesi di disciplina italiana sull'insolvenza transfrontaliera*, op. cit., 591; QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 61.

⁹³ QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 263.

⁹⁴ VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale: storia del problema – in Germania, in Italia e nei progetti di convenzione internazionale*, cit., 197; QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 263.

⁹⁵ Art. 4 del c.p.c. (ex artt. 105 e 106 del codice di rito del 1865): (Giurisdizione rispetto allo straniero) "Lo straniero può essere convenuto davanti ai giudici della Repubblica: 1) se quivi e' residente o domiciliato, anche elettivamente, o vi ha un rappresentante che sia autorizzato a stare in giudizio a norma dell'articolo 77, oppure se ha accettato la giurisdizione italiana, salvo che la domanda sia relativa a beni immobili situati all'estero; 2) se la domanda riguarda beni esistenti nella Repubblica o successioni ereditarie di cittadino italiano o aperte nella Repubblica, oppure obbligazioni quivi sorte o da eseguirsi; 3) se la domanda e' connessa con altra pendente davanti al giudice italiano, oppure riguarda provvedimenti cautelari da eseguirsi nella Repubblica o relativi a rapporti dei quali il giudice italiano può conoscere; 4) se, nel caso reciproco, il giudice dello Stato al quale lo straniero appartiene può conoscere delle domande proposte contro un cittadino italiano". L'articolo è stato abrogato dall'art. 73, L. 31 maggio 1995, n. 218. BONGIORNO, *Universalità e territorialità del fallimento (problemi antichi ma sempre più attuali)*, op. cit., 666; BONGIORNO, *Osservazioni in tema di universalità e territorialità del fallimento*, op. cit., 261.

puramente esecutivo del provvedimento, ritenendo sufficiente ai fini della dichiarazione in Italia della stessa, la presenza di un patrimonio “attuale e reale”, indipendentemente dal fatto che il dissesto si fosse ivi verificato; altra autorevole dottrina ha invece riconosciuto alla sentenza di fallimento un carattere squisitamente dichiarativo, *rectius* cognitivo, per cui il tribunale italiano poteva procedere nella declaratoria di fallimento solo ove sussistessero le condizioni richieste nel caso di pronuncia giudiziale nei confronti del cittadino straniero, operando un’equiparazione non del tutto corretta tra il “fallito estero” e lo “straniero”⁹⁶.

Peraltro per risolvere il problema della dubbia applicabilità dell’art. 4 citato i giuristi hanno provveduto a ricorrere a diversi strumenti disponibili nella allora vigente normativa, per risolvere la questione: si trattava da una parte del richiamo agli artt. 796 ss del nuovo codice di procedura civile, oggi abrogati dall’art. 73 della legge 31 maggio 1995 n. 218, che disciplinavano il riconoscimento delle sentenze straniere; dall’altra del richiamo all’art. 9 comma 2 della legge fallimentare che disciplinava, allora come ora, il riconoscimento in Italia delle procedure concorsuali straniere, sancendo il principio dell’autonomia dei tribunali fallimentari italiani rispetto a quelli stranieri⁹⁷.

Queste norme così come sopradescritte sembrano essere contrastanti.

Tuttavia, secondo parte della dottrina, l’apparente contrasto tra le norme

⁹⁶ Tra i sostenitori della natura esecutiva della sentenza di fallimento, AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961, 1773, e ANDRIOLI, per il quale si veda il *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1961, 20. Tra i sostenitori della natura dichiarativa della declaratoria di fallimento PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, 2817. Secondo l’autore da ultimo citato non è necessario accertare lo stato di insolvenza né che la sede principale del debitore sia ubicata in Italia, ma è sufficiente la mera presenza nel territorio italiano di beni di proprietà ovvero obbligazioni intestate al debitore fallito fino a considerare rilevante anche la presenza di “*singoli elementi patrimoniali attivi o passivi che l’esecuzione collettiva sia rivolta a liquidare e realizzare*”. BONGIORNO, *Universalità e territorialità del fallimento (problemi antichi ma sempre più attuali)*, op. cit., 666; BONGIORNO, *Osservazioni in tema di universalità e territorialità del fallimento*, op. cit., 261.

⁹⁷ L’art. 796 c.p.c. recita: “ *chi vuol far valere nella Repubblica una sentenza straniera deve proporre domanda mediante citazione davanti alla Corte d’Appello del luogo in cui la sentenza deve avere attuazione*”. In diritto fallimentare, però, le decisioni straniere non solo non producono effetti diretti in Italia, ma anche successivamente alla deliberazione la procedura accesa all’estero non si estende sui beni siti nel territorio dello stato italiano. L’art. 9 comma 2 recita: “ *L’imprenditore, che ha all’estero la sede principale dell’impresa, può essere dichiarato fallito nel Regno anche se è stata pronunciata dichiarazione di fallimento all’estero*”. VANZETTI, *L’insolvenza transnazionale: storia del problema – in Germania, in Italia e nei progetti di convenzione internazionale*, cit., 197; BONGIORNO, *Universalità e territorialità del fallimento (problemi antichi ma sempre più attuali)*, op. cit., 666.

codicistiche e la legge fallimentare si sarebbe risolto partendo dall'assunto che l'art. 9 della l. fall. nulla rinnovava in tema di limiti della giurisdizione italiana ai fini della dichiarazione di fallimento: infatti il primo comma, individuando la competenza in capo al "*tribunale del luogo dove l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa*", avrebbe contenuto una disposizione esclusiva sulla competenza territoriale interna, mentre il secondo comma si sarebbe limitato a richiamare, adattandolo alle procedure concorsuali, il principio generale di cui all'abrogato art. 3 c.p.c., che sanciva l'irrelevanza della litispendenza straniera⁹⁸. Perciò, vi sarebbe stata giurisdizione italiana per la dichiarazione di fallimento in tutti quelle ipotesi in cui l'imprenditore avesse avuto nel nostro Stato un centro principale o secondario della sua attività d'impresa⁹⁹.

Per risolvere situazioni in cui il fallimento presentasse caratteri di estraneità rispetto all'ordinamento italiano, la dottrina al tempo dominante ha richiamato anche il disposto dell'art. 27 delle disposizioni preliminari al c.c., il quale precisa che "*La competenza e la forma del processo sono regolate dalla legge del luogo in cui il processo si svolge*", riconoscendo l'applicazione al caso di specie della *lex fori*¹⁰⁰.

Ciò significava che l'imprenditore straniero, agente in Italia, rispondeva delle conseguenze ricollegate all'esercizio dei diritti che gli fossero stati concessi, che venivano valutate, alla luce della regola della territorialità della legge processuale, secondo la normativa italiana.

Di fondamentale importanza risultava quindi il coordinamento tra il fallimento dichiarato in Italia e quello straniero, non potendo essere quest'ultimo ignorato

⁹⁸ Art. 9 comma 1 r.d. 267/1942: "*Il fallimento è dichiarato dal tribunale del luogo dove l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa*". Art. 3 c.p.c.: (Pendenza di lite davanti a giudice straniero) "*La giurisdizione italiana non è esclusa dalla pendenza davanti a un giudice straniero della medesima causa o di altra con questa connessa*" (Articolo abrogato dall'art. 73, L. 31 maggio 1995, n. 218). VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale: storia del problema – in Germania, in Italia e nei progetti di convenzione internazionale*, cit., 197; QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit. 263; BONGIORNO, *Universalità e territorialità del fallimento (problemi antichi ma sempre più attuali)*, op. cit., 666.

⁹⁹ VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale: storia del problema – in Germania, in Italia e nei progetti di convenzione internazionale*, cit., 197.

¹⁰⁰ Art. 27 disp. prel. c.c. (Legge regolatrice del processo): "*La competenza e la forma del processo sono regolate dalla legge del luogo in cui il processo si svolge*". BONGIORNO, *Universalità e territorialità del fallimento (problemi antichi ma sempre più attuali)*, op. cit., 666; BONGIORNO, *Osservazioni in tema di universalità e territorialità del fallimento*, op. cit., 261.

benché la normativa permetta a ciascuna procedura di proseguire in totale autonomia.

A questo punto due erano le questioni, tra loro collegate, sollevate dalla dottrina: la prima riguardava il riconoscimento di un'eventuale efficacia ultraterritoriale dell'art. 51 della legge fallimentare; la seconda invece ineriva il tema dell'ammissione al passivo¹⁰¹.

Le soluzioni offerte al riguardo si rivelarono numerose: tale dottrina ammetteva l'insinuazione al passivo dell'intero credito anche da parte del creditore che avesse agito in via esecutiva all'estero, consentendogli di partecipare ai riparti interni solo dopo che gli altri creditori concorrenti dello stesso rango fossero stati soddisfatti in uguale misura; altra dottrina invece consentiva l'insinuazione al passivo anche a chi avesse parzialmente soddisfatto all'estero il proprio credito attraverso un'azione esecutiva individuale, ma solo per la parte residua, ammettendo il creditore a partecipare da subito anche ai riparti parziali; altra dottrina ancora considerava infine il creditore parzialmente soddisfatto all'estero come debitore della massa interna, ammettendolo al passivo solo dopo la restituzione di quanto percepito all'estero¹⁰².

Tornando alla legge applicabile alle diverse fasi del concorso, secondo il parere dominante della dottrina la *lex fori concursus* avrebbe dovuto determinare quali fossero i modi di chiusura del fallimento e quali i loro presupposti, nonché le condizioni per l'eventuale riapertura del fallimento.

Ancora, anche in relazione alla definizione dello stato di insolvenza si ammetteva che fosse determinato dalla *lex fori*¹⁰³.

Prima del Reg. 1346/00 il sistema del diritto processuale internazionale è stato innovato nell'ordinamento italiano con l'entrata in vigore della l. 218/1995, largamente ispirata ai principi sanciti dalla Convenzione di Bruxelles del

¹⁰¹ Art. 51 del r.d. 267/1942: "Salvo diversa disposizione della legge dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva può essere iniziata o seguita sui beni compresi nel fallimento". BONGIORNO, *Osservazioni in tema di universalità e territorialità del fallimento*, op. cit., 261.

¹⁰² VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale: storia del problema – in Germania, in Italia e nei progetti di convenzione internazionale*, cit., 197.

¹⁰³ VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale: storia del problema – in Germania, in Italia e nei progetti di convenzione internazionale*, cit., 197.

1968¹⁰⁴.

L'ordinamento italiano, *ante* 1995, si presentava intriso da un'impostazione pubblicistica e territorialistica, come già ampiamente dichiarato. A dimostrazione di quanto affermato, basti richiamare il già citato art. 9 della legge fallimentare, che riconosce la giurisdizione in capo al giudice italiano per la dichiarazione di fallimento di un imprenditore sia nel caso in cui questi abbia in Italia la sede principale della sua impresa, sia nel caso in cui la sede principale si trovi all'estero e sia già stato dichiarato fallito nell'ordinamento straniero¹⁰⁵.

L'articolo prevede, dunque, due titoli di giurisdizione, in grado di operare a prescindere dalla nazionalità o domicilio del fallendo: la presenza in Italia di una sede principale e la localizzazione di una sede secondaria o dell'esercizio di attività imprenditoriale, pur dovendo limitare gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento al solo territorio dello Stato, in base al principio di territorialità¹⁰⁶.

Viceversa, si riteneva pacificamente applicabile il procedimento di delibazione, di cui agli artt. 796 ss del c.p.c., per riconoscere in Italia l'efficacia alle sentenze dichiarative di fallimento pronunciate all'estero¹⁰⁷.

Tale impostazione pubblicistica e nazionalistica è stata messa in crisi dalla l. 218/1995, intitolata "*Legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*": vennero ivi respinti sia il principio dell'irrilevanza della litispendenza internazionale, sia la necessità del giudizio di delibazione¹⁰⁸.

Nello spazio giudiziario europeo, a mente della sopraccitata Convenzione di

¹⁰⁴ QUEIROLO, *L'evoluzione dello spazio giudiziario europeo: in particolare la disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, op. cit., 903; QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 263.

¹⁰⁵ FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, op. cit., 677; PUNZI, *Le procedure d'insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, op. cit., 997; VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale: storia del problema – in Germania, in Italia e nei progetti di convenzione internazionale*, cit., 197; QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 263.

¹⁰⁶ Art. 9 r.d. 267/1942: "*Il fallimento è dichiarato dal tribunale del luogo ove l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa. L'imprenditore, che ha all'estero la sede principale dell'impresa, può essere dichiarato fallito nel territorio dello stato anche se è già stata pronunciata dichiarazione di fallimento all'estero*". PAPPALARDO REALE, *Il regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza transfrontaliere*, op. cit., 1095; DE SANTIS, *La normativa comunitaria relativa alle procedure di insolvenza transfrontaliere e il diritto processuale interno: dialoghi tra formanti*, op. cit., 91.

¹⁰⁷ PAPPALARDO REALE, *Il regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza*, op. cit., 1095; BACCAGLINI, *Il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza fallimentare straniera in Italia*, cit., 24.

¹⁰⁸ QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 263.

Bruxelles del 1968, si perseguiva una sorta di universalismo della regolamentazione della funzione giurisdizionale, ripartendo la competenza tra gli Stati membri nello stesso modo in cui ciò accadeva all'interno di un sistema processuale nazionale; in questa prospettiva anche il legislatore italiano ha operato un'apertura analoga nei confronti degli altri ordinamenti giudiziari.

La legge da ultimo menzionata tuttavia nulla dice né circa l'eventuale estensione ultraterritoriale degli effetti previsti dalla *lex fori* qualora la procedura concorsuale, aperta in Italia presenti caratteri transnazionali, né circa il riconoscimento delle declaratorie di fallimento estere, qualora sussistano elementi di contatto con l'ordinamento italiano. Pur in mancanza di riferimenti *expressis verbis* circa le procedure concorsuali, la legge di riforma risolve il problema della competenza giurisdizionale in tema di fallimento transfrontaliero all'art. 3 secondo comma ultima parte, ove codifica il principio, già elaborato in via interpretativa, per cui la competenza giurisdizionale è individuata sulla base della somma delle competenze territoriali ed è retta sui medesimi presupposti¹⁰⁹.

Detta metodologia, che quindi desume dal diritto internazionale i criteri di competenza territoriale quali criteri di giurisdizione, fa sì che anche l'art. 24 della legge fallimentare italiana diventi una norma sulla giurisdizione¹¹⁰.

Circa i rapporti intercorrenti tra le diverse giurisdizioni è l'art. 7 della l. 218/1995, in tema di litispendenza internazionale, a dare una risposta alla questione¹¹¹.

¹⁰⁹ Art. 3 comma 2 della l. 218 del 1995: "*La giurisdizione sussiste inoltre in base ai criteri stabiliti dalle Sezioni 2, 3 e 4 del Titolo II della Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e protocollo, firmati a Bruxelles il 27 settembre 1968, resi esecutivi con la L. 21 giugno 1971, n. 804, e successive modificazioni in vigore per l'Italia, anche allorché il convenuto non sia domiciliato nel territorio di uno Stato contraente, quando si tratti di una delle materie comprese nel campo di applicazione della Convenzione. Rispetto alle altre materie la giurisdizione sussiste anche in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio*". DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, op. cit., 693.

¹¹⁰ Art. 24 r.d. 267/1942: (Competenza del tribunale fallimentare) "*Il tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore*". DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, op. cit., 693.

¹¹¹ Art. 7 l. 218/1995: "*Quando, nel corso del giudizio, sia eccepita la previa pendenza tra le stesse parti di domanda avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo dinanzi a un giudice straniero, il giudice italiano, se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetto per l'ordinamento italiano, sospende il giudizio. Se il giudice straniero declina la propria giurisdizione o se il provvedimento straniero non è riconosciuto nell'ordinamento italiano, il*

Ci si è chiesto se detta disciplina della litispendenza estera possa dirsi applicabile anche in materia fallimentare dal momento che, volendo quest'ultima tutelare un interesse pubblicistico che va a limitare fortemente il potere dispositivo delle parti, sembrerebbe incompatibile con il dettato dell'art. 7 comma primo, secondo il quale la sospensione può essere disposta solo su eccezione di parte¹¹².

Ancora, non bisogna dimenticare come l'art. 7 faccia riferimento alle sole sentenze passate in giudicato, dalle quali si distingue la sentenza declaratoria di fallimento in quanto non si limita a chiudere la fase prefallimentare, ma costituisce lo strumento che permette il passaggio alla successiva fase, prima dello stesso passaggio in giudicato.

Sulla base di queste considerazioni qualcuno ha pertanto ritenuto applicabile la sospensione di cui al comma 3 dell'art. 7, il quale afferma che *“Nel caso di pregiudizialità di una causa straniera, il giudice italiano può sospendere il processo se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetti per l'ordinamento italiano”*¹¹³.

Da qui l'incompatibilità con la previsione dell'art. 9 della legge fallimentare, che sancisce l'opposta regola per cui la dichiarazione di fallimento pronunciata all'estero nei confronti di un imprenditore, che abbia in Italia la sede secondaria o ivi abbia esercitato l'attività imprenditoriale, non impedisce l'apertura di un'analoga procedura nello stato italiano.

Ai sensi dell'art. 64 della legge di riforma, è stato poi superato il procedimento di delibazione, a favore del riconoscimento automatico dei provvedimenti

giudizio in Italia prosegue, previa riassunzione ad istanza della parte interessata. □ La pendenza della causa innanzi al giudice straniero si determina secondo la legge dello Stato in cui il processo si svolge. Nel caso di pregiudizialità di una causa straniera, il giudice italiano può sospendere il processo se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetti per l'ordinamento italiano”. QUEIROLO, *L'evoluzione dello spazio giudiziario europeo: in particolare la disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, op. cit., 903; DI AMATO, *Le procedure nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, op. cit., 693; DE SANTIS, *La normativa comunitaria relativa alle procedure di insolvenza transfrontaliere e il diritto processuale interno: dialoghi tra formanti*, op. cit., 91; PUNZI, *Le procedure d'insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, op. cit., 997.

¹¹² DI AMATO, *Le procedure nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, op. cit., 693.

¹¹³ DI AMATO, *Le procedure nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, op. cit., 693.

giurisdizionali emessi all'estero. Anche in questo caso la previsione si scontra con il dettato dell'art. 9 del r.d. Del 1942¹¹⁴.

L'incompatibilità delle due normative è determinata dalla mancanza di coordinamento tra le stesse. A fronte di dette difficoltà, sono state proposte dalla dottrina tre soluzioni.

La prima di queste si basa sul presupposto che la legge di riforma abbia operato di fatto l'abrogazione implicita dell'art. 9 comma 2 della legge fallimentare. Questa prima soluzione non appare condivisibile in quanto non consentirebbe l'apertura di una procedura concorsuale in Italia, non essendo in grado di tener presente la specificità della materia fallimentare in particolare in relazione al fatto che la sentenza dichiarativa di fallimento non definisce la controversia bensì ne determina l'inizio. Non si può, alla luce di questa considerazione, operare una semplicistica equiparazione tra riconoscimento ed esecuzione della sentenza dichiarativa di fallimento con una qualsiasi altra decisione a carattere cognitivo, resa in materia civile e commerciale¹¹⁵.

La seconda tesi risolutiva si fonda sulla ininfluenza della legge di riforma del 1995 sulla materia fallimentare. Accogliere una siffatta soluzione limiterebbe enormemente la portata della riforma del diritto processuale civile internazionale, che si radica su principi opposti rispetto al sistema *ante* riforma,

¹¹⁴ Art. 64 l. 218/1995: "*La sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando: a) il giudice che l'ha pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano; b) l'atto introduttivo del giudizio è stato portato a conoscenza del convenuto in conformità a quanto previsto dalla legge del luogo dove si è svolto il processo e non sono stati violati i diritti essenziali della difesa; c) le parti si sono costituite in giudizio secondo la legge del luogo dove si è svolto il processo o la contumacia è stata dichiarata in conformità a tale legge; d) essa è passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunciata; e) essa non è contraria ad altra sentenza pronunciata da un giudice italiano passata in giudicato; f) non pende un processo davanti a un giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti, che abbia avuto inizio prima del processo straniero; g) le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico*". DE SANTIS, *La normativa comunitaria relativa alle procedure di insolvenza transfrontaliere e il diritto processuale interno: dialoghi tra formanti*, op. cit., 91; BACCAGLINI, *Il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza fallimentare straniera in Italia*, cit., 46.

¹¹⁵ BONFANTI, *Le procedure concorsuali internazionali tra il regolamento 1346/2000 e la disciplina italiana di diritto internazionale privato*, op. cit., 407; QUEIRIOLO, *L'evoluzione dello spazio giudiziario europeo: in particolare la disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, op. cit., 903; DI AMATO, *Le procedure nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, op. cit., 693.

così da presentare anche quest'ultima soluzione serie criticità¹¹⁶.

La terza soluzione si basa sul tentativo di sviluppo di una lettura congiunta delle due differenti normative, proponendo un'interpretazione evolutiva del sistema fallimentare. Sempre con riferimento all'art. 9, nulla vieta di considerare il criterio della sede principale alla stregua di un titolo che consenta l'apertura di una procedura principale, con effetti tendenzialmente universali, nonché considerare l'ulteriore criterio della sede secondaria ovvero dell'esercizio di attività imprenditoriale, alla stregua di un titolo che consenta di aprire una procedura secondaria, a carattere subordinato rispetto alla prima.

In questo modo non occorre stabilire quale normativa debba prevalere, se il r.d. 267 del 1942 o la l. 218 del 1995¹¹⁷ e ciò fornisce alla terza soluzione un carattere di migliore applicabilità ed attendibilità.

Con l'approvazione del Reg. 1346/00, ispirato al modello dell'universalità limitata, si è data definitiva soluzione anche in Italia al problema legato alla mancanza di coordinamento tra legge fallimentare e l. 218/1995¹¹⁸.

Analizziamo la casistica.

Nell'ipotesi di una società insolvente con sede statutaria in Italia, sia l'art. 3 del Regolamento sia l'art. 9 della legge fallimentare, riconoscono la giurisdizione alle Corti italiane¹¹⁹.

Anche nell'ipotesi di società insolvente con sede principale in uno Stato

¹¹⁶ BONFANTI, *Le procedure concorsuali internazionali tra il regolamento 1346/2000 e la disciplina italiana di diritto internazionale privato*, op. cit., 407; QUEIROLO, *L'evoluzione dello spazio giudiziario europeo: in particolare la disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, op. cit., 903.

¹¹⁷ QUEIROLO, *L'evoluzione dello spazio giudiziario europeo: in particolare la disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, op. cit., 903.

¹¹⁸ QUEIROLO, *L'evoluzione dello spazio giudiziario europeo: in particolare la disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, op. cit., 903; PUNZI, *Le procedure d'insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, op. cit., 997; DE SANTIS, *La normativa comunitaria relativa alle procedure di insolvenza transfrontaliere e il diritto processuale interno: dialoghi tra formanti*, op. cit., 91; VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale: storia del problema – in Germania, in Italia e nei progetti di convenzione internazionale*, cit., 197.

¹¹⁹ Art. 3 par. 1 e 2 del Regolamento 1346/2000: "Sono competenti ad aprire la procedura di insolvenza i giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore. 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. Se il centro degli interessi principali del debitore è situato nel territorio di uno Stato membro, i giudici di un altro Stato membro sono competenti ad aprire una procedura di insolvenza nei confronti del debitore solo se questi possiede una dipendenza nel territorio di tale altro Stato membro. Gli effetti di tale procedura sono limitati ai beni del debitore che si trovano in tale territorio".

membro diverso dall'Italia, nel quale sia stata aperta una procedura principale, e con sede secondaria in Italia, l'introduzione del Regolamento 1346/2000 semplifica la soluzione mediante il dettato dell'art. 3, che dispone che il giudice straniero possa aprire la procedura principale e dichiarare il fallimento del debitore, senza che ciò impedisca al giudice italiano di accendere una procedura secondaria¹²⁰.

Nell'ultima ipotesi in cui la società abbia la propria sede principale in uno Stato terzo, nel quale sia stata aperta una procedura fallimentare, ed una sede secondaria in Italia, il Regolamento non si applica dovendo i giudici far riferimento alle norme di diritto internazionale privato italiano¹²¹.

8. Ambito di applicazione del Reg. 1346/00

Preliminare allo studio di un profilo schiettamente processuale come la giurisdizione nel Reg. 1346/00, è l'individuazione dell'ambito applicativo della normativa comunitaria sia *ratione temporis* sia *ratione materiae*, nonché di alcune nozioni indispensabili per una comprensione agevolata delle questioni di seguito trattate.

Il Reg.1346/00 esso si applica alle procedure di insolvenza aperte negli Stati membri dell'Unione Europea, con l'eccezione della Danimarca, che non è vincolata agli atti comunitari redatti ai sensi del Titolo IV del Trattato CE, salvo espressa volontà adesiva in tal senso, che peraltro sino ad oggi non è stata ancora manifestata da questo Stato¹²².

Altri Stati non vincolati agli atti comunitari si sono invece avvalsi della facoltà di

¹²⁰ BONFANTI, *Le procedure concorsuali internazionali tra il regolamento 1346/2000 e la disciplina italiana di diritto internazionale privato*, op. cit., 407.

¹²¹ BONFANTI, *Le procedure concorsuali internazionali tra il regolamento 1346/2000 e la disciplina italiana di diritto internazionale privato*, op. cit., 407.

¹²² CARBONE, *Il regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, cit., 87; DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione Europea: competenza. Legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, cit., 693; QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 130.

adesione, quali il Regno Unito e l'Irlanda, che conformemente all'art. 3 del Protocollo n. 4 Allegato al Trattato di Amsterdam, hanno notificato l'intenzione di partecipare all'adozione del Regolamento¹²³.

All'applicazione *ratione temporis* dello stesso e ai relativi criteri è dedicato invece l'art. 43 del Regolamento medesimo, sito nel Capitolo V, dedicato alle disposizioni transitorie e finali¹²⁴.

In base al dettato dell'articolo 43 citato, le disposizioni del Reg. 1346/00 si applicano alle sole procedure di insolvenza aperte posteriormente alla sua entrata in vigore, che ai sensi dell'art. 47 del medesimo, risale al 31 maggio del 2002; gli atti posti in essere dal debitore prima di tale data, precisa poi la norma, continuano ad essere disciplinati dalla legge in vigore al momento in cui sono stati compiuti¹²⁵.

Lo stesso criterio si utilizza ai fini della disciplina dei rapporti tra la normativa comunitaria e le convenzioni internazionali: gli strumenti elencati all'art. 44, par. 2 del Regolamento continuano infatti a produrre effetti, limitatamente alle procedure avviate prima dell'entrata in vigore del Regolamento stesso¹²⁶.

Il problema che deriva dall'applicazione del Regolamento comunitario alle procedure in corso, ai sensi dell'art. 43 citato, consiste nella difficoltà legata all'individuazione dell'esatto momento in cui la procedura d'insolvenza stessa possa essere considerata aperta posto che lo stesso art. 2, lett. f), dedicato alle definizioni, si limita ad dichiarare che la procedura si considera tale solo quando *“la decisione di apertura, sia essa definitiva o meno, comincia a produrre*

¹²³ CARBONE, *Il regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, op. cit., 87.

¹²⁴ L'art. 43 del Reg. 1346/00 recita: *“Le disposizioni del presente regolamento si applicano soltanto alle procedure di insolvenza aperte dopo la sua entrata in vigore. Gli atti compiuti dal debitore prima dell'entrata in vigore del presente regolamento continuano ad essere disciplinati dalla legge ad essi applicabile al momento del loro compimento”*. Ricordiamo come il Regolamento entra in vigore il 31 maggio 2002, ex art. 47: *“Il presente regolamento entra in vigore il 31 maggio 2002”*.

¹²⁵ CARBONE, *Il regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, op. cit., 87; DIALTI, *Corte di Giustizia delle Comunità Europee, causa C- 1/04 – Susanne Staubitz – Schreiber*, in *Dir. Fall.*, 2006, 413.

¹²⁶ Secondo in disposto dell'art. 44 par. 2: *“Le convenzioni di cui al paragrafo 1 continuano a produrre effetti nelle materie disciplinate dal presente regolamento per quanto riguarda le procedure iniziate prima dell'entrata in vigore di quest'ultimo”*. CARBONE, *Il regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, cit., 87; DIALTI, *Corte di Giustizia delle Comunità Europee, causa C- 1/04 – Susanne Staubitz – Schreiber*, in *Dir. Fall.*, 2006, 413; PUNZI, *Le procedure d'insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, op. cit., 997.

effetti”, rinviando dunque alle norme nazionali per l’individuazione del suddetto momento¹²⁷.

Il tema dell’applicazione temporale della normativa comunitaria in materia di insolvenza alle procedure in corso al momento della sua entrata in vigore, è stato per la prima volta oggetto di analisi, ai sensi dell’art. 68 del Trattato CE, nella causa C- 1/04 *Staubitz-Schreiber* del 17 gennaio 2006, su domanda del *Bundesgerichtshof* tedesco¹²⁸.

Nel caso di specie la Corte di Giustizia aveva preliminarmente valutato se il Regolamento potesse dirsi o meno applicabile nel caso di specie, in cui la domanda di apertura della procedura di insolvenza era stata proposta prima del 31 maggio 2002, ma anteriormente a tale data non era stata adottata alcuna decisione al riguardo¹²⁹.

Ricordiamo come la dottrina fosse, allora come ora, pacifica nel negare efficacia retroattiva alla disciplina comunitaria, in conformità con le conclusioni dello stesso Avvocato Generale Colomer, secondo la cui opinione non parrebbe applicabile il Reg. 1346/00 qualora la domanda di apertura della procedura di insolvenza risultasse presentata *ante* 31 maggio 2002¹³⁰.

Tuttavia letteralmente ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 43 e 47

¹²⁷ BARIATTI, *Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di Giustizia: il caso Eurofood*, in *Riv. Dir. proc.*, 2007, 203.

¹²⁸ Nella fattispecie concreta la signora *Staubitz-Scheriber*, la quale gestiva un esercizio commerciale nel settore degli apparecchi e accessori di telecomunicazioni in una cittadina tedesca, nel dicembre del 2001 ha presentato domanda di apertura della procedura concorsuale dinnanzi all’ *Amtsgericht- Insolvenzgericht* di Wuppertal. La domanda venne respinta in data 10 aprile 2002 per carenza di attivi. La signora, residente in Spagna dal 1 aprile 2002, ha presentato ricorso affinché, previo annullamento della decisione, gli venisse concessa l’apertura della procedura. Al sito internet <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=it>; DIALTI, *Corte di Giustizia delle Comunità Europee, causa C- 1/04 – Susanne Staubitz – Schreiber*, in *Dir. Fall.*, 2006, 413; MACRI’, *Trasferimento del centro degli interessi principali e competenza giurisdizionale nel Regolamento (CE) 1346/2000*, in *il Fallimento*, 2006, 910; BARIATTI, *Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di Giustizia: il caso Eurofood*, op. cit., 203.

¹²⁹ DIALTI, *Corte di Giustizia delle Comunità Europee, causa C- 1/04 – Susanne Staubitz – Schreiber*, in *Dir. Fall.*, 2006, 413.

¹³⁰ Le conclusioni dell’Avvocato Generale Colomer, pronunciate a seguito dell’udienza del 6 settembre 2005, sono le seguenti: “ *Alla luce di queste considerazioni, l’art. 43, prima frase, subordinata all’applicabilità del regolamento a che la procedura sia stata intentata dopo la sua entrata in vigore, recepisce dunque, inoltre, il principio di irretroattività*”. MACRI’, *Trasferimento del centro degli interessi principali e competenza giurisdizionale nel Regolamento (CE) 1346/2000*, op. cit., 910; CARBONE, *Il Regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, op. cit., 96; DE CESARI, MONTELLA, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, op. cit., 263.

del Regolamento risulterebbe che esso sarebbe applicabile solo allorché la dichiarazione di apertura della procedura di insolvenza venga adottata successivamente il 31 maggio 2002 dall'autorità competente¹³¹.

La fattispecie in esame tuttavia presentava delle differenze rispetto alla casistica sopra descritta, in quanto la domanda proposta dalla signora *Staubitz-Schreiber* non era seguita da alcuna dichiarazione di apertura della procedura di insolvenza, essendo stata semplicemente rigettata¹³².

In realtà il *Bundesgerichtshof* non aveva sollevato la questione, ritenendo pacifica l'applicazione della normativa comunitaria. La tesi tedesca infatti era quella per cui il rigetto della domanda di apertura della procedura concorsuale non avrebbe costituito l'avvio della procedura di insolvenza e pertanto, ai sensi della disciplina tedesca in materia di fallimento, la procedura d'insolvenza non avrebbe potuto dirsi iniziata prima dell'entrata in vigore del Regolamento¹³³.

La tesi del *Bundesgerichtshof* si basava sul fatto che la signora *Staubitz-Schreiber* avesse chiesto non solo l'annullamento della decisione di diniego della sua domanda, ma anche un pronunciamento positivo al riguardo, da considerarsi ancora pendente alla data del 31 maggio 2002¹³⁴.

L'Avvocato Generale aderì alla conclusione della corte tedesca, ma sulla base di un diverso ragionamento: osservò infatti che ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. f) del Regolamento, la procedura si sarebbe dovuta considerare aperta nel momento in cui la dichiarazione di apertura avesse iniziato a produrre i suoi effetti, e questi ai sensi dell'art. 4 dello stesso dovevano essere dichiarati efficaci secondo le modalità disciplinate dalla legge dello Stato membro nel cui territorio è instaurata la procedura. Poiché al 31 maggio 2002, ai sensi della legge tedesca la decisione di apertura non aveva prodotto effetti, ai sensi del Regolamento in tale data non poteva ritenersi aperta. Da qui ne derivava

¹³¹ MACRI', *Trasferimento del centro degli interessi principali e competenza giurisdizionale nel Regolamento (CE) 1346/2000*, op. cit., 910.

¹³² MACRI', *Trasferimento del centro degli interessi principali e competenza giurisdizionale nel Regolamento (CE) 1346/2000*, op. cit., 910.

¹³³ DIALTI, *Corte di Giustizia delle Comunità Europee, causa C- 1/04 – Susanne Staubitz – Schreiber*, in *Dir. Fall.*, 2006, 413.

¹³⁴ DIALTI, *Corte di Giustizia delle Comunità Europee, causa C- 1/04 – Susanne Staubitz – Schreiber*, op. cit., 413.

l'applicabilità della normativa comunitaria¹³⁵.

Infatti la Corte di Giustizia europea espresse il parere che “*l'art. 43 del Regolamento deve essere interpretato nel senso che esso si applica se non è stata adottata alcuna decisione di apertura di una procedura di insolvenza prima della sua entrata in vigore*”, risultando dunque del tutto irrilevante il momento della proposizione della domanda.

La critica che alcuna parte della dottrina ha sollevato in relazione a questo pronunciamento della Corte di Giustizia faceva leva sul fatto che non sembrava fosse stato valutato se l'impugnazione del rigetto della domanda da parte del *Landgericht Wuppertal*, alla luce del diritto tedesco, si potesse equiparare all'apertura di una nuova procedura o semplicemente alla prosecuzione di un procedimento unitario¹³⁶.

Procedendo nelle modalità di applicazione del Regolamento comunitario, una volta risolti i risvolti connessi con definizione dell'ambito territoriale e del contesto temporale, si deve provvedere a precisare le caratteristiche giurisdizionali dell'organo preposto all'apertura delle procedure concorsuali, e le caratteristiche oggettive e soggettive delle procedure d'insolvenza a cui si applica la normativa comunitaria.

Circa le caratteristiche giurisdizionali dell'organo preposto all'apertura delle procedure di insolvenza, la nozione di *giudice* è specificata all'art. 2 lett. d) del Regolamento, mentre per quella di *decisione* si fa riferimento all'art. 2 lett. e). Uno dei primi casi giurisprudenziali su cui la Corte ha dovuto pronunciarsi circa il dettato dell'art. 2 lett. d) suddetto è stato quello relativo al fallimento *Eurofood*¹³⁷.

L'art. 2, lett. d) del Regolamento definisce giudice “*l'organo giudiziario o qualsiasi altra autorità competente di uno stato membro legittimata ad aprire una procedura di insolvenza o a prendere decisioni nel corso di questa*”. Il *Considerando 10* del medesimo specifica poi che “*le procedure di insolvenza*

¹³⁵ DIALTI, *Corte di Giustizia delle Comunità Europee, causa C- 1/04 – Susanne Staubitz – Schreiber*, in *Dir. Fall.*, 2006, 413; MACRI', *Trasferimento del centro degli interessi principali e competenza giurisdizionale nel Regolamento (CE) 1346/2000*, op. cit., 910.

¹³⁶ MACRI', *Trasferimento del centro degli interessi principali e competenza giurisdizionale nel Regolamento (CE) 1346/2000*, op. cit., 910.

¹³⁷ Al sito internet <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=it>.

non richiedono necessariamente l'intervento di un'autorità giudiziaria. Il termine "giudice" nel presente regolamento dovrebbe essere inteso in senso ampio, in modo da comprendere persone o organi legittimati dalla legge nazionale ad aprire procedure di insolvenza".

Nel Regolamento comunitario quindi la figura del giudice è costruita senza riferimento alla funzione giurisdizionale: si tratta di una nozione autonoma di diritto comunitario¹³⁸.

Ergo il Regolamento chiama "giudice" qualunque autorità sia investita nei vari Stati membri del potere di aprire una procedura di insolvenza, quale ne sia la denominazione, e, soprattutto, senza che rilevi il fatto che sia un'autorità giudiziaria, amministrativa o altro.

Nel caso *Eurofood* il problema è sorto in relazione alla contemporanea sussistenza di un decreto amministrativo del Ministro della Repubblica italiana di assoggettamento della società debitrice all'amministrazione straordinaria e di una decisione giurisdizionale del giudice irlandese di avvio di nomina del *provisional liquidator*.

Per quanto riguarda le caratteristiche oggettive delle procedure di insolvenza, queste sono elencate all'art. 1, par.1, ai sensi del quale la normativa in esame si applica alle procedure concorsuali fondate sull'insolvenza del debitore che comportano lo spossessamento parziale o totale del debitore stesso e la designazione di un curatore¹³⁹.

La sfera di applicazione *ratione materiae* del Regolamento è quindi subordinata alla contemporanea sussistenza di quattro requisiti: la procedura *in primis* deve avere *carattere concorsuale*, escludendo dall'alveo di applicazione di detta disciplina i rimedi giurisdizionali posti a tutela di singoli debitori; la procedura in

¹³⁸ DE CESARI, MONTELLA, *Il "giudice" nel Regolamento 1346/2000: una nuova nozione autonoma di diritto comunitario*, in *il Fallimento*, 2007, 263; CARBONE, *Il regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, op. cit., 87.

¹³⁹ Art. 1 del Reg. 1346/00; CARBONE, *Il regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, op. cit. 87; DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, op. cit., 693; PROTO, *L'insolvenza transfrontaliera nell'ordinamento comunitario*, op. cit., 561; FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, op. cit., 677; STARACE, *La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere*, op. cit., 295; PUNZI, *Le procedure d'insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, op. cit., 997.

esame deve fondarsi sullo *stato di insolvenza del debitore*; il terzo requisito è lo *spossessamento del debitore*, il quarto la *designazione di un curatore*.

In relazione al secondo requisito è da precisare come il Regolamento nulla dica in proposito, lasciando ai singoli ordinamenti, in base alle proprie norme in materia, la definizione di ciò che è “insolvenza” ovvero “procedura di insolvenza”.

Nell'Allegato A, come già ricordato, sono elencate per ogni Paese le procedure con le caratteristiche sopra elencate; per l'Italia si tratta del fallimento, del concordato preventivo, della liquidazione coatta amministrativa, dell'amministrazione controllata e dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi¹⁴⁰.

Proprio perché di rapporti intracomunitari si tratta, in sede di “fori esorbitanti”, cioè di quei criteri di collegamento che individuano la giurisdizione in capo a Paesi terzi rispetto all'Unione Europea, rimane esclusa in queste fattispecie l'applicazione del Regolamento¹⁴¹.

Per quanto riguarda le caratteristiche soggettive delle procedure concorsuali, e dunque l'ambito di applicazione *ratione personarum* della disciplina comunitaria, il *Considerando 9* si limita ad indicare che essa si applica alle procedure di insolvenza indicate negli allegati, “*chiunque sia il debitore, persona fisica o giuridica, commerciante o non commerciante*”. Questa impostazione è confermata dal dettato dell'art. 4 par., 2 lett. a), in virtù del quale la concreta identificazione dei debitori è demandata alla legge dello Stato membro in cui, di volta in volta, sia aperta la procedura di insolvenza¹⁴².

Dal punto di vista del requisito soggettivo si può dunque denunciare come la normativa comunitaria sia caratterizzata da uno scarso livello di armonizzazione delle legislazioni nazionali.

¹⁴⁰ CAVALAGLIO, *Spunti in tema di Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza e di riforma urgente della legge fallimentare*, op. cit., 580.

¹⁴¹ BONFANTI, *Le procedure concorsuali internazionali tra il Regolamento 1346/2000 e la disciplina italiana di diritto internazionale privato*, op. cit., 407.

¹⁴² L'art. 4 par. 2 lett a) afferma infatti che “*La legge dello Stato di apertura determina le condizioni di apertura, lo svolgimento e la chiusura della procedura di insolvenza. Essa determina in particolare i debitori che per la loro qualità possono essere assoggettati ad una procedura di insolvenza*”. CARBONE, *Il regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, op. cit., 87.

Ciò premesso, in ogni caso, dall'ambito di applicazione del Reg. 1346/00, ai sensi dell'art. 1 par. 2 e del *Considerando* 9, sono escluse le procedure di insolvenza 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, poiché per esse sono adottate apposite direttive comunitarie¹⁴³.

Da ultimo, occorre precisare come la normativa comunitaria non si applichi laddove il centro degli interessi principali del debitore sia localizzato in uno Stato terzo: in tal caso gli aspetti del diritto internazionale privato e processuale del fallimento saranno regolati dalle legislazioni interne degli Stati membri¹⁴⁴.

Il circoscritto ambito di applicazione del Reg. 1346/00 costituisce senz'altro uno dei punti deboli dell'azione comunitaria: ogni impresa che eserciti un'intensa attività economico-finanziaria nell'Unione Europea potrà agevolmente sottrarsi alla disciplina comunitaria collocando la propria sede al di fuori dello spazio giudiziario europeo¹⁴⁵.

¹⁴³ CARBONE, *Il regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, op. cit., 87.

¹⁴⁴ CARBONE, *Il regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, op. cit., 87; DANIELE, *Legge applicabile e diritto uniforme nel Regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, op. cit., 33.

¹⁴⁵ CARBONE, *Il regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, op. cit., 87.

CAPITOLO SECONDO

I CRITERI DI GIURISDIZIONE NEL REGOLAMENTO 1346/2000: LA NOZIONE DI COMI E QUELLA DI DIPENDENZA NELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

1. *La nozione di procedura principale, secondarie e autonoma*

Nel secondo capitolo si intende analizzare i criteri di definizione del concetto di giurisdizione, nonché i relativi elementi costitutivi, così come delineati nel Reg.1346/00, atti a consentire l'individuazione dello Stato giurisdizionalmente competente all'apertura della procedura concorsuale transnazionale.

L'applicazione del cosiddetto modello di universalità limitata, oggetto di diffusa trattazione nel capitolo precedente, che determina la possibile contestuale pendenza di più procedure concorsuali avverso lo stesso debitore e per lo stesso fallimento, benché caratterizzate da differenti profili, implica necessariamente la ricerca di quegli strumenti normativi che consentano di poter individuare inequivocabilmente sia il giudice competente all'apertura della procedura principale sia il giudice competente all'apertura dell'eventuale procedura secondaria.

I criteri per la soluzione del problema di una corretta attribuzione della potestà giurisdizionale sono riconducibili rispettivamente a fattispecie che necessitano di una compiuta circoscrizione giuridica, quali il cosiddetto COMI, ossia il "centro degli interessi principali del debitore", e la sede secondaria qualificabile come "dipendenza".

E' pertanto necessario elaborare un quadro analitico il più completo possibile in grado di caratterizzare questi due criteri di giurisdizione, offrendone una ricostruzione sostanziale anche alla luce delle soluzioni adottate in sede

giurisprudenziale sia dai Tribunali nazionali sia dalla Corte di Giustizia.

La trattazione si focalizza sugli aspetti denominati “statici” della materia in esame, riservando il capitolo terzo allo sviluppo degli approfondimenti sugli aspetti più squisitamente processuali, cosiddetti “dinamici”.

In ogni caso preliminarmente all’analisi del panorama dei profili di giurisdizione così come delineati nel Reg. 1346/00, è necessario dare contezza delle caratteristiche proprie delle diverse procedure che in base alla normativa comunitaria possono essere aperte in materia di fallimenti transazionali, investigando sulle loro radici storiche e scandagliandone l’evoluzione man mano intervenuta nelle diverse previsioni normative che si sono succedute nel tempo. La trattazione del capitolo inizia pertanto con la descrizione delle procedure cosiddette principali, secondarie ed autonome.

1.1. (segue). I profili caratterizzanti le singole procedure

Come ampiamente illustrato nel capitolo precedente, il Reg. 1346/00 adotta il cosiddetto modello dell’universalità limitata.

Tale scelta legislativa consente l’apertura di più procedure concorsuali aventi ad oggetto il medesimo fallimento in diversi Stati membri, procedure queste che vengono rispettivamente qualificate come principale e secondarie. È prevista inoltre dal Regolamento stesso la possibile apertura di un ulteriore tipo di procedura cosiddetta territoriale o autonoma costituente un *tertium genus*, i cui profili verranno di seguito esaminati.

Lo Stato membro con competenza giurisdizionale ai fini dell’apertura della procedura principale è quello sul cui territorio è ubicato il “*centro degli interessi principali del debitore*” detto anche COMI (*center of main interests*) con l’assunto 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*”, in base a quanto recita l’art. 3 par. 1 del Regolamento

comunitario¹⁴⁶.

L'elemento distintivo caratterizzante la suddetta procedura è declinato al *Considerando* 12 parte prima del citato Regolamento comunitario, ove le si attribuisce una capacità tendenzialmente universale atta a comprendere tutti i beni del debitore ovunque localizzati¹⁴⁷. E' stato utilizzato l'avverbio "tendenzialmente" in quanto la procedura principale rivestirà effettivamente portata universale solo allorquando non si proceda all'apertura di procedure a carattere locali nei confronti del medesimo debitore.

La procedura principale può mirare alla liquidazione ovvero al risanamento dell'impresa insolvente¹⁴⁸.

Al fine di consentire alla procedura concorsuale principale il raggiungimento dei suoi scopi, tra cui *in primis* il soddisfacimento di tutti i creditori concorrenti in nome della *par condicio creditorum*, il legislatore comunitario ha individuato quale legge applicabile ai fini della regolamentazione delle condizioni di apertura, svolgimento e chiusura della procedura stessa la *lex fori concursus*, prevedendo al contempo delle eccezioni raggruppabili in tre grandi categorie che rispettivamente ricomprendono i casi in cui si debbano regolare rapporti giuridici e diritti particolarmente importanti, quelli in cui un atto pregiudizievole sia soggetto alla legge di un diverso Stato membro che non ne consente con

¹⁴⁶ L'art. 3 par. 1 parte prima recita: " Sono competenti ad aprire la procedura di insolvenza i giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore. 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. ". STARACE, *La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere*, op. cit., 295; FUMAGALLI, "Il Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza", op. cit., 677. BONFANTI, *Le procedure concorsuali internazionali tra Regolamento 1346/2000 e la disciplina italiana di diritto internazionale privato*, op. cit., 407; DE SANTIS, *La normativa comunitaria relativa alle procedure di insolvenza transfrontaliere e il diritto processuale interno: dialoghi tra formanti*, op. cit., 91; DE CESARI, *Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel Regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, op. cit., 55; RICCI, *Le procedure locali previste dal regolamento CE n.1346/2000*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 900.

¹⁴⁷ Il Considerando 12 parte prima del Regolamento 1346/2000 dichiara: " Il presente regolamento consente di aprire la procedura principale d'insolvenza nello Stato membro nel quale è situato il centro degli interessi principali del debitore. Tale procedura ha portata universale e tende a comprendere tutti i beni del debitore". DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, op. cit., 693; STARACE, *La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere*, op. cit., 295; FUMAGALLI, "Il Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza", op. cit., 677.

¹⁴⁸ FUMAGALLI, "Il Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza", op. cit., 677.

alcun mezzo l'impugnazione ovvero i casi relativi ai rapporti giuridici pendenti¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Il primo gruppo di eccezioni alla regola generale della *lex concursus* prevede diversi criteri di collegamento in quanto dipendenti dalla natura del rapporto giuridico ovvero del diritto in questione. In presenza di diritti reali dei terzi (art. 5) e di contratti aventi ad oggetto beni immobili (art. 8), il criterio per l'individuazione della legge applicabile al caso di specie è quello del *locus rei sitae*. Rispettivamente, l'art. 5 del Regolamento comunitario recita: "L'apertura della procedura di insolvenza non pregiudica il diritto reale del creditore o del terzo sui beni materiali o immateriali, mobili o immobili, siano essi beni determinati o universalità di beni indeterminati variabili nel tempo di proprietà del debitore che al momento dell'apertura della procedura si trovano nel territorio di un altro Stato membro. I diritti di cui al paragrafo 1 sono, in particolare, i seguenti:

- a) il diritto di liquidare o di far liquidare il bene e di essere soddisfatto sul ricavato o sui frutti del bene stesso, in particolare in virtù di un pegno o di un'ipoteca;
- b) il diritto esclusivo di recuperare il credito, in particolare in seguito alla costituzione di un pegno o alla cessione di tale credito a titolo di garanzia;
- c) il diritto di esigere il bene e chiederne la restituzione al debitore o a chiunque lo detenga e/o lo abbia in godimento contro la volontà dell'avente diritto;
- d) il diritto reale di acquistare i frutti di un bene.

E' assimilato a un diritto reale il diritto, iscritto in un pubblico registro e opponibile a terzi, che consente di ottenere un diritto reale ai sensi del paragrafo 1. La disposizione di cui al paragrafo 1 non pregiudica le azioni di annullamento, di nullità o di inopponibilità di cui all'articolo 4, paragrafo 2, lettera m)". L'art. 8: "Gli effetti della procedura di insolvenza su un contratto che dà diritto di acquistare un bene immobile o di goderne sono disciplinati esclusivamente dalla legge dello Stato membro nel cui territorio il bene è situato". FUMAGALLI, "Il Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza", op. cit., 677; DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, op. cit., 693.

In sede di compensazione (art.6), riserva di proprietà (art. 7), sistemi di pagamento e mercati finanziari (art. 9) e di rapporti di lavoro (art.10) il criterio di collegamento è invece quello della legge applicabile al rapporto. Ex art. 6: "L'apertura della procedura di insolvenza non pregiudica il diritto del creditore di invocare la compensazione del proprio credito con il credito del debitore, quando la compensazione è consentita dalla legge applicabile al credito del debitore insolvente. La disposizione di cui al paragrafo 1 non osta alle azioni di annullamento, di nullità o di inopponibilità di cui all'articolo 4, paragrafo 2, lettera m)". Ex art. 7: "L'apertura della procedura di 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 diverso dallo Stato di apertura. L'apertura della procedura di insolvenza nei confronti del venditore di un bene dopo la consegna di quest'ultimo non costituisce causa di scioglimento del contratto di vendita, né impedisce che l'acquirente ne acquisti la proprietà qualora, nel momento in cui è aperta la procedura, esso si trovi nel territorio di uno Stato membro diverso dallo Stato di apertura. Le disposizioni di cui ai paragrafi 1 e 2 non ostano alle azioni di annullamento, di nullità o di inopponibilità di cui all'articolo 4, paragrafo 2, lettera m)". Ex art. 9: "Fatto salvo l'articolo 5, gli effetti della procedura di insolvenza sui diritti e sulle obbligazioni dei partecipanti a un sistema di pagamento o di regolamento o a un mercato finanziario sono disciplinati esclusivamente dalla legge dello Stato membro applicabile a tale sistema o mercato. La disposizione di cui al paragrafo 1 non osta alle azioni di nullità, di annullamento o di inopponibilità dei pagamenti o delle transazioni in virtù della legge applicabile al sistema di pagamento o al mercato finanziario in questione". L'art. 10 afferma: "Gli effetti della procedura di insolvenza sul contratto e sul rapporto di lavoro sono disciplinati esclusivamente dalla legge dello Stato membro applicabile al contratto di lavoro". FUMAGALLI, "Il Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza", op. cit., 677. Infine in tema di beni iscritti in pubblici registri il legislatore comunitario adotta il criterio del luogo ove è tenuto il registro stesso. All'art. 11 del Regolamento 1346/2000 si legge infatti: "Gli effetti della procedura di insolvenza in ordine ai diritti del debitore su un bene immobile, su una nave o su un

Il Reg. 1346/00 consente l'apertura oltre della procedura principale anche di eventuali procedure locali che si distinguono in "secondarie" e "autonome"¹⁵⁰.

Quella secondaria trova disciplina all'art. 3 par. 2 e 3 nonché agli artt. 27 e seguenti del Regolamento comunitario.

Sono procedure a carattere esclusivamente liquidatorio, che producono effetti limitati entro i relativi confini nazionali e afferenti i soli beni localizzati nei singoli Stati membri ove il debitore possieda una cosiddetta dipendenza, che ai sensi dell'art. 2 lett. h) viene identificata quale "*qualsiasi luogo di operazioni in cui il debitore esercita in maniera non transitoria un'attività economica con mezzi umani e con beni*"¹⁵¹.

aeromobile, soggetti a iscrizione in un pubblico registro, sono disciplinati dalla legge dello Stato membro sotto la cui autorità si tiene il registro". FUMAGALLI, "Il Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza, op. cit., 677.

Il secondo gruppo di eccezioni ricomprende la categoria degli atti pregiudizievoli. La regola generale per detti atti è quella *lex concursus* dettata all'art. 4 par. 2 lett. m) in base alla quale la legge dello Stato di apertura della procedura principale determina anche "*le disposizioni relative alla nullità, all'annullamento o all'inopponibilità degli atti pregiudizievoli per la massa dei creditori*". L'art. 4 par. 2 lett. m) del Reg.1346/2000 così recita: "*La legge dello Stato di apertura determina le condizioni di apertura, lo svolgimento e la chiusura della procedura di insolvenza. Essa determina in particolare: m) le disposizioni relative alla nullità, all'annullamento o all'inopponibilità degli atti pregiudizievoli per la massa dei creditori*". Tale regola subisce un'eccezione in base al disposto dell'art. 13 del Regolamento comunitario, che elenca due requisiti in presenza dei quali il suddetto art. 4 par. 2 lett. m) non trova applicazione, dovendosi in tal caso ricorrere al criterio della *lex contractus*: l'eccezione trova fondamento nel caso in cui la legge che disciplina le vicende giuridiche dell'atto sia quella di uno Stato diverso rispetto a quello ove è accesa la procedura concorsuale, ovvero nel caso in cui tale legge non preveda alcun mezzo di impugnazione avverso l'atto pregiudizievole stesso. Ex art. 13 del Regolamento comunitario sull'insolvenza: "*Non si applica l'articolo 4, paragrafo 2, lettera 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*".

La *ratio* di questa scelta legislativa risiede nell'esigenza di dare certezza alle transazioni poste in essere nello spazio giuridico europeo, tutelando conseguentemente le aspettative legittime degli operatori economici. Detto principio è reso esplicito al Considerando 24 che appunto afferma: "*Il riconoscimento automatico di una procedura d'insolvenza alla quale si applica di norma la legge dello Stato di apertura può interferire con le regole che disciplinano le transazioni in altri Stati membri. A tutela delle aspettative legittime e della certezza delle transazioni negli Stati membri diversi da quello in cui la procedura è stata aperta, si dovrebbe prevedere una serie di deroghe alla regola generale*".

Infine il terzo gruppo delle eccezioni ammesse dal Regolamento comunitario è introdotto dall'art. 15 che consente nelle ipotesi di procedimenti giuridici pendenti l'applicazione della legge del luogo ove pende il procedimento stesso anziché il criterio della *lex concursus*. Ai sensi del citato articolo del Regolamento comunitario infatti "*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*".

¹⁵⁰ RICCI, *Le procedure locali previste nel regolamento CE n. 1346/2000*, op. cit., 900.

¹⁵¹ Anche l'art. 3 par. 2 si occupa della disciplina della procedura secondaria stabilendo che: "Se

Ciò significa che, ad esempio, il curatore del procedimento secondario potrà agire in ogni altro Stato membro solo qualora voglia far valere il fatto che un bene mobile è stato ivi trasferito dal territorio ove si è aperta la procedura secondaria¹⁵².

Ai fini della corretta individuazione dello Stato membro nel cui territorio sia ubicato un bene occorre fare riferimento alla definizione data all'art. 2 lett. g) di "*Stato membro in cui si trova un bene*"¹⁵³.

Va sin d'ora notato come, a differenza della procedura principale i cui presupposti di apertura sono valutati alla stregua dei requisiti richiesti dalla legge nazionale dello Stato in cui è stata aperta, lo stesso Regolamento comunitario individua ai fini dell'apertura della procedura secondaria il requisito soggettivo dell'esercizio di un'attività economica.

Esemplificando: l'apertura di una procedura principale in Germania a carico di un piccolo imprenditore consentirebbe l'apertura anche di una procedura secondaria in Italia, ove questi avesse una dipendenza, ancorché nel caso di specie la normativa italiana ai sensi dell'art. 1 r.d. 267/1942 non riconosca i requisiti di fallibilità, in quanto tale requisito viene di fatto a sussistere in base al Regolamento comunitario stesso circa l'esercizio di un'attività economica; ed ancora, l'apertura di una procedura principale in Austria a carico di un debitore civile non consentirebbe invece l'avvio di una procedura secondaria nel

il centro degli interessi principali del debitore è situato nel territorio di uno Stato membro, i giudici di un altro Stato membro sono competenti ad aprire una procedura di insolvenza nei confronti del debitore solo se questi possiede una dipendenza nel territorio di tale altro Stato membro. Gli effetti di tale procedura sono limitati ai beni del debitore che si trovano in tale territorio". Il par. 4 dello stesso art. 3 si preoccupa poi di precisare che "*Se è aperta una procedura di insolvenza ai sensi del paragrafo 1, le procedure d'insolvenza aperte successivamente ai sensi del paragrafo 2 sono procedure secondarie. Tale procedura è obbligatoriamente una procedura di liquidazione*". STARACE, *La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere*, op. cit., 295; DE CESARI, *Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel Regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, op. cit., 55; RICCI, *Le procedure locali previste nel regolamento CE n.1346/2000*, op. cit., 900.

¹⁵² FUMAGALLI, "*Il Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*", op. cit., 677.

¹⁵³ L'art. 2 lett. g) del Regolamento 1346/2000 afferma che "*ai fini del presente Regolamento s'intende per Stato membro in cui si trova un bene*",
— *per i beni materiali, lo Stato membro nel cui territorio si trova il bene,*
— *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,*
— *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;* RICCI, *Le procedure locali previste nel regolamento CE n.1346/2000*, op. cit., 900.

territorio italiano, ove la legislazione non prevede tale fattispecie, in quanto del pari non sussiste il requisito richiamato nella normativa comunitaria di esercizio di attività economica¹⁵⁴.

Per quanto attiene ai profili procedurali, ex art. 27 del Reg. 1346/00 la procedura secondaria è disposta senza alcun accertamento circa l'insolvenza del debitore ed è regolata dalla legge dello stato di apertura secondo il dettato dell'art. 28¹⁵⁵.

Quando la procedura secondaria viene aperta in Italia l'assenza di qualsivoglia accertamento circa la sussistenza del requisito oggettivo dell'"insolvenza" solleva numerosi dubbi relativamente ai presupposti applicativi della legge fallimentare del 1942 con particolare riferimento agli artt. 64-71 inerenti gli atti pregiudizievoli per i creditori posti in essere nel periodo sospetto, i quali richiedono espressamente proprio l'accertamento di detto requisito nei termini in cui esso è definito all'art. 5 comma 2 del medesimo r.d. 267/1942¹⁵⁶.

¹⁵⁴ DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, op. cit., 693.

¹⁵⁵ Ex art. 27 del Reg. 1346/00 "La procedura di cui all'articolo 3, paragrafo 1, aperta da un giudice di uno Stato membro e riconosciuta in un altro Stato membro (procedura principale) permette di aprire, in quest'altro Stato membro, i cui giudici siano competenti ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, una procedura secondaria d'insolvenza, senza che in questo altro Stato sia esaminata l'insolvenza del debitore. Tale procedura deve essere una delle procedure che figurano nell'allegato B. I suoi effetti sono limitati ai beni del debitore situati in tale altro Stato membro". L'art. 28 dello stesso Regolamento dispone: "Salvo disposizioni contrarie del presente regolamento, si applica alla procedura secondaria la legge dello Stato membro nel cui territorio questa è aperta". STARACE, *La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere*, op. cit., 295; FUMAGALLI, *Il Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, op. cit., 677; BONFANTI, *Le procedure concorsuali internazionali tra il Regolamento 1346/2000 e la disciplina italiana di diritto internazionale privato*, op. cit., 407; DANIELE, *Il Regolamento n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza: spunti critici*, op. cit., 593.

¹⁵⁶ L'art. 5 comma 2 della legge fallimentare italiana (r.d. 267/1942) si afferma che: " Lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni". In questi casi si ovvia alla carenza dell'accertamento richiesto dalla normativa italiana ritenendo soddisfatto il requisito di detto accertamento con l'apertura della procedura principale in diverso Stato membro; la giurisprudenza nel tempo consolidata ha maturato addirittura l'orientamento che a tale equiparazione possa riconoscersi la natura di presunzione *iuris et de iure*. Nella stessa direzione altra dottrina tende a superare i suddetti dubbi interpretativi sostenendo *de plano* che l'operatività degli artt. 64-71 della legge fallimentare non è limitata in quanto l'apertura della procedura principale viene considerata di fatto equivalente all'accertamento dello stato di insolvenza.

Va detto che la normativa italiana citata conosce già questa difficoltà interna legata alla mancata verifica del suddetto requisito nell'ipotesi in cui si dichiara il fallimento di una società di consoci a responsabilità illimitata ai sensi dell'art. 147 r.d. 267/1942, ove a fronte dell'insolvenza della società non si prevede analogo accertamento in capo ai relativi soci, applicando il principio

Unanime è invece la dottrina in punto di applicazione delle norme penali allorquando in Italia si apra una procedura locale secondaria: infatti è pacifico il dovere di accertare l'insolvenza che si configura quale elemento costitutivo della fattispecie di reato o come condizione di punibilità da parte dell'autorità giudiziaria competente¹⁵⁷.

L'elenco delle possibili procedure secondarie che possono essere aperte in uno Stato membro si trova nell'Allegato B, richiamato dall'art. 2 lett. c); in Italia procedure secondarie possono essere il fallimento e la liquidazione coatta amministrativa¹⁵⁸.

La legittimazione a chiedere l'apertura della procedura secondaria è riconosciuta al curatore della principale ai fini dell'ottimizzazione dei risultati derivanti dalla procedura stessa quando questa si presenti particolarmente complessa e articolata in ottemperanza a quanto disposto dal *Considerando* 19, e agli altri soggetti legittimati in base alla legge dello Stato di apertura¹⁵⁹.

dell'estensione automatica del fallimento. RICCI, *Le procedure locali previste dal regolamento CE n. 1346/2000*, op. cit., 900.

¹⁵⁷ RICCI, *Le procedure locali previste nel regolamento CE n. 1346/2000*, op. cit., 900. Va peraltro precisato che altra conseguenza derivante dalla mancata verifica della sussistenza dello stato di insolvenza nello Stato di apertura della procedura secondaria è il fatto che nel caso in cui la procedura principale venga revocata lo stesso accadrà anche per la procedura secondaria ad essa collegata. Situazione diversa è l'ipotesi in cui la procedura principale venga dichiarata chiusa, in quanto in suddetta ipotesi la procedura secondaria dovrà continuare la sua attività qualora vi siano creditori insoddisfatti e beni da liquidare. DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, op. cit., 693; DE SANTIS, *La normativa comunitaria relativa alle procedure di insolvenza transfrontaliere e il diritto processuale interno: dialoghi tra formanti*, op. cit., 91.

¹⁵⁸ L'art. 2 lett. c) del Regolamento 1346/2000 recita: "Ai fini del presente regolamento, s'intende per "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"; STARACE, *La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere*, op. cit., 295; BONFANTI, *Le procedure concorsuali internazionali tra il Regolamento 1346/2000 e la disciplina italiana di diritto internazionale privato*, op. cit., 407.

¹⁵⁹ Il riconoscimento della facoltà di chiedere l'apertura della procedura locale secondaria in capo al curatore della procedura principale ovvero in capo agli altri soggetti legittimati in base alla legge dello Stato di apertura è sancito all'art. 29 del Reg. 1346/00 ove si afferma: "L'apertura di una procedura secondaria può essere chiesta:

a) dal curatore della procedura principale;

b) da qualsiasi altra persona o autorità legittimata a chiedere l'apertura di una procedura di insolvenza secondo la legge dello Stato membro nel cui territorio è chiesta l'apertura della procedura secondaria". Il *Considerando* 19 sostanzialmente esplicita la *ratio* della scelta del legislatore comunitario circa la facoltà concessa al curatore della procedura principale di scegliere se aprire o meno una procedura secondaria, in quanto afferma che "Le procedure secondarie di insolvenza possono avere diversi scopi, oltre a quello della tutela dell'interesse

Come anticipato, il Regolamento comunitario in materia di insolvenza transfrontaliera consente infine l'apertura di procedure a carattere territoriale cosiddette "autonome" in quanto non collegate alla procedura principale prevedendone, l'applicazione in due specifiche ipotesi.¹⁶⁰

L'elenco delle procedure di riferimento coincide con il catalogo delle procedure principali previste nel citato Allegato A al Regolamento comunitario, che per quanto riguarda il diritto italiano include i seguenti casi: fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata e amministrazione straordinaria¹⁶¹.

La prima ipotesi di applicazione della procedura autonoma, ovvero territoriale, di cui all'art. 3 par. 4 lett. a) del citato Regolamento riguarda i casi in cui non sia possibile aprire la procedura principale nello Stato ove si trova il centro degli interessi principali del debitore; la seconda prevista dalla successiva lett. b) afferisce alle situazioni in cui la pretesa creditoria sia strettamente connessa alla sola attività svolta nella sede dipendente ovvero i creditori risiedano nello stesso Stato ove è ubicata detta dipendenza¹⁶².

In entrambe le suddette ipotesi per l'applicabilità della procedura autonoma è comunque necessaria la sussistenza del requisito soggettivo dell'esercizio di

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". RICCI, *Le procedure locali nel regolamento CE n.1346/2000*, op. cit., 900.

¹⁶⁰ DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, op. cit., 693; STARACE, *La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere*, op. cit., 295; FUMAGALLI, *Il Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, op. cit., 677; DE SANTIS, *La normativa comunitaria relativa alle procedure di insolvenza transfrontaliere e il diritto processuale interno: dialoghi tra formanti*, op. cit., 91; RICCI, *Le procedure locali nel regolamento CE n.1346/2000*, op. cit., 900.

¹⁶¹ RICCI, *Le procedure locali nel regolamento CE n.1346/2000*, op. cit., 900.

¹⁶² L'art. 3 par. 4 del Reg. 1346/00 così recita: "Una procedura d'insolvenza territoriale di cui al paragrafo 2 può aver luogo prima dell'apertura di una procedura principale d'insolvenza di cui al paragrafo 1 soltanto nei seguenti casi:

allorché, in forza delle condizioni previste dalla legislazione dello Stato membro in cui si trova il centro degli interessi principali del debitore, non si può aprire una procedura d'insolvenza di cui al paragrafo 1, ovvero allorché l'apertura della procedura territoriale d'insolvenza è richiesta da un creditore il cui domicilio, residenza abituale o sede è situata nello Stato membro nel quale si trova la dipendenza in questione, ovvero il cui credito deriva dall'esercizio di tale dipendenza". RICCI, *Le procedure locali previste dal regolamento CE n. 1346/2000*, op. cit., 900.

un'attività economica, come peraltro richiesto anche per l'apertura della procedura secondaria così come descritta al paragrafo precedente, nonché l'accertamento circa la sussistenza dello stato di insolvenza in quanto mancante la procedura principale, sede deputata alla determinazione di tale accertamento. Anche la procedura autonoma come quella secondaria produce effetti limitatamente ai beni ubicati nello Stato di apertura, ma contrariamente a quest'ultima può mirare sia al risanamento dell'impresa sia alla sua liquidazione.

In questa sede si procede ad analizzare gli effetti delle previsioni normative comunitarie in materia di insolvenza sulla legge fallimentare italiana con particolare attenzione all'ipotesi di cui all'art. 3 par. 4 lett. b) del citato Regolamento CE.

Il dettato letterale dell'articolo *de quo* non consente l'apertura della procedura autonoma su istanza del debitore stesso ovvero del pubblico ministero, come invece prevederebbe il r.d. 267/1942. Nel primo caso quindi il debitore italiano che avesse localizzato all'estero il proprio centro degli interessi principali non potrà fruire in Italia dell'amministrazione controllata né del concordato preventivo; nel secondo caso invece l'ubicazione del suddetto centro in diverso Stato membro andrebbe a privilegiarlo in quanto al pm non è concesso depositare istanza per la dichiarazione di fallimento nei suoi confronti.

Alla luce di quanto sopra illustrato non è da escludere che nella pratica si possano manifestare casi connotati da disparità di trattamento tra debitori in relazione alle diverse fattispecie fallimentari in cui si trovassero a rispondere. A causa della possibilità del concretizzarsi di una tale sperequazione la dottrina ha argomentato circa l'ipotetica violazione in detta situazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della nostra Carta Costituzionale¹⁶³.

Sempre in relazione alla normativa italiana è il caso di precisare come in sede di procedura autonoma, diversamente da ciò che accade in pendenza di una procedura secondaria, non sorgono dubbi circa l'applicazione degli artt. 64-71 della legge fallimentare in ragione del fatto che in questo caso non si può omettere l'accertamento dello stato di insolvenza del debitore. Lo stesso dicasi

¹⁶³ RICCI, *Le procedure locali previste dal regolamento CE n. 1346/2000*, op. cit., 900.

per quanto concerne l'applicazione delle norme penali che richiedano quale elemento costitutivo, ovvero condizione di punibilità, la configurazione dello stato di insolvenza¹⁶⁴.

Ci si può chiedere cosa accada qualora venga aperta una procedura di insolvenza per un'attività di una dipendenza, ignorando completamente l'esistenza in altro Stato membro del centro di interessi principali dello stesso debitore. In tale evenienza la procedura sarebbe dichiarata principale e non territoriale autonoma in quanto sussisterebbe in questo caso il principio di priorità. *Ergo* la procedura è davvero locale autonoma solo se dichiarata come tale¹⁶⁵.

La procedura autonoma, che viene ammessa solo in ipotesi tassative ai fini di limitare i casi in cui l'apertura di procedure locali preceda quella della procedura principale, si trasforma in procedura secondaria nel caso in cui venisse successivamente aperta una procedura principale¹⁶⁶.

È l'ipotesi prevista dagli artt. 36 e 37 della normativa comunitaria in materia di insolvenza transfrontaliera¹⁶⁷.

¹⁶⁴ RICCI, *Le procedure locali previste dal regolamento CE n. 1346/2000*, op. cit., 900.

¹⁶⁵ DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, op. cit., 693.

¹⁶⁶ Il Considerando 17 del Preambolo contiene detto principio: "*Prima dell'apertura della procedura principale di insolvenza, il diritto di chiedere l'apertura di una procedura di 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. Scopo di detta restrizione è limitare al minimo indispensabile i casi in cui è chiesta l'apertura di una procedura territoriale di insolvenza prima dell'apertura della procedura principale. Se la procedura principale di insolvenza viene aperta, la procedura territoriale diviene una procedura secondaria*". STARACE, *La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere*, op. cit., 295; BONFANTI, *Le procedure concorsuali internazionali tra il Regolamento 1346/2000 e la disciplina italiana di diritto internazionale privato*, op. cit., 407.

¹⁶⁷ L'art. 36 del Regolamento recita: "*Qualora una procedura di cui all'articolo 3, paragrafo 1, sia aperta dopo l'apertura di una procedura di cui all'articolo 3, paragrafo 2, in un diverso Stato contraente, alla procedura aperta per prima si applicano gli articoli da 31 a 35, ove lo stato della procedura lo consenta*". Ricordiamo come gli artt. 31- 35 sono dedicati alla disciplina delle procedure locali secondarie e al loro coordinamento con la procedura principale, norme che alcuna parte della dottrina ritiene doversi estendere anche all'amministrazione controllata, al concordato preventivo e all'amministrazione straordinaria. L'art. 37 del suddetto Regolamento invece afferma: "*Il curatore della procedura principale può chiedere che una procedura figurante nell'allegato A, precedentemente aperta in altro Stato contraente, sia convertita in una procedura di liquidazione, se tale convenzione si rivela utile per gli interessi dei creditori della procedura principale. Il giudice competente ai sensi dell'articolo 3 paragrafo 2, ordina la conversione in una delle procedure dell'allegato B*". Da precisare come la conversione ha

1.2. Considerazioni generali

Sia che si tratti di procedura secondaria sia che si tratti di procedura autonoma gli effetti della procedura locale ai sensi dell'art. 17 par. 2 della normativa comunitaria in materia di insolvenza transfrontaliera vengono protetti dappertutto non potendo essere contestati negli altri Stati membri¹⁶⁸.

Il principio di territorialità delimita infatti lo spazio entro il quale si producono gli effetti delle procedure locali e non anche quello entro cui gli effetti devono essere protetti.

Tuttavia un'importante eccezione al suddetto principio si ritrova nello stesso testo del citato art. 17 par. 2 nella parte in cui fa riferimento alle ipotesi di procedure concordatarie, *rectius* di limitazione dei diritti dei creditori.

Esemplificando, in presenza di dilazioni di pagamento ovvero di remissione di debiti tali operazioni potranno essere fatte valere oltre i confini dello Stato in cui sono state pattuite nei confronti di quei creditori che vi abbiano acconsentito, e solo per essi, i quali conseguentemente non potranno avvalersi di pretese espropriative su beni collocati in Stati diversi da quello della procedura concorsuale locale¹⁶⁹.

Corollario delle precedenti osservazioni in tema di territorialità è il principio secondo cui nell'ambito dello Stato di apertura gli effetti delle procedure locali prevalgono su quelli della procedura principale.

Spostando il ragionamento sull'ordinamento italiano dunque, nell'ipotesi in cui in un altro Stato membro venisse aperta una procedura principale assimilabile al nostro concordato preventivo, ai sensi dell'art. 27 e dell'Allegato B del Regolamento comunitario, potrà essere aperta solo una procedura secondaria, consistente o nel fallimento o nella liquidazione coatta amministrativa. È

motivo d'essere solo allorché la procedura autonoma non sia già essa stessa una delle procedure previste dall'Allegato B.

¹⁶⁸ Ai sensi dell'art. 17 par. 2 del Regolamento comunitario: *“Gli effetti della procedura di cui all'articolo 3, paragrafo 2, non possono essere contestati negli altri Stati membri. Qualsiasi limitazione dei diritti dei creditori, in particolare una dilazione di pagamento o la remissione di un debito risultante da tale procedura, può essere fatta valere per i beni situati nel territorio di un altro Stato membro soltanto nei confronti dei creditori che vi hanno acconsentito”*. RICCI, *Le procedure locali previste dal regolamento CE n. 1346/2000*, op. cit., 900.

¹⁶⁹ RICCI, *Le procedure locali previste dal regolamento CE n. 1346/2000*, op. cit., 900.

evidente che gli effetti del concordato preventivo e quelli del fallimento sono notevolmente diversi, per cui si deve necessariamente operare una scelta tra le diverse procedure. Ecco che quindi gli effetti della procedura locale aperta in questo caso in Italia prevalgono su quelli della procedura simile al nostro concordato preventivo della procedura principale aperta all'estero¹⁷⁰.

Alla luce di tali considerazioni non si può, almeno dal nostro punto di vista, non condividere la posizione di chi descrive il rapporto tra procedura principale e procedura locale in termini di conflittualità: un conflitto determinabile da una procedura locale è evitabile fintantoché la procedura principale non venga aperta¹⁷¹.

I caratteri essenziali che contraddistinguono i tre tipi di procedure aventi ad oggetto il medesimo fallimento hanno ricevuto numerose critiche dalla maggior parte della dottrina comunitaria in quanto ritenuti non sufficientemente delineati dal legislatore. In numerose occasioni non si è mancato infatti di disquisire circa il significato da attribuire alla locuzione “centro degli interessi principali del debitore” sia nel caso in cui costui sia una persona fisica sia quando si tratti di persona giuridica ovvero di società benché il Regolamento introduca una presunzione *iuris tantum* di corrispondenza tra sede statutaria e suddetto centro; oggetto di discussione è stato ed è tutt'oggi la nozione di “dipendenza” il cui significato non sembra essere poi così chiaro.

Ancora. Interrogativi sorgono allorché si tratti di individuare lo Stato membro competente all'apertura della procedura concorsuale quando la controversia abbia ad oggetto i gruppi di impresa, situazione questa che non viene minimamente affrontata dal legislatore comunitario, ma che è molto importante per i suoi risvolti pratici.

A questi importanti quesiti cercheremo di dare risposta nei seguenti paragrafi richiamandoci sia ai più illustri ed importanti elaborati dottrinali sia alle soluzioni date ai casi concreti dalla giurisprudenza nazionale ed in particolare dalla Corte di Giustizia.

¹⁷⁰ RICCI, *Le procedure locali previste dal regolamento CE n. 1346/2000*, op. cit., 900.

¹⁷¹ RICCI, *Le procedure locali previste dal regolamento CE n. 1346/2000*, op. cit., 900.

2. *Il centro degli interessi principali del debitore*

Come anticipato nel precedente paragrafo due sono i criteri delineati nel Reg. 1346/00 ai fini dell'individuazione dello Stato membro giurisdizionalmente competente a trattare di una procedura concorsuale avente carattere transnazionale: il cosiddetto *centro degli interessi principali del debitore* (COMI) e la cosiddetta *dipendenza*¹⁷².

Suddetti criteri sono oggettivi ed inderogabili senza nulla lasciare alla volontà delle parti in merito alla scelta del tribunale competente a sovrintendere la procedura concorsuale¹⁷³.

Occorre sottolineare come i criteri da ultimo menzionati siano volti all'individuazione dello Stato membro competente omettendo in proposito indicazioni circa l'esatta individuazione territoriale dell'autorità competente, rinviando al diritto processuale interno di ciascun ordinamento giuridico nazionale per la definizione puntuale di tale competenza.¹⁷⁴

In questa sede analizzeremo il primo dei due criteri e dunque cosa si debba intendere con *centro degli interessi principali del debitore* con tutti i problemi

¹⁷² QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 163; VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 142.

¹⁷³ A differenza del Regolamento CE n. 44/2001 in tema di competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale che, salvo eccezioni espressamente previste dalla normativa comunitaria in questione, lascia molto spazio di manovra all'autonomia privata delle parti tanto da potersi imporre sugli altri criteri di competenza il Reg. 1346/00 in materia fallimentare non attribuisce alcuna rilevanza alla volontà delle parti. La *ratio* di una siffatta scelta legislativa risiede probabilmente nella necessità di tutelare soprattutto gli interessi pubblicistici sottesi alla procedura d'insolvenza. Detto Regolamento è consultabile al sito internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:012:0001:0023:it:PDF>. QUIEROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, op. cit., 163; FUMAGALLI, *Il Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, op. cit., 677; VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 142.

¹⁷⁴ Per un approfondimento si rinvia al disposto del *Considerando* 15 del Reg. 1346/00 che afferma: "Le disposizioni del presente regolamento relative alla competenza fissano soltanto la competenza internazionale, ossia designano lo Stato membro i cui giudici possono aprire procedure di insolvenza. La competenza territoriale nello Stato membro è determinata dal suo diritto nazionale". Anche in questo caso il legislatore comunitario ha operato una scelta differente rispetto a quella accolta nel Regolamento CE n. 44/2001 in quanto, contrariamente alle previsioni della normativa comunitaria in materia di insolvenza transfrontaliera, alle norme preposte all'individuazione della giurisdizione statale fa seguito una serie di titoli di competenza che vanno ad identificare specificamente il giudice territorialmente competente a pronunciarsi sulla lite. Il Regolamento 44/2001 è consultabile al sito: vedi *supra*. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 163.

che a questa nozione sono connessi mancando nella normativa europea una specificazione circa i suoi contenuti.

Ricordiamo in questa sede come il COMI oltre ad essere criterio di determinazione della giurisdizione in capo ad uno Stato membro sia anche il criterio di applicazione della stessa normativa comunitaria in materia di insolvenza transfrontaliera così come si desume dal *Considerando* 14 del Regolamento che richiede necessariamente la localizzazione del centro degli interessi principali del debitore all'interno dello spazio giuridico europeo, non essendo altrimenti in tal senso sufficiente la sola presenza di una sede secondaria in uno degli Stati membri¹⁷⁵.

L'articolo del Reg. 1346/00 che costituisce la base di partenza della nostra trattazione è il già menzionato art. 3, par. 1 il quale statuisce che “*sono competenti ad aprire la procedura di insolvenza i giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore. 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*”¹⁷⁶.

Interessante è stata la scelta operata dal legislatore comunitario di abbandonare la locuzione “*centro degli affari*” presente nei precedenti progetti di convenzione in materia di insolvenza transfrontaliera per abbracciare invece quella di “*centro degli interessi principali del debitore*”, meglio nota come COMI¹⁷⁷.

Un esempio è dato dalla soluzione accolta nella sessione parigina dell'*Institut de Droit International* del 1894 che individuava il giudice competente ad aprire una procedura concorsuale quello del luogo ove il debitore possedeva la *sede principale dei suoi affari*¹⁷⁸. Si trattava quest'ultima di una nozione autonoma e

¹⁷⁵ Il *Considerando* 14 del Reg. 1346/00 chiarisce: *Il presente regolamento si applica unicamente alle procedure in cui il centro degli interessi principali del debitore si trovi all'interno della Comunità*. DE CESARI, *Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel Regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, op. cit., 55; VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 142.

¹⁷⁶ VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 142.

¹⁷⁷ QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 163

¹⁷⁸ Si riporta in questa sede il dettato dell'art. 2 prima parte della risoluzione adottata a Parigi nel 1894: “*L'autorité compétente pour déclarer la faillite est celle du lieu où le débiteur a le siège principal de ses affaires (sottolineato dalla sottoscritta), ou, à défaut d'un tel siège, celle du lieu de son domicile.*” Occorre far riferimento anche alla Risoluzione di Bruxelles del 1902 ove

nuova che si poneva quale obiettivo il superamento del noto criterio del domicilio, in questa sede poco funzionale a causa delle diverse connotazioni che assumeva e assume tutt'oggi nelle legislazioni nazionali.

Contrariamente, nel Progetto di Convenzione CEE in materia di insolvenza transfrontaliera si stabilisce all'art. 3 che la competenza giurisdizionale ad aprire la procedura concorsuale è riconosciuta al giudice dello Stato membro ove il debitore abbia stabilito il *centro degli interessi principali*, definito quale "*luogo in cui il debitore cura normalmente i propri interessi principali*"¹⁷⁹.

E così analogamente anche l'art. 4 della Convenzione di Istanbul rubricato *compétence internationale indirecte* stabiliva che "*sont considérées comme compétentes pour ouvrir la faillite les juridictions ou autres autorités de la Partie dans laquelle le débiteur a le centre de ses intérêts principaux* (sottolineato dalla sottoscritta)". Tuttavia il suddetto centro degli interessi principali del debitore non è stato ulteriormente definito, fatta salva la previsione della presunzione a favore della sede statutaria per le società e le persone giuridiche¹⁸⁰.

Infine anche la Convenzione comunitaria relativa alle procedure di insolvenza, aperta alla firma a Bruxelles il 23 novembre del 1995 e mai entrata in vigore, all'art. 3 riporta il medesimo criterio accolto dal Reg. 1346/00¹⁸¹.

all'articolo 3 si sostiene che: "*L'autorité exclusivement compétente pour ouvrir la faillite est, pour tout débiteur, individuel ou collectif, celle du pays dans lequel il a le siège principal de ses affaires* (sottolineato dalla sottoscritta), *ou, s'il s'agit d'un non-commerçant, celle du pays où il a son principal établissement. Dans le cas où le débiteur individuel aurait son domicile personnel dans un autre Etat que celui du siège principal de ses affaires, l'autorité exclusivement compétente sera celle du dernier de ces Etats. Pour une société, le tribunal exclusivement compétent sera celui du pays où elle a son siège social déterminé sans fraude par les statuts.*"

¹⁷⁹ DANIELE, *Il fallimento nel diritto internazionale privato e processuale*, op. cit., 226; VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale: storia del problema –in Germania, in Italia e nei progetti di convenzione internazionale*, cit., 437; LUPONE, *L'insolvenza transnazionale. Procedure concorsuali nello stato e beni all'estero*, Padova, 1995, 65.

¹⁸⁰ Il testo della Convenzione di Istanbul è consultabile in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* del 1994 alle pagine 712 e seguenti. GRASSO, *La Convenzione Europea su certi aspetti internazionali del fallimento*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1991, 764;

DANIELE, *La convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento. Prime riflessioni*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1994, 499.

¹⁸¹ Il testo della Convenzione comunitaria sulle procedure di insolvenza del 1995 è consultabile in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* del 1996 alle pagine 661 e seguenti. L'art. 3 della suddetta Convenzione è sostanzialmente uguale al testo del Reg. 1346/00 benché siano presenti delle modifiche dovute al diverso strumento normativo utilizzato dal legislatore comunitario del 2000.

Come più volte rimarcato, nella normativa comunitaria risulta del tutto assente una precisa e puntuale definizione di ciò che si intende per COMI, e questa lacuna potrebbe costituire un grave ostacolo ai fini della corretta individuazione dello Stato giurisdizionalmente competente ad aprire la procedura concorsuale. Ma non solo. Una precisa definizione del concetto di COMI e l'eliminazione dei dubbi interpretativi che esso conseguentemente pone è indispensabile per raggiungere l'obiettivo del corretto funzionamento di tutto il sistema comunitario in tema di insolvenza transfrontaliera. Infatti la concezione debole e lacunosa della suddetta nozione mette in crisi l'intero impianto giurisdizionale e l'efficienza stessa delle procedure concorsuali poiché inidonea ad eliminare eventuali contrasti tra Corti e conflitti nell'attribuzione della qualifica di "principale" a procedure aperte in Stati membri con legami non sufficientemente qualificati con le situazioni da regolare di caso in caso.

Approcciando sistematicamente al *Corpus* normativo comunitario un tentativo di parziale soluzione alla questione è riscontrabile nell'analisi della nota Relazione di accompagnamento alla già citata Convenzione relativa alle procedure d'insolvenza aperta alla firma nel 1995 e mai entrata in vigore, cosiddetta *Virgos-Schmit Report* dal nome degli estensori¹⁸².

Al paragrafo 75 del suddetto *Report* si precisa che "*the concept of centre of main interests must be interpreted as the place where the debtor conducts the administration of his interests on a regular basis and is therefore ascertainable by third parties*".¹⁸³

Il Rapporto *Virgos-Schmit* prosegue poi sottolineando che la *ratio* della norma sta nell'essere l'insolvenza "*a reasonable risk*" e nella necessità quindi che la giurisdizione venga esercitata in un luogo "*known to the debtor's potential creditors*" giacché "*this enables the legal risks which would have to be assumed*

¹⁸² BENEDETTELLI, "Centro degli interessi principali" del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, in *Riv. Dir. internaz. priv. proc.*, 2004, 499.

¹⁸³ Il testo del *Report on the Convention of Insolvency Proceedings* (DOC/Consiglio, n. 6500/96/EN) è consultabile al sito internet: http://aei.pitt.edu/952/1/insolvency_report_schmidt_1988.pdf. BENEDETTELLI, "Centro degli interessi principali" del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, op. cit., 499.

*in the case of insolvency to be calculated*¹⁸⁴.

La suddetta definizione di *centro degli interessi principali del debitore* viene riportata al *Considerando* 13 del Reg. 1346/00 ove si specifica 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*”.

Diversamente, il testo originario del *Considerando* 13 contenuto nel Progetto presentato dalla Germania e dalla Finlandia al Consiglio del 26 maggio 1999 recitava: “*Per «centro degli interessi principali» si intende un luogo con cui il debitore intrattiene regolarmente strettissimi rapporti, nel quale si concentrano le sue molteplici relazioni commerciali e nel quale è per lo più situato il nucleo del suo patrimonio. Tale luogo è ben noto anche ai creditori*”¹⁸⁵.

Il testo della corrente formulazione è stato adottato nella seduta del Consiglio del 29 maggio 2000, sede in cui si è eliminato il richiamo al cosiddetto collegamento stretto, a causa delle sue possibili incertezze applicative¹⁸⁶.

Il tentativo di riempire di contenuti la locuzione in esame non è però sufficiente a chiarire tutti i dubbi e i problemi connessi, trattandosi di riferimenti a parametri flessibili, come trapela dal ricorso che opera il legislatore all'uso del tempo condizionale per descrivere indicazioni ambigue, che richiedono necessariamente l'espletamento da parte del giudice di una complessa attività di contestualizzazione avente per oggetto la concreta individuazione dei vari elementi costitutivi l'istituto e la loro relativa concentrazione in un dato luogo.

L'ambiguità delle indicazioni fornite è stata da ostacolo all'elaborazione di una nozione univoca e coerente di COMI comportando quale conseguenza negativa la formazione nei differenti Stati membri di giurisprudenze anche contrastanti; a dimostrazione di quanto affermato; valga per tutti il dibattito circa la relazione

¹⁸⁴ Il paragrafo 75 della Relazione afferma infatti che “*The rationale of this rule is not difficult to explain. Insolvency is a foreseeable risk. It is therefore important that international jurisdiction (which, as we will see, entails the application of the insolvency laws of that Contracting State) be based on a place known to the debtor's potential creditors. This enables the legal risks which would have to be assumed in the case of insolvency to be calculated*”.

¹⁸⁵ Il Testo integrale della Proposta è consultabile al sito internet: <http://eur-lex.europa.eu/JOIndex.do?ihmlang=it>, ovvero in *G.U.C.E.*, 3 agosto 1999, C 221, 8.

¹⁸⁶ Il testo è pubblicato in *G.U.C.E.*, 30 giugno 2000, L 160, 1, consultabile al sito internet: <http://eur-lex.europa.eu/JOIndex.do?ihmlang=it>.

esistente tra il luogo in cui il debitore svolge i processi decisionali interni ai fini dell'amministrazione dei suoi interessi e quello ove la volontà dello stesso concretamente si manifesta verso l'esterno entrando in rapporto con i terzi, sulla cui coincidenza si registrano posizioni discordanti¹⁸⁷.

Quattro sono sostanzialmente gli elementi fattuali cui ci si può richiamare ai fini dell'individuazione del centro degli interessi principali nel luogo ove il debitore esercita la propria attività commerciale: l'attività di gestione, gli interessi oggetto dell'attività in questione, la riconoscibilità del luogo come tale ai terzi potenziali creditori - garantendo così la prevedibilità dell'ordinamento competente a disciplinare l'eventuale procedura d'insolvenza -, e infine l'abitudine dell'attività di gestione dei suoi interessi.

Circa il concetto di gestione già i primi commentatori della normativa comunitaria in materia di insolvenza hanno individuato il "luogo di gestione" come il centro decisionale e strategico dell'attività del debitore, per poi distinguere tra gestione strategica e gestione quotidiana¹⁸⁸. Della nozione di "gestione" si discorrerà in modo approfondito nei paragrafi dedicati all'analisi del COMI delle persone giuridiche e dei gruppi di società.

Per quanto riguarda la nozione di "interessi" e il significato da attribuire all'aggettivo "principali" si cercherà nel proseguo di focalizzare i criteri elaborati dalla giurisprudenza dei tribunali degli Stati membri e le decisioni prese in sede di rinvio pregiudiziale della Corte di Giustizia ai fini dell'individuazione del Paese competente ad aprire la procedura concorsuale a carattere principale.

Si anticipa, fin d'ora, che la trattazione avverrà distinguendo tra casi in cui il debitore sia una persona fisica, una persona giuridica ovvero una società e quelli in cui sia una società appartenente ad un gruppo multinazionale; a conclusione di ogni ricostruzione delle suddette ipotesi si cercherà quindi di tratteggiare una nozione condivisa di *centro degli interessi principali del debitore*.

¹⁸⁷ BENEDETTELLI, "Centro degli interessi principali" del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, op. cit., 499; CARBONE, *Il Regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, op. cit., 87.

¹⁸⁸ DE CESARI, MONTELLA, *Le procedure d'insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, Milano, 2004, 106.

Per una ricostruzione puntuale della nozione in esame è doveroso richiamare quanto è riportato al paragrafo 75 già citato del *Virgos- Schmit Report on the Convention on Insolvency Proceeding*.

In particolare, si osserva che il termine “*interests*” non ricomprende solamente quegli interessi legati allo svolgimento di attività squisitamente commerciali, industriali e professionali bensì include anche una serie complessa di attività di tipo economico in senso lato, tanto da ricomprendere gli interessi derivanti dallo svolgimento di attività non strettamente imprenditoriali svolte da parte di persone fisiche singole e normalmente qualificabili come consumatori¹⁸⁹.

Peraltro, la corretta identificazione degli interessi rilevanti ai nostri fini comporta il fare riferimento all'intero patrimonio del debitore inteso come insieme di tutti i rapporti giuridici in capo al debitore fallendo sia attivi sia passivi in ragione di quella già menzionata tutela dell'affidamento dei terzi¹⁹⁰.

Per quanto concerne l'aggettivo “*main*” gli estensori del citato *Report* lo caricano di una strumentalità sussidiaria finalizzata all'espressione di un giudizio discrezionale per la classificazione gerarchica degli interessi, qualora nello svolgimento dell'attività economica concreta entrino in gioco più centri di attività. Il centro in cui sono gestiti gli interessi che in base ad una logica comparativa apparissero i più importanti individua il luogo, e quindi lo Stato giurisdizionalmente competente, in cui richiedere l'apertura della procedura concorsuale a carattere principale¹⁹¹.

¹⁸⁹ La Relazione Virgos-Schmit al par. 75 seconda parte precisa come “*By using the term “interests”, the intention was to encompass not only commercial, industrial or professional activities, but also general economic activities, so as to include the activities of private individuals (e.g. consumers)*”. DE CESARI, *Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel Regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, op. cit., 55; VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 142; WESSELS, *International Jurisdiction to open Insolvency Proceedings in Europe in particular against (group of) Companies*, al sito internet: http://www.ilf-frankfurt.de/uploads/media/ILF_WP_017.pdf.

¹⁹⁰ DE CESARI, *L'onere della prova nel centro degli interessi principali del debitore*, in *il Fallimento*, 2009, 71.

¹⁹¹ Circa il significato da attribuire all'aggettivo *main* il *Report* precisa: “*The expression “main” serves as a criterion for the cases where these interests include activities of different types which are run from different centres*”. DE CESARI, *Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel Regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, op. cit., 55; DE CESARI, *L'onere della prova del “centro degli interessi principali del debitore”*, op. cit., 68; WESSELS, *International Jurisdiction to open Insolvency Proceedings in Europe in particular against (group of) Companies*, al sito internet: http://www.ilf-frankfurt.de/uploads/media/ILF_WP_017.pdf.

Interessante sottolineare come il legislatore comunitario abbia preferito la locuzione “centro degli interessi principali del debitore” al posto di “centro principale degli interessi del debitore”, con l’intento evidente di porre l’accento sugli interessi derivanti dall’attività imprenditoriale, comprensiva dei relativi complessi rapporti, anziché sul luogo fisico in cui potrebbe sembrare concentrata solo formalmente l’attività stessa; il ricorso a questa locuzione onera l’interprete di una doppia operazione, una l’individuazione degli interessi rilevanti l’altra la definizione di quelli che tra essi debbano considerarsi principali¹⁹².

L’analisi contenutistica del testo normativo si sposta ora sul requisito della riconoscibilità ai terzi del centro, riconoscibilità cui ascrivere la manifesta valenza verso l’esterno e l’ambito mercantile cui è destinata l’attività. Il *Considerando* 13 riferendosi al “riconoscibile” piuttosto che al “riconosciuto” impegna il giudice in un procedimento logico a carattere oggettivo, a nulla rilevando le eventuali prove soggettive prodotte dai singoli creditori a sostegno delle loro tesi circa il luogo da essi ritenuto ubicato il centro degli ipotizzati interessi principali¹⁹³.

Il lavoro dell’interprete circa la ricostruzione della definizione in esame si trova a confrontarsi con l’ulteriore ostacolo derivante dall’assenza nel Regolamento di una qualsivoglia esplicitazione del concetto di “terzialità” e dunque a chi l’attività d’impresa debba essere riconoscibile, trovando però in questo senso sostegno nella giurisprudenza che pacificamente è in grado di declinare quali soggetti riconducibili alla categoria i creditori del fallendo.

¹⁹² DE CESARI, *L’onere della prova del “centro degli interessi principali del debitore”*, in *Il Fallimento*, 2009, 68. La scrittrice sottolinea che “*gli interessi non dovrebbero essere considerati in sé e isolatamente, ma andrebbero valutati in rapporto con gli interessi contrapposti e distinti di altri soggetti tenendo conto degli elementi che risulteranno i più adeguati e consoni*”; BENDETTELLI, “Centro degli interessi principali” del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliere, *op. cit.*, 499.

¹⁹³ La differenza tra il termine “riconosciuto” e “riconoscibile” la si ritrova nelle Conclusioni della Sentenza Eurofood, causa C-341/04 al punto 115: “*In terzo luogo, il Dott. Bondi sostiene che vi è una rilevante differenza tra «riconoscibile» e «riconosciuto». La questione della riconoscibilità comporta l’individuazione del luogo dove sono effettivamente svolte le funzioni di sede principale: si tratta di un procedimento oggettivo e non dovrebbe essere confuso con la prova soggettiva da parte di singoli creditori del luogo in cui ritenevano fosse il centro degli interessi principali. A mio parere, tuttavia, la distinzione tra «riconoscibile» e «riconosciuto» non è rilevante ai fini del problema sollevato dalla quarta questione del giudice nazionale, in quanto sia il ‘considerando’ 13 sia la questione utilizzano il termine «riconoscibile»*”.

Conclude l'approfondimento del testo normativo il richiamo al requisito della abitudine che presuppone una certa reiterazione nel tempo dell'attività imprenditoriale senza che comunque possa rilevare il lasso temporale relativo, non dipendendo ciò da una ipotetica durata minima dell'attività posta in essere dal debitore.

In base a quanto sinora esposto circa l'esame dei requisiti che il Reg. 1346/00 introduce al *Considerando* 13 e la ricostruzione della nozione di *centro degli interessi principali del debitore* operata dal già citato *Report* che lo farebbe coincidere con il luogo ove viene svolta abitualmente l'attività imprenditoriale in modo riconoscibile ai terzi, si riscontra lo sforzo normativo volto al raggiungimento della soddisfazione degli interessi economicamente più rilevanti indipendentemente dal luogo ove i beni del debitore sono localizzati, al fine di "(omissis) *garantire la certezza del diritto e la prevedibilità dell'individuazione del giudice competente ad aprire una procedura di insolvenza principale*"¹⁹⁴.

Tuttavia benché l'intento sia quello di fornire una nozione la più precisa possibile del requisito in esame, sono pochi gli elementi messi a disposizione dell'interprete per permettere una adeguata ricostruzione. E' probabile che l'intento del legislatore comunitario, in considerazione della presenza all'interno della normativa comunitaria in materia di insolvenza di una norma dedicata esplicitamente alle definizioni - l'art. 2 - sia proprio quello di lasciare ampi margini di manovra all'operatore giuridico nell'individuazione dello Stato membro giurisdizionalmente competente ad aprire la procedura principale d'insolvenza, assumendo assoluta importanza le diverse ricostruzioni fornite in sede giurisprudenziale, che puntualmente si analizzano di seguito¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Questa è la *ratio* individuata nelle parole del *Considerando* 13 dall'Avvocato generale Kokott nella causa *Interedil s.r.l.* esplicitata al punto 57 delle sue Conclusioni. Interessante è poi la nozione data di COMI da DE CESARI in *Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel Regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, op. cit., 63 che qui riportiamo: "il centro degli interessi principali del debitore non può essere rappresentato che da un'unità del debitore, la quale sia gerarchicamente sovraordinata alle altre e da cui provengano le direttive per la gestione dei beni e/o il compimento delle attività imputabili al debitore, non essendo sufficiente la mera presenza di beni del debitore sul territorio dello Stato il cui giudice sia stato adito per la dichiarazione di insolvenza." Questa definizione è richiamata anche da BOGGIO in *Direzione e coordinamento di società, società "strumentali", sede legale, insolvenza e giurisdizione italiana alla luce del Regolamento CE n.1346/2000*, in *Giur. Ita.*, 2005, 1202.

¹⁹⁵ Dello stesso parere è BENEDETTELLI in "Centro degli interessi principali" del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, op.

L'interrogativo circa la possibilità di una univoca interpretazione della nozione del COMI a livello comunitario rispetto ad una sua deduzione dal diritto fallimentare dello Stato membro sede della procedura concorsuale, trova una risposta comune e preferibile in un suo uso prevalentemente, se non esclusivamente, quale criterio fattuale da applicarsi alla luce del citato *Considerando* 13 in maniera autonoma rispetto alle previsioni normative dei diversi Stati membri¹⁹⁶.

La Corte di Giustizia ha posto fine alla *querelle* riconoscendo sia nella sentenza *Eurofood* sia nella sentenza *Interedil* l'autonomia della nozione di centro degli interessi principali del debitore, statuendo che essa debba essere interpretata con riferimento al diritto dell'Unione e non con richiamo al diritto nazionale dei vari Stati membri¹⁹⁷.

cit., 499; VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 142.

¹⁹⁶ VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, op. cit., 142; CATALLOZZI, *Il Regolamento europeo e il criterio del COMI (centre of main interests): la parola alla Corte*, in *il Fallimento*, 2006, 1256. Significative al riguardo sono le conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nella causa *Staubitz-Schreiber* C-1/04, presentate il 6 settembre 2005, al punto 60 ove precisa che "Occorre sottolineare, innanzi tutto, il carattere di concetto autonomo di diritto comunitario di tale espressione, la qual cosa le conferisce un significato uniforme e indipendente dagli ordinamenti nazionali; si impone, pertanto, una definizione unica per l'intera Comunità". Il testo integrale delle citate Conclusioni è consultabile al sito internet: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=it>. Nello stesso senso la Corte di giustizia si è pronunciata nel caso *Eurofood* al punto 31: "Il concetto di «centro degli interessi principali» è proprio del regolamento. Esso ha dunque un significato autonomo, e deve perciò essere interpretato in modo uniforme e indipendente dalle normative nazionali". La sentenza è consultabile integralmente al sito internet: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=it>.

¹⁹⁷ Al punto 31 della Sentenza *Eurofood* nella causa C- 341/04 si legge: "Il concetto di «centro degli interessi principali» è proprio del regolamento. Esso ha dunque un significato autonomo, e deve perciò essere interpretato in modo uniforme e indipendente dalle normative nazionali". Al punto 42 della Sentenza *Interedil* della causa C- 396/09 si legge: "Secondo una costante giurisprudenza, dalla necessità di garantire tanto l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione quanto il principio di uguaglianza discende che i termini di una disposizione del diritto dell'Unione, la quale non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri ai fini della determinazione del suo senso e della sua portata, devono di norma essere oggetto, nell'intera Unione, di un'interpretazione autonoma e uniforme, da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e della finalità perseguita dalla normativa in questione (v., in particolare, sentenza 29 ottobre 2009, causa C-174/08, *NCC Construction Danmark*, Racc. pag. I-10567, punto 24 e giurisprudenza citata)". Le citate sentenze sono integralmente consultabile al sito internet: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=it>.

2.1. (segue). COMI del debitore persona fisica

Il Reg. 1346/2000 non contiene alcuna indicazione precisa circa la definizione di *centro degli interessi principali del debitore*.

In questa sede si svilupperà l'analisi del COMI del debitore inteso come persona fisica sia che il fallendo sia un imprenditore, nell'accezione della normativa italiana, sia che si tratti di persona fisica in generale, nell'accezione del diritto inglese e del diritto svizzero¹⁹⁸.

La ricostruzione del COMI delle persone fisiche non è tuttavia cosa agevole in quanto manca in questo caso una presunzione espressa, contrariamente invece per quanto concerne alle persone giuridiche e alle società¹⁹⁹.

Il punto di partenza è ancora una volta costituito dal già citato paragrafo 75 del *Virgos- Schmit Report* che opera una distinzione tra i cosiddetti professionisti per i quali il COMI è localizzato nel luogo del loro *professional domicile* e le persone fisiche in generale il cui COMI coincide con la cosiddetta *habitual residence*²⁰⁰.

Le nozioni di domicilio e di residenza abituale si ritrovano in vari strumenti del diritto comunitario come ad esempio nel Regolamento CE 44/2001 approvato il 27 dicembre del 2000 e concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale²⁰¹.

Nel Regolamento CE 44/2001 citato troviamo la definizione di domicilio all'art.

¹⁹⁸ Vedi il capitolo precedente relativamente all'analisi delle soluzioni adottate in materia di insolvenza transfrontaliera dai vari ordinamenti giuridici europei prima dell'entrata in vigore del Reg. 1346/00.

¹⁹⁹ All'art. 3 par. 1 seconda parte si afferma: "*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*". Di questa presunzione si discuterà approfonditamente nei paragrafi seguenti.

²⁰⁰ Nella Relazione già citata al paragrafo 75 si precisa infatti che "*In principle, the centre of main interests will in the case of professionals be the place of their professional domicile and for natural persons in general, the place of their habitual residence*". Nello stesso senso le conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nella causa *Staubitz- Schreiber* C-1/04 in particolare al punto 62: (...) *Il tredicesimo 'considerando' del suo preambolo suggerisce che la definizione discussa fa riferimento al luogo in cui il debitore gestisce abitualmente l'amministrazione dei suoi interessi, di agevole localizzazione da parte dei terzi. Così, si reputa centro di interessi di colui che svolge un'attività commerciale il suo domicilio professionale, e per le restanti persone fisiche, la sua residenza abituale*". BENEDETTELLI, "Centro degli interessi principali" del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, op. cit., 499.

²⁰¹ Il Regolamento CE 44/2001 è consultabile al sito internet <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:012:0001:0023:it:PDF>.

59 ove si recita che *“per determinare se una parte ha il domicilio nel territorio dello Stato membro in cui è pendente il procedimento il giudice applica la legge nazionale”*²⁰², che nel caso dell’ordinamento italiano è rappresentata dall’art. 43 del codice civile²⁰³.

Diversamente, circa il significato da attribuire al concetto di residenza abituale il Regolamento comunitario 44/2001 nulla dice al riguardo.

Una nozione autonoma di residenza abituale si ritrova invece nel Regolamento CE 593/2008 concernente le norme applicabili alle obbligazioni contrattuali ed entrato in vigore il 17 dicembre del 2009. L’art. 19, par.1 parte prima del citato Regolamento recita infatti che *“per residenza abituale di una persona fisica che agisce nell’esercizio della sua attività professionale si intende la sua sede di attività principale”*²⁰⁴.

Benché la norma circoscriva l’applicazione di detta definizione solamente *“ai fini del presente Regolamento”*, è indiscutibile il suo rilevante valore interpretativo in quanto unica norma di diritto comunitario che esplicitamente definisce l’istituto in esame²⁰⁵.

Altro possibile riferimento lo ritroviamo nel Regolamento CE 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, dove il luogo della residenza abituale indica il giudice giurisdizionalmente competente, benché una sua puntuale definizione si ritrova nella Relazione esplicativa della cosiddetta Convenzione di Bruxelles II²⁰⁶.

²⁰² Il testo del Regolamento CE 44/2001 è consultabile al sito internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:012:0001:0023:it:PDF>.

²⁰³ L’art. 43 del nostro codice civile così recita: *“Il domicilio di una persona è nel luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi”*.

²⁰⁴ Il testo del Regolamento 593/2008 è consultabile al sito internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:it:PDF>.

²⁰⁵ MATTEINI CHIARI, DI MARZIO, *Notificazioni e termini nel processo civile*, Milano, 2011, 547.

²⁰⁶ Nel Regolamento 2201/2003 il criterio del luogo della residenza abituale è richiamato all’art. 3 par.1 lett.a): *“Sono competenti a decidere sulle questioni inerenti al divorzio, alla separazione personale dei coniugi e all’annullamento del matrimonio le autorità giurisdizionali dello Stato membro: a) nel cui territorio si trova: la residenza abituale dei coniugi, o l’ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora, o la residenza abituale del convenuto, o in caso di domanda congiunta, la residenza abituale di uno dei coniugi, o la residenza abituale dell’attore se questi vi ha risieduto almeno per un anno immediatamente prima della domanda,*

Ritornando al tema dell'insolvenza transfrontaliera la giurisprudenza non è così univoca nell'individuare il centro degli interessi principali di una persona fisica. A dimostrazione di ciò basti ricordare come nel panorama giurisprudenziale si riscontrino tanto sentenze basate su presunzioni quanto sentenze che invece applicano rigorosamente i requisiti richiamati nel Considerando 13 del Reg. 1346/00, dando rilievo a parametri di vario genere quali l'ubicazione della casa coniugale e i legami familiari nello Stato del foro, la titolarità di beni o di quote di partecipazioni azionarie di società localizzate nello Stato del foro.²⁰⁷

Esemplificando, nel caso *Geveran Trading*, ove protagonista era un cittadino norvegese definitosi in giudizio uno "swiss banker", non professional, la High Court ha fondato la propria competenza richiamandosi al criterio della residenza abituale, rimarcando che qualora il debitore fosse stato invece a professional si sarebbe dovuto fare riferimento al luogo del professional domicile definito nella sentenza quale "somewhere were he can be located, the centre which is ascertainable by third parties"²⁰⁸.

In un altro caso affrontato dalla corte di Assen il 5 giugno del 2002 il debitore per la maggior parte dell'anno trascorrevva il suo tempo in alberghi diversi dell'Ungheria, Paese che al momento della decisione non era ancora Stato membro dell'Unione Europea, ed il resto in Olanda, dove si trovava la casa

o la residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto almeno per sei mesi immediatamente prima della domanda ed è cittadino dello Stato membro stesso o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, ha ivi il proprio "domicile"; Il testo del Regolamento 2201/2003 è consultabile al sito internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003R2201:IT:HTML>. La Relazione esplicativa della Convenzione di Bruxelles II al punto 32 afferma: "Vi sono stati maggiori problemi quanto all'accettazione degli altri criteri inclusi in questo paragrafo. In linea di massima non vi sono state obiezioni circa la competenza dei giudici dello Stato in cui si trova l'ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora (secondo trattino). Il problema è sorto per alcuni Stati confrontando questa situazione con quella in cui si trova l'altro coniuge che, a causa della crisi matrimoniale, spesso ritorna nel paese in cui, prima della celebrazione del matrimonio, aveva fissato il domicilio o di cui aveva la cittadinanza, ed è soggetto alle limitazioni previste nel quinto e sesto trattino, con tutte le conseguenze per quanto riguarda la litispendenza (vedesi articolo 11)". La suddetta Relazione è consultabile al sito internet

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1998:221:0027:0064:IT:PDF> e comunque in G.U.C.E., 16 luglio 1998, C 221. WESSELS, *International Jurisdiction to open Insolvency Proceedings in Europe in particular against (group of) Companies*, al già citato sito internet.

²⁰⁷ MARSHALL, *European Cross Border Insolvency*, Londra, 2005, 1-15.

²⁰⁸ High Court of London, 11 novembre 2002, *Geveran Trading Co LTD v Kjell Tore Skjevesland*; Su tale sentenza si veda WESSELS, *International Jurisdiction to open Insolvency Proceedings in Europe in particular against (group of) Companies*, al già citato sito internet.

coniugale in cui viveva la moglie separata e luogo ove si era sottoposto a varie cure mediche. Il giudice olandese, nonostante l'attività economica fosse *ictu oculi* ubicata in Ungheria, ha ritenuto di individuare il COMI in Olanda riconoscendo dunque la propria competenza giurisdizionale, dando rilievo al luogo della residenza²⁰⁹.

In modo diverso ha deciso la Corte Suprema olandese nel caso di un soggetto che viveva alle Isole Vergini, ma curava interessi in diverse società olandesi dando rilievo alla sede dell'attività economica piuttosto che alla residenza.²¹⁰

Evidentemente uno dei principali problemi legati all'individuazione del COMI delle persone fisiche è legato alla grande mobilità che contraddistingue le persone, tanto più che il Reg. 1346/00 nulla prevede al riguardo.

Un caso rilevante di riferimento ove si è affrontata la suddetta questione è la cosiddetta causa *Shierson*.

In questa controversia del 27 luglio 2005 la *Court of Appeal* ha infatti statuito che *"There is no principle of immutability. A debtor must be free to choose where he carries on those activities which fall within the concept of administration of his interests. He must be free to relocate his home and his business and, if he has altered the place at which he conducts the administration of his interests on a regular basis -by choosing to carry on the relevant activities (in a way which is ascertainable by third parties) at another place – the court must recognise and give effect to that."*²¹¹.

La Corte d'appello di Amsterdam nella causa *Van Duivenbodt c. Van Andel e Van der Veen* non ha dato invece rilievo al trasferimento del debitore avvenuto un anno prima dell'apertura della procedura concorsuale: secondo la Corte olandese il COMI doveva considerarsi localizzato in Olanda in quanto i debiti nascevano dall'attività professionale ivi svolta, a nulla rilevando in tal senso il

²⁰⁹ Il caso deciso dalla Corte di Assen, 5 giugno 2002 è citato in MARSHALL, *European Cross Border Insolvency*, cit., 2-31. WESSELS, *International Jurisdiction to open Insolvency Proceedings in Europe in particular against (group of) Companies*, al già citato sito internet.

²¹⁰ Supreme Court, 9 gennaio 2004, *Fortis c. Vennink*, citata da MARSHALL, *European Cross Border Insolvency*, cit., 2-33.

²¹¹ La sentenza della *Court of Appeal* nella causa *Shierson- Vlieland-Boddy* così recita al paragrafo 55. La sentenza è consultabile al sito internet: <http://www.baillii.org/>.

successivo trasferimento in Francia²¹².

In modo analogo si è orientato il *Tribunal de Commerce* di Bruxelles nella causa *Eurogyp* che ai fini dell'individuazione del COMI, ha dato importanza al luogo ove veniva svolta l'attività da cui erano scaturiti i debiti²¹³.

Anche la giurisprudenza di legittimità francese è intervenuta sulla questione della mobilità delle persone fisiche. Una sentenza interessante è quella pronunciata dalla *Cour de Cassation* il 15 ottobre del 2009 ove è stata ritenuta fittizia la localizzazione in Francia del COMI del debitore persona fisica che ivi aveva aperto un conto corrente bancario, ritenendolo invece collocabile in Germania, luogo in cui era localizzata l'abitazione coniugale e il lavoro. Nella sentenza di data 8 luglio 2008 la *Cour de Cassation* ha precisato inoltre come non sia sufficiente ai fini dell'individuazione del COMI la mera intenzionalità del debitore, in quanto ciò non costituisce un fatto verificabile dai terzi tutelati dallo stesso dettato del *Considerando* 13 del Reg. 1346/00²¹⁴.

Infine occorre ricordare il problema legato all'esistenza in molti ordinamenti europei, tra cui quello italiano, di norme che estendono il fallimento della società alle persone fisiche²¹⁵.

Non è chiaro in questi casi, e la questione è a tutt'oggi aperta, se il COMI della persona fisica debba essere o meno autonomamente valutato rispetto a quello della società.

²¹² Corte d'appello di Amsterdam, 17 giugno 2003, *Van Duivenbodr c. Van Andel e Van der Veen*

²¹³ Tribunal de commerce di Bruxelles, 12 dicembre 2003, *Eurogyp*,

²¹⁴ Cour de Cassation, 15 ottobre 2009 al sito internet <http://www.legifrance.gouv.fr/initRechJuriJudi.do>. Cour de Cassation, 8 luglio 2008 al sito internet: <http://www.legifrance.gouv.fr/initRechJuriJudi.do>.

²¹⁵ L'art. 147 comma 1 della legge fallimentare italiana infatti, in tema di soci illimitatamente responsabili, afferma che: "La sentenza che dichiara il fallimento di una società appartenente ad uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del titolo V del libro quinto del codice civile, produce anche il fallimento dei soci, pur se non persone fisiche, illimitatamente responsabili". VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 142; QUEIROLO, *Le procedure di insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 187.

2.2. (segue). COMI delle persone giuridiche e delle società

Il Reg. 1346/00, all'art. 3 par. 1 ultima parte, introduce una presunzione *iuris tantum* che permette di far coincidere il centro degli interessi principali del debitore con il luogo ove è ubicata la sede statutaria, qualora si tratti di persone giuridiche, ovvero di società, dando rilevanza ad elementi di natura documentale²¹⁶.

La *ratio* di questa scelta legislativa sta nel tentativo di evitare che una eventuale localizzazione fittizia di una società in uno Stato membro possa impedire l'apertura della procedura principale nel luogo ove invece viene effettivamente svolta l'attività di impresa, penalizzando così gli interessi dei creditori²¹⁷.

La modalità con cui il legislatore comunitario ha formulato la norma consente di riconoscere un potere discrezionale quasi assoluto in capo al giudice prefallimentare, il quale può liberamente valutare qualsiasi elemento presentato a dimostrazione dell'ipotesi di localizzazione, con il rischio che raramente un Tribunale neghi la propria giurisdizione a favore di un altro²¹⁸.

Richiamando la riconosciuta autonomia del concetto di COMI sancita nella causa C- 341/04 dalla Corte di Giustizia, alcuni autori si sono spinti ad argomentare circa la natura autonoma anche della nozione più generale di

²¹⁶ L'art. 3 par. 1 ultima parte citato recita: "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". Nella versione inglese si parla di "registered office", in quella francese di "siège statutaire", in quella spagnola di "domicilio social". WESSELS, *International Jurisdiction to open Insolvency Proceedings in Europe, in particular against (group of) Companies*, consultabile al sito internet: http://www.ilf-frankfurt.de/uploads/media/ILF_WP_017.pdf.

PERSANO, *Il caso Eurofood, ovvero la contestuale apertura di due procedure principali di insolvenza nello spazio giudiziario europeo*, in *il Fallimento*, 2004, 1268; MONTELLA, *Competenza internazionale del giudice italiano e trasferimento (fuga) del debitore estero*, in *il Fallimento*, 2011, 715; DE CESARI, *Il trasferimento all'estero della sede legale dell'impresa insolvente*, in *il Fallimento*, 2010, 666; QUEIROLO, *Le procedure di insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 163; VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 142; BENEDETTELLI, *"Centro degli interessi principali" del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera*, op. cit., 499.

²¹⁷ Lo scopo perseguito dalla disposizione in esame è reso esplicito al Considerando 4 ove si afferma che: "È 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»)". QUEIROLO, *Le procedure di insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 187.

²¹⁸ BOGGIO, *Direzione, coordinamento di società, società "strumentali", sede legale, insolvenza e giurisdizione italiana alla luce del Regolamento CE n.1346/2000*, in *Giur. Ita.*, 2005, 1202.

sede²¹⁹. A questa deduzione è possibile obiettare che la Corte di giustizia, nel caso *Eurofood*, non era chiamata a pronunciarsi circa l'interpretazione da dare alla nozione di sede statutaria, la cui localizzazione nel caso di specie era pacifica, bensì sulla nozione di COMI. Si osserva infatti che la presunzione semplice prevista all'art. 3, par. 1, ultima parte non comporta la coincidenza dei due concetti di sede legale e di centro degli interessi principali del debitore, ma il fatto che la sede legale ed il COMI possono considerarsi localizzati nel medesimo luogo qualora la suddetta presunzione non venga superata²²⁰.

Secondo altri autori invece la determinazione della sede statutaria deve avvenire in base alle previsioni normative della *lex fori* ed in particolare secondo il diritto internazionale privato del foro²²¹.

Tuttavia anche tale interpretazione presenta dei limiti in quanto almeno

²¹⁹ BARIATTI, *Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di giustizia: il caso Eurofood*, op.cit., 215. Circa il carattere autonomo della nozione di COMI si veda il punto 31 della Sentenza *Eurofood* che così recita: "Il concetto di «centro degli interessi principali» è proprio del regolamento. Esso ha dunque un significato autonomo, e deve perciò essere interpretato in modo uniforme e indipendente dalle normative nazionali". La citata sentenza è consultabile al sito internet: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=it>.

²²⁰ MONTELLA, *La procedura secondaria: un rimedio contro il forum shopping del debitore nel Reg. Ce n. 1346/2000*, in *Il fallimento*, 2009, 1301. Si consideri il dettato del punto 116 delle Conclusioni dell'Avvocato generale nella causa *Eurofood*: "Passando al merito della quarta questione proposta, sono dell'opinione che, laddove la sede statutaria di una società madre e della sua controllata sono in due diversi Stati membri, il fatto (dato per assunto dal giudice del rinvio) che 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 sarà normalmente decisivo per determinare il «centro [dei suoi] interessi principali»".

²²¹ La Cassazione italiana, nell'applicare il Reg. 1346/00, individua la sede legale in base alla *lex fori* e in particolare ex art. 25 della legge 218/1995 che recita: "Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti. 2. In particolare sono disciplinati dalla legge regolatrice dell'ente: a) la natura giuridica; b) la denominazione o ragione sociale; c) la costituzione, la trasformazione e l'estinzione; d) la capacità; e) la formazione, i poteri e le modalità di funzionamento degli organi; f) la rappresentanza dell'ente; g) le modalità di acquisto e di perdita della qualità di associato o socio nonché i diritti e gli obblighi inerenti a tale qualità; h) la responsabilità per le obbligazioni dell'ente; i) le conseguenze delle violazioni della legge o dell'atto costitutivo. 3. I trasferimenti della sede statutaria in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati". Si veda sul punto PERILLI, *La Cassazione e la giurisdizione per la declaratoria di fallimento alla prova della libertà di stabilimento delle società*, in *Int' l lis*, 2004/2005, 28. Si richiama in questa sede alla presenza sul panorama giuridico europeo di due diverse teorie: l'una della cosiddetta "incorporazione", l'altra della "sede reale". La prima ricollega una società allo Stato in cui questa si è costituita (cd. *Law of incorporation*), la seconda richiede l'applicazione delle norme dell'ordinamento in cui esercita concretamente l'attività imprenditoriale.

astrattamente potrebbe portare all'utilizzo del criterio della sede reale, che è applicato da taluni ordinamenti europei, quando invece il Regolamento comunitario impone l'applicazione del criterio formale.

E' reperibile inoltre una soluzione intermedia, concretamente finalizzata alla garanzia di un *minimum* di uniformità, che osserva come, benché non esista una disciplina comunitaria uniforme sulla sede legale dal punto di vista della *lex societatis*, il diritto della maggior parte degli Stati membri prevede che le società e le persone giuridiche abbiano una sede formale nello Stato in cui si sono costituite, come indicato nello Statuto. Tale ipotesi sortisce dal fatto che il Reg. 1346/00 prevede l'applicazione di due criteri utilizzabili nell'identificazione dello Stato membro giurisdizionalmente competente all'apertura della procedura principale, l'uno fondato su caratteri di effettività, vale a dire sul COMI, l'altro su elementi formali, vale a dire sulla sede²²².

La previsione normativa di cui all'art. 3 del Reg. 1346/00 dunque consente di giungere a risultati diversi da quelli conseguibili dall'applicazione dell'art. 53 della Convenzione di Bruxelles o dell'art. 22 n. 2) del Regolamento 44/2001, riproponendo infatti anche quest'ultima norma la dicotomia tra sede formale e sede reale a causa del riferimento alla *lex fori* di ciascuno Stato membro²²³.

Tuttavia il modello interpretativo che è stato indicato come intermedio potrà dirsi funzionale solo qualora la *lex societatis* che governa l'ente preveda l'obbligo in capo ai soci e ai promotori di indicare nel relativo Statuto l'indicazione del luogo in cui l'ente ha la propria sede, ovvero qualora consenta di presupporre l'individuazione per sopperire ad eventuali carenze. Nel panorama giuridico europeo vi sono alcuni ordinamenti in cui è possibile che un ente venga ad esistenza per effetto della mera stipulazione di un atto costitutivo che ben potrebbe aver luogo in uno Stato diverso da quello della sede, e ancora, possono sussistere situazioni di iscrizioni in registri diversi da quelli dello Stato

²²² BOGGIO, *Direzione e coordinamento di società, società "strumentali", sede legale, insolvenza e giurisdizione italiana alla luce del Regolamento CE n. 1346/2000*, op.cit., 1206.

²²³ L'art. 22 n.2 del Regolamento 44/2001 recita: "In materia di validità, nullità o scioglimento delle società o persone giuridiche, aventi la sede nel territorio di uno Stato membro, o riguardo alla validità delle decisioni dei rispettivi organi, i giudici di detto Stato membro. Per determinare tale sede il giudice applica le norme del proprio diritto internazionale privato".

di costituzione²²⁴.

Nonostante la sussistenza di diverse letture interpretative della nozione di sede statutaria la struttura del Reg. 1346/00 fa propendere per un'interpretazione formale della nozione in esame.

Esaurita, per quanto concerne la presente ricerca, l'analisi delle interpretazioni normative del significato da attribuire alla nozione di sede statutaria si procede con l'analisi della revisione e delle relative soluzioni di tutti quei problemi che originano dall'operare la separazione tra la sede formale e il luogo ove effettivamente si svolge l'attività della società. Le situazioni più problematiche emergono principalmente qualora la società collochi la propria sede statutaria in Paesi ove sono previsti regimi fiscali meno penalizzanti ovvero norme più favorevoli inerenti la responsabilità sociale, le regole di *governance*, il capitale minimo, nel mentre l'attività imprenditoriale viene effettivamente svolta altrove. Ecco quindi che non sempre la sede formale esprime un reale collegamento con il luogo dove sono effettivamente svolte le funzioni tipiche di amministrazione²²⁵.

Tra gli strumenti che possono venire in aiuto nella fase di individuazione delle sedi societarie, si annovera la previsione della presunzione semplice che è tale in quanto può essere facilmente superata mediante prova contraria, da presentarsi entro rigorosi termini identificati puntualmente dalla giurisprudenza comunitaria. Uno per tutti valga il riferimento alla sentenza *Eurofood*, in cui la

²²⁴ BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato delle società e ordinamento comunitario*, in PICONE, *Diritto internazionale privato e comunitario*, Padova, 2004, alle pagine 227 nota 64 e 228.

²²⁵ In questo senso si è espresso l'Avvocato generale Jacobs nel caso *Eurofood* al punto 111: "Dette parti si basano principalmente sulla relazione *Virgós-Schmit* in cui si afferma: «Quando si tratta di società e persone giuridiche, la Convenzione presume che, salva prova contraria, il centro degli interessi principali del debitore è il luogo della sua sede statutaria. Tale luogo normalmente corrisponde alla sede principale del debitore» (26). Il Dott. Bondi e il governo italiano sostengono che se si deve dimostrare che il centro degli interessi principali è in un luogo diverso dallo Stato in cui è situata la sede statutaria della società, è necessario dimostrare che le funzioni caratteristiche della «sede principale» sono svolte altrove. L'attenzione deve concentrarsi sulle funzioni di sede principale, piuttosto che semplicemente sulla collocazione di tale sede, poiché una «sede principale» può essere nominale tanto quanto la sede statutaria se tali funzioni non sono svolte in quel luogo. Nelle attività transnazionali la sede statutaria è spesso scelta per ragioni fiscali o normative e non ha un reale collegamento con il luogo dove sono effettivamente svolte le funzioni tipiche della sede principale. Ciò è particolarmente vero nel caso di gruppi di società, dove le funzioni di sede principale per la controllata sono spesso svolte nel luogo dove sono effettuate le funzioni di sede principale della società madre del gruppo".

Corte di Giustizia ha affermato che la presunzione di cui al citato art. 3, par. 1 ultima parte *“può 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 di 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”*²²⁶.

La suddetta definizione è stata ulteriormente ribadita dalla Corte di Giustizia nella recente sentenza del 21 gennaio 2010 per la causa *MG Probud gdynia sp zo.o*²²⁷.

Un ulteriore strumento di aiuto all'interprete nella difficile identificazione del COMI di società ovvero di persone giuridiche è la già citata Relazione Virgos-Schmit la quale precisa al punto 75 che il centro degli interessi principali è luogo ove il debitore amministra i suoi interessi in modo abituale e pertanto

²²⁶ La definizione data dalla Corte è consultabile ai punti 34 e 37 della sentenza *Eurofood*, causa C- 341/04, al sito internet <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=it>. DE CESARI, *Il trasferimento all'estero della sede legale dell'impresa insolvente*, op. cit., 666; BARIATTI, *Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di giustizia: il caso Eurofood*, op.cit., 214.

²²⁷ Il caso di specie concerne una società polacca operante nel settore edile, che effettua lavori di costruzioni nell'ambito di una filiale localizzata in Germania. La stessa società viene dichiarata fallita dal Tribunale polacco, ma pochi giorni l'*Amtsgericht* tedesco ordina il pignoramento di depositi bancari appartenenti alla società e il sequestro conservativo di crediti dalla stessa vantati nei confronti di controparti tedesche. Tale decisione viene impugnata dinnanzi il *Landgericht*, ma l'appello viene respinto in quanto ritenuti gli unici mezzi in grado di tutelare i creditori locali contro il rischio del trasferimento di beni e capitali in terra polacca. Viene quindi presentata domanda di pronuncia pregiudiziale da parte del giudice polacco alla Corte di Giustizia chiedendo la valutazione della legittimità dei menzionati provvedimenti tedeschi alla luce del Regolamento 1346/2000. Al punto 37 della sentenza della causa in esame C- 444/07 si afferma: *“Dall'art. 3, n. 1, del regolamento risulta che per le società si presume che il centro degli interessi principali sia, fino a prova contraria, il luogo dove si trova la sede statutaria. La Corte ha precisato in proposito che la presunzione semplice prevista dal legislatore comunitario a favore della sede statutaria di una società può essere superata soltanto se elementi obiettivi e verificabili da parte di terzi consentono di stabilire l'esistenza di una situazione reale diversa da quella che si ritiene corrispondere alla collocazione nella detta sede statutaria (sentenza Eurofood IFSC, cit., punto 34). 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 regolamento (sentenza Eurofood IFSC, cit., punto 37). La sentenza è consultabile integralmente al sito internet <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=it>. LEANDRO, *Solo l'avvio di una procedura secondaria può porre un freno all'insolvenza principale*, in *Guida al diritto*, 2010, 97.*

riconoscibile ai terzi²²⁸.

Ergo per identificare il luogo ove è localizzato il COMI di società ovvero di persone giuridiche occorre far riferimento all'ubicazione della sede statutaria, in base al dettato della citata presunzione semplice. Qualora si ritenga che la sede societaria non coincida con il centro degli interessi principali, così come individuato dalla normativa comunitaria in base ai criteri della riconoscibilità ai terzi e dell'abitudine dell'attività di impresa, si può produrre prova contraria che dimostri come nello Stato indicato come COMI, il debitore non abbia alcun interesse ovvero abbia interessi preminenti altrove²²⁹.

Conformemente ai principi in materia di presunzione semplice, l'onere di produrre eventuali elementi idonei a dimostrare che non vi è alcuna coincidenza tra il COMI e la sede formale della società è a carico della parte che intende contestare la competenza del giudice della sede, che nel caso di specie è individuabile nel creditore istante²³⁰.

Dunque in assenza di contestazioni il giudice sembrerebbe poter applicare in modo automatico il criterio formale.

Tuttavia la deduzione non pare correttamente risolta in quanto generalmente nelle procedure concorsuali non è individuabile una controparte in senso tecnico ed inoltre spesso non è neppure presente in giudizio un interlocutore

²²⁸ Ricordiamo che al paragrafo 75 della citata Relazione si precisa che per COMI debba intendersi *“the place where the debtor conducts the administration of his interests on a regular basis and is therefore ascertainable by third parties”*. Precisa poi che *“Where companies and legal persons are concerned, the Convention presumes, unless proved to the contrary, that the debtor's centre of main interests is the place of his registered office. This place normally corresponds to the debtor's head office”*. QUEIROLO, *Le procedure di insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 187.

²²⁹ DE CESARI, *Il trasferimento all'estero della sede legale dell'impresa insolvente*, op. cit., 666; DE CESARI, *L'onere della prova del “centro degli interessi principali del debitore”*, in *il Fallimento*, 2009, 68.

²³⁰ Si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale nella causa *Eurofood* al punto 122: *“Ciò non vuol dire che il criterio meramente formale del luogo della sede statutaria di una controllata determinerà necessariamente lo Stato membro i cui giudici sono competenti per qualsiasi insolvenza. Un aspetto intrinseco del concetto di «centro degli interessi principali» è quello di assicurare che realtà funzionali siano in grado di sostituire criteri meramente formali (32). Qualunque soggetto che cerchi di vincere la presunzione che la competenza in materia di insolvenza segue la sede statutaria deve comunque dimostrare che gli elementi adottati soddisfano i requisiti di trasparenza e riconoscibilità. Poiché l'insolvenza è un rischio prevedibile, è importante che la competenza internazionale (che comporta l'applicazione del diritto fallimentare di un determinato Stato) sia fondata su un luogo conosciuto ai potenziali creditori del debitore, permettendo così di calcolare i rischi giuridici che si dovrebbero assumere in caso di insolvenza (33)”*.

che possa contestare le deduzioni del soggetto istante.

La presunzione *iuris tantum* della sede statutaria può invece essere superata in modo singolare come elaborato in una soluzione offerta dalla Corte di Appello di Milano in data 14 maggio 2008 ed enunciata nella causa *Fallimento S.p.a. Link Due in liquidazione contro Immobilink Corporation S.A.*²³¹.

In questa circostanza la Corte ha stabilito che quando un creditore fornisce la prova della presenza nello Stato richiesto di alcuni interessi del debitore, è quest'ultimo ad avere l'onere di fornire a sua volta la prova dell'esistenza di interessi preminenti rispetto a quelli dedotti dal creditore nello Stato membro ove è localizzata la sede statutaria. Qualora non venga fornita suddetta prova si deve considerare superata la presunzione semplice²³².

Nella fattispecie in esame la Corte d'Appello di Milano aveva messo a confronto gli interessi individuati dal creditore istante e quelli affermati dal debitore per evitare il superamento della presunzione²³³.

Per quanto concerne l'oggetto del *thema probandum* ove si volesse superare la citata presunzione occorre sottolineare che dottrina e giurisprudenza accolgono soluzioni alquanto divergenti, posto che il richiamo alle regole dei singoli ordinamenti in materia probatoria non agevola una ricostruzione uniforme della portata della presunzione in esame nonché l'ampiezza della prova contraria. In tal senso è stata attribuita importanza al centro operativo e direzionale della società, come centro ove operano gli amministratori ovvero come il luogo ove vengono elaborate le decisioni imprenditoriali, il luogo ove vengono stipulati contratti e quello in cui la società entra in contatto con i terzi; al contrario non viene riconosciuta valenza probatoria alla localizzazione di un immobile di

²³¹ Nel caso di specie il liquidatore della società *Link Due in liquidazione* ha presentato istanza per la dichiarazione di fallimento dinnanzi al tribunale di Milano della società *Immobilink Corporation S.A.*, la cui sede legale è situata dall'aprile 2005 in Lussemburgo. La suddetta istanza viene respinta e la sentenza impugnata dinnanzi la Corte d'Appello di Milano, la quale ha riconosciuto la competenza giurisdizionale del giudice italiano. DE CESARI, *Il Caso Immobilink S.A.*, in *Il Fallimento*, 2009, 65.

²³² Tesi appoggiata da DE CESARI, *L'onere della prova del "centro degli interessi principali del debitore"*, op.cit., 68; DE CESARI, *Il trasferimento all'estero della sede legale dell'impresa insolvente*, op. cit., 666. DE CESARI, *Il Caso Immobilink S.A.*, op. cit., 65.

²³³ Nel caso di specie la Corte ha ritenuto principali gli interessi individuati dal creditore e quindi superata la presunzione semplice della sede statutaria. DE CESARI, *L'onere della prova del "centro degli interessi principali del debitore"*, op.cit., 68.

proprietà della società fallenda in altro Stato membro²³⁴.

La Corte di Giustizia nel caso *Eurofood* ha fornito una precisa indicazione dei criteri necessari per l'identificazione del COMI e di quelli da utilizzare ai fini del superamento della citata presunzione.

Tuttavia tali criteri sono talmente rigidi da consentire nella prassi il superamento della presunzione *iuris tantum* limitatamente alle ipotesi di "società fantasma", cioè solo in quei casi in cui la società non svolga alcuna attività imprenditoriale presso la sede legale, benché tale richiamo nelle Conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs sia solo esemplificativo²³⁵.

Si è ipotizzato di poter applicare il medesimo regime giuridico nel caso delle cosiddette società controllate "veicolo", costituite in Stati diversi da quelli della controllante unicamente al fine di godere condizioni più favorevoli relativamente al trattamento fiscale, alle regole di *governance et similia*, ma in tali casi la presunzione a favore della sede statutaria risulta particolarmente debole²³⁶.

Di recente la Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione in esame nella causa C-396/09 *Interedil Srl in liquidazione*, contro *Fallimento Interedil Srl e Intesa Gestione Crediti S.p.a.* con sentenza di data 20 ottobre 2011²³⁷.

I fatti di causa risalgono al 18 luglio 2001, data del trasferimento a Londra, e conseguente cancellazione della società imputata dal registro delle imprese italiano, della sede statutaria della *Interedil*. Secondo le dichiarazioni rese dai legali rappresentanti dell'impresa, al trasferimento della sede si sarebbero accompagnate alcune transazioni aventi ad oggetto contestualmente

²³⁴ MUCCIARELLI, *Eurofood, ovvero: certezza del diritto formale e incoerenza dei principi*, in *Giur. Comm.*, 2008, 1224; DE CESARI, *L'onere della prova del "centro degli interessi principali del debitore"*, op.cit., 68

²³⁵ Al punto 35 della sentenza del caso *Eurofood* la Corte di Giustizia sostiene: "Ciò potrebbe in particolare valere per una società fantasma, la quale non svolgesse alcuna attività sul territorio dello Stato membro in cui si trova la sua sede sociale". La sentenza integrale è consultabile al già citato sito internet. DE CESARI, *Il trasferimento all'estero della sede legale dell'impresa insolvente*, op. cit., 666. Causa 341/04 punto 37 consultabile al già indicato sito internet; MONTELLA, *Il fallimento del COMI?*, in *il Fallimento*, 2010, 61; DE CESARI, *Il Caso Immobiliare S.A.*, op. cit., 65.

²³⁶ BARIATTI, *Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di giustizia: il caso Eurofood*, op.cit., 214.

²³⁷ Per una lettura integrale della sentenza si consulti il sito internet: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=it>.

all'acquisizione della società *Interedil* da parte del gruppo inglese *Canopus*, anche negozi giuridici con *partners* italiani relativamente a beni immobili ubicati in Italia. *L'Intesa Gestione Crediti S.p.a.* in data 28 ottobre 2003 presentava al Tribunale di Bari istanza per la dichiarazione di fallimento della società *Interedil*, la quale tuttavia, dopo aver eccepito il difetto di giurisdizione del giudice italiano, sollevò la questione dinnanzi la Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 41 del codice di rito. Il Tribunale di Bari ritenne manifestamente infondata la suddetta eccezione e ribadì la competenza del giudice italiano, senza attendere la decisione della Suprema Corte. Il 20 maggio 2005 la Suprema Corte di Cassazione confermò con ordinanza la giurisdizione del Tribunale italiano.

Nella fattispecie il problema legato alla portata da attribuire alla presunzione semplice della sede legale venne sollevato in quanto la parte riteneva di dubbia fondatezza i parametri posti dalla Suprema Corte a sostegno della propria tesi, specie a seguito delle statuizioni introdotte dalla citata sentenza *Eurofood*²³⁸.

In particolare la seconda questione pregiudiziale avanzata dal Tribunale di Bari è stata formulata nei seguenti termini: *“se la presunzione prevista dall'art. 3, n. 1, del regolamento (...) secondo cui “per le società si presume che il centro degli interessi principali sia, fino a prova contraria, il luogo in cui si trova la sede statutaria”, sia superabile sulla base dell'accertamento di un'effettiva attività imprenditoriale nello Stato diverso da quello in cui si trova la sede statutaria della società, oppure, affinché possa ritenersi superata la detta presunzione, sia necessario accertare che la società non abbia svolto alcuna attività imprenditoriale nello Stato ove ha la propria sede statutaria”*²³⁹. A questa tesi la Corte ha argomentando richiamando ciò che è stato detto a proposito nella causa *Eurofood* con riferimento ai punti 32, 33 e 34 della medesima sentenza nonché nei paragrafi 69 e 70 delle Conclusioni dell'Avvocato generale, precisando che *“il centro degli interessi principali di una società debitrice deve essere individuato privilegiando il luogo dell'amministrazione principale di tale*

²³⁸ La Corte di Cassazione con sentenza di data 20 maggio 2005 aveva fondato la giurisdizione in capo al giudice italiano sul fatto che in Italia erano presenti *“(omissis) beni immobili appartenenti all'Interedil, un contratto di affitto relativo a due complessi alberghieri e di un contratto stipulato con un istituto bancario”*. Si tratta del punto 16 della sentenza *Interedil*.

²³⁹ La sentenza è interamente consultabile al già citato sito internet.

società, come determinabile sulla base di elementi oggettivi e riconoscibili dai terzi. 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 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 considerate 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 di controllo della società stessa, nonché della gestione dei suoi interessi, è situato in tale altro Stato membro". Concludendo, la presunzione *iuris tantum* troverà piena applicazione nelle ipotesi in cui gli organi direttivi e di controllo della società si trovassero ubicati presso la sede statutaria e le decisioni di *governance* venissero assunte in maniera riconoscibile ai terzi in detto luogo; diversamente, la prova contraria potrà essere prodotta qualora la sede dell'amministrazione principale non coincidesse con la sede statutaria²⁴⁰.

In questi ultimi casi si dovrà procedere ad una valutazione globale di tutti gli elementi materiali caratterizzanti la fattispecie concreta, analizzandone le circostanze peculiari che dimostrino in modo obiettivo il riconoscimento da parte dei creditori della fallenda del relativo COMI della società in un luogo diverso da quello della sede legale sulla base del richiamo ai principi di pubblicità e trasparenza²⁴¹

²⁴⁰ Così il punto 50 della Sentenza *Interedil*.

²⁴¹ Si veda il punto 70 delle Conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokott presentate il 10 marzo 2011, nella Causa C- 396/09; nonché il punto 49 della sentenza in esame.

2.3. (segue). Difficoltà applicative del criterio di COMI in caso di gruppi di imprese

Il Regolamento in esame nulla prevede in tema di gruppi di imprese transnazionali, benché il fenomeno si presenti frequentemente nel panorama societario²⁴².

Il problema insorge nel caso in cui si debba stabilire il foro giurisdizionalmente competente ad aprire la procedura concorsuale qualora ad essere in stato di insolvenza sia una società controllata, dovendosi scegliere tra quello della sede statutaria della società stessa ovvero della sede della controllante.

L'unica fonte rilevante al riguardo è il par. 76 della citata Relazione Virgos-Schmit che recita: *"The Convention offers no rule for groups of affiliate 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. Naturally, the drawing up of a European norm on associated companies may affect this answer"*.

I problemi e i dubbi interpretativi sono innanzi tutto legati all'assenza di una definizione comune della nozione di "gruppi di imprese" che consenta di superare il limite della distinta personalità giuridica delle singole società appartenenti al gruppo, e ciò sia in riferimento al panorama giuridico europeo sia in riferimento al diritto italiano²⁴³.

²⁴² QUEIROLO, *Le procedure di insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 194; VELLANI, *L'approccio giurisprudenziale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 400; FABIANI, *Dai pomodorini ai latticini, ovvero dalla regola all'eccezione: un testo unico per l'amministrazione straordinaria e la gestione dei gruppi transnazionali?*, in *il Foro italiano*, 2004, 1570.

²⁴³ Per quanto riguarda la normativa comunitaria, una nozione di "gruppi di imprese" è assente anche nel Regolamento sulla Società Europea. MALATESTA, *Prime osservazioni sul Regolamento CE n. 2157/2001 sulla Società Europea*, in *Riv. di dir. internaz. priv. e proc.*, 2002, 616. L'autore sottolinea come sia comunque possibile una ricostruzione dei contenuti della nozione in esame analizzando i *Considerando* del Regolamento del 2001, e in particolare il *Considerando 15* ove si legge: *"In virtù delle norme e dei principi generali del diritto internazionale privato, i diritti e gli obblighi relativi alla tutela degli azionisti di minoranza e dei terzi, derivanti per un'impresa dal controllo esercitato su di un'altra impresa soggetta ad un diverso ordinamento giuridico sono disciplinati dal diritto applicabile all'impresa controllata, fatti salvi gli obblighi ai quali l'impresa che esercita il controllo sia soggetta in base alle disposizioni del diritto ad essa applicabile, per esempio in materia di elaborazione di conti consolidati"*. Il

Nel diritto tedesco, ad esempio, è la giurisprudenza che ha elaborato il concetto di “responsabilità di gruppo”, non trovando i principi in materia adeguata disciplina a livello codicistico. L’istituto in esame ha lo scopo di tutelare i creditori e i soci di minoranza della società controllata, indipendentemente dai rapporti di questa con la società madre, siano essi di natura contrattuale o per *facta concludentia*²⁴⁴.

Il fondamento della responsabilità di gruppo così come ricostruita dalla giurisprudenza tedesca risiede nell’assunto che gli strumenti giuridici offerti dal diritto societario per la costituzione di gruppi di imprese non debbano essere utilizzati dalla società controllante per il raggiungimento di scopi illegali, come ad esempio il sottrarsi dalle responsabilità assunte.

Nei diversi diritti nazionali è generalmente accolto il principio della separazione tra persone giuridiche con particolare riguardo ai patrimoni della capogruppo e della società controllata; in particolare negli Stati Uniti e in Inghilterra si applica la teoria del “*lifting the corporate veil*”, secondo la quale si presume *iuris tantum*

Regolamento comunitario è consultabile al sito internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:294:0001:0021:it:PDF>. Per ciò che concerne la disciplina italiana, agli artt. 2359 ss. del nostro codice civile il legislatore ha utilizzato l’espressione “società controllate” e “società collegate” senza mai ricorrere alla dizione “gruppi di imprese”. Una definizione di “gruppi di imprese” è riscontrabile nel d.lgs. 270/1999 in *Gazzetta Ufficiale*, serie generale, 9 agosto 1999 n. 185, in materia di nuova disciplina dell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, all’art. 80 lett. b) che recita: “*Ai fini dell’applicazione delle disposizioni del presente capo si intendono per “imprese del gruppo”: 1) le imprese che controllano direttamente o indirettamente la società sottoposta alla procedura madre; 2) le società direttamente o indirettamente controllate dall’impresa sottoposta alla procedura madre o dall’impresa che la controlla; 3) le imprese che, per la composizione degli organi amministrativi o sulla base di altri concordanti elementi, risultano soggette ad una direzione comune a quella dell’impresa sottoposta alla procedura madre*”. Dunque in tema di amministrazione straordinaria si prevede l’apertura di una procedura madre e di una procedura in estensione alle imprese del gruppo ancorché situate all’estero. L’art. 81 del medesimo decreto precisa poi cosa debba intendersi per “controllo”: “*(omissis) ovvero quando risulti comunque opportuna la gestione unitaria dell’insolvenza nell’ambito del gruppo, in quanto idonea ad agevolare, per i collegamenti di natura economica o produttiva esistenti tra le singole imprese, il raggiungimento degli obiettivi della procedura*”. Si ricorda come in ogni caso il fenomeno del controllo non coincide con quello di “gruppo”. Da menzionare è infine la riforma di diritto societario del 2004, in occasione della quale il legislatore italiano ha aggiunto al Titolo V del Libro V del codice civile il capo IX, costituito dagli artt. 2497 e ss, intitolato “*Direzione e coordinamento di società*”. VELLANI, *L’approccio giurisdizionale all’insolvenza transfrontaliera*, cit., 400; QUEIROLO, *Le procedure di insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 194; SANTOSUOSSO, *L’insolvenza nei gruppi transfrontalieri tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Dir. Fall.*, 2003, 665; LUPONE, *L’insolvenza transnazionale. Procedure concorsuali nello Stato e nei beni all’estero*, cit., 17.

²⁴⁴ HINTERHAUSER, *L’insolvenza della società controllata e la responsabilità di gruppo della società controllante nei confronti dei creditori della società figlia secondo il diritto tedesco*, in *Dir. Fall.*, 2003, 634.

la legittimità del ricorso allo schema della separazione dei patrimoni, su cui però si può soprassedere in relazione al risultato della valutazione in chiave comparativa dell'interesse dei creditori al suo superamento e quello dei soci al suo mantenimento²⁴⁵.

Il problema di fatto si complica se si pensa che nella stessa accezione di "gruppo" sono ricomprese situazioni molto eterogenee come nel caso in cui un'impresa ricorra ad organizzazioni separate per la gestione dell'attività e per la gestione del processo produttivo in particolare²⁴⁶. Ed ancora ulteriori complicazioni si presentano in relazione alle possibili differenti configurazioni in cui sono organizzabili le interrelazioni tra le società del gruppo, che assumono strutture "a catena", "a raggiera" o "stellari"²⁴⁷.

In definitiva la questione dei gruppi di imprese è sostanzialmente caratterizzata dall'esistenza di un'unica impresa dal punto di vista economico, ma dai connotati plurimi dal punto di vista giuridico.

In assenza di indicazioni precise da parte del legislatore comunitario si è verificato che sin dalle prime cause in materia, la giurisprudenza è addivenuta a differenti soluzioni, spesso contraddittorie e scoraggianti. A grandi linee le proposte elaborate dalle corti europee possono essere ricondotte a due orientamenti principali: il primo è volto a riconoscere autonomia ad ogni entità giuridicamente distinta, il secondo invece è propenso a sostenere che la procedura di insolvenza nei confronti di una società parte di un gruppo multinazionale debba essere aperta nel luogo ove è localizzato il COMI dell'impresa madre. In quest'ultimo orientamento, ai fini del superamento della presunzione *iuris tantum* circa la coincidenza del COMI con la sede statutaria della controllata, una parte della giurisprudenza si rifà al criterio della

²⁴⁵ VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 400.

²⁴⁶ Nella prassi il fenomeno dei gruppi di imprese può presentarsi con connotazioni diverse. Ad esempio in queste ipotesi non rientra il caso di persona fisica che detenga partecipazioni in più di un'impresa, delineandosi invece la fattispecie dell'amministrazione di un patrimonio mobiliare; diversamente la situazione muta qualora la partecipazione consente il controllo della società. VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 400.

²⁴⁷ I gruppi a catena si contraddistinguono per il fatto che la società capogruppo controlla e dirige le società direttamente da essa controllate, che a loro volta controllano e dirigono altre società sempre da esse direttamente controllate; I gruppi a raggiera o stellari invece prevedono che la società capogruppo controlli contemporaneamente tutte le altre società. VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 400; PONZARELLI, voce *Lifting the corporate veil*, in *Dig. Disc. Priv. - Sez. comm.*, vol. IX, Torino, 1993, 111.

riconoscibilità da parte dei terzi creditori, mentre altra parte ritiene detto requisito irrilevante, sostenendo l'importanza di ulteriori indici specifici quali l'uso di marchi e segni distintivi propri della società controllante²⁴⁸.

Una delle prime sentenze sul punto è stata pronunciata dalla *High Court of Justice* (Chancery Division) in data 7 febbraio 2003 nel caso *BRAC RENT-A-Car International*²⁴⁹. La fattispecie concreta riguarda una società con sede statutaria in un Paese terzo, ma il cui centro degli interessi principali si ritiene essere localizzato in uno Stato membro.

Si riconosce la competenza giurisdizionale del giudice inglese sulla base del fatto che nel territorio britannico la società ha prevalentemente operato nonché concluso contratti di lavoro, di fornitura e di supporto informatico, in applicazione del criterio della riconoscibilità ai terzi sancito al *Considerando* 13 del Reg. 1346/00.

Ritroviamo il ricorso all'orientamento della riconoscibilità dei terzi creditori anche da parte della *High Court Chancery division Leeds* nel caso *Daisytek –ISA BPIR 30*²⁵⁰. La Corte inglese con sentenza di data 16 maggio 2003 ha radicato la competenza nel foro della sede legale della *holding* inglese in quanto l'identità sociale e i segni distintivi della controllata insolvente coincidevano con quelli della *holding*, sottoponendo ad *Administration order* la citata società unitamente a tre di diritto tedesco e ad una di diritto francese²⁵¹.

²⁴⁸ MUCCIARELLI, *Superamento della sede statutaria in un Paese membro dell'UE e giurisdizione fallimentare*, in *Giur. Comm.*, 2006, 618.

²⁴⁹ BENEDETTELLI, "Centro degli interessi principali" del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, op. cit., 499. Il caso è consultabile in *Riv. Dir. internaz. Priv. proc.*, 2004, 767.

²⁵⁰ Il citato caso è consultabile in *Riv. Dir. internaz. Priv. proc.*, 2004, 774. VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 155; MUCCIARELLI, *Superamento della sede statutaria in un Paese membro dell'UE e giurisdizione fallimentare*, op. cit., 618; BENEDETTELLI, "Centro degli interessi principali" del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, op. cit., 499; WESSELS, *International Jurisdiction to open Insolvency Proceedings in Europe in particular against (group of) Companies*, al già citato sito internet.

²⁵¹ La procedura d'insolvenza della società inglese *Daisytek -ISA Ltd.* e delle società collegate ha creato un conflitto di giurisdizioni. La *High Court di Leeds*, con sentenza di data 16 maggio 2003, ha sottoposto ad *Administration order* la citata società, unitamente a tre di diritto tedesco ed una di diritto francese giudicate facenti parte del gruppo controllato da *Daisytek*. Nel caso concreto la *High Court* ha ritenuto, a seguito di un giudizio comparativo dei vari interessi gestiti dal debitore, di dover tutelare l'affidamento dei terzi potenziali creditori che riconoscevano quale centro degli interessi principale della società il luogo ove erano localizzati gli uffici amministrativi inglesi, sede di decisioni strategiche e di gestione dei servizi informatici. In particolare

Di segno opposto è invece la pronuncia in data 26 maggio 2003 del *Tribunal de Commerce* di Pontoise che sempre in merito alla suddetta causa *Daisytek* ha diversamente riconosciuto la competenza giurisdizionale ad aprire una procedura di *redressement judiciaire avec nomination d'un administrateur* in capo al giudice francese sull'assunto che la società controllata non possa intendersi quale dipendenza della controllante in quanto dotata di distinta personalità giuridica²⁵².

In Italia troviamo esempi già nel 2003 quando il Tribunale di Roma si è pronunciato nella causa *Cirio Del Monte NV* con sentenza di data 14 agosto 2003²⁵³. Nel caso di specie in data 8 agosto 2003 la *Cirio NV*, società con sede legale in Olanda, presenta ricorso per l'accertamento del suo stato di insolvenza e richiede l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria ai sensi del d.lgs. 270/1999 congiuntamente ad altre società del *Gruppo Cirio* per le quali con sentenza del 7 agosto 2003 è già stata disposta

trattandosi di società che svolgeva attività di commercializzazione di prodotti si è voluto tutelare *in primis* le ragioni degli erogatori di finanziamenti e dei fornitori. Le parole della Corte sono state: " *It appears that a large majority of potential creditors by value know that Bradford is where many important functions on the German companies are carried out. It is clear that the functions carried out in Bradford are important and that the scale of those functions is very significant*". WESSELS, *International Jurisdiction to open Insolvency Proceedings in Europe in particular against (group of) Companies*, al già citato sito internet. VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 155; BENEDETTELLI, "Centro degli interessi principali" del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, op. cit., 499. La sentenza è consultabile in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2004, 774.

²⁵² La corte era a conoscenza della decisione della *High Court di Leeds*, ma ne ha negato il riconoscimento, fondando la propria giurisdizione sulla localizzazione in Francia della sede statutaria, sul fatto che la società francese non fosse una dipendenza ma avesse una propria distinta personalità giuridica e sulla circostanza che ai fini del Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza non rileva la nozione di gruppo. La decisione del *Tribunal de Commerce* è stata annullata dalla *Cour d'Appel di Versailles*. BENEDETTELLI, "Centro degli interessi principali" del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, op. cit., 499; VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 155. La sentenza è consultabile in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2004, 783.

²⁵³ La sentenza è consultabile in *Riv. Dir. internaz. priv. proc.*, 2004, 685. In questa sede la Corte italiana ha riconosciuto la propria giurisdizione in base al combinato disposto degli articoli 25 comma 1 della l. 218/1995, 9 legge fallimentare e 3 par. 1 del Regolamento 1346/2000, in quanto in Italia la società aveva ubicato il proprio centro operativo e direzionale. Da sottolineare come il Tribunale non offra alcuna motivazione a sostegno di detta conclusione. Successivamente il Tribunale di Roma con decisione di data 26 novembre 2003 ammette alla procedura di amministrazione straordinaria la *Cirio Holding Luxembourg S.A.* ricorrendo a motivazioni sostanzialmente simili a quelle prodotte nella sentenza precedente. BENEDETTELLI, "Centro degli interessi principali" del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, op. cit., 499; VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 155.

specifica procedura di insolvenza. Benché nel caso di specie la sede legale fosse ubicata in Olanda, il Tribunale di Roma supera la presunzione semplice sostenendo che il centro operativo e direzionale coincidente con la sede amministrativa è localizzato in Italia in quanto la *Cirio NV* risulta interamente controllata dalla società italiana *Cirio Finanziata s.p.a.*

Nel dicembre 2003 il Tribunale di Parma è chiamato a pronunciarsi circa il dissesto del gruppo Parmalat; in questa occasione si riconosce la giurisdizione in capo al giudice italiano in quanto in Italia risulta localizzato il centro di direzione ed organizzazione dell'impresa, desumibile da indici specifici quali il fatto che fosse la controllante ad impartire le direttive alla società controllata e che tale situazione fosse ben riconoscibile ai terzi²⁵⁴.

La chiave di volta per la risoluzione del problema fin qui analizzato potrebbe essere reperita nel dispositivo della sentenza della Corte di Giustizia pronunciata nella causa *Eurofood*.

Si tratta di una società costituita in Irlanda in forma di “*company limited by shares*” (società per azioni) in data 5 novembre 1997. Tale società è interamente controllata dalla società *Parmalat s.p.a.*, benché della sua ordinaria amministrazione se ne occupi la *Bank of America* in Irlanda. Nel dicembre del 2003 viene dichiarato il fallimento del gruppo Parmalat s.p.a. e il 27 gennaio del 2004 la *Bank of America* presenta alla *High Court* irlandese una richiesta di ammissione di Eurofood a *compulsory winding up*, procedura simile al nostro fallimento. Lo stesso giorno la *High Court* irlandese emette un provvedimento di nomina di un *provisional liquidator* con potere immediato di prendere possesso di tutti i beni della società, di gestirne gli affari, di aprire in suo nome un conto corrente bancario. Il 9 febbraio 2004, con decreto del Ministro delle attività produttive *Eurofood* viene ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria in Italia, in quanto società del gruppo Parmalat, con nomina del medesimo commissario straordinario di Parmalat, il quale davanti al Tribunale di Parma chiede l'accertamento dello stato di insolvenza di *Eurofood*. In quella sede il giudice italiano oltre a dichiarare lo stato di insolvenza della società ha

²⁵⁴ BENEDETTELLI, “*Centro degli interessi principali*” del debitore e *forum shopping* nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, op. cit., 499; VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 155.

stabilito che il centro degli interessi principali del debitore è in Italia negando importanza sia alla localizzazione della sede statutaria sia al fatto che in Irlanda la procedura di insolvenza fosse già aperta²⁵⁵.

Per quanto riguarda la questione dell'estensione analogica della presunzione semplice prevista per le società e le persone giuridiche ai gruppi di società, i punti 29 e 30 della citata sentenza *Eurofood* recitano: "L'art. 3, n. 1, del regolamento precisa che, per le società, si presume che il centro degli interessi principali sia, fino a prova contraria, nel luogo in cui si trova la sede statutaria. Ne consegue 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"²⁵⁶. La Corte quindi, così argomentando, ha fornito gli elementi indispensabili per poter prendere in considerazione il soggetto cui la sede è riferibile e che è individuato in una persona giuridica appunto distinta. Di conseguenza il gruppo di imprese non può di per sé essere considerato un debitore ai sensi del Reg. 1346/00. La tesi è precisata al punto 117 delle Conclusioni proposte dall'Avvocato generale Jacobs ove si legge: "È evidente che non si può dedurre nulla dal fatto che la società debitrice sia una controllata di un'altra società. Il Regolamento si applica alle singole società e non a gruppi di società; in particolare esso non disciplina il rapporto tra la società madre e la controllata. Nel sistema del Regolamento, la competenza sussiste per ogni debitore con una separata entità giuridica. Sia la controllata che la società madre hanno separata identità giuridica. Ne consegue che ogni controllata nell'ambito di un gruppo deve essere considerata individualmente"²⁵⁷.

Ne consegue dunque che nell'ambito comunitario, in applicazione del Reg. 1346/00, nonostante si rinvii alla legislazione nazionale degli Stati membri circa l'individuazione dei profili contenutistici della nozione di debitore, un'eventuale

²⁵⁵ BACCAGLINI, *Il caso Eurofood: giurisdizione e litispendenza nell'insolvenza transfrontaliera*, in *Int'l lis*, 2006, 123; VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 155; Caso *Eurofood*, in *Dir. Fall.*, 2006, 787.

²⁵⁶ Sentenza consultabile al già citato sito internet: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=it>.

²⁵⁷ Le Conclusioni accompagnative della sentenza *Eurofood* sono consultabili integralmente al sito internet: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=it>.

previsione normativa statale che consideri il gruppo di imprese quale unico debitore non produce l'effetto di spostare la competenza giurisdizionale dinanzi il foro ove è localizzata la sede dell'impresa madre, in considerazione del fatto che i criteri contenuti nel Regolamento sono inderogabili e prevalenti rispetto al diritto interno.

Tuttavia non sono mancate sentenze che, anche successivamente alla pronuncia *Eurofood*, hanno continuato a considerare il gruppo come un unico soggetto ai fini della competenza, seguendo il cosiddetto *anglo-saxon approach*²⁵⁸.

Un esempio è dato dalla sentenza pronunciata dal Tribunale di Lucca in data 12 febbraio 2010 nella causa *Dalle Hygiene Production SA*, nella quale occasione la Corte toscana ha applicato il principio cosiddetto della *mind of management* riconoscendo la competenza giurisdizionale a decidere della procedura di un concordato preventivo delle società di un gruppo in capo al tribunale del luogo della sede della casa madre²⁵⁹.

Non bisogna però trascurare gli effetti che possono derivare dalla considerazione unitaria del gruppo di impresa multinazionale, tra cui il più allarmante consterebbe nella sottrazione alla giurisdizione degli Stati europei dei casi di insolvenza di gruppi la cui la società madre avesse il proprio COMI localizzato all'esterno rispetto all'ambito giuridico europeo; in questi casi infatti, benché una società controllata del gruppo fosse localizzata in uno o più Stati membri, non si potrebbe ricorrere all'applicazione della normativa comunitaria in tema di insolvenza transfrontaliera in quanto il centro degli interessi del debitore si vedrebbe ubicato all'esterno²⁶⁰.

Inoltre l'interpretazione rigida e restrittiva della nozione di centro degli interessi principali del debitore elaborata dalla Corte di Giustizia nella causa *Eurofood* ha

²⁵⁸ In base al cosiddetto *anglo-saxon approach* la società madre di gruppo societario con sede in Inghilterra comportava l'individualizzazione del COMI di tutte le altre società del gruppo ugualmente in Inghilterra. Tale modello è stato accolto anche in Francia dove ha assunto la denominazione di *french approach*.

²⁵⁹ Tribunale Lucca, 12 febbraio 2010, *Dalle Hygiene Production SA*, inedita.

²⁶⁰ Questa considerazione nasce e trova fondamento nel dettato del *Considerando* 14: “ *Il presente Regolamento si applica unicamente alle procedure in cui il centro degli interessi principali del debitore si trovi all'interno della Comunità*”. Conclusione condivisa anche da VAN GALEN in *The European Insolvency Regulation and Groups of Companies*, consultabile al sito internet www.insol-europe.org/download/file/575.

dimostrato di essere inadeguata rispetto alle esigenze della pratica. Per questo motivo la soluzione prospettata in detta sede viene molte volte disattesa dai giudici nazionali. Un esempio è dato dalla posizione accolta dal Tribunale di Isernia della causa *S.p.a. Itierre*. I fatti di causa risalgono al febbraio 2009 quando il Ministro dello sviluppo economico ha aperto a carico della società italiana *Itierre s.p.a.*, controllata dalla società lussemburghese *It Holding Finance S.A.*, la procedura dell'amministrazione straordinaria ai sensi del D.l. 347/2003 –convertito in legge n. 39/2004- chiedendo l'estensione dell'amministrazione straordinaria alla controllante. In questa circostanza il Tribunale di Isernia ha condiviso espressamente la soluzione adottata dalla Corte di Giustizia nella causa *Eurofood* circa il rilievo rivestito dai cosiddetti elementi obiettivi e verificabili da parte dei terzi ai fini del superamento della presunzione. Tuttavia, il giudice italiano ha riconosciuto la propria competenza ad aprire la procedura di insolvenza anche nei confronti della società lussemburghese sulla base di elementi che la Corte di Giustizia aveva ritenuto insufficienti, quali la detenzione del capitale sociale della società lussemburghese da parte di una società italiana, tale *It Holding S.p.a.*, e il fatto che nel consiglio di amministrazione figurasse un solo cittadino lussemburghese²⁶¹.

A fronte delle divergenti posizioni accolte dalle Corti europee si possono individuare due possibili soluzioni *de iure condendo*: il legislatore comunitario potrebbe introdurre una nozione materiale comune di gruppo mediante il ricorso ad altro strumento normativo che tratti anche delle questioni di diritto societario e una volta elaborata detta nozione il gruppo potrebbe essere considerato quale unico soggetto anche nel contesto concorsuale, ovvero il legislatore potrebbe elaborare una soluzione a carattere procedurale tale da consentire il

²⁶¹ MONTELLA, *Il Fallimento del COMI?*, in *il Fall.*, 2010, 61. Un precedente della sentenza del Tribunale di Isernia è costituito dalla soluzione accolta dal Tribunale di Commercio di Parigi nella causa *Eurotunnel* con due sentenze gemelle del 2 agosto 2006. In quella sede il giudice francese aveva ammesso alla procedura di insolvenza cosiddetta "*sauvegarde*" non solo la società francese *Eurotunnel SA* ma anche quella inglese *The Channel Tunnel Group Limited*. Gli elementi su cui la decisione del Tribunale parigino si basa sono: il fatto che la direzione strategica ed operativa nonché finanziaria delle differenti società era esercitata da un Consiglio comune composto da persone prevalentemente con cittadinanza francese, la localizzazione in Francia della sede sociale del gruppo.

coordinamento tra le procedure di insolvenza delle società appartenenti allo stesso gruppo²⁶².

A tal proposito, parte della dottrina si è già spinta a proporre l'adozione di uno schema del tutto simile a quello utilizzato ai fini del coordinamento del lavoro dei curatori della procedura principale e di quelle secondarie²⁶³.

3. La nozione di dipendenza

Il Reg. 1346/00 consente di aprire una procedura secondaria con effetti limitati al territorio dello Stato membro di apertura contestualmente alla procedura principale. Il criterio di giurisdizione utilizzato a tal fine dal legislatore comunitario è quello della dipendenza, il cui scopo consiste nell'individuare il Tribunale giurisdizionalmente competente ad aprire un procedimento secondario²⁶⁴.

Diversamente da quello che accade per il concetto di COMI, nel Regolamento viene fornita all'art. 2 lett. h) una definizione di dipendenza nel senso che questa debba intendersi *“qualsiasi luogo di operazioni in cui il debitore esercita in maniera non transitoria un'attività economica con mezzi umani e con beni”*²⁶⁵.

La lettera della norma citata tratteggia la nozione di dipendenza secondo un'accezione di tipo economico piuttosto che giuridico, in particolare riferendosi ad

²⁶² In merito a questa seconda proposta si veda la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sulla prevenzione e la lotta alle pratiche societarie e finanziarie scorrette, del 27 settembre 2004, COM(2004)611 definito, consultabile al sito internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0611:FIN:IT:PDF>. Tale documento è una riflessione della Commissione avente ad oggetto i conseguenze degli scandali finanziari di impatto globale, come il caso *Parmalat*. In essa è sottolineata l'importanza della trasparenza delle operazioni infragruppo e si evince come la soluzione ottimale alle disfunzioni del mercato deve essere ricercata a livello di disciplina materiale del gruppo e della sua *governance*.

²⁶³ DE CESARI, MONTELLA, *Le procedure d'insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, cit., 75.

²⁶⁴ QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 206; WESSELS, *International Jurisdiction To Open Insolvency Proceedings in Europe, In Particular Against (Groups of) Companies*, consultabile al già citato sito internet.

²⁶⁵ QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 206.

un certo livello di organizzazione nell'attività svolta nonché all'orientamento al mercato della stessa²⁶⁶.

Il criterio non differisce qualitativamente da quello del COMI così come ricostruito in sede giurisprudenziale, avendo con esso in comune il carattere dell'abitudine e dell'effettività nello svolgimento dell'attività economica, nonché il requisito della presenza di mezzi umani e di beni, che unito a quello della non transitorietà, connota l'attività economica come rivolta all'esterno, presupponendo necessariamente contatti con i terzi²⁶⁷.

La differenza tra le due nozioni citate si sviluppa quindi sul livello quantitativo, nel senso che l'interprete nel caso di presenza di dipendenze ha l'onere di valutare in maniera comparativa l'importanza rivestita dai diversi centri di attività ai fini dell'individuazione del centro principale.

Storicamente la nozione di dipendenza è frutto di un lungo negoziato tra i vari Stati membri portato avanti già al tempo della Convenzione del 1995²⁶⁸.

Nella storia del panorama giuridico europeo si registrano le numerose proposte dei singoli Paesi, alcuni dei quali hanno via via proposto l'adozione di un concetto lato di dipendenza, al fine di potervi ricomprendere sia semplici stabilimenti sia singoli beni, fino al riconoscimento di requisiti più rigorosi quali la presenza necessaria di una sede secondaria, una filiale o una succursale dell'impresa insolvente. Dopo lunghe trattative il legislatore comunitario ha adottato una soluzione intermedia, da un lato negando la possibilità di aprire una procedura secondaria nello Stato ove fossero localizzati semplici beni, dall'altra ampliando i confini del concetto di dipendenza senza limitarsi alla sede secondaria, alla filiale e alla succursale²⁶⁹.

²⁶⁶ DE CESARI, MONTELLA, *Le procedure d'insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, 100.

²⁶⁷ QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 206.

²⁶⁸ PIETROBON, *L'interpretazione della nozione comunitaria di filiale*, Padova, 1990.

²⁶⁹ L'annosa querelle è riportata nella stessa Relazione cosiddetta Virgos –Schmit al par. 70: *“The concept of establishment is linked to the basis of international jurisdiction to open territorial proceedings. In this regard, it should be mentioned that Article 3(2), in which the jurisdiction to open such territorial proceedings is dealt with, was one of the most debated provisions throughout the negotiations.*

Several Contracting States wished to have the possibility of basing territorial proceedings not only on the presence of an establishment, but also on the mere presence of assets of the debtor (assigned to an economic activity) without the debtor having an establishment.

For the sake of an overall consensus on the Convention, those States agreed to abandon the

L'esigenza di ricorrere ad una nozione ampia di dipendenza si scontra con la soluzione adottata nell'ambito del già citato Regolamento 44/2001 il quale attribuisce una competenza speciale per le controversie concernenti l'esercizio "di una succursale, di un'agenzia o di qualsiasi altra sede" di attività al giudice del luogo in cui essa è situata²⁷⁰. La *ratio* di questa scelta legislativa è deducibile dall'analisi del contesto in cui le nozioni di succursale, agenzia e filiale venivano prese in considerazione nel Regolamento 44/2001.

Nella normativa da ultimo citata, in materia di competenza giurisdizionale sulle controversie civili e commerciali, il criterio generale è costituito dal foro del domicilio del convenuto. Accanto al suddetto criterio il legislatore comunitario ha previsto dei fori speciali alternativi per dare rilievo a collegamenti particolarmente rilevanti tra il rapporto controverso e il foro competente, tra cui quello del luogo ove è ubicata la succursale, la filiale ovvero l'agenzia. Tuttavia proprio perché costituiscono deroghe al criterio generale del domicilio del convenuto, la loro elencazione deve ritenersi tassativa e devono essere applicati in modo restrittivo²⁷¹.

Il fatto di ricorrere ad una interpretazione restrittiva dei concetti di filiale,

presence of assets as a basis for international competence provided that the concept of establishment is interpreted in a broad manner but consistently with the text of the Convention. This explains the very open definition given in Article 2(h)".

²⁷⁰ L'art. 5 comma 5 del Regolamento prevede quanto segue: "La persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro: qualora si tratti di controversia concernente l'esercizio di una succursale, di un'agenzia o di qualsiasi altra sede d'attività, davanti al giudice del luogo in cui essa è situata". Il Regolamento 44/2001 è integralmente consultabile al sito già citato. Tale nozione sostituisce quella contenuta all'art. 5 comma 5 della previgente Convenzione di Bruxelles del 1968 che recitava: "il convenuto domiciliato nel territorio di uno Stato contraente può essere citato in un altro Stato contraente: qualora si tratti di una controversia concernente l'esercizio di una succursale, di un'agenzia o di qualsiasi altra filiale, davanti al giudice del luogo territorialmente competente". La Convenzione citata è consultabile al sito internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41998A0126:IT:NOT>. La Corte di Giustizia con sentenza pronunciata in data 22 novembre 1978 nella causa C-33/78 ha precisato che per dipendenza debba intendersi il "centro operativo che si manifesta in modo duraturo verso l'esterno come un'estensione della casa madre, provvisto di direzione e materialmente attrezzato in modo da poter trattare affari con i terzi".

²⁷¹ La stessa Corte di Giustizia ha ribadito il suddetto principio in più occasioni; tra tutte si ricordi la pronuncia della Corte di Giustizia di data 27 ottobre 1998 nella causa C- 51/97 consultabile al sito internet: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=it>. In questa occasione la Corte CE ha precisato che il foro del domicilio del convenuto "costituisce il principio generale e solo come eccezione a questo principio la Convenzione prevede i casi, tassativamente elencati, nei quali il convenuto può o deve, a seconda del caso, essere citato in giudizio in altro Stato contraente".

succursale ed agenzia, il Regolamento 44/2001 non è stato ritenuto idoneo alla soddisfazione delle esigenze connesse al settore in esame relativo all'insolvenza transfrontaliera. Per questo motivo si è provveduto ad elaborare una nozione di dipendenza, autonoma rispetto a quella delineata dal Regolamento comunitario 44/2001, nonché autonoma rispetto ai diversi diritti nazionali. Ciò si ricava anche dalla lettura del paragrafo 70 del *Report Vorgos – Schmit* che recita: “*Though defended by one State, the possibility of adopting the same concept of establishment in the Convention as that given by the Court of Justice of the European Communities in its interpretation of Article 5(5) of the 1968 Brussels Convention was ruled out. The majority of States preferred an independent concept to be developed*”²⁷².

I requisiti riportati dal citato art. 2 del Reg. 1346/00, identificano la dipendenza come un luogo di operazioni ove il debitore esercita in maniera non occasionale un'attività economica, intrattenendo rapporti con i terzi. Il giudice comunitario che volesse aprire una procedura di insolvenza secondaria dovrà verificare la sussistenza dei suddetti tre requisiti, procedendo *in primis* a verificare l'esistenza nel foro di un centro operativo in cui il debitore svolga la sua attività economica, indipendentemente dal fatto che si tratti di attività commerciale, industriale, professionale ovvero di prestazione di servizi, accertando poi se in tale centro si eserciti un'attività organizzata non transitoria, di cui il Regolamento non individua termini di durata minimi, e se questa attività sia rivolta verso l'esterno, ossia verso soggetti terzi che operino in quello Stato²⁷³.

Conseguentemente dunque il mero possesso di un conto corrente in Gran Bretagna non può costituire il criterio di individuazione di un centro operativo per una società, ad esempio, greca che ne fosse titolare; né può essere considerata dipendenza la tratta percorsa dai camion di una società, ad esempio, tedesca per arrivare dalla Francia alla Spagna, e neppure un camper della stessa compagnia tedesca che per due mesi avesse sostato nella città di Venezia al fine di concludere le negoziazioni per l'acquisto di una grossa

²⁷² La citata Relazione è consultabile integralmente al sito internet: http://aei.pitt.edu/952/1/insolvency_report_schmidt_1988.pdf.

²⁷³ QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., 206.

società del Nord Italia, proprio perché sarebbe stato assente il requisito della “non-transitorietà”²⁷⁴. Dunque, per quanto concerne gli elementi minimi perché si possa parlare di dipendenza non risulta rilevante l’esistenza in un dato Stato membro di beni che producano attivo, come ad esempio la presenza di un conto bancario o di un immobile locato.

Recentemente la Corte di Giustizia è intervenuta a precisare la portata della nozione di dipendenza nella già citata causa C- 396/09 *Interedil*.

In questa sede la Corte ha ribadito che, al fine di individuare il giudice giurisdizionalmente competente all’apertura della procedura secondaria, il richiamo dell’art. 2, lett. h) del Regolamento comunitario all’esercizio di un’attività economica e alla presenza di mezzi e risorse umane debba essere interpretato nel senso di richiedere necessariamente un minimo di organizzazione e di stabilità, precisando come l’esistenza di elementi patrimoniali e più precisamente “*la mera presenza di singoli beni o di conti correnti bancari non soddisfa, in linea di principio, i requisiti necessari ai fini della qualificazione come dipendenza*”²⁷⁵. La Corte di Giustizia si è infine ispirata ai noti principi giuridici della certezza del diritto e della prevedibilità dello stesso per statuire che la localizzazione della dipendenza del debitore debba essere correttamente effettuata sulla base di elementi oggettivi e riconoscibili ai terzi²⁷⁶. La posizione della Corte è meglio precisata al punto 78 delle

²⁷⁴ Circa la portata della nozione di dipendenza il par. 70 del *Report Virgos- Schmit* precisa infatti che: “*In the Convention, the mere presence of assets (e.g. the existence of a bank account) does not enable local territorial proceedings to be opened. The presence of an establishment of the debtor within the jurisdiction concerned is necessary*”. WESSELS, *International Jurisdiction To Open Insolvency Proceedings in Europe, In Particular Against (Groups of) Companies*, consultabile al già citato sito internet.

²⁷⁵ Si tratta del dettato del paragrafo 62 della sentenza *Interedil*, consultabile al sito già citato, poi ripreso dal paragrafo 64 della stessa, il quale recita: “*La seconda parte della terza questione deve essere quindi risolta affermando che la nozione di «dipendenza» ai sensi dell’art. 3, n. 2, del regolamento deve essere interpretata nel senso che essa richiede la presenza di una struttura implicante un minimo di organizzazione e una certa stabilità ai fini dell’esercizio di un’attività economica. La mera presenza di singoli beni o di conti bancari non corrisponde, in linea di principio, a tale definizione*”.

²⁷⁶ Al paragrafo 63 della sentenza in esame si legge: “*Dal momento che, in conformità all’art. 3, n. 2, del regolamento, la presenza di una dipendenza nel territorio di uno Stato membro conferisce ai giudici di tale Stato membro la competenza ad aprire una procedura secondaria di insolvenza nei confronti del debitore, occorre ritenere che, per garantire la certezza del diritto e la prevedibilità quanto all’individuazione dei giudici competenti, l’esistenza di una dipendenza deve essere valutata, al pari della localizzazione del centro degli interessi principali, sulla base di elementi oggettivi e riconoscibili dai terzi*”.

Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott stese nella causa in esame ove si precisa il significato da attribuire alla locuzione "luogo di operazioni"²⁷⁷, nel senso che la presenza di immobili ovvero l'esistenza di un contratto relativo a due complessi alberghieri nonché la stipulazione di un contratto bancario tra la società debitrice ed un istituto locale, possono considerarsi elementi identificativi di una dipendenza ai sensi dell'art. 2, lett. h) della normativa comunitaria in materia di insolvenza qualora siano "*integrati in una struttura stabilmente allestita e risultino ubicati in un luogo di operazioni in cui il debitore eserciti in maniera non transitoria un'attività economica con mezzi umani e con beni*"²⁷⁸.

4. Coordinamento delle procedure aperte in conformità del modello dell'universalità limitata

Nei paragrafi precedenti si è cercato di fondare le nozioni di "centro degli interessi principali del debitore" e di "dipendenza" in modo da rendere più agevole l'individuazione del Tribunale giurisdizionalmente competente ad aprire sia la cosiddetta procedura principale, sia una o più procedure cosiddette secondarie.

Si intravede in questo contesto l'insorgere di problematiche ascrivibili alle difficoltà di tipo organizzativo che potrebbero derivare dalla contestuale apertura di diverse procedure concorsuali avverso il medesimo debitore, e dagli effetti negativi che una tale situazione potrebbe determinare e che si

²⁷⁷ Al punto 78 delle citate Conclusioni si legge: "*In tal modo il regolamento sull'insolvenza fa proprio il tenore letterale della convenzione del 23 novembre 1995 relativa alle procedure di insolvenza. Nella relazione esplicativa sulla convenzione si precisa quanto segue: luogo di operazioni è il luogo a partire dal quale si svolgono le attività economiche –siano esse commerciali, industriali o professionali- nel mercato (ossia all'esterno). Il riferimento al fatto che l'attività economica si deve esercitare con mezzi umani pone in rilievo la necessità di un minimo di organizzazione. Un luogo di operazioni solo occasionale non può essere qualificato come dipendenza: è necessaria una certa stabilità (...) Fattore determinante sono le modalità con cui l'attività si manifesta all'esterno e non le intenzioni del debitore*".

²⁷⁸ Così recita il punto 80 delle Conclusioni dell'Avvocato generale nella causa C- 396/09.

ripercuoterebbero sulla soddisfazione delle pretese creditorie di coloro che si sono insinuati al passivo.

Per garantire dunque il raggiungimento degli obiettivi propri della procedura concorsuale, in particolare la soddisfazione di tutte le pretese vantate nei confronti del debitore fallito dai creditori concorrenti, il legislatore comunitario ha predisposto alcune regole operazionali che devono essere necessariamente seguite dai curatori delle diverse procedure concorsuali nel caso in cui accanto alla procedura principale venisse aperta una o più procedure secondarie.

In questi termini il ruolo centrale è occupato dalla figura del curatore, definito all'art. 2, lett. b) del Reg. 1346/00 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*".

A dimostrazione dell'importanza del ruolo del curatore nella gestione della procedura concorsuale, è emblematico il caso *Collins & Aikman* deciso dalla *High Court of Justice (Chancery Division)* in data 9 giugno 2006²⁷⁹.

Nel caso di specie, ventiquattro *companies* del *Collins & Aikman Corporation Group*, hanno chiesto al giudice inglese un *administration order*. Delle ventiquattro società cinque erano registrate in Lussemburgo, sei in Gran Bretagna, una in Spagna, una in Austria, quattro in Germania, due in Svezia, tre in Italia, una in Belgio, quattro in Olanda e sette nella Repubblica Ceca. Il giudice inglese ha riunito tutti i procedimenti ritenutosi giurisdizionalmente competente sulla base della localizzazione del nucleo del *management* nel Regno Unito, sede della stessa *Collins & Aikman Holdings Ltd*; lo scopo di tale accorpamento è stato quello di coordinare in maniera unitaria l'intero patrimonio mediante la nomina di curatori comuni o dello stesso curatore per le diverse procedure.

Il Regolamento comunitario oltre a disciplinare i poteri riconosciuti in capo al singolo curatore prevede un obbligo di cooperazione reciproca tra curatori all'art. 31, par.2 del Regolamento, ove appunto si legge che "*Fatte salve le norme applicabili a ciascuna procedura, il curatore della procedura principale e i*

²⁷⁹ La sentenza è consultabile al sito del *British and Irish Legal Institute*, <http://www.bailii.org/>.

*curatori delle procedure secondarie hanno il dovere della cooperazione reciproca*²⁸⁰.

Tale cosiddetta "cooperazione reciproca" trova fondamento nella previsione di due obblighi ben precisi elencati all'art. 31, par.1 dello stesso Regolamento, che sono quello di collaborazione e quello di informazione. Precisamente la norma da ultimo richiamata recita: "*Salvo disposizioni che limitano la trasmissione di informazioni, il curatore della procedura principale e i curatori delle procedure secondarie devono rispettare l'obbligo d'informazione reciproca. Devono comunicare senza ritardo qualsiasi informazione che possa essere utile all'altra procedura, in particolare la situazione circa l'insinuazione e la verifica dei crediti e i provvedimenti volti a porre fine alla procedura*"²⁸¹.

Ma l'intervento del legislatore comunitario si esaurisce in queste poche righe,

²⁸⁰ Per quanto riguarda i poteri previsti dalla normativa comunitaria in capo ai curatori delle varie procedure si precisa che in base al dettato dell'art. 32 par.3 del Regolamento comunitario tutti i curatori possono insinuarsi sia nel procedimento in cui svolgono il proprio ufficio, sia negli altri procedimenti aperti, ma soltanto il curatore della principale ha la possibilità di interferire nelle scelte relative alla parte di patrimonio del debitore assoggettata a una procedura secondaria. Ai sensi dell'art. 18 par.1 della normativa in esame, il curatore designato dal giudice competente ad aprire la procedura principale può infatti esercitare i poteri attribuitigli dalla legge dello Stato di apertura e da specifiche norme del Regolamento, non solo nel territorio di tale Stato ma anche in quello degli altri Stati; parallelamente, ex art. 18 par.2 il curatore della procedura secondaria può solo "recuperare" i beni mobili trasferiti dopo l'apertura della procedura in altri Stati ed esercitare ogni azione revocatoria nell'interesse dei creditori. Nell'esercizio di tali poteri deve rispettare la legge dello Stato membro in cui agisce ed in particolare le modalità di liquidazione dei beni e non può impiegare mezzi coercitivi né decidere su una controversia come richiede l'art. 18 par.3. Il curatore può trasferire i beni del debitore fuori del territorio dello Stato membro in cui si trovano, salvi i diritti reali dei terzi e l'eventuale riserva di proprietà. Alcune disposizioni riconoscono poi in capo al curatore della procedura principale il potere di intromissione nella procedura secondaria, precisamente quello di formulare proposte circa la liquidazione e l'amministrazione dell'attivo della procedura secondaria. A tale fine, ai sensi dell'art. 31 par.3 il curatore della procedura secondaria deve fornire al curatore della principale un congruo *spatium deliberandi*; Ancora. È prevista la possibilità di chiedere la sospensione della liquidazione della procedura secondaria (art. 33); il potere di prestare il consenso ovvero chiedere direttamente la chiusura della procedura secondaria mediante un piano di risanamento, un concordato o una misura analoga, (art. 34). Infine, per un miglior coordinamento organizzazione dell'attività di liquidazione, è riconosciuta al curatore della procedura principale la legittimazione a chiedere l'apertura di una procedura secondaria.

²⁸¹ La necessità di predisporre un coordinamento tra le diverse procedure concorsuali è ribadita al Considerando 20 del Reg. 1346/00: "*Le procedure principali e secondarie di insolvenza possono tuttavia contribuire ad un'efficace liquidazione dell'attivo soltanto se è effettuato un coordinamento tra tutte le procedure pendenti. Il presupposto essenziale a tal fine è una stretta collaborazione tra i diversi curatori, che deve comportare in particolare un sufficiente scambio di informazioni. 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 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*".

omettendo di specificare le modalità, e la tempistica relativa ovvero l'oggetto delle medesime informazioni²⁸².

Il Regolamento comunitario inoltre nulla prevede nella ipotesi in cui nascessero tra i curatori dei contrasti circa le modalità di gestione della procedura.

Le difficoltà derivanti dalla mancata previsione di precise regole procedurali in materia sono state evidenziate dal Tribunale di Monza in un'ordinanza datata 16 novembre 2007, nella quale l'organo deliberante ha sottolineato le conseguenze legate a detto vuoto normativo consistenti principalmente nell'impossibilità di attuare un efficace coordinamento tra le procedure, qualora gli interessi in gioco fossero in conflitto tra loro ovvero l'eventuale diffusione delle informazioni fosse suscettibile di arrecare pericolo al corretto svolgimento della procedura stessa, ciò comportando il restringerne la portata applicativa alle sole ipotesi in cui gli interessi in essere fossero comuni alle diverse procedure²⁸³.

Qualche indicazione ulteriore circa i profili contenutistici delle informazioni oggetto dello scambio previsto all'art. 31 della normativa comunitaria si può ricavare dalla lettura del già citato *Report Virgos –Schmit* e in particolare del suo paragrafo 230, in cui sono elencati alcuni aspetti che devono necessariamente formare oggetto di comunicazione quali la consistenza globale dell'assetto patrimoniale del debitore, l'esercizio di eventuali azioni revocatorie volte al recupero dei beni, la possibilità di liquidarli, i crediti insinuati, la loro verifica e il rispettivo grado, i piani di ristrutturazione e di allocazione dei dividendi eventualmente programmati nonché lo stato delle procedure²⁸⁴.

Per colmare le lacune evidenziate, nel 2007 è stato elaborato un documento dal professor Bob Wessels e Miguel Virgos intitolato *European Communication &*

²⁸² FERRI, *Creditori e curatore della procedura principale nel Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza transnazionali*, in *Riv. Dir. proc.*, 2004, 706.

²⁸³ CORNO, *Piani di ristrutturazione, concordati o misure ad essi equiparabili. La disciplina comunitaria*, consultabile al sito internet: http://www.studiocorno.it/fileUpload/226_Corno_Giorgio.pdf, pag.12 nota 76.

²⁸⁴ Precisamente il par. 230 del citato *Report* recita: "The exchange of information between the liquidators concerns in particular: the assets, the actions planned or under way in order to recover assets: actions to obtain payment or actions for set aside, possibilities for liquidating assets, claims lodged, verification of claims and disputes concerning them, the ranking of creditors, planned reorganization measures, proposed compositions, plans for the allocation of dividends, the progress of operations in the proceedings". Il testo è consultabile integralmente al sito internet: http://aei.pitt.edu/952/1/insolvency_report_schmidt_1988.pdf.

Cooperation Guidelines for Cross-Border Insolvency, meglio noto come *Co. Co. Project*, contenente delle regole procedurali integrative del Reg. 1346/00²⁸⁵.

Detta guida ha come scopo la gestione efficace e tempestiva del procedimento concorsuale, la massimizzazione dell'attivo fallimentare nonché la riduzione dei costi di procedura²⁸⁶.

²⁸⁵ Lo scopo del *Co. Co. Project* è delineato dallo stesso Wessels che afferma: *"These Guidelines reflect the central principle of cooperation and coordination between insolvency proceedings pending in two or more member states relating to several practical issues, where the text of the Regulation is left open or is vague. They should serve as a realistic set of rules that should ensure as best as possible to make the Regulation work in practice, so that either liquidation or reorganisation of the debtor's estate is dealt with efficiently"*. Al sito internet: <http://www.abiworld.org/committees/newsletters/international/vol4num4/European.html>.

²⁸⁶ Precisamente questi obiettivi vengono prefissati al punto 2.2. della *Section I* del *Co. Co. Project* che recita: *"In particular, these Guidelines aim to promote:*

(i) The orderly, effective, efficient and timely administration of proceedings;
(ii) The identification, preservation and maximization of the value of the debtor's assets (which includes the debtor's undertaking or business) on a world-wide basis;
(iii) The sharing of information in order to reduce the costs involved; and
(iv) The avoidance or minimisation of litigation, costs and inconvenience to all parties affected by proceedings". Viene poi specificato al punto 12.2 della *Section I*: *"Liquidators ensure that cooperation takes place with other liquidators with a view to minimising conflicts between parallel proceedings and maximising the prospects for the rehabilitation and reorganisation of the debtor's business or the value of the debtor's assets subject to realisation, as may be the case"*. Il *co. Co. Project* è integralmente consultabile al sito internet: <http://www.insol.org/INSOLfaculty/pdfs/BasicReading/Session%205/European%20Communicati on%20and%20Cooperation%20Guidelines%20for%20Cross-border%20Insolvency%20.pdf>.

CAPITOLO TERZO

PROFILI DINAMICI RELATIVI ALLA GIURISDIZIONE

Premessa

Le considerazioni che seguono saranno dedicate all'analisi dei cd. profili dinamici della giurisdizione, con ciò facendo riferimento a quei casi nei quali, in mancanza nel Reg. 1346/00 di norme atte quantomeno a limitare pratiche elusive da parte del debitore e di criteri univoci per la collocazione del COMI si verifica il cosiddetto fenomeno di *forum shopping* o *forum running*.

Lo studio di queste fattispecie è particolarmente interessante in quanto mette in luce le lacune del sistema normativo e consente di sviluppare delle possibili ipotesi correttive.

Primo tra questi fenomeni è appunto quello definito *forum shopping*, che nel settore dell'insolvenza transnazionale inerisce le situazioni di plurimi trasferimenti del COMI all'interno dello spazio giudiziario europeo, da un ordinamento giuridico ad un altro, antecedentemente al deposito dell'istanza di dichiarazione di fallimento.

Possono poi verificarsi anche casi di *forum running*, che ricorrono là dove l'imprenditore trasferisca il COMI da uno Stato membro ad un altro al solo fine di garantirsi l'applicazione di norme di conflitto, e dunque di regole di diritto materiale, più favorevoli.

1. Forum shopping e libertà di stabilimento

Il rischio che si verifichi il fenomeno del *forum shopping*, e quindi la corsa alla ricerca dell'ordinamento giuridico con la normativa interna più favorevole alle proprie esigenze imprenditoriali, è insito nella struttura stessa dell'ordinamento comunitario. Infatti la prassi legata al trasferimento della sede sociale e delle succursali da uno Stato membro ad un altro ai fini di beneficiare di un migliore e più favorevole trattamento giuridico è diventata sempre più frequente a seguito della liberalizzazione del mercato comunitario e delle sempre più crescenti implicazioni transfrontaliere delle attività di impresa²⁸⁷.

Il Reg. 1346/00 sembra combattere tale pratica attuata per fini elusivi poiché al *Considerando 4* si prevede che: "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»)"²⁸⁸.

Dunque, lo scopo del Regolamento non sarebbe solamente quello di "disporre procedure efficienti ed efficaci" per il buon funzionamento del mercato all'interno dello spazio giuridico europeo, come recita il *Considerando 8* dello stesso, ma anche quello di "evitare manovre poco trasparenti, se non fraudolente, di trasferimento fittizio dell'attività di impresa all'estero nell'imminenza della crisi, al mero fine di precostituirsi un foro, e dunque l'applicazione di una normativa, più favorevole ai propri interessi (approfittando delle difficoltà di disciplina sostanziale che tuttora permangono inalterate)"²⁸⁹.

Tuttavia, benché la lettera del *Considerando 4* condanni il fenomeno del *forum shopping*, in quanto comportamento elusivo di quelle norme meno favorevoli all'imprenditore che andrebbero applicate al caso concreto, l'art. 53 del Trattato

²⁸⁷ Il fenomeno in esame si manifesta con frequenza nello spazio giuridico europeo in quanto la libertà di circolazione di mezzi, beni, persone e servizi è prevista e tutelata dallo stesso Trattato CE accanto alla libertà di stabilimento di cui agli artt. 43 e 48 TCE (oggi art. 53 del Trattato UE).

²⁸⁸ La sentenza *Eurofood* ha precisato in ordine alle cause generatrici del *forum shopping* di natura non sostanziale, bensì procedurale, che esse si basano su: 1. l'assenza nel Reg. 1346/00 di una disciplina della litispendenza; 2. il riconoscimento automatico delle decisioni di apertura senza possibilità di controllo della competenza internazionale.

²⁸⁹ Definizione del fenomeno di *forum shopping* data da OLIVIERI, *Il Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in www.judicium.it;

UE tutela esplicitamente la libertà di stabilimento all'interno dello spazio giuridico europeo, e dunque la possibilità di trasferire la sede sociale, senza vincoli né restrizioni, da uno Stato membro ad un altro. In tal senso, la libertà di stabilimento deve infatti essere intesa come il diritto di costituire una società secondo le condizioni richieste ai propri cittadini dalla legge dello Stato membro sede di stabilimento²⁹⁰.

²⁹⁰ I punti di riferimento normativi per l'individuazione dei contenuti della libertà di stabilimento sono gli artt. 43 e 48 del TCE. L'art. 43 recita: "*Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 48, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali*". L'art. 48 invece: "*Le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità, sono equiparate, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri. Per società si intendono le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro*".

Di converso in fatto il legislatore comunitario non ha disposto precise regole in punto di libertà di stabilimento e di individuazione dell'autorità giudiziaria competente a conoscere dell'eventuale controversia, allorché una società trasferisca in diverso Stato membro la propria sede. Per colmare tale vuoto normativo, gli ordinamenti giuridici europei si sono dotati di regole interne con valore di diritto internazionale privato atte ad individuare il foro competente a conoscere del caso concreto, e conseguentemente la legge applicabile a seguito di successivi trasferimenti della sede della società da uno Stato membro ad un altro.

La ricerca del foro più conveniente è strettamente legata alla ricerca della legge più favorevole alla propria situazione di insolvenza. Si può dunque affermare come il fenomeno del *forum shopping* sia accompagnato da quello del cosiddetto *law shopping*. Infatti le regole di competenza giurisdizionale in materia di fallimento svolgono una duplice funzione: determinano direttamente la giurisdizione competente e indirettamente la legge applicabile. Ai sensi dell'art. 4 del Reg. 1346/00 (il cui contenuto viene successivamente ripreso dall'art. 28 dello stesso) la *lex fori concursus* determina tutti gli effetti sostanziali e procedurali della procedura d'insolvenza. Sostanzialmente opera il principio della *vis attractiva concursus* che, in ossequio al principio di universalità del fallimento, consente ad un unico giudice di conoscere di tutte le azioni che da quell'insolvenza scaturiscono. L'importanza della *lex concursus* è inoltre sottolineato nella sentenza Eurofood al punto 33 ove si legge: "*Da tale definizione consegue che il centro degli interessi principali deve essere individuato in base a criteri al tempo stesso obiettivi e verificabili dai terzi. Tale obiettività e tale possibilità di verifica da parte dei terzi sono necessarie per garantire la certezza del diritto e la prevedibilità dell'individuazione del giudice competente ad aprire una procedura di insolvenza principale. Tale certezza del diritto e tale prevedibilità sono ancora più importanti in quanto determinare il giudice competente significa anche, ai sensi dell'art. 4, n. 1, del regolamento, determinare la legge applicabile*".

In base alle considerazioni precedentemente svolte è chiaro che gli Stati che applicano normative in tema di insolvenza transfrontaliera meno penalizzanti per il debitore fallito attirano un maggior numero di operatori economici rispetto a Paesi ove la legislazione è sicuramente più gravosa. BENEDETTELLI, "*Centro degli interessi principali*" del debitore e *forum shopping* nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, op. cit., 499. L'autore

La stessa Corte di Giustizia in passato è intervenuta sul punto, in particolare sulla relazione sussistente tra libertà di stabilimento e *forum shopping*, con tre importanti decisioni con le quali ha voluto garantire massima tutela alla suddetta libertà di stabilimento: si tratta delle sentenze *Centros*, *Überseering* e *Inspire Art*²⁹¹.

annovera tra i fattori generatori del fenomeno in esame i limiti strutturali e contenutistici dello stesso Reg. 1346/00, in quanto esso nulla dispone in relazione ai casi di litispendenza, e dunque alla regolamentazione di situazioni caratterizzate dalla contemporanea pendenza di più giudizi dinnanzi a giudici di diversi Stati membri e aventi ad oggetto la medesima controversia; inoltre il legislatore comunitario non ha provveduto a definire i criteri uniformi di giurisdizione con riguardo alle cosiddette azioni strumentali al fallimento (azioni revocatorie, azione per danni, azione di rivendica di beni sottratti alla massa).

Tuttavia, ancora una volta l'analisi delle scelte legislative nazionali sul tema fa emergere una sostanziale contrapposizione tra quegli ordinamenti giuridici che aderiscono alla cosiddetta "teoria dell'incorporazione" e quelli che invece aderiscono alla cosiddetta "teoria della sede reale". La prima teoria, quella dell'incorporazione, mira a ricollegare una società all'ordinamento in cui essa si è costituita (cosiddetta *law of incorporation*), consentendole di esercitare qualsiasi attività imprenditoriale anche in Paesi terzi senza che ciò vada in qualche modo ad incidere sulla competenza del giudice dello Stato d'origine. La seconda teoria, quella della sede reale, invece riconosce la potestà giurisdizionale alla dichiarazione di fallimento in capo al giudice del luogo ove una società viene concretamente gestita ed amministrata. WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede delle società nel diritto societario europeo*, in *Riv. Soc.*, 2003, 724. PERILLI, *La Cassazione e la giurisdizione per la declaratoria di fallimento alla prova della libertà di stabilimento delle società*, in *Int'l Lis*, 2004/2005, 28.

Dette due teorie vengono richiamate anche da Cass., 23 gennaio 2004 n.1244, avente ad oggetto proprio un fenomeno di "emigrazione" di una società da uno Stato membro ad un altro. Nel caso di specie la ricorrente B. & C. S.r.l. ha denunciato il fatto che il trasferimento della propria sede sociale nonché attività di impresa nello Stato di Lussemburgo era avvenuto precedentemente la dichiarazione di fallimento pronunciata dal tribunale di Roma. Nel caso di specie, la Corte di Cassazione ha riconosciuto la competenza del giudice italiano: la società fallita non poteva considerarsi di nazionalità lussemburghese, per essere stata dichiarata estinta a seguito della cancellazione dal registro delle imprese italiano. In secondo luogo, ha risolto la questione relativa alla localizzazione all'estero della sede della società avvallando la teoria dell'incorporazione, sulla base dell'art. 25 della l. 218/1995 che dispone che le società sono disciplinate dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione, senza che abbia alcun rilievo la legge dello Stato in cui è stata localizzata la sede amministrativa, cosiddetta reale, della società.

Tuttavia, le diverse soluzioni adottate dai vari legislatori nazionali determinano inevitabili situazioni di conflitto, sia nel caso del trasferimento all'estero della sede effettiva come nel caso di fusioni transnazionali: le regole operazionali di diritto internazionale privato sono così diverse da Stato a Stato da complicare notevolmente l'esercizio della libertà di stabilimento. In chiave critica rispetto alla suddetta limitazione della libertà di stabilimento si veda BALLARINO, in *Sulla mobilità delle società nella CE. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. Soc.*, 2003, 669. Egli ha affermato infatti che "è fuor di dubbio che in un mercato comune d'impronta liberistica che intende in primo luogo rimuovere gli ostacoli della libera circolazione dei fattori della produzione le società commerciali dovrebbero godere di una libertà totale di trasferire la propria sede".

²⁹¹ Si analizzi la casistica. Il caso *Centros* è stato deciso con sentenza pubblicata nella GUCE in data 9 marzo 1999. Nel caso di specie la controversia è sorta tra la società *Centros*, una "private limited company" registrata il 18 maggio 1992 in Inghilterra e in Galles, e la *Direzione Generale del commercio e delle società*, dipendente dal Ministero del Commercio danese, in quanto tale amministrazione danese si è rifiutata di registrare in Danimarca una succursale

della società *Centros*. Dagli atti di causa è emerso che la società *Centros* non ha svolto alcuna attività commerciale dalla data della sua costituzione. Poiché la normativa del Regno Unito non assoggetta le società a responsabilità limitata ad alcun requisito circa la loro costituzione ovvero alla liberazione di un capitale sociale minimo, il capitale sociale della società *Centros* non è mai stato liberato né messo a disposizione della società, bensì è stato ripartito in due quote sociali detenute dal signore e dalla signora Bryde, cittadini danesi residenti in Danimarca. Secondo il diritto danese, la società *Centros*, in quanto "*private limited company*", deve essere considerata una società a responsabilità limitata straniera e conseguentemente le norme in materia di registrazione delle succursali cosiddette "*filiater*" di società di tale specie sono stabilite dall'*Anpartsselskabslov* ossia dalla legge sulle società a responsabilità limitata. In particolare è l'art. 117 della citata legge a disporre che: "*Le società a responsabilità limitata e le società straniere di forma giuridica analoga domiciliate in uno Stato membro della Comunità europea possono esercitare un'attività in Danimarca per il tramite di una succursale*". La *Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* ha rifiutato la registrazione della succursale della società *Centros* in quanto la considera quale sede principale della società, ritenendo dunque l'eventuale registrazione una manovra elusiva delle previsioni del legislatore danese, soprattutto in tema di liberazione del capitale sociale minimo. La Corte di Giustizia, a seguito di rinvio pregiudiziale sollevato dalla *Højesteret* danese, per la definizione della questione di diritto ha fatto proprio quanto già espresso in precedenza nella causa C-79/85 *Segers* del 1986, integralmente consultabile al sito internet: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>. Già in questa sentenza del 1986 la Corte di Giustizia ha affermato il principio in base al quale il diritto di stabilimento, sancito agli artt. 43 e 48 del TCE, autorizza una società a costituirsi in uno Stato membro e ad operare in un altro. Nella sentenza *Centros* la Corte ha ulteriormente ampliato il suddetto principio, esprimendo un sostanziale parere favorevole circa il cosiddetto "mercato delle regole" o *forum shopping* nel diritto societario, enunciando al punto 27 che: "*il fatto che un cittadino di uno Stato membro, che desidera creare una società, scelga di costituirla nello Stato membro le cui norme di diritto societario gli sembrano meno severe e crei succursali in altri Stati membri non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento. Infatti, il diritto di costituire una società in conformità alla normativa di uno Stato membro e di creare succursali in altri Stati membri è inerente all'esercizio, nell'ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato*". Tale ultimo enunciato è stato interpretato da parte della dottrina come l'affermazione, nello spazio giuridico europeo, del cosiddetto "arbitraggio giuridico", consistente nella possibilità riconosciuta ai soci fondatori di una società di scegliere lo Statuto societario che essi ritengono più idoneo alle proprie esigenze operative e di svolgere poi l'effettiva attività imprenditoriale in un altro Stato membro. Interessante è menzionare in questa sede le parole di BENEDETTELLI, in op. cit., 589: "*la Corte pone un principio di importanza fondamentale, giacché afferma in modo inequivocabile che gli imprenditori attivi sul mercato comune possono scegliere tra le legislazioni societarie degli Stati membri ai fini della costituzione di una società commerciale, e che tale facoltà di scelta costituisce di per sé (vale a dire indipendentemente dalla presenza di ulteriori elementi di rattachement allo Stato membro così individuato dai privati) una situazione di vantaggio desumibile dalle norme primarie del Trattato sulle libertà di stabilimento; con il corollario di escludere che contro di essa possa essere utilizzata l'eccezione della frode alla legge o dell'abuso del diritto*". PERILLI, op. cit., 28. La sentenza in esame è integralmente consultabile al sito internet: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>.

La seconda sentenza, *Überseering*, è stata pubblicata nella GUCE in data 5 novembre 2002. La sentenza è integralmente consultabile al sito internet: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>.

Il caso di specie riguarda una società di diritto dei Paesi Bassi denominata *Überseering* che nell'ottobre del 1990 acquistò un'area edificabile a *Düsseldorf*, in Germania. Successivamente, nel 1992, con un contratto d'opera affidò alla NCC la ristrutturazione di un'autorimessa e di un motel costruiti su tale area. La *Überseering*, terminati i lavori, riscontrò dei vizi nell'esecuzione della tinteggiatura. Nel dicembre del 1994 due cittadini tedeschi acquistarono la totalità delle quote sociali della società *Überseering*, che nel 1996 citò in giudizio al NCC chiedendone la condanna al pagamento di una somma di denaro, a titolo di riparazione delle spese sostenute per porre rimedio ai vizi fatti valere e dei relativi danni subiti. Il Tribunale di primo grado, e successivamente anche quello di secondo, respinse il ricorso negando la propria competenza

Le numerose possibilità offerte all'imprenditore che opera nello spazio giuridico europeo di ricorrere al *forum shopping* rivelano l'estrema attualità del

giurisdizionale a decidere della controversia, sulla base del fatto che il trasferimento della sede effettiva della società *Überseering* in Germania era avvenuto in un secondo momento, a seguito dell'acquisizione delle sue quote da parte dei due cittadini tedeschi; pertanto la *Überseering* doveva considerarsi società di diritto dei Paesi Bassi, priva della capacità giuridica necessaria per essere parte di un giudizio in Germania. La causa è giunta dinnanzi al *Bundesgerichtshof*, il quale ha sottoposto alla Corte di Giustizia la questione "se, nel caso di un trasferimento da un paese all'altro della sede effettiva, la libertà di stabilimento garantita dagli artt. 43 CE e 48 CE non si opponga al collegamento della situazione giuridica della società al diritto dello Stato membro in cui si trova la sua sede effettiva", mediante rinvio pregiudiziale. La Corte di Giustizia in questa sede si pronunciò nel senso di riconoscere l'incompatibilità della normativa di uno Stato membro che neghi la capacità giuridica ad una società costituita conformemente alla normativa di altro Stato membro nel cui territorio ha la sede sociale con riferimento alla libertà di stabilimento sancita dagli artt. 43 e 48 TCE. Nel caso di specie si nota come vengano superati quei dubbi interpretativi sollevati nella causa C-81/87 *Daily Mail* del 27 settembre 1988, circa l'esistenza di una riserva di competenza legislativa in favore degli Stati membri in materia di libertà di stabilimento, in assenza degli accordi speciali previsti dall'art. 220 TCE. La sentenza è integralmente consultabile al sito internet: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>. Nella sentenza *Überseering* infatti la Corte di Giustizia nega la sussistenza di tale riserva, come si legge ai punti 54 e 55.

Infine si richiama in questo contesto la causa C-167/01 *Inspire Art* definita con sentenza del 30 settembre 2003. La sentenza è integralmente consultabile al sito internet: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>.

La fattispecie concreta riguarda la società *Inspire Art*, costituita il 28 luglio 2000 con la forma giuridica della "private company limited by shares", ossia di società privata a responsabilità limitata, con sede sociale a Folkstone, nel Regno Unito, e avente una succursale ad Amsterdam. L'amministratore unico di questa società, residente nei Paesi Bassi, risulta autorizzato ad agire da solo e autonomamente in nome della società. Inoltre tale *Inspire Art* è iscritta nel registro di commercio di Amsterdam senza menzione del fatto che si tratta di società formalmente straniera. Il 30 ottobre 2000 viene ordinato alla società di completare l'iscrizione nel registro del commercio con la menzione che la società è formalmente straniera. La società si rifiuta. Viene sollevata successivamente la questione dinnanzi alla Corte di Giustizia mediante lo strumento del rinvio pregiudiziale. In questa occasione la Corte si è pronunciata precisando che la pratica ormai consolidata del ricorso alle cosiddette *pseudo-foreign companies*, ossia la delocalizzazione di fatto in diverso Stato membro di società costituite secondo il diritto di altro Stato UE, non solo è pienamente conforme alla libertà di stabilimento, ma non può trovare ostacolo nelle norme imperative dello Stato della sede effettiva. La Corte di Giustizia ancora una volta interpreta in senso restrittivo le quattro condizioni che possono giustificare la restrizione delle libertà fondamentali del Trattato. Al punto 133 della citata sentenza si legge infatti: "secondo la giurisprudenza della Corte, i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono, per essere giustificati, soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo (v., segnatamente, sentenze 31 marzo 1993, causa C-19/92, Kraus, Racc. pag. I-1663, punto 32; 30 novembre 1995, causa C-55/94, Gebhard, Racc. pag. I-4165, punto 37, e Centros, cit., punto 34)".

Ma a fronte di questi pronunciamenti liberisti in una sentenza più recente la medesima Corte di Giustizia, pur riconoscendo che la libertà di stabilimento implica il diritto di trasferire la sede sociale in altro Stato membro, ha ribadito che essa non consente di avvalersi di tale diritto in maniera abusiva e fraudolenta, con la conseguenza che il trasferimento della sede può avvenire solo al fine di perseguire finalità tutelate dal diritto comunitario. Si tratta della sentenza del 16 dicembre 2008 pronunciata dalla Corte di Giustizia nella causa C- 210/06 *Cartesio*, integralmente consultabile al sito internet: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>

fenomeno.

Per questa ragione, appare opportuno soffermarsi nell'analisi degli strumenti ai quali è possibile ricorrere per combattere questo fenomeno nella materia dell'insolvenza transfrontaliera.

A tal proposito, alcuni autori sostengono che l'intento del legislatore comunitario sia stato quello di introdurre, nella materia del diritto fallimentare, principi giuridici diversi rispetto a quelli ordinari: parte della dottrina, infatti, ritiene che le norme sulla libera circolazione di persone, beni, mezzi e servizi, previste dal Trattato CE non costituiscano per il legislatore comunitario un limite invalicabile, in quanto egli potrebbe restringerne la portata qualora interessi prevalenti lo richiedessero. In caso di insolvenza transfrontaliera tali interessi meritevoli di tutela sarebbero costituiti dalle pretese dei creditori e dei terzi in generale a vedersi soddisfatti²⁹².

Tale impostazione non pare condivisibile.

Preferibile ci sembra la tesi di chi sostiene che il Reg. 1346/00 debba interpretarsi conformemente alle disposizioni del Trattato UE, non essendo previsto nella disciplina comunitaria alcun elemento che lo ponga in contrasto con la fonte di rango superiore né che giustifichi un'interpretazione *ad hoc* dello stesso²⁹³.

In questo senso, e dunque riconoscendo la legittimità del trasferimento del COMI in prossimità dell'apertura della procedura concorsuale, si è pronunciato il tribunale tedesco di Colonia. Il caso di specie riguardava una società del *PIN Group*, con sede statutaria e attività in Lussemburgo. Alla fine del 2007 l'azionista di maggioranza della società nominò come Presidente e membri del Consiglio di Amministrazione persone fisiche con domicilio professionale in Germania. Il nuovo Consiglio di Amministrazione trasferì in Germania i libri

²⁹² Di tale avviso sono EIDENMÜLLER, *Free Choice in International Company Insolvency Law in Europe*, in *European Business Organization Law Review*, 2005, 423; e RINGE, in *Forum shopping under the EU Insolvency Regulation*, in *Oxford Legal Research Paper Series*, 2008, consultabile all'indirizzo internet: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1209822.

²⁹³ Nel Reg. 1346/00 infatti non vi sono norme che permettano di derogare i principi sanciti nella fonte di rango superiore costituita dal Trattato UE. Sul punto, tra i molti autori, si ricordano in particolare: BENEDETTELLI, "*Centro degli interessi principali*" del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, op. cit., 499 e OLIVIERI, *Il Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in www.judicium.it.

contabili, gli archivi e gli altri documenti sociali, nonché i responsabili della gestione degli affari e delle risorse umane.

Il giudice tedesco si è dunque dichiarato competente all'apertura della procedura d'insolvenza sulla base della localizzazione del COMI in Germania, a Colonia, al momento del deposito della domanda²⁹⁴.

Per definire la portata del *Considerando* 4 del Regolamento in materia di insolvenza transfrontaliera ci viene in aiuto anche l'opinione espressa dall'Avvocato generale nella causa *Staubitz- Schreiber*. A tal proposito, si circoscrive il concetto di *forum shopping* nel modo seguente: “*se il forum shopping viene inteso come la possibilità per il ricorrente di ricercare la competenza giurisdizionale internazionale che risulti più favorevole per motivi procedurali o sostanziali, è indubbio che, data la mancanza di uniformità giuridica dei diversi sistemi di diritto internazionale privato, tale fenomeno dovrebbe essere riconosciuto come una conseguenza naturale, non censurabile. Il risultato dell'esistenza di fori concorrenti di per sé non costituisce un illecito.*” Secondo l'Avvocato generale Colomer tale prassi diventa illegittima solo “*qualora causi un'ingiustificata disparità tra le parti di una controversia in rapporto alla tutela dei loro rispettivi interessi*”²⁹⁵. Solo in questo caso dunque la repressione del *forum shopping* costituisce una legittima finalità giuridica.

Tuttavia, avverso la tesi sostenuta dall'Avvocato generale Colomer potrebbero sollevarsi almeno due critiche: la prima riguarda l'incompatibilità con il dettato letterale del *Considerando* 4, la seconda inerisce al mancato rispetto dei requisiti di stabilità e riconoscibilità previsti al *Considerando* 13.

²⁹⁴ GALLAGHER , *European Insolvency Regulation: German court blesses change of COMI to bolster cross-border group restructuring*, in *American Bankruptcy Institute Journal*, 2008, 30.

²⁹⁵ Si vedano i par. 71- 75 delle Conclusioni dell'Avvocato Colomer, consultabili al sito internet: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>. In particolare il par. 74 recita: “ (...) nel quarto *Considerando* precedentemente menzionato manifesta la sua intenzione di dissuadere i soggetti processuali dal trasferire beni o procedimenti giudiziari da uno Stato ad un altro al fine di ottenere una situazione giuridica più vantaggiosa, aggiungendo tra parentesi l'espressione «forum shopping». Il par. 75: “Ora, tale principio basilare del regolamento n. 1346/2000 sarebbe del tutto vanificato se il debitore potesse trasferire il suo centro di interessi principali in un altro Stato membro tra la presentazione della domanda di apertura e la dichiarazione di inizio dell'insolvenza. La suddetta interpretazione non si concilia con lo svolgimento efficiente delle procedure concorsuali transfrontaliere perseguito dal regolamento, in base al suo secondo *Considerando*, giacché obbligherebbe i creditori a perseguire l'insolvente nel luogo in cui dimostri di essersi stabilito con carattere più o meno definitivo, privandoli così della necessaria certezza del diritto”.

La prima obiezione si fonda sull'assunto che, benché siffatta ricostruzione interpretativa sia preferibile in quanto operata alla luce dei principi fondanti del Trattato UE, si pone in contrasto con il significato proprio del *Considerando* 4, là dove si condanna ogni comportamento riconducibile al fenomeno di *forum shopping* senza eccezioni di sorta.

Una possibile soluzione all'incompatibilità tra i principi sanciti nel Trattato e il divieto di *forum shopping* posto dal legislatore comunitario nel Regolamento in esame, trova fondamento nella valorizzazione dell'inciso del *Considerando* 4 " *ai fini del buon funzionamento del mercato interno*" che consente di circoscrivere il divieto di *forum shopping* solamente a quelle ipotesi in cui si presenta la necessità di reprimere comportamenti abusivi e fraudolenti volti a trasferire beni o procedimenti giudiziari da uno Stato membro ad un altro con chiari intenti elusivi di norme più restrittive²⁹⁶.

In tale contesto costituisce comportamento fraudolento che rende illegittima la pratica del *forum shopping* il trasferimento fittizio della sede sociale, nell'imminenza dell'apertura della procedura concorsuale, volto unicamente alla precostituzione di un foro più favorevole²⁹⁷. Per considerare un trasferimento non fittizio, è infatti necessario ricordare che per definire un determinato luogo quale "centro degli interessi principali del debitore" fallendo, al trasferimento stesso deve accompagnarsi il mutamento del COMI.

Sul punto si è recentemente pronunciata la Corte di Cassazione italiana nella causa *CMS-Credit Management & Service SRL* con ordinanza del 17 luglio 2009²⁹⁸. Nel caso di specie, un debitore contestava la giurisdizione del giudice italiano a dichiarare il fallimento della sua società, in quanto antecedentemente all'apertura della procedura concorsuale era intervenuto il trasferimento della sede sociale all'estero. La Suprema Corte ha sostenuto che, in questo caso, si

²⁹⁶ Questa tesi è sostenuta anche da DE CESARI, *Il trasferimento all'estero della sede legale dell'impresa insolvente*, op. cit., 666.

²⁹⁷ Il trattamento del trasferimento fittizio della sede è stato chiarito nella sentenza *Eurofood*. La Corte di Giustizia ha sottolineato che, poiché la presunzione a favore della sede legale può essere superata dimostrando il carattere fittizio del trasferimento, è ininfluenza ai fini della giurisdizione qualsiasi trasferimento che non sia accompagnato da un corrispondente mutamento del COMI.

²⁹⁸ L'ordinanza è integralmente consultabile al sito internet: <http://www.ilfallimento.it/giurisprudenza/127.htm>.

fosse trattato di un trasferimento fittizio in quanto allo stesso non era seguito lo spostamento del COMI, come provava il diniego dell'autorità competente dello Stato della nuova sede sociale ad iscrivere la società nel locale registro delle imprese. In questo modo la Corte di Cassazione ha superato la presunzione di coincidenza tra sede effettiva e sede legale affermando la competenza giurisdizionale italiana²⁹⁹.

L'orientamento giurisprudenziale italiano è stato seguito anche dal *Tribunal de Commerce* di Bruxelles nella già citata causa *Eurogyp*. La fattispecie riguardava il caso di una società belga che aveva trasferito la sede in Francia, ma era di fatto irreperibile all'indirizzo francese. La società per dare fattualità alla propria tesi aveva perfino indugiato a presentare le dichiarazioni dei redditi in Belgio dove restava immatricolata e continuava a svolgere regolarmente la propria attività. Il giudice belga si è dichiarato pertanto competente ad aprire la procedura concorsuale.

Vi è poi un'altra obiezione che può muoversi alla tesi che sostiene la legittimità della pratica del *forum shopping*. Questa critica privilegia le esigenze di stabilità e di riconoscibilità ai terzi richiesti al *Considerando* 13 del Reg. 1346/00. Infatti, questi connotati del COMI non sussisterebbero qualora il trasferimento di sede sia seguito a breve distanza dal dissesto.

In tal senso è interessante il ragionamento seguito dalla *Court of Appeal* inglese nella sentenza del 27 luglio 2005 pronunciata nella citata causa *Shierson-Vlieland-Boddy*³⁰⁰. La Corte di seconde cure ha infatti ritenuto effettivo il trasferimento del COMI alla luce della presenza di elementi di permanenza e di

²⁹⁹ La Corte di Cassazione ha deciso dello stesso senso anche nell'ordinanza del 18 maggio 2009, n. 11398, nella causa *Società La Longeva c. Mps Gestione Cred Banca*, in *Giustizia civile*, 2009, 784. Infine la Suprema Corte è rimasta dello stesso parere nell'ordinanza del 20 maggio 2005, n. 10606 pronunciata nella causa *Interedil s.r.l. c. Intesa Gestione Crediti s.p.a.*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 2006, 1137. Nel caso *Interedil*, lo ricordiamo, il debitore era una società avente sede legale in Italia sino al luglio 2001, data del suo trasferimento a Londra. Tale società al momento del giudizio disponeva ancora in Italia di beni immobili, aveva in esecuzione un contratto di affitto di due complessi alberghieri, e risultava irreperibile all'indirizzo londinese; inoltre, il trasferimento all'estero non era stato comunicato al registro delle imprese di Bari. Il giudice ha concluso per l'individuazione del COMI in Italia.

Per una sentenza di merito che accoglie tale orientamento si veda Corte d'appello di Milano, 8 maggio 2008, *Fallimento s.p.a. L.D. in liquidazione c. I. S.A.*, in *Banca, Borsa, Titoli di credito*, 2008, 717, commentata da BUTA, *Insolvenza transfrontaliera e localizzazione del centro degli interessi principali*, in *Banca, Borsa, Titoli di credito*, 2008, 721.

³⁰⁰ sentenza consultabile al sito internet: <http://www.bailii.org/>.

conoscibilità ai terzi. Al par. 55 si legge: *“And, if he has altered the place at which he conducts the administration of his interests on a regular basis - by choosing to carry on the relevant activities in a way which is ascertainable by third parties at another place – the court must recognise and give effect to that”*. Per comprendere la portata della critica in esame si dia il caso in cui una società si sia effettivamente trasferita dallo Stato A allo Stato B e poco tempo dopo si dichiari il suo fallimento.

La situazione che, di conseguenza, viene a determinarsi rende i creditori che hanno concluso affari con la società nello Stato A privi di tutela (in quanto sicuramente ignorano il trasferimento della sede nello Stato B) e la produzione di beni nello Stato B insufficiente a coprire efficacemente le pretese creditorie a causa della breve durata dell'attività.

Tutto ciò nonostante si possa obiettare che la normativa comunitaria, in queste ipotesi, preveda l'apertura di una procedura secondaria.

Per risolvere questi problemi, la maggior parte degli ordinamenti giudici europei si è dotata di norme che considerano inefficaci, ai fini della competenza, quei trasferimenti avvenuti in un predefinito lasso di tempo prima dell'apertura del procedimento. Ad esempio, l'Italia ha adottato la regola secondo cui il trasferimento non assume rilevanza qualora sia stato perfezionato nell'anno antecedente la dichiarazione di fallimento³⁰¹.

Tuttavia rimane sempre aperta la questione che queste limitazioni alla libertà di stabilimento, come già illustrato precedentemente, si scontrano con le previsioni del Trattato UE che invece favoriscono i trasferimenti delle sedi sociali da uno Stato membro ad un altro.

Quindi sulla base delle considerazioni esposte, delle tesi e controtesi avanzate in dottrina e giurisprudenza, non si può che condividere ogni impostazione volta a non riconoscere legittimità a qualsivoglia limitazione alla libertà di stabilimento, a meno che non si dimostri oggettivamente trattarsi di attività poste in essere in maniera abusiva e fraudolenta.

³⁰¹ La regola è sancita all'art. 9 della legge fallimentare.

2. *Trasferimento all'estero del COMI e perpetuatio jurisdictionis*

Il presente paragrafo è dedicato all'analisi del principio della cosiddetta *perpetuatio jurisdictionis* alla luce delle disposizioni del Reg. 1346/00.

Detto principio, che concreta uno dei cd. effetti processuali della domanda, impedisce che un eventuale trasferimento in altro Stato membro del COMI, dopo l'avvio della procedura concorsuale, privi il giudice originariamente adito della giurisdizione su quella causa. Se così non fosse, il mutamento della situazione esistente provocherebbe in astratto la continua chiusura in rito del processo, atteggiandosi a strumento dilatorio per il debitore che intenda evitare una propria dichiarazione di fallimento³⁰².

Il principio della *perpetuatio jurisdictionis* dunque “risponde ad una naturale e logica esigenza di certezza che può quasi dirsi connaturata all'istituto processuale in quanto mezzo di composizione della lite”³⁰³.

La Corte di Giustizia ha avuto occasione di intervenire sulla questione, sancendo la piena operatività della *perpetuatio jurisdictionis*, nella causa *Staubitz-Schreiber*.

Il caso di specie riguardava un'imprenditrice tedesca che, dopo aver presentato nel dicembre 2001 domanda di ammissione alla procedura d'insolvenza dinnanzi alla Corte di *Wuppertal*, nell'aprile del 2002 ha trasferito la residenza dell'impresa in Spagna.

Il giudice di prime cure rigettava la domanda per carenza di massa attiva, ma la sentenza veniva successivamente impugnata dalla signora *Staubitz-Schreiber*: il giudice di secondo grado individuò la localizzazione del COMI in Spagna. Tuttavia, anche questa pronuncia veniva impugnata a mezzo di ricorso dinnanzi al BGH il quale ha ritenuto opportuno adire la Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 243 TCE, investendola della questione relativa alla competenza a decidere dell'apertura di un procedimento di insolvenza a seguito del trasferimento del COMI successivamente il deposito della domanda.

³⁰² MONTANARI, *La perpetuatio jurisdictionis nel sistema del regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza*, in *Int'l Lis*, 2006/2007, 20.

³⁰³ ATTARDI, *Giurisdizione e competenza in generale*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, I, 1, Torino, 1973, 85; FRANCHI, *La litispendenza*, Padova, 1963.

La Corte di Giustizia ha argomentato la sua posizione alla luce di una pluralità di elementi.

L'art. 3 del Reg. 1346/2000, infatti, nulla dice circa il mantenimento della competenza giurisdizionale in capo al giudice inizialmente adito in caso di trasferimento del COMI in altro Stato dopo il deposito della domanda di apertura della procedura concorsuale, ma prima dell'adozione della decisione di tale apertura.

Esso precisa, invece, che consentire questo trasferimento in tale momento è contrario agli obiettivi perseguiti dal Regolamento stesso, alla luce di un ragionamento di tipo teleologico³⁰⁴.

Il punto di partenza del ragionamento della Corte di Giustizia è costituito dal *Considerando* 4 del Regolamento CE, che vieta al debitore di porre in essere attività volte a ricercare fraudolentemente il miglior trattamento giuridico in caso di insolvenza (cosiddetto *forum shopping* si cui diffusamente si è discusso nel primo paragrafo del presente capitolo). Inoltre, i *Considerando* 2 e 8 consentono di individuare quale *ratio legis* la vanificazione di qualsiasi aspirazione dello stesso debitore volta ad impedire ovvero ritardare l'apertura della procedura concorsuale, trasferendo ripetutamente il COMI da uno Stato membro ad un altro; infine il mantenimento della competenza giurisdizionale in capo al giudice adito *ab initio* consente una migliore operatività del principio della certezza del diritto a tutela delle aspettative dei creditori e dei terzi in generale³⁰⁵.

³⁰⁴ Si vedano i punti 24 -27 della sentenza in esame. In realtà tale ragionamento era stato precedentemente seguito dalla *High Court of London* nella causa, già citata, *Geveran Trading Co LTD v Kjell Tore Skjvesland* dell'11 novembre 2002.

³⁰⁵ Tale ragionamento della Corte di Giustizia traspare dai punti 25- 28 della sentenza. In particolare il punto 25 recita: "Infatti, al quarto 'considerando' di quest'ultimo, il legislatore comunitario ricorda il suo intento di dissuadere le parti della procedura dal trasferire i beni o i procedimenti giudiziari da uno Stato membro ad un altro al fine di ottenere una migliore situazione giuridica. Tale obiettivo non sarebbe raggiunto se il debitore potesse trasferire il centro dei propri interessi principali in un altro Stato membro tra la presentazione della domanda di apertura e l'adozione della decisione di apertura della procedura e determinare, in questo modo, il giudice competente nonché il diritto applicabile".

Il punto 26: "Un tale trasferimento di competenza sarebbe altresì contrario allo scopo, ricordato al secondo e all'ottavo 'considerando' del regolamento, di un funzionamento efficace, migliorato e accelerato delle procedure transfrontaliere, in quanto esso obbligherebbe i creditori a ricercare continuamente il debitore là dove questi decidesse di stabilirsi in modo più o meno definitivo e, in pratica, rischierebbe di tradursi spesso in un allungamento della procedura".

Questa impostazione, a favore della piena operatività del principio della *perpetuatio jurisdictionis*, ha definitivamente sconfessato quell'orientamento giurisprudenziale coltivato dalle corti inglesi e condiviso da autorevole dottrina britannica che identifica quale momento rilevante ai fini dell'individuazione del Tribunale giurisdizionalmente competente la data di apertura della procedura e non invece quella dell'istanza relativa³⁰⁶.

Tuttavia, come condivisibilmente sottolineato da una parte della dottrina, l'apparato argomentativo della sentenza risulta poco convincente in quanto omette di ordinare gerarchicamente gli elementi a sostegno della *perpetuatio jurisdictionis* in base all'apporto specifico di ognuno di essi, optando per un sostanziale appiattimento equiparativo degli stessi³⁰⁷.

Ciò nonostante, si è concordi nel riconoscere piena adesione alla posizione sostenuta dalla Corte di Giustizia a favore del riconoscimento del principio in esame, alla luce dell'economia processuale e dell'effettività della tutela giurisdizionale, che ispirano il principio della *perpetuatio jurisdictionis*³⁰⁸.

Il punto 27: "Inoltre, il mantenimento della competenza del primo giudice adito assicura una maggiore certezza del diritto ai creditori che hanno valutato i rischi da assumere in caso di insolvenza del debitore rispetto al luogo in cui si trovava il centro degli interessi principali di questi al momento in cui essi stringevano rapporti giuridici con lui".

Il punto 28: "La portata universale della procedura d'insolvenza principale, l'apertura, ove opportuno, di procedure secondarie, nonché la possibilità per il curatore provvisorio designato dal giudice inizialmente adito di chiedere provvedimenti conservativi e protettivi sui beni del debitore che si trovano in un altro Stato membro, costituiscono peraltro garanzie importanti per i creditori, che permettono di assicurare la maggior copertura possibile del patrimonio del debitore, in particolare qualora quest'ultimo abbia trasferito il centro dei propri interessi principali successivamente alla domanda di apertura della procedura, ma prima che si apra la procedura".

³⁰⁶ Si veda a titolo esemplificativo la sentenza *Shierson v. Vlieland- Boddy* emessa dalla *High Court of Justice, Chancery Division*, il 26 novembre 2004. La sentenza è integralmente consultabile al sito internet: http://www.bailii.org/cgi-bin/sino_search_1.cgi?sort=rank&query=shierson&method=boolean&highlight=1&mask_path=/. Tra i sostenitori in dottrina della citata tesi troviamo WESSELS, in *Moving House: Which Court can open Insolvency proceedings?*, consultabile al sito internet: <http://www.iiiglobal.org/gsearch.html>. Il centro degli interessi principali del debitore, secondo questa parte della dottrina, "should be there at the moment the court decide to open (or not) the main proceedings".

³⁰⁷ Tra coloro che criticano l'iter argomentativo della Corte di Giustizia si colloca MONTANARI, *La perpetuatio jurisdictionis nel sistema del regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, op. cit., 20.

³⁰⁸ VULLO, *Il momento determinante della giurisdizione italiana*, in *Riv. Dir. Priv e proc.*, 2004, 1218. Ed ivi il rilievo che: "a prescindere dalla necessità di evitare che il convenuto si sottragga sine die ad una pronuncia sulla fondatezza della domanda, è di immediata evidenza che qualora si attribuisse rilievo a una modifica del titolo determinativo della competenza o della giurisdizione, anche solo accidentale o non volontaria, si costringerebbe l'attore a ricominciare il

Tutto ciò trova piena conferma nell'esperienza dei singoli ordinamenti nazionali. Infatti, anche laddove sia assente un espresso richiamo al principio della *perpetuatio jurisdictionis* in sede di normativa fallimentare, esso trova piena operatività anche in questo settore del diritto in quanto posto a tutela della competenza giurisdizionale del giudice previamente adito per la dichiarazione di fallimento³⁰⁹.

La Corte di Giustizia, nella causa *Staubitz-Schreiber*, non ha preso posizione sulla natura reale o fittizia del trasferimento³¹⁰.

In realtà il problema non si è posto in quanto il caso di specie concerneva un trasferimento effettivo; tuttavia nella prassi spesso si assiste a trasferimenti più o meno fittizi.

In linea di principio si può affermare che qualsiasi trasferimento, reale o fittizio, successivo al deposito della domanda di ammissione alla procedura concorsuale ricade pienamente nell'ambito di applicazione della giurisprudenza *Staubitz-Schreiber*. Infatti, qualora lo spostamento sia fittizio, il COMI non può dirsi trasferito e dunque non sorge alcun problema di competenza, in quanto rimane radicata dinnanzi allo stesso giudice; qualora invece il trasferimento del COMI sia effettivo, come nel caso presentato alla Corte di *Wuppertal*, vale la

processo davanti al giudice divenuto competente o munito di giurisdizione, in contrasto con il principio di economia processuale". In quanto principio a tutela dell'economia processuale, si ritiene posto a tutela non solo delle aspettative delle parti a ottenere una pronuncia in tempi brevi, ma anche a tutela dell'interesse pubblico ad un impiego razionale delle risorse giurisdizionali, evitando sprechi di attività.

³⁰⁹ Per quanto concerne l'ordinamento italiano si rinvia all'art. 5 c.p.c., che recita: "La giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti della legge o dello stato medesimo". È necessaria una precisazione per quanto concerne la normativa fallimentare: l'art. 7 comma 1 del d.lgs. 5/2006, entrato in vigore il 16 luglio 2006, ha modificato dell'art. 9 comma 2 del R.d. 267/1942 vanificando ai fini dell'individuazione del foro competente alla dichiarazione di fallimento i successivi trasferimenti di sede non solo successivi al deposito dell'istanza, ma addirittura effettuati entro l'anno antecedente. Questa modifica è frutto del recepimento della giurisprudenza formatasi sul punto (ad esempio: Cass., 28 marzo 1997, 2795, in *Int'l Lis*, 1997, 830; Cass. 7 marzo 1995, n. 2650, in *Int'l Lis*, 1995, 1036). Parimenti all'ordinamento italiano anche quello tedesco applica al particolare ramo del diritto fallimentare il principio della *perpetuatio jurisdictionis* previsto a livello di disciplina generale al §261, Abs.3, n.2 del *Zivilprozessordnung* (ZPO). Tra i più recenti riscontri dottrinali di questo orientamento: GIOMARELLI, *Note in tema di trasferimento della sede legale dell'impresa già insolvente in relazione alla competenza del giudice fallimentare*, Cass., 24 maggio 2004, n. 9959, in *Dir. Fall.*, 2005, II, 647; BONFATTI, CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., 47.

³¹⁰ MONTANARI, *La perpetuatio iurisdictionis nel sistema del regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza*, in *Int'l Lis.*, 2007, 20.

regola espressa dalla Corte di giustizia della *perpetuatio jurisdictionis*.

In ogni caso la sentenza in esame non esprime alcun giudizio in relazione ai trasferimenti, contestuali ovvero anteriori alle prime manifestazioni dello stato di insolvenza, effettuati quando ancora non è stato instaurato alcun procedimento³¹¹.

Alla luce delle considerazioni svolte nel paragrafo dedicato al *forum shopping* si può affermare che in sostanza nessuna norma del Reg. 1346/00 limita il trasferimento del COMI *tout court*. Solo nell'ambito di applicazione della regola della *perpetuatio jurisdictionis* diventa irrilevante il fatto che i trasferimenti siano reali o fittizi in quanto si applica la regola processuale sancita dalla Corte di Giustizia, a tutela della certezza del diritto.

3. Conflitti di giurisdizione

Nel capitolo precedente si è analizzata la nozione di “*centro degli interessi principali del debitore*” cercando di ricostruirne il significato alla luce dei contributi dottrinali e giurisprudenziali, in particolar modo da parte della Corte di Giustizia. Le maggiori difficoltà riscontrate nel corso dell'analisi sono emerse a seguito della comprovata complessità del concetto di COMI e della sua non facile individuazione.

Nel corso degli anni, il COMI è stato oggetto di molteplici interpretazioni, spesso divergenti, frutto dell'incertezza legata ai presupposti, indicati dal legislatore comunitario, per individuare il Tribunale competente a decidere nel caso concreto.

In sintesi, la scelta del legislatore comunitario di adottare un concetto complesso come quello in esame, costituito da una serie di elementi non definiti

³¹¹ BARIATTI, *Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di giustizia: il caso Eurofood*, op.cit., 206. L'autore sottolinea che il momento in cui si instaurano i rapporti tra imprenditore e creditori e quello in cui si manifesta l'insolvenza sono tra loro indipendenti e possono essere anche molto distanti nel tempo.

adeguatamente e oggetto di continuo aggiornamento interpretativo, determina incertezza applicativa nell'individuazione del giudice giurisdizionalmente competente alla trattazione della causa³¹².

La mancanza di una chiara determinazione dei caratteri che concorrano ad una univoca esegesi del “centro degli interessi principali del debitore” fallendo, spesso determina l'instaurazione di conflitti positivi, qualora più Stati membri si ritengano ugualmente competenti a dichiarare l'apertura della procedura di insolvenza, ovvero negativi, qualora nessuno Stato membro riconosca la propria giurisdizione fallimentare.

3.1. (segue). Conflitti positivi

Diverse sono le cause che possono originare conflitti di giurisdizione, ed in particolare conflitti positivi: essi sono riconducibili al diverso apprezzamento del concetto di COMI da parte dei giudici chiamati a decidere della causa, alla mancata conoscenza del fatto che altro giudice abbia previamente già aperto una procedura concorsuale in capo al medesimo debitore per lo stesso fallimento, alle divergenze circa l'individuazione del momento rilevante per la determinazione della competenza giurisdizionale.

Nel Reg. 1346/00, manca una norma *ad hoc* che disciplini tali situazioni di conflitto; la *ratio* di una siffatta scelta legislativa probabilmente risale alla convinzione, maturata in sede di stesura della Convenzione del 1995, che tali eventualità sarebbero state improbabili in un auspicato contesto necessariamente uniforme di criteri giurisdizionali adottandi³¹³.

Tuttavia, nella prassi, il fenomeno si è manifestato in maniera tutt'altro che

³¹² PERSANO, *Il caso Eurofood, ovvero la contestuale apertura di due procedure principali di insolvenza nello spazio giudiziario europeo*, in *il Fallimento*, 1268.

³¹³ Il paragrafo 79 del citato *Report Virgos- Schmit* recita infatti: “*The Convention does not provide any express rule to resolve cases where the courts of two Contracting States concurrently claim jurisdiction in accordance with Article 3(1). Such conflicts of jurisdiction must be an exception, given the necessarily uniform nature of the criteria of jurisdiction used*”.

occasionale.

Numerosi sono i casi di conflitto positivo di giurisdizione verificatisi successivamente all'entrata in vigore del Reg. 1346/00, tra cui, *in primis*, il già citato caso *Daisytek-ISA Ltd.*³¹⁴.

In concreto, il tribunale inglese fondava la propria potestà giurisdizionale sulla base di una ricostruzione della nozione di COMI frutto dell'analisi del combinato disposto dell'art. 3 par. 1 del Regolamento CE e del *Considerando* 13 dello stesso, fatta coincidere con il luogo in cui il debitore si trova ad esercitare in modo abituale, e pertanto riconoscibile ai terzi, la gestione dei suoi interessi. La *High Court of Justice* di Leeds ha riconosciuto la propria competenza a seguito di una comparazione, per dimensione ed importanza, dei diversi interessi gestiti dallo stesso debitore in luoghi differenti optando per la conclusione che gli interessi prevalenti provenissero dai terzi creditori, in particolare dai fornitori e dagli erogatori di finanziamenti, non tenendo invece conto degli interessi della clientela della società *Daisytek*³¹⁵.

Diversamente, il *Tribunal de Commerce* di Pontoise, nonostante fosse a conoscenza della decisione del Tribunale inglese, ha ritenuto che la sede statutaria della società *Daisytek* fosse in Francia, non considerando la società francese una dipendenza in quanto dotata di una propria personalità giuridica. La decisione del Tribunale francese è stata successivamente annullata dalla *Cour d'Appel* di Versailles, che ha invece riconosciuto la competenza del giudice inglese.

Un'altra situazione di conflitto positivo di giurisdizione è emersa nella causa *Rover*³¹⁶. Nel caso di specie, la *High Court* di *Birmingham* aveva aperto una procedura principale nei confronti della filiale francese del gruppo *Rover*, la cui capogruppo era inglese. Il Tribunale di *Nanterre*, adito nel medesimo periodo,

³¹⁴ Nel caso di specie è sorto un conflitto tra la *High Court of Justice* di Leeds, che aveva sottoposto la società ad *Administrative order*, e il *Tribunal de Commerce* di Pontoise francese, che aveva invece aperto una procedura di *redressement judiciaire*. Per l'approfondimento dei fatti di causa si rinvia alla trattazione del capitolo precedente.

³¹⁵ VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 155.

³¹⁶ La sentenza della *High court of Birmingham*, di data 18 aprile 2005, è consultabile al sito internet: <http://www.bailii.org/>; la sentenza del Tribunale francese, di data 19 maggio 2005 al sito internet: <http://www.legifrance.gouv.fr/initRechJuriJudi.do>. Tale sentenza è stata confermata in appello dalla *Cour d'appel de Nanterre* in data 15 dicembre 2005. anche tale sentenza è consultabile al sito internet: <http://www.legifrance.gouv.fr/initRechJuriJudi.do>.

ha risolto la situazione di conflitto dichiarandosi incompetente sulla base della *regula juris* contenuta nel *Considerando* 22 del Reg. 1346/00, che prevede il riconoscimento immediato della decisione del giudice che ha aperto per primo la procedura.

La sentenza più celebre resa in punto di risoluzione del conflitto positivo di giurisdizione è quella emessa nel caso *Eurofood IFSC Ltd*. Brevemente, il caso di specie concerneva una società inglese controllata dalla società italiana *Parmalat s.p.a.*, sottoposta all'apertura di una procedura di *winding up* da parte della *High Court* irlandese, con nomina di un liquidatore provvisorio, e quasi contemporaneamente ad amministrazione straordinaria ex art. 3 comma 3 del d.l. 347/2003 da parte del Ministro per le attività produttive italiano³¹⁷.

A favore della localizzazione in Italia del COMI della società inglese, il tribunale di Parma ha addotto diverse circostanze: il fatto che il capitale sociale fosse interamente detenuto da *Parmalat s.p.a.* e che l'oggetto sociale consistesse nell'effettuare finanziamenti a favore della stessa *Parmalat s.p.a.* ovvero di altre imprese del gruppo, nonché il fatto che *Eurofood* non avesse impiegati né locali in Irlanda, bensì solamente un domicilio presso uno studio legale³¹⁸.

Del pari, l'Alta Corte irlandese ha fondato la propria competenza giurisdizionale a decidere il caso di specie sul riconoscimento della localizzazione sia della sede statutaria della società sia di quella effettiva a Dublino, in Irlanda.

Dunque nella causa *Eurofood*, a fronte del medesimo titolo di competenza giurisdizionale posto all'art. 3 del Reg. 1346/00, sia il giudice italiano sia quello

³¹⁷ La *High Court*, ritenendo scorretta la decisione dei giudici italiani e dunque di non essere stata privata del potere giurisdizionale, ha sottoposto la *Eurofood* alla procedura di *winding up* e la sua decisione è stata confermata dalla *Supreme Court*, che ha tuttavia deciso di sollevare una questione di interpretazione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 234 Trattato CE.

³¹⁸ Sul punto si legga: BARIATTI, *Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di giustizia: il caso Eurofood*, op. cit., 203; LUPOLI, *Conflitti di giurisdizioni e di decisioni nel regolamento sulle procedure di insolvenza: il caso "Eurofood" e non solo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005, 1393; MUCCIARELLI, *Eurofood, ovvero: certezza del diritto formale e incoerenza dei principi*, in *Giur. Comm.*, 2008, 1224; PERSANO, *Il caso Eurofood, ovvero la contestuale apertura di due procedure principali di insolvenza nello spazio giudiziario europeo*, in *Il fallimento*, 2004, 1268; BIGI, *Diritto delle società Parmalat: secondo la Corte di Giustizia il giudice competente a seguire la procedura di insolvenza della controllata Eurofood è, salvo eccezioni di ordine pubblico, quello dello Stato membro in cui si trova la sede statutaria del debitore*, in *Le Società*, 2006, 765; BACCAGLINI, *Il caso "Eurofood": giurisdizione e litispendenza nell'insolvenza transfrontaliera*, in *Int'l Lis*, 2006, 123.

irlandese si sono riconosciuti competenti ad aprire la procedura concorsuale a carattere principale, localizzando il COMI ciascuno nell'ambito del proprio ordinamento in virtù dell'adozione di divergenti parametri di fatto e di diritto per la sua identificazione.

Per risolvere il suddetto conflitto positivo di giurisdizione, la Corte di Giustizia è ricorsa al principio del riconoscimento automatico delle decisioni straniere e al principio di priorità³¹⁹.

Si precisa che per quanto concerne il principio del riconoscimento automatico delle decisioni straniere, esso trova fondamento nell'estensione del concetto di mercato interno allo spazio giudiziario europeo, che consente alle decisioni degli organi giudiziari di circolarvi liberamente³²⁰.

Per ottenere una siffatta integrazione giudiziaria europea si è ricorso ad una equiparazione, alla luce del principio della fiducia reciproca, delle autorità giudiziarie dei diversi Stati membri³²¹.

Tale libera circolazione si applica oggi anche alle decisioni di apertura di una

³¹⁹ Il Considerando 22 del Regolamento 1346/2000 così recita infatti: *"Il presente regolamento dovrebbe prevedere l'immediato riconoscimento delle decisioni relative all'apertura, allo membro svolgimento e alla chiusura di una procedura di insolvenza che rientra nel suo ambito d'applicazione, nonché della giurisdizione delle decisioni strettamente collegate con detta procedura debitore d'insolvenza. Il riconoscimento automatico dovrebbe pertanto avere per conseguenza che gli effetti che il diritto dello Stato di apertura della procedura comporta per la stessa si estendono ai rimanenti Stati membri. Il riconoscimento delle decisioni pronunciate dai giudici degli Stati membri dovrebbe poggiare sul principio di fiducia reciproca. A tale riguardo i motivi del mancato riconoscimento dovrebbero essere ridotti al minimo necessario. Si dovrebbe risolvere secondo tale principio anche il conflitto che insorge quando i giudici di due Stati membri si ritengono competenti ad aprire una procedura principale di insolvenza. La decisione del giudice che apre per primo la procedura dovrebbe essere riconosciuta negli altri Stati membri, senza che questi ultimi abbiano la facoltà di sottoporre a valutazione la decisione del primo giudice"*.

³²⁰ KOHLER, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto internazionale privato comunitario*, in PICONE P. (ed.), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, pp. 68 ss.

³²¹ BALLARINO, MARI, *Uniformità e riconoscimento. Vecchi problemi e nuove tendenze della cooperazione giudiziaria nella Comunità europea*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 2006, 7. Nell'ottobre del 1999 il Consiglio europeo ha rimarcato l'importanza del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, paragonandolo ad un vero e proprio fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione Europea. Questa impostazione è stata seguita anche nel cosiddetto *"Programma dell'Aja"* del 3 marzo 2005, consultabile in *G.U.U.E.* C-53. In questo Programma infatti il Consiglio europeo ha dichiarato che la sua realizzazione in materia di mutuo riconoscimento deve costituire una priorità essenziale nei prossimi anni. Si veda al riguardo il punto 3.4.2 (Il Progetto è integralmente consultabile al sito internet: <http://eur-lex.europa.eu/JOIndex.do?ihmlang=it>). Infine, l'art. 67 del Trattato di Lisbona, che sostituisce l'art. 61 TCE, al par. 4 prevede: *"L'Unione facilita l'accesso alla giustizia, in particolare attraverso il principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali in materia civile."*

procedura fallimentare.

La combinazione dei suddetti due principi ha consentito alla Corte di Giustizia, adita tramite rinvio pregiudiziale, di ritenere prevalente la decisione del giudice che ha aperto per primo la procedura, alla luce anche del principio di fiducia reciproca.

La Corte ha infatti statuito che: *“L’art. 16, n. 1, primo comma, del regolamento deve essere interpretato nel senso che la procedura di insolvenza principale aperta da un giudice di 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”*; mentre al Considerando 22 del Reg. 1346/00 si stabilisce che a fronte dell’apertura contestuale di due procedure principali *versus* lo stesso debitore, *“la decisione del giudice che apre per primo la procedura dovrebbe essere riconosciuta negli altri Stati membri, senza che questi abbiano la facoltà di sottoporre a valutazione la decisione del primo giudice”*³²².

Sintetizzando, il criterio di giurisdizione rappresentato dal “centro degli interessi principali del debitore” deve coniugarsi con un altro criterio, quello della prevenzione, qualora l’istanza per l’apertura della procedura d’insolvenza venga presentata a più Stati membri, tutti astrattamente competenti. In tali casi, infatti, il Regolamento considera come procedura principale quella che viene aperta per prima, anche se la richiesta dovesse essere stata presentata successivamente.

È chiaro che la soluzione adottata dal giudice comunitario potrebbe generare delle distorsioni nel funzionamento del sistema così come delineato dal Reg. 1346/00 in quanto non si favorisce il Paese dove effettivamente si trova localizzato il COMI, ma quello che per primo riesce ad aprire la procedura d’insolvenza.

Da ciò ne deriva che la normativa comunitaria considera le esigenze di celerità maggiormente meritevoli di considerazione rispetto a quelle di efficienza.

³²² L’art. 16, comma I del Reg. 1346/00 recita: *“La decisione di apertura della procedura di insolvenza da parte di un giudice di uno Stato membro, competente in virtù dell’articolo 3, è riconosciuta in tutti gli altri Stati membri non appena essa produce effetto nello Stato in cui la procedura è aperta”*.

In conclusione la scelta del foro giurisdizionalmente competente finisce pertanto, di fatto, con l'essere lasciata alle parti, le quali sceglieranno quale giudice nazionale adire anche sulla base delle prospettive di maggiore o minore celerità nella decisione sulla domanda e sulla relativa apertura della procedura³²³.

3.2. (segue). Conflitti negativi

Contrariamente alla frequenza con cui nella prassi si manifestano i conflitti di giurisdizione positivi, quelli negativi sono di numero assai inferiore e spesso di carattere temporaneo, in quanto l'attore continua a depositare istanze di dichiarazione di fallimento finché un giudice riconosce la propria giurisdizione³²⁴.

I conflitti negativi di giurisdizione si manifestano allorché più giudici di

³²³ Per maggiori approfondimenti si veda VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 148.

³²⁴ Nel progetto di Convenzione del 1970 era previsto che, nel caso in cui la declaratoria di incompetenza di un giudice di uno Stato membro divenisse cosa giudicata, i giudici degli altri Stati membri non potessero dichiararsi incompetenti sulla base del riconoscimento del titolo di giurisdizione nel primo Stato. Così era inoltre previsto al par. 102 n. 2 della legge fallimentare tedesca del 2003: *"Se il tribunale di uno Stato membro dell'Unione Europea ha rifiutato l'apertura di una procedura di insolvenza in quanto ai sensi dell'art. 3 par. 1 è stata ritenuta la giurisdizione dei tribunali tedeschi, essi non potranno rifiutare a loro volta l'apertura della procedura di insolvenza con la motivazione che la giurisdizione spetterebbe ai tribunali di quell'altro Stato membro"*. VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 32. Alcuni autori sostengono che il giudice adito per primo che non si riconosca competente a decidere della controversia possa indicare quello che secondo lui è il foro giurisdizionalmente competente a decidere della causa. Ciò naturalmente senza alcun valore vincolante, ma puramente indicativo. Si veda ad esempio SANTINI, *La quaestio jurisdictionis nel regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza*, su www.judicium.it, 2004. Testualmente l'autore afferma: *"E' pur vero che la declinatoria di giurisdizione in via principale, risultante all'esito dell'istruttoria relativa all'ubicazione del centro degli interessi principali del debitore, potrebbe contenere, implicitamente o esplicitamente, l'indicazione in positivo del diverso giudice di altro Stato membro, ritenuto internazionalmente competente per l'apertura della procedura principale; ma evidentemente tale indicazione non è vincolante, e non esplica alcun rilievo sull'istanza contestualmente pendente all'estero: anzi, il giudice di quest'ultima potrà autonomamente valutare i presupposti per la propria pronuncia, libero di rilevare ex officio a sua volta il proprio difetto di giurisdizione in via principale"*.

diversi Stati membri ricusano la propria competenza giurisdizionale ad aprire una procedura concorsuale in via principale, limitandosi eventualmente ad aprire procedure territoriali cosiddette autonome³²⁵.

Nell'evenienza che si incorra in un conflitto negativo di giurisdizione si viene a generare un problema di vuoto di tutela, in quanto in questo caso mancano strumenti giuridici che permettano ad organi di altri Stati membri ovvero alle istituzioni comunitarie di intervenire al di fuori dei propri ambiti territoriali. Infatti la decisione in ordine all'apertura della procedura concorsuale spetta solamente all'autorità giudiziaria del singolo Stato membro adito³²⁶.

Evidentemente non si concretizza la fattispecie del conflitto negativo qualora nessun giudice comunitario sia competente al pronunciamento in materia di procedura concorsuale in relazione ad una localizzazione del COMI fuori dallo spazio giuridico europeo, in quanto si tratta di una casistica che non può essere contemplata dal dettato normativo del Reg. 1346/00 per incompetenza territoriale.

Per completezza di trattazione occorre anche menzionare l'esistenza di un principio di origine anglosassone che non trova previsione nel Reg. 1346/00 e riconducibile al cosiddetto *forum non conveniens*, in base al quale al giudice adito è consentito declinare la propria giurisdizione qualora ritenga che un foro straniero sia più adatto a conoscere e decidere di conseguenza della causa³²⁷.

Il Regolamento comunitario in materia di insolvenza transfrontaliera non prevede infatti alcuna norma che disciplini la possibilità, in via eccezionale e in ipotesi tassative, di trasferire la competenza ad un'autorità giurisdizionale "più

³²⁵ SANTINI, *La quaestio jurisdictionis nel regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza*, su www.judicium.it, 2004.

³²⁶ SANTINI, *La quaestio jurisdictionis nel regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza*, su www.judicium.it, 2004.

³²⁷ Si tratta di una valutazione discrezionale del giudice legata a varie motivazioni di natura pratica, quali la disponibilità dei testimoni o di documenti, ovvero giuridica, come la legge applicabile, residenza o domicilio delle parti, il luogo dove esse svolgono principalmente i loro affari. Perché operi il principio in esame è necessario che venga sollevata eccezione della parte interessata. Tuttavia, ancora prima della sentenza *Owusu*, la dottrina inglese aveva riconosciuto che il principio del *forum non conveniens* non si potesse applicare ai rapporti intracomunitari regolati dal Regolamento CE 44/2001. BANDERA, *La sentenza Owusu, il «forum non conveniens» e i conflitti di giurisdizione fra Stati membri e Stati terzi*, in *Riv. di dir. Internaz. priv. e proc.*, 2007, 1026. La sentenza *Owusu*, C-281/02, 1 marzo 2005, è consultabile in *Racc. p. I-1383* nonché al sito internet: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>.

adatta”, come invece è previsto per altre problematiche qualora presentino aspetti di interesse transnazionale, quali ad esempio la tutela del minore così come normata dal Regolamento 2201/2003 all'art. 15 par. 3³²⁸.

4. La litispendenza nel Reg. 1346/00

Nel testo del Reg. 1346/00 manca qualsiasi disposizione in tema di litispendenza.

Il legislatore, cioè, non ha preso posizione in ordine a quelle situazioni in cui pendono contestualmente davanti a giudici diversi due procedimenti a carico di uno stesso soggetto per la dichiarazione di fallimento³²⁹.

Nell'ordinamento italiano la litispendenza interna trova disciplina all'art. 39 c.p.c. per il quale *“se una stessa causa è proposta davanti a giudici diversi, quello successivamente adito, in qualunque stato e grado del processo, anche d'ufficio, dichiara con ordinanza la litispendenza e dispone la cancellazione della causa dal ruolo”*.

Ove la litispendenza si verifichi al di fuori del contesto nazionale e comunitario, l'art. 7 della legge 218/1995, ripudiando il principio secondo il quale la giurisdizione italiana non è esclusa dalla pendenza della medesima causa davanti ad un giudice straniero (prevista invece al vecchio art. 3 c.p.c., oggi abrogato) stabilisce che *“quando, nel corso del giudizio, sia eccepita la previa pendenza tra le stesse parti di domanda avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo dinanzi a un giudice straniero, il giudice italiano, se ritiene che*

³²⁸ L'articolo citato del Regolamento 2201/2003 stabilisce che: *“Si ritiene che il minore abbia un legame particolare con uno Stato membro, ai sensi del paragrafo 1, se tale Stato membro: a) è divenuto la residenza abituale del minore dopo che l'autorità giurisdizionale di cui al paragrafo 1 è stata adita; o b) è la precedente residenza abituale del minore; o c) è il paese di cui il minore è cittadino; o d) è la residenza abituale di uno dei titolari della responsabilità genitoriale; o e) la causa riguarda le misure di protezione del minore legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni del minore situati sul territorio di questo Stato membro”*. Si ritiene che questa disposizione sia ispirata all'istituto in esame.

³²⁹ BARIATTI, *Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di giustizia: il caso Eurofood*, op. cit., 203.

*il provvedimento straniero atteso possa produrre effetto per l'ordinamento italiano, sospende il giudizio. Se il giudice straniero declina la propria giurisdizione o se il provvedimento straniero non è riconosciuto nell'ordinamento italiano, il giudizio in Italia prosegue, previa riassunzione ad istanza della parte interessata*³³⁰.

Nel contesto comunitario, la lacuna della disciplina *ad hoc* nel Reg. 1346/00 ha portato gli interpreti ad approcciare sistematicamente all'intero panorama normativo comunitario, alla ricerca di una soluzione applicabile anche alle ipotesi in esame.

Il più importante punto di riferimento è risultato essere fornito dal già citato Reg. 44/2001, che disciplina *la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, e le cui norme sono applicabili a tutte le ipotesi di litispendenza tra un giudice italiano e un altro giudice comunitario. L'art. 27 del citato Reg. prevede che nel caso di pendenza della stessa domanda davanti a giudici di diversi Stati membri, il giudice successivamente adito sospenda d'ufficio il procedimento solo finché non sia accertata la competenza in ordine alla causa preveniente. Se il giudice preventivamente adito dichiara la propria competenza, il giudice successivamente adito dovrà dichiarare la propria incompetenza, senza una verifica circa il futuro riconoscimento del provvedimento straniero nel proprio ordinamento; in caso contrario, e dunque qualora il giudice preventivamente adito non riconosca la propria competenza, il secondo giudice potrà proseguire la causa³³¹.

³³⁰ Questo mutamento di indirizzo deve essere ricondotto all'esigenza di coordinamento tra la normativa interna e il nuovo sistema di riconoscimento automatico delle decisioni straniere, che non impone più il ricorso ad un preventivo processo di delibazione perché una decisione straniera venga riconosciuta in un diverso ordinamento. In ogni caso, si registrano delle sostanziali differenze tra la disciplina della litispendenza interna e quella internazionale. Il legislatore italiano, infatti, non ha previsto né la rilevanza d'ufficio della litispendenza internazionale né l'idoneità di questa a portare automaticamente ad una sentenza di rigetto in rito della domanda, per difetto di un presupposto processuale, come avviene invece nelle ipotesi di litispendenza interna.

³³¹ Testualmente l'art. 27 del Regolamento CE 44/2001 recita: "*Qualora davanti a giudici di Stati membri differenti e tra le stesse parti siano state proposte domande aventi il medesimo oggetto e il medesimo titolo, il giudice successivamente adito sospende d'ufficio il procedimento finché sia stata accertata la competenza del giudice adito in precedenza. 2. Se la competenza del giudice precedentemente adito è stata accertata, il giudice successivamente adito dichiara la propria incompetenza a favore del primo*". Il testo integrale

Se si ricercano norme nel Reg. 1346/00, dalle quali trarre una disciplina in materia di litispendenza, un primo spunto potrebbe ricavarsi dall'art. 16, che in punto di riconoscimento della procedura di insolvenza, prevede che la decisione di apertura da parte di un giudice di uno Stato membro è riconosciuta in tutti gli altri Stati non appena essa produce effetto nello Stato in cui la procedura è aperta³³².

Tuttavia, al riconoscimento in questa norma di un principio che regola la litispendenza potrebbe obiettarsi che la disposizione non si preoccupa di disciplinare quei casi connotati dalla contemporanea pendenza di due o più procedure concorsuali nei confronti del medesimo debitore, ma si limita piuttosto ad indicare il momento a partire dal quale la decisione di apertura della procedura inizia a produrre effetti negli altri Stati membri³³³.

Uno spunto ulteriore potrebbe ricavarsi dal *Considerando* 22 del Reg. 1346/00 che, da un lato, prevede l'immediato e automatico riconoscimento delle decisioni relative all'apertura della procedura concorsuale, e dall'altro, regola eventuali conflitti tra giudici di due diversi Stati membri che si ritenessero entrambi competenti ad aprire la procedura d'insolvenza principale, in ossequio al principio della prevenzione, ovvero facendo prevalere il procedimento cronologicamente avviato per primo³³⁴.

Certo, in questo modo non si impedisce che procedure parallele si sviluppino nei diversi Stati membri, posto che il criterio della prevenzione non opera dal momento del deposito della domanda bensì da quello successivo della decisione di apertura³³⁵.

del Regolamento è integralmente consultabile al già citato sito internet. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Profili generali*, Padova, 2008, 107.

³³² Letteralmente l'art. 16 recita: "La decisione di apertura della procedura di insolvenza da parte di un giudice di uno Stato membro, competente in virtù dell'articolo 3, è riconosciuta in tutti gli altri Stati membri non appena essa produce effetto nello Stato in cui la procedura è aperta".

³³³ Il criterio utilizzato dal legislatore comunitario ai fini dell'individuazione del momento preciso in cui la decisione di apertura inizia a produrre i suoi effetti in tutto lo spazio giuridico europeo coincide con il momento in cui tale decisione produce effetti nello Stato membro di origine. BARIATTI, *Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di giustizia: il caso Eurofood*, cit., 203.

³³⁴ CONSOLO, op. cit., 110.

³³⁵ Un ulteriore problema legato all'individuazione del giudice competente a decidere della controversia allorquando pendano nei confronti dello stesso debitore più procedimenti aventi ad oggetto la stessa causa è legato alla nozione stessa di "decisione". In base al dettato dell'art. 2 lett. e), dedicato alle definizioni, per decisione si intende "la decisione di qualsiasi giudice

Pertanto, possono essere proposte in più Stati membri domande di apertura di una procedura principale dello stesso debitore e la prevalenza viene a determinarsi solo quando il primo dei due giudice aditi pronuncia la decisione di apertura³³⁶.

Ad onor del vero, non è mancato chi, proprio facendo leva di disposizioni in punto di litispendenza nel Reg. 1346/00, ha ritenuto non configurabile in materia di insolvenza transfrontaliera l'istituto in esame: in particolare, l'ostacolo è stato ravvisato nella difficoltà di individuare il requisito dell'identità tra le cause in relazione a procedure concorsuali contemporaneamente pendenti dinnanzi a giudici di Stati membri diversi, spesso caratterizzate da profili differenti³³⁷.

Si tratta però di una tesi difficilmente condivisibile.

Infatti, quanto al presupposto di identità "oggettiva", è innegabile che le procedure di insolvenza siano caratterizzate da profili diversi a seconda delle previsioni normative interne dei singoli Stati membri, e dunque, esemplificando, che il procedimento francese di *liquidation judiciaire* sia diverso dal procedimento italiano di fallimento: tuttavia, l'esistenza dell'Allegato A al Reg. 1346/00 che elenca puntualmente le procedure concorsuali che possono essere tra loro raffrontate, consente di superare l'eccezione da ultimo richiamata e di riconoscere la configurabilità della litispendenza anche in ipotesi di insolvenza transfrontaliera.

Quanto al presupposto di identità "soggettiva" (e alla sua presunta mancanza secondo la tesi in esame, spesso ravvisata dalla diversità dei creditori che

competente a aprire tale procedura o a nominare un curatore". La Corte di Giustizia, nel noto caso *Eurofood*, si è preoccupata di sottolineare che per determinare il momento in cui una procedura possa dirsi aperta si può ricorrere a qualsiasi decisione emessa da un giudice competente, che abbia portato la nomina di un curatore e che determini lo spossessamento del debitore. Nel caso di specie la Corte di Giustizia ha riconosciuto la competenza giurisdizionale in capo al giudice irlandese, nonostante il decreto ministeriale italiano di ammissione alla procedura di amministrazione controllata risalisse al 27 febbraio 2004 mentre l'ordine di ammissione alla procedura di *winding up*, a carattere puramente conservativo, della Corte irlandese al successivo 23 marzo 2004. BACCAGLINI, *Il caso Eurofood: giurisdizione e litispendenza nell'insolvenza transfrontaliera*, cit., 123.

³³⁶ LUPOI, *Conflitti di giurisdizioni e di decisioni nel regolamento sulle procedure di insolvenza: il caso "Eurofood" e non solo*, cit., 1393; SANTINI, *La quaestio jurisdictionis nel regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza*, www.judicium.it. PERSANO, *Il caso Eurofood ovvero la contestuale apertura di due procedure principali di insolvenza nello spazio giudiziario europeo*, in *il Fallimento*, 2004, 1268.

³³⁷ Questa tesi è sostenuta da VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, cit., 147; e da LUPOI, *ult. op. cit.*, 1393.

formulerebbero la relativa istanza), è possibile osservare che il concetto di “parti” nel processo fallimentare assume un connotato diverso rispetto al significato di norma attribuitogli nell’ambito del processo civile³³⁸.

Infatti, posto che la sentenza dichiarativa di fallimento ha ad oggetto l’accertamento di uno stato di fatto e non quello di un diritto soggettivo, non si ravvisa una correlazione tra la sentenza e l’esercizio dell’azione in senso proprio³³⁹. Di conseguenza, il creditore istante non riveste il ruolo di parte tecnica del giudizio, ma risulta essere titolare di una sorta di *legitimatio minor* accertata solo in via incidentale dal giudice per stabilire la mera sussistenza della legittimazione attiva³⁴⁰.

L’assenza di una specifica disciplina in punto di litispendenza comunitaria nel Reg. 1346/00 dà adito ad un altro nucleo di problematiche relative alle ipotesi di revoca del provvedimento che dichiara l’apertura della procedura principale.

Si dia il caso che nello Stato A si dichiari il fallimento di una società qualificando come principale la relativa procedura concorsuale e, contemporaneamente,

³³⁸ Infatti, secondo un orientamento diffuso in dottrina, la fase dichiarativa di fallimento potrebbe essere inquadrata tra i cd. processi a contenuto oggettivo, con ciò intendendo “*tutti quei processi in cui si ha attuazione della giurisdizione, e perciò accertamento, senza che l’oggetto del giudizio sia costituito dall’esistenza di un diritto soggettivo o di uno status. In altri termini, si tratta di un giudizio nel quale la res in iudicium deducta verte attorno all’esistenza del dovere giurisdizionale di decidere, in presenza di situazioni espressamente contemplate dalla legge*”. BACCAGLINI, *Il caso Eurofood: giurisdizione e litispendenza nell’insolvenza transfrontaliera*, op.cit., 123. Sulla figura dei processi a contenuto oggettivo v. ALLORIO, *L’ordinamento giuridico nel prisma dell’accertamento giudiziale*, in *Problemi del diritto*, Milano, 1957, I, 118; ATTARDI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1999, 28; FRANCHI, *La litispendenza*, Padova, 1963, 30; CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. Disc. Priv. (sez.civ.)*, VII, Torino, 1991, 61; v. anche BACCAGLINI, *Il caso Eurofood: giurisdizione e litispendenza nell’insolvenza transfrontaliera*, cit., 123; nonché Id., *Il riconoscimento e l’esecuzione della sentenza fallimentare in Italia*, cit., 13 ss. e 69 nt. 106.

³³⁹ MICHELI, *Profilo della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Banca Borsa e titoli di credito*, 1962, 58. Tale posizione è stata sostenuta di recente anche dalla giurisprudenza. Si veda in tal senso Cass., 6 ottobre 1999, n.11107, in il *Fallimento*, 2000, 1133. Il fatto che manchi l’accertamento di un diritto soggettivo riduce la domanda introduttiva a “*mero potere di provocare l’esercizio della giurisdizione, in una richiesta del provvedimento*”. Così, BACCAGLINI, *ult. op. cit.*, 15.

³⁴⁰ Dunque non si può parlare di “processo di parti” in senso tecnico, caratterizzato da un rapporto di causalità necessaria tra domanda e pronuncia del giudice. A sostegno di quanto affermato si ricorda che la sentenza dichiarativa di fallimento non ha ad oggetto il diritto di credito del soggetto istante, bensì lo stato di insolvenza del debitore fallendo. L’accertamento del diritto soggettivo del creditore istante non avviene nella fase di apertura del procedimento, ma in quella successiva dell’accertamento dello stato passivo. BACCAGLINI, *Il riconoscimento e l’esecuzione della sentenza fallimentare straniera in Italia*, cit., 13. TEDESCHI, *Sub art. 9-15-16. Disposizioni generali della dichiarazione di fallimento*, in BRICOLA-GALGANO-SANTINI (a cura di) *Commentario Sajola branca del diritto fallimentare*, Bologna, 1998, 435.

penda nello Stato B l'istanza di apertura di una procedura principale a carico del medesimo debitore per lo stesso fallimento³⁴¹. Dinnanzi al giudice successivamente adito si eccepisce con successo l'apertura di altra procedura principale nello Stato A.

L'esito della procedura nello Stato B potrebbe configurarsi come un rigetto dell'istanza per prevenzione della domanda dinnanzi ad altro giudice ovvero come apertura automatica di una procedura secondaria, necessariamente a carattere liquidatorio e svincolata dalla necessità di un previo accertamento autonomo dell'insolvenza, come recita l'art. 27 del Reg. 1346/00³⁴². Nel caso si perseguisse questa seconda linea, il coordinamento tra le due procedure potrà dirsi perfezionato.

Si ipotizzi, invece, che nello Stato A il soggetto legittimato impugni la dichiarazione di insolvenza e le competenti autorità revochino il provvedimento di apertura della procedura principale³⁴³.

In questo caso, come dovrà comportarsi il giudice dello Stato B che, pur ritenendosi in astratto competente ad aprire la procedura concorsuale in via principale, ha dovuto limitarsi ad aprire una procedura secondaria?

In assenza di specifiche previsioni normative che risolvano puntualmente il problema, è stato da taluno riconosciuta in capo al giudice successivamente adito la possibilità di sospendere il procedimento pendente dinnanzi a sé, in attesa dell'esito definitivo del giudizio di impugnazione sulla dichiarazione di insolvenza a carico del medesimo soggetto, instaurato nello Stato di apertura (come previsto dall'art. 7 legge italiana 218/1995)³⁴⁴.

³⁴¹ VELLANI, *I rapporti tra procedura principale e procedure secondarie*, in <http://cbc.unifg.it/Relazioni/>; DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, cit., 693.

³⁴² L'art. 27 del Reg. 1346/00 recita infatti: "La procedura di cui all'articolo 3, paragrafo 1, aperta da un giudice di uno Stato membro e riconosciuta in un altro Stato membro (procedura principale) permette di aprire, in quest'altro Stato membro, i cui giudici siano competenti ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, una procedura secondaria d'insolvenza, senza che in questo altro Stato sia esaminata l'insolvenza del debitore. Tale procedura deve essere una delle procedure che figurano nell'allegato B. I suoi effetti sono limitati ai beni del debitore situati in tale altro Stato membro". DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, op. cit., 693.

³⁴³ DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, op. cit., 693.

³⁴⁴ TEDESCHI, "Procedura principale e procedure secondarie nel Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza", in *Dir. Fall.*, 2003, 540. Nel suo scritto egli afferma: "In generale,

Tuttavia, si tratta di una soluzione poco appagante, perché il potere di sospensione potrebbe essere previsto solo in via facoltativa e in ogni caso la procedura concorsuale rimasta sospesa risentirebbe fortemente dei tempi di decisione nei vari ordinamenti; a tal proposito si ricorda che in Italia l'opposizione alla dichiarazione di fallimento non sospende il procedimento finché la sentenza di revoca non passa in giudicato³⁴⁵.

In alternativa, potrebbe riconoscersi in capo al giudice successivamente adito la possibilità di emanare una "decisione di riserva", assoggettando l'accoglimento dell'istanza di apertura della procedura principale alla condizione sospensiva della eventuale caducazione in sede di impugnazione del provvedimento di apertura della procedura principale nello Stato estero³⁴⁶.

Nella pratica la soluzione che pare preferibile è quella che consacra la conversione automatica della procedura secondaria in procedura territoriale autonoma, sempre che ne ricorrano i presupposti e con effetti limitati all'ordinamento di apertura, anche se permanga un risvolto negativo nel fatto di mantenere in vita una procedura aperta senza una valutazione relativa all'effettiva sussistenza dello stato di insolvenza³⁴⁷.

circa l'applicabilità dei principi generali della legge 218/1995 in materia fallimentare, nonostante la sua mancata espressa previsione –ma questa materia non è neppure espressamente esclusa- la risposta deve essere positiva, considerando di carattere generale il vigente sistema di diritto internazionale privato".

³⁴⁵ In tal senso si condivide la critica sollevata da SANTINI, *La quaestio jurisdictionis nel regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza*, su www.judicium.it, 2004.

³⁴⁶ Tale tesi è promossa da PUNZI, *Le procedure di insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*", in Riv. Dir. Proc. 2003, 1035.

³⁴⁷ La citata tesi è sostenuta da DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, op. cit., 693. Egli afferma infatti che: "si deve ritenere che la revoca di una procedura principale determini la revoca delle procedure secondarie collegate, considerando che per esse non vi è stato accertamento del presupposto dell'insolvenza; diversamente, nel caso di chiusura della procedura principale, la procedura secondaria non può essere chiusa se vi sono ancora creditori insoddisfatti e beni da liquidare".

5. **Giurisdizione e azione revocatoria fallimentare**

Ragioni di completezza ci fanno considerare opportuno accennare alle questioni di giurisdizione legate all'azione revocatoria fallimentare.

Benché tali profili emergano quando la procedura concorsuale risulta essere già aperta dinnanzi al giudice competente, l'analisi delle problematiche afferenti l'esatta individuazione dell'autorità dotata di potestà giurisdizionale in materia si inserisce comunque nel campo dei profili di giurisdizione relativi al Reg. 1346/00.

L'azione revocatoria fallimentare appartiene al *genus* di quelle azioni volte ad ottenere la declaratoria di nullità, annullamento od inopponibilità degli atti pregiudizievoli alla procedura concorsuale in essere³⁴⁸.

Tale azione ha origini antiche, come si evince nelle stesse Conclusioni dell'Avvocato generale nella causa C- 339/07 *Deko Marty Belgium*, ai punti 23 e seguenti, ed è posta a tutela della *par condicio creditorum*³⁴⁹.

³⁴⁸ Questa è l'interpretazione preferibile dell'art. 4 comma 2 lett. m) rubricato "Legge applicabile" del Reg. CE 1346/2000. Infatti si era posto il quesito se la sequenza contenuta nell'enunciato dell'art. 4 citato –nullità, annullamento, inopponibilità– rappresentasse una serie di sanzioni derivanti da atti pregiudizievoli per la massa dei creditori ovvero una serie di sanzioni volte a colpire atti pregiudizievoli in generale. Le conseguenze pratiche derivanti dall'accoglimento dell'una o dell'altra impostazione non sono marginali. Esemplificando, l'accoglimento della seconda alternativa comporterebbe l'assoggettamento alla legge dello Stato di apertura della procedura concorsuale principale non solo delle azioni revocatorie fallimentari, ma anche di altre azioni volte a recuperare beni estranei al concorso, fondate su vizi dell'atto o del negozio. È dunque preferibile quell'impostazione secondo la quale la sanzione della nullità, annullamento ed inopponibilità travolge atti o negozi posti in essere esclusivamente a pregiudizio delle regole della concorso.

Per la trattazione dell'argomento si rinvia alle conclusioni nella causa C-339/07 *Deko Marty Belgium*, presentate dall'Avvocato generale, il quale ha approfondito i concetti di base e la distinzione tra revocatoria ordinaria fallimentare. In particolare si leggano i punti 16 e seguenti. Sul tema dei rapporti tra azione revocatoria fallimentare e Reg. CE n. 1346/2000 si veda: CONSALVI, *Brevi considerazioni in materia di giurisdizione e legge applicabile alla revocatoria fallimentare intracomunitaria*, in www.judicium.it, 2006; CORSINI, *Revocatoria fallimentare e giurisdizione nelle fonti comunitarie: la parola passa alla Corte di giustizia*, in *Riv. Dir. Internaz. priv. e proc.*, 2008, 429; DE CESARI, *La revocatoria fallimentare tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Riv. Dir. Internaz. priv. e proc.*, 2008, 989; CARBONE, CATALDO, *Azione revocatoria: esercizio della giurisdizione e legge applicabile*, in *Il fallimento*, 2004, 961; FABIANI, *La comunitarizzazione della revocatoria transnazionale come tentativo di abbandono di criteri di collegamento fondati sull'approccio dogmatico*, in *Il Fallimento*, 2004, 376; CATALLOZZI, *Giurisdizione e legge applicabile nelle revocatorie fallimentari transnazionali*, in *Il Fallimento*, 2007, 635.

³⁴⁹ La tutela del creditore si è perfezionata nel corso del tempo. Il diritto romano ha dato l'avvio alle prime elaborazioni giuridiche di tale istituto: la *actio per manus iniectio*, ossia l'azione revocatoria, costituiva uno "strumento esecutivo che conferiva al creditore il diritto di vendere il

È proprio nella causa *Deko Marty Belgium* che la Corte di Giustizia, adita tramite rinvio pregiudiziale dal BGH tedesco, è stata investita della questione circa la competenza del giudice individuato ai sensi dell'art. 3 del Reg. 1346/00 a pronunciarsi su un'azione revocatoria fallimentare contro un convenuto la cui sede statutaria fosse ubicata in altro Stato membro³⁵⁰.

I fatti di causa hanno ad oggetto la restituzione della somma di denaro versata dalla società *Frick*, con sede in Germania, su un conto a nome della società *Deko*, con sede in Belgio, qualche mese prima della dichiarazione di fallimento

debitore come schiavo, anche insieme ai suoi familiari, o di ucciderlo, se il credito veniva accertato con sentenza o attraverso una confessione". "La III Tavola della legge delle XII Tavole esprimeva eloquentemente la durezza del regime processuale romano, chiudendo il capitolo relativo ai crediti con la famosa massima adversus hostem aeterna auctoritas esto (per questo, contro il nemico eterna autorità). Nel periodo compreso tra il 150 ed il 125 a. C., un pretore di nome Paulus, del quale si sa ben poco, contribuì a superare il formalismo delle azioni civili primitive, elaborando un concetto di azione con connotazioni personali e discrezionali che permetteva al creditore di rescindere gli atti per lui pregiudizievoli realizzati dal debitore con intento fraudolento). Dopo alcuni secoli il Digesto ha rafforzato la versione più sofisticata della «actio pauliana», come risultato della sua fusione, nel sistema classico, con l'«interdictum fraudatorium». A partire da tale momento si costruisce l'«azione pauliana», basata sui seguenti elementi: la alienatio (alienazione), l'eventus fraudis (il danno), la fraus (frode) e la participatio fraudis (conoscenza della frode). I tratti dell'azione pauliana sono rimasti fino ai giorni nostri, considerata una eccezione alla relatività dei contratti. "Nella maggior parte dei casi gli ordinamenti giuridici nazionali riconoscono che l'essenza dell'azione pauliana non implica il risarcimento ma la conservazione dei diritti vantati dal creditore sul patrimonio del debitore. In un'ottica processuale tale azione si esercita contro il terzo acquirente del bene controverso, benché spesso si citi il debitore, affinché la sentenza emessa sia opponibile nei suoi confronti". Per quanto concerne la differenza tra l'azione pauliana ordinaria e l'azione revocatoria fallimentare essa si riscontra negli effetti prodotti dalle rispettive azioni in quanto la revocatoria ordinaria li limita ai singoli creditori ricorrenti, mentre quella fallimentare li estende a tutta la massa dei creditori, in nome della par condicio creditorum. "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. Quest'ultima 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. Occorre altresì sottolineare che la disciplina del fallimento si è svincolata dall'elemento soggettivo dell'azione pauliana, in virtù del quale il ricorrente doveva provare la volontà fraudolenta del debitore. Contrariamente alle disposizioni omologhe del diritto civile, le norme sulla revocatoria solitamente presumono la volontà fraudolenta, comportando un'inversione dell'onere della prova. Un'ulteriore dimostrazione dell'autonomia dell'azione revocatoria rispetto all'azione pauliana ordinaria consiste nella sussidiarietà di quest'ultima, poiché il curatore può esercitare l'azione civile solo allorché non sussistono le condizioni previste dal diritto concorsuale per esperire la revocatoria (comunemente, i termini di prescrizione stabiliti dalla normativa sulle procedure di insolvenza)". Per la lettura integrale delle Conclusioni dell'Avvocato generale Colomer si rinvia al sito internet: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>.

³⁵⁰ La sentenza *Deko Marty Belgium*, di data 12 febbraio 2009, è integralmente consultabile al sito internet: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>.

della società *Frick* da parte del giudice tedesco³⁵¹.

Il ragionamento della Corte di Giustizia si basa sulla celebre pronuncia nella causa C- 133/78 *Gourdain* resa in data 22 febbraio 1979, e dunque sul fatto che l'azione revocatoria, prevista dal diritto fallimentare tedesco, debba essere esercitata dal curatore in caso di insolvenza a difesa della *par condicio creditorum*, in particolare a tutela della massa attiva, mediante l'impugnazione degli atti pregiudizievoli posti in essere antecedentemente la dichiarazione di fallimento³⁵².

Qualificata l'azione promossa dal curatore come appartenente alla materia fallimentare, la Corte ha concluso che l'art. 3 par. 1 del Reg. 1346/00 debba essere interpretato nel senso che i giudici dello Stato membro ove la procedura di insolvenza venga avviata siano competenti a decidere delle eventuali azioni revocatorie fondate sull'insolvenza del debitore e dirette contro convenuti aventi sedi statutarie in altri Stati membri³⁵³. È compito del legislatore nazionale determinare poi il giudice competente sotto il profilo territoriale e materiale, che non deve necessariamente essere quello che ha avviato la procedura di insolvenza³⁵⁴.

Tuttavia, non è chiaro se la competenza in materia di revocatoria fallimentare

³⁵¹ Il *Landgericht Marburg* (Germania) ha dichiarato irricevibile la domanda di restituzione della somma versata depositata dal curatore fallimentare, motivandone la scelta sostenendo la sua incompetenza internazionale a pronunciarsi in merito. Poiché anche in secondo grado il Tribunale ha rigettato la domanda, il curatore ha proposto ricorso per cassazione dinanzi al *Bundesgerichtshof*, il quale ha esperito il rinvio pregiudiziale dinanzi la Corte di Giustizia.

³⁵² La sentenza *Gourdain* è integralmente consultabile al sito internet: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>. Il ragionamento della Corte di Giustizia è rinvenibile ai punti 16 e seguenti della sentenza *Deko Marty Belgium*.

³⁵³ Così recita il punto 28 della sentenza: “*Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre risolvere la prima questione dichiarando che l’art. 3, n. 1, del regolamento n. 1346/2000 deve essere interpretato nel senso che i giudici dello Stato membro sul territorio del quale la procedura di 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*”.

³⁵⁴ Così recita il punto 27 della citata sentenza: “*In tale contesto, i termini «anche se sono prese da altro giudice», che costituiscono l’ultima parte della frase di cui all’art. 25, n. 1, secondo comma, del medesimo regolamento, non implicano che il legislatore comunitario abbia voluto escludere la competenza dei giudici dello Stato sul territorio del quale la procedura di insolvenza è stata avviata per il tipo di azioni di cui trattasi. Detti termini significano, in particolare, che spetta agli Stati membri determinare il giudice competente sotto il profilo territoriale e materiale, il quale non deve essere necessariamente quello che ha avviato la procedura d’insolvenza. Inoltre, detti termini si riferiscono al riconoscimento delle decisioni di apertura della procedura d’insolvenza prevista all’art. 16 del regolamento n. 1346/2000*”.

debba essere considerata esclusiva allo stesso modo della competenza per la dichiarazione di apertura della procedura.

Sul punto la Corte non ha preso posizione, a differenza dell'Avvocato generale che invece ha affermato trattarsi di una competenza relativamente esclusiva, ossia il curatore può scegliere se rivolgersi al giudice ordinariamente competente in materia ovvero al giudice competente ai sensi dell'art. 3 del Regolamento comunitario³⁵⁵. Secondo l'Avvocato generale, infatti, *“la peculiarità della revocatoria fallimentare fa sì che la competenza giurisdizionale al riguardo a tali azioni non sia sempre esclusiva. Si tratta di una competenza relativamente esclusiva che deve essere considerata come un privilegio del curatore, a cui spetta decidere le azioni appropriate da esperire, in quanto soggetto che da regolamento è il garante della par condicio, e in qualche modo, come visto supra, il garante della universalità della procedura. Egli ha la possibilità di individuare il foro maggiormente idoneo a garantire la difesa della massa fallimentare”*.

³⁵⁵ Si leggano i punti 65 e seguenti delle Conclusioni dell'Avvocato generale nella causa C-339/07.

CONCLUSIONI

Al termine dell'analisi dei profili di giurisdizione, così come delineati nel Reg. 1346/00, volta all'individuazione dello Stato competente ad aprire la procedura concorsuale allorquando l'insolvenza presenti caratteri transfrontalieri, è possibile procedere a trarre talune conclusioni critiche.

Come diffusamente esposto nei capitoli precedenti, i criteri di giurisdizione adottati dal legislatore comunitario sono riconducibili al COMI e alla dipendenza. Il primo titolo consente l'individuazione della giurisdizione competente all'apertura della procedura principale, il secondo l'individuazione di quella per l'apertura dell'eventuale procedura secondaria.

Dunque, una precisa definizione dei due criteri consentirebbe la diminuzione, se non l'eliminazione, delle situazioni patologiche di conflitto.

Tuttavia, si tratta di nozioni solo approssimativamente coniate dal legislatore comunitario alle quali, come emerso dall'analisi delle soluzioni adottate dalla giurisprudenza formatasi sul punto, nemmeno la Corte di Giustizia ha saputo dare una precisa definizione.

Risolvere i problemi interpretativi legati alla nozione di COMI e di dipendenza significherebbe, in primo luogo, dare maggiore vigore al principio della certezza del diritto a tutela dei terzi, in particolare dei creditori, che hanno concluso affari con il debitore fallendo nel corso dell'esercizio della sua attività economica, in quanto si ridurrebbe la discrezionalità delle Corti, le quali in varie occasioni hanno sostenuto la loro competenza benché in realtà avessero le caratteristiche di foro esorbitante. In secondo luogo, questa strada consentirebbe di ridurre notevolmente, nella pratica, le situazioni di conflitto di giurisdizione sia positivo, ipotesi particolarmente frequenti nella prassi, sia negativo, in quanto è la normativa comunitaria stessa, e non la potestà discrezionale dei Tribunali europei, a identificare senza alcun margine di incertezza il giudice competente ad aprire la procedura concorsuale transnazionale.

L'esegesi svolta nel presente lavoro di ricerca vorrebbe chiudersi con una proposta definitoria sia della nozione di COMI sia della nozione di dipendenza, la cui formulazione, ad avviso di chi scrive, riuscirebbe ad ovviare a molti degli

inconvenienti evidenziati nel corso della trattazione.

I° DEFINIZIONE - titolo di giurisdizione per l'apertura della procedura principale (da coordinare *de jure condendo* con una definizione di domicilio professionale, di residenza abituale e di sede legale integrata nell'art. 2 del Reg. 1346/00)

- a) *Qualora il soggetto da sottoporre a procedura concorsuale sia una persona fisica imprenditore, secondo la legge fallimentare dello Stato membro³⁵⁶, il centro degli interessi principali del debitore coincide con il luogo ove si trova localizzata la sua sede legale ovvero il suo domicilio professionale, inteso quale luogo ove il debitore risulta svolgere o aver svolto in modo abituale e riconoscibile ai terzi la sua attività economica.*
- b) *Qualora la legge fallimentare di uno Stato membro preveda che possa essere dichiarata fallita una persona fisica non imprenditore³⁵⁷, il centro degli interessi principali del debitore coincide con la residenza abituale del soggetto, inteso quale luogo in cui si svolge la personale vita familiare e sociale.*
- c) *Qualora il soggetto da sottoporre a procedura fallimentare sia una*

³⁵⁶ A tal proposito si ricorda che ai sensi della legge fallimentare italiana non tutti gli imprenditori sono soggetti alle disposizioni sul fallimento, bensì solamente quelli che rispondono ai requisiti di fallibilità previsti all'art. 1 della citata legge, che così recita: "Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici. Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti: a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila; b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila; c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila. I limiti di cui alle lettere a), b) e c) del secondo comma possono essere aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministro della giustizia, sulla base della media delle variazioni degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati intervenute nel periodo di riferimento".

³⁵⁷ Esemplificando, l'ordinamento inglese prevede che possano essere dichiarate fallite sia le persone fisiche imprenditori sia non imprenditori. Si rimanda al par. 2, Cap. I del presente lavoro di ricerca.

- persona fisica socio a responsabilità illimitata di società costituita ai sensi delle vigenti leggi in materia di diritto societario, il centro degli interessi principali del debitore coincide con il centro degli interessi principali della società stessa.*
- d) *Qualora il soggetto da sottoporre a procedura fallimentare sia una persona giuridica ovvero una società, il centro degli interessi principali del debitore coincide con la sede legale della società, fatta salva la possibilità da parte del soggetto medesimo di dimostrare l'oggettivo esercizio dell'attività economica in luogo diverso dalla sede legale, cosiddetta sede sostanziale, tenuto conto di una valutazione globale di tutti gli elementi caratterizzanti la fattispecie concreta, nel rispetto dei criteri della riconoscibilità ai terzi e dell'abitudine dell'attività di impresa.*
- e) *Qualora il soggetto da sottoporre a procedura fallimentare sia una società appartenente ad un gruppo multinazionale, il centro degli interessi principali del debitore coincide con il luogo della sede legale della singola società, con la possibilità di coordinare le procedure di insolvenza delle società appartenenti allo stesso gruppo mediante il ricorso ad uno schema del tutto simile a quello utilizzato ai fini del coordinamento del lavoro dei curatori della procedura principale e di quelle secondarie.*
- f) *Antecedentemente la dichiarazione di fallimento il trasferimento del centro degli interessi principali del debitore da uno Stato membro ad un altro, e dunque il ricorso alla pratica del forum shopping, è ammesso a condizione che non si tratti di comportamento esclusivamente abusivo e fraudolento, volto a trasferire beni o procedimenti giudiziari da uno Stato membro ad un altro con chiari intenti elusivi di norme più restrittive. In ogni caso, la prospettiva corretta de jure condendo appare senz'altro quella di introdurre o comunque rafforzare principi generali europei di procedura concorsuale, in modo da istituire una base comune omogenea che renda sempre meno appetibile il ricorso al forum shopping.*
- g) *Successivamente alla dichiarazione di fallimento è irrilevante ai fini dell'attribuzione della potestà giurisdizionale qualsiasi trasferimento,*

reale o fittizio, del proprio centro degli interessi principali, in ossequio al principio della perpetuatio jurisdictionis.

II° DEFINIZIONE - dipendenza (da integrare con l'art. 2 lett. h) quale "qualsiasi luogo di operazioni in cui il debitore esercita in maniera non transitoria un'attività economica con mezzi umani e con beni").

- 1) *Per dipendenza secondaria rispetto al centro degli interessi principali di un soggetto da sottoporre a procedura fallimentare transnazionale si intende una sede che non risponda ai criteri espressamente indicati per la definizione di COMI e che tuttavia sia sede di attività imprenditoriale svolta con mezzi umani e con beni, dotata di una certa stabilità, senza che assuma rilevanza la mera presenza di singoli beni o conti correnti bancari in diverso Stato membro.*

Oltre alle problematiche cui si è tentato di dare risposta con le proposte regolamentari suggerite, è necessario comunque rilevare il persistere di talune situazioni patologiche la cui soluzione implicherebbe ulteriori approfondimenti. Ci si riferisce in particolare al conflitto di giurisdizione, sia positivo sia negativo, che necessita della predisposizione di precise indicazioni che consentano l'individuazione dello Stato giurisdizionalmente competente all'apertura della procedura concorsuale. In particolare nelle situazioni di conflitto positivo, è necessario individuare precisi criteri che risolvano le ipotesi di litispendenza.

Attualmente l'unica indicazione utile volta a risolvere situazioni patologiche in cui vengano aperte contemporaneamente più procedure concorsuali principali è rinvenibile al *Considerando 22* del Reg.1346/00, posto dalla Corte di Giustizia a fondamento della propria decisione nel noto caso *Eurofood*, a favore del riconoscimento della potestà giurisdizionale, nella fattispecie, del giudice irlandese.

Infatti, come abbiamo visto, il testo del citato *Considerando* prevede, da una

parte, l'immediato e automatico riconoscimento delle decisioni relative all'apertura della procedura concorsuale, e dall'altra, la regola per cui eventuali conflitti tra giudici di due diversi Stati membri che si ritenessero entrambi competenti ad aprire la procedura d'insolvenza principale, vanno risolti in ossequio alla regola cosiddetta *prior in tempore*, e quindi nel senso della prevalenza del procedimento cronologicamente avviato per primo.

Tuttavia, tale disposizione non impedisce che procedure parallele continuino ad essere coltivate in diversi Stati membri, in quanto il criterio della prevenzione non opera dal momento del deposito della domanda bensì da quello successivo dell'adozione della decisione di apertura.

Per di più, la sorte delle altre eventuali procedure pendenti non risulta oggetto di regolamentazione da parte del legislatore comunitario, il che farebbe propendere per l'ammissione della possibilità della contemporanea pendenza di più procedure concorsuali.

Un problema legato all'assenza di precise disposizioni che regolino il fenomeno della litispendenza è quello delle ipotesi di revoca della dichiarazione di fallimento operata dal giudice che per primo ha dichiarato aperta la procedura concorsuale.

Criticabile è la posizione da taluno avallata che riconosce in capo al giudice successivamente adito la possibilità di sospendere il procedimento pendente dinnanzi a sé, in attesa dell'esito definitivo del giudizio di impugnazione sulla dichiarazione di insolvenza, instaurato nello Stato di apertura, in quanto detto potere di sospensione potrebbe essere previsto solo in via facoltativa e in ogni caso la procedura concorsuale rimasta sospesa risentirebbe dei tempi di decisione nei vari ordinamenti³⁵⁸. Criticabile è del pari la soluzione consistente nel riconoscere in capo al giudice successivamente adito la possibilità di emanare una "decisione di riserva", assoggettando l'accoglimento dell'istanza di apertura della procedura principale alla condizione sospensiva della eventuale caducazione in sede di impugnazione del provvedimento di apertura della

³⁵⁸ TEDESCHI, "Procedura principale e procedure secondarie nel Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza", in Dir. Fall., 2003, 540.

procedura principale nello Stato estero³⁵⁹.

La soluzione che appare condivisibile è quella che consacra la conversione automatica della procedura secondaria in procedura territoriale autonoma, sempre che ne ricorrano i presupposti e con effetti limitati all'ordinamento di apertura, anche se permane il risvolto negativo nel fatto di mantenere in vita una procedura aperta senza una valutazione relativa all'effettiva sussistenza dello stato di insolvenza³⁶⁰.

Una considerazione di carattere generale va infine fatta circa la scelta del legislatore comunitario di aderire al modello dell'"universalità limitata".

Se infatti in base a detto modello consegue il naturale superamento del principio di unità della procedura concorsuale, la giurisprudenza insegna che la maggior parte dei problemi nascono dal fatto che nel Reg.1346/00 non viene sufficientemente garantita l'esigenza di mantenere l'unicità della procedura principale, laddove ciò sia possibile.

Infatti, chiunque legittimato dalla *lex fori* può chiedere l'apertura di una procedura secondaria. L'art. 29 della normativa comunitaria in esame, come si è detto, prescinde da qualsiasi *ratio* o strategia nell'apertura di una procedura secondaria, limitandosi ad individuare il diritto di chiederne la relativa apertura in capo al curatore della procedura principale ovvero in capo a qualsiasi altra persona o autorità legittimata a chiederla in base alla legge dello Stato membro nel cui territorio viene depositata la richiesta di apertura della procedura medesima.

Si veda a tal riguardo anche il *Considerando* 18 in cui si afferma che il diritto di chiedere l'apertura di una procedura di insolvenza nello Stato membro in cui il debitore ha una dipendenza non è limitato dal Regolamento.

A questo proposito, risulta opportuno un intervento del legislatore comunitario che chiarisca il ruolo rivestito dalla procedura secondaria, oggetto in dottrina di valutazioni contrastanti.

Infatti, per alcuni autori l'apertura di una procedura secondaria ha senz'altro un

³⁵⁹ PUNZI, *Le procedure di insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, in Riv. Dir. Proc. 2003, 1035.

³⁶⁰ DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, op. cit., 693.

effetto negativo, per altri essa è vista invece quale valido strumento di lotta al *forum shopping* nei casi in cui l'istante riesce ad ottenere l'apertura della procedura principale in un luogo che non corrisponde al reale centro di attività³⁶¹.

Tuttavia, in assenza di una chiarificazione resta senz'altro lettera morta il *Considerando* 19, essendo impellente riuscire ad operare un collegamento tra l'apertura di una procedura secondaria ed il perseguimento di un'amministrazione ottimale del patrimonio, oltre che con la tutela dell'interesse locale.

³⁶¹ Tra i primi è annoverato RICCI, *Le procedure locali previste dal regolamento CE n. 1346/2000*, in *Giur. Comm.*, 2004, 900; tra i secondi ricordiamo MONTELLA, *La procedura secondaria: un rimedio contro il forum shopping del debitore nel Reg. Ce n. 1346/2000*, in *Il fallimento*, 2009, 1299.

BIBLIOGRAFIA:

FONTI DOTTRINALI

ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi del diritto*, Milano, 1957, I

ANDRIOLI *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1961, 20

ATTARDI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1999

ATTARDI, *Giurisdizione e competenza in generale*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, I, 1 Torino, 1973, 85

AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961, 1773

BACCAGLINI, *Il caso "Eurofood": giurisdizione e litispendenza nell'insolvenza transfrontaliera*, in *Int'l Lis*, 2006, 123

BACCAGLINI, *Il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza fallimentare in Italia*, Dipartimento di scienze giuridiche- Università degli Studi di Trento, 2008, 35.

BALLARINO, in *Sulla mobilità delle società nella CE. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. Soc.*, 2003, 669

BALLARINO, MARI, *Uniformità e riconoscimento. Vecchi problemi e nuove tendenze della cooperazione giudiziaria nella Comunità europea*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 2006, 7

BANDERA, *La sentenza Owusu, il "forum non conveniens" e i conflitti di giurisdizione fra Stati membri e Stati terzi*, in *Riv. Dir. Internaz. priv. e proc.*, 2007, 1026.

BARIATTI, *Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla corte di giustizia: il caso "Eurofood"*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 203

BATTAGLIA, *Brevi note sul regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Dir. Fall.*, 2002, 22

BENEDETTELLI, *"Centro degli interessi principali" del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera*, in *Riv. Dir. internaz. priv. e proc.*, 2004, 499

BIGI, *Diritto delle società Parmalat: secondo la Corte di Giustizia il giudice*

competente a seguire la procedura di insolvenza della controllata Eurofood è, salvo eccezioni di ordine pubblico, quello dello Stato membro in cui si trova la sede statutaria del debitore, in *Le Società*, 2006, 765

BOGGIO, *Direzione e coordinamento di società, società "strumentali", sede legale, insolvenza e giurisdizione italiana alla luce del Regolamento CE n.1346/2000*, in *Giur. Ita.*, 2005, 1202

BONFANTI, *Le procedure concorsuali internazionali tra il regolamento 1346/2000 e la disciplina italiana di diritto internazionale privato*, in *Riv. Comm. Internaz.*, 2003, 407

BONFANTI, CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2009

BONGIORNO, *Universalità e territorialità del fallimento (problemi antichi ma sempre attuali)*, in *Dir. Fall.*, 1991, 666

BONGIORNO, *Osservazioni in tema di universalità e territorialità del fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1974, 261

BROGGINI, *Sulle società di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. internaz.*, 1992, 30

BUTA, *Insolvenza transfrontaliera e localizzazione del centro degli interessi principali*, in *Banca, Borsa, Titoli di credito*, 2008, 721

CARBONE, *Una nuova ipotesi di disciplina italiana sull'insolvenza transfrontaliera*, in *Dir. comm. Internaz.*, 2000, 591

CARBONE, *Il regolamento n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, in *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano, 2004, 87

CARBONE, CATALDO, *Azione revocatoria: esercizio della giurisdizione e legge applicabile*, in *Il Fallimento*, 2004, 961

CASO, *Forche caudine per l'universalità del fallimento*, in *Foro it.*, 1991, 1483

CASTAGNOLA, *Regolamento CE 1346/2000 e vis attractiva con cursus: verso un'universalità meno limitata?*, in *Riv. Dir. proc.*, 2010, 925

CATALLOZZI, *Il regolamento europeo e il criterio del Comi (centre of the main interests): la parola alla corte*, in *il Fallimento*, 2006, 1256

CATALLOZZI, *Giurisdizione e legge applicabile nelle revocatorie fallimentari transnazionali*, in *il Fallimento*, 2007, 635

CAVALAGLIO, *Spunti in tema di regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza e di riforma urgente della legge fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 2003, 580

COLESANTI, *Note sull'unità e universalità del fallimento in un progetto di convenzione internazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, 385

CONSALVI, *Brevi considerazioni in materia di giurisdizione e legge applicabile alla revocatoria fallimentare intracomunitaria*, in www.judicium.it, 2006

CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. Disc. Priv. (sez.civ.)*, VII, Torino, 1991, 61

CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Profili generali*, Padova, 2008

CORNO, *La disciplina comunitaria sull'insolvenza*, in *Dir. Fall.*, 2002, 272

CORNO, *Piani di ristrutturazione, concordati o misure ad essi equiparabili. La disciplina comunitaria*, consultabile al sito internet: http://www.studiocorno.it/fileUpload/226_Corno_Giorgio.pdf

CORSINI, *Revocatoria fallimentare e giurisdizione nelle fonti comunitarie: la parola passa alla Corte di giustizia*, in *Riv. Dir. Internaz. priv. e proc.*, 2008, 429

DANIELE, *Il regolamento n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza: spunti critici*, in *Dir. Fall.*, 2004, 593

DANIELE, *Legge applicabile e diritto uniforme nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2002, 33

DE CESARI, *La revocatoria fallimentare tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Riv. Dir. Internaz. priv. e proc.*, 2008, 989

DE CESARI, *Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Riv. Dir. internaz. priv. e proc.*, 2003, 55

DE CESARI, *Il trasferimento all'estero della sede legale dell'impresa insolvente*, in *il Fallimento*, 2010, 666

DE CESARI, *L'onere della prova nel centro degli interessi principali del debitore*, in *il Fallimento*, 2009, 68

DE CESARI. *Il caso Immobilink S.A.*, in *il Fallimento*, 2009, 65

DE CESARI, MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2009, 63

DE CESARI, MONTELLA, *Il "giudice" nel regolamento 1346/2000: una nuova nozione autonoma di diritto comunitario*, in *il Fallimento*, 2007, 263

DE SANTIS, *La normativa comunitaria relativa alle procedure di insolvenza transfrontaliere e il diritto processuale interno: dialogo tra formanti*, in *Dir. Fall.*, 2004, 91

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, 413

DIALTI, *Il caso Eurofood: tanto rumore per (quasi) nulla?*, in *Dir. Fall.*, 2006, 787

DIALTI, *Cooperazione tra curatori e Corti in diritto internazionale fallimentare: un'analisi comparata*, in *Dir. Fall.*, 2005, 1010

DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, in *il Fallimento*, 2002, 693

DORDI, *La convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento: la consacrazione dell'universalità limitata degli effetti delle procedure concorsuali*, in *Dir. comm. Internaz.*, 1993, 617

EIDENMÜLLER, in *Free Choice in International Company Insolvency Law in Europe*, in *European Business Organization Law Review*, 2005, 423

ESPLUGUES, *The Uncitral Model Law of 1997 on Cross-Border Insolvency, an approach*, in *Dir. comm. Internaz.*, 1998, 657

FABIANI, *Dai pomodorini ai latticini, ovvero dalla regola all'eccezione: un testo unico per l'amministrazione straordinaria e la gestione di gruppi transnazionali?*, in *Foro it.*, 2004, 1570

FABIANI, *La comunitarizzazione della revocatoria transnazionale come tentativo di abbandono di criteri di collegamento fondati sull'approccio dogmatico*, in *il Fallimento*, 2004, 376

FABIANI, *La revocatoria fallimentare fra lex concursus e lex contractus nel reg. Ce 1346/2000*, in *Corriere giuridico*, 2007, 1319

FERRI, *Creditori e curatore della procedura principale nel regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza transnazionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 707

FRANCHI, *La litispendenza*, Padova, 1963

FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Riv. Dir. proc.*, 2001, 677

GALLAGHER , *European Insolvency Regulation: German court blesses change of COMI to bolster cross-border group restructuring*, in *American Bankruptcy Institute Journal*, 2008, 30

GALLESIO-PIUMA, *Progetto di Convenzione CEE sul fallimento, i concordati ed i procedimenti affini*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1981, 483

GHIA, *Gli obiettivi della guida legislativa sull'insolvenza dell'Uncitral*, in *il Fallimento*, 2005, 1229

GIOMARELLI, *Note in tema di trasferimento della sede legale dell'impresa già insolvente in relazione alla competenza del giudice fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 2005, 647

GIULIANO, *Il fallimento nel diritto processuale civile internazionale*, Milano, 1943, 53

GRASSO, *La Convenzione europea su certi aspetti internazionali del fallimento*, in *Dir. fall. e soc. comm.*, 1991, 764

HINTERHAUSER, *L'insolvenza della società controllata e la responsabilità di gruppo della società controllante nei confronti dei creditori della società figlia secondo il diritto tedesco*, in *Dir. Fall.*, 2003, 634

JEANNERET, *Il riconoscimento in Svizzera di un fallimento straniero: situazione attuale e considerazioni pratiche*, in *Riv. Dir. internaz. priv.*, 2004, 1249

KOHLER, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto internazionale privato comunitario*, in PICONE P. (ed.), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004

LASCARO, *Brevi considerazioni su regolamento Ce n. 1346/2000 in tema di insolvenza transfrontaliera*, in *Dir. Fall.*, 2004, 1324

LEANDRO, *Il fallimento del COMI ha effetti negli Stati che seguono il Regolamento*, in *Guida al diritto*, 2010, 97

LUPOI, *Conflitti di giurisdizioni e di decisioni nel regolamento sulle procedure di insolvenza: il caso "Eurofood" e non solo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005, 1393

LUPONE, *L'insolvenza transnazionale. Procedure concorsuale nello stato e nei beni all'estero*, Padova, 1995

MACRI', *Trasferimento del centro degli interessi principali di competenza giurisdizionale nel regolamento (Ce) 1346/2000*, in *il Fallimento*, 2006, 910

MALATESTA, *Prime osservazioni sul Regolamento sulla Società Europea*, in

Riv. Dir. internaz. priv. proc., 2002, 616

MARSHALL, *European Cross Border Insolvency*, Londra, 2005

MATTEINI CHIARI, DI MARZIO, *Notificazioni e termini nel procedimento civile*, Milano, 2011, 547

MICHELI, *Unità ed universalità del fallimento nel progetto di convenzione relativo al fallimento ai concordati preventivi e alle procedure analoghe nella C.E.E.*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1971, 557

MICHELI, *Profilo della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Banca Borsa e titoli di credito*, 1962, 58

MONTANARI, *La perpetuatio jurisdictionis nel sistema del regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Int'l Lls*, 2007, 20

MONTELLA, *Competenza internazionale del giudice italiano e trasferimento (fuga) del debitore all'estero*, in *il Fallimento*, 2011, 715

MONTELLA, *La procedura secondaria: un rimedio contro il forum shopping del debitore nel Reg. Ce n. 1346/2000*, in *Il fallimento*, 2009, 1299

MONTELLA, *Il fallimento del COMI?*, in *il Fallimento*, 2010, 61

MONTELLA, *Il regolamento Ce 1346/2000 sulle procedure di insolvenza e la legge applicabile alla revocatoria fallimentare*, in *Foro it.*, 2007, 2816

MUCCIARELLI, *Spostamento della sede statutaria in un Paese Membro della UE e giurisdizione fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2006, 618

MUCCIARELLI, *Eurofood, ovvero: certezza del diritto formale e incoerenza dei principi*, in *Giur. Comm.*, 2008, 1224

NIGRO, *L'insolvenza nei gruppi transfrontalieri tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Dir. Fall.*, 2003, 665

NIGRO, *Procedure concorsuali e società in Italia e in Europa*, in *Dir. Fall.*, 2003, 614

OLIVIERI, *Il Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in www.judicium.it

PAPPALARDO REALE, *Il regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza transfrontaliere*, in *Dir. Fall.*, 2004, 1095

PERILLI, *La Cassazione e la giurisdizione per la declaratoria di fallimento alla prova della libertà di stabilimento delle società*, in *Int'l Lis*, 2004/2005, 28

PERSANO, *Il caso Eurofood, ovvero la contestuale apertura di due procedure principali di insolvenza nello spazio giudiziario europeo*, in *il Fallimento*, 2004, 1268

PICARDI, *L'armonizzazione delle procedure concorsuali: mito o realtà?*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1990, 602

PIETROBON, *L'interpretazione della nozione comunitaria di filiale*, Padova, 1990

PONZARELLI, voce *Lifting the corporate veil*, in *Dig. Disc. Priv. –Sez- Comm.*, vol. IX, 1993, 111

PROTO, *L'insolvenza transfrontaliera nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. Fall.*, 2003, 561

PROTO, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza e il sistema italiano nell'applicazione giurisprudenziale*, in *il Fallimento*, 2009, 7

PROVINCIALI, nel *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, 2817

PUNZI, *Le procedure d'insolvenza transfrontaliere nell'Unione europea*, in *Riv. Dir. proc.*, 2003, 997

QUEIROLO, *L'evoluzione dello spazio giudiziario europeo: in particolare la disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, in *Comunicazioni e studi*, 2002, 903

QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, Torino, 2007

RICCI, *Le procedure locali previste dal regolamento CE n. 1346/2000*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, 900

RINGE, in *Forum shopping under the EU Insolvency Regulation*, in *Oxford Legal Research Paper Series*, 2008, consultabile all'indirizzo internet: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1209822

SANTINI, *La quaestio jurisdictionis nel regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza*, su www.judicium.it, 2004.

SANTOSUOSSO, *L'insolvenza nei gruppi transfrontalieri tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Dir. Fall.*, 2003, 665

SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. SCIALOJA), Torino, 1898, par. 348 e 374

SPARANO, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza (CE 1346/2000)*, in *Dir. Fall.*, 2003, 662

STARACE, *La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenza straniere*, in *Riv. Dir. internaz.*, 2002, 295

TEDESCHI, *Sub art. 9-15-16. Disposizioni generali della dichiarazione di fallimento*, in BRICOLA-GALGANO-SANTINI (a cura di) *Commentario Sajola branca del diritto fallimentare*, Bologna, Roma, 1998, 435.

TEDESCHI, *Procedura principale e procedure secondarie nel regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Dir. Fall.*, 2003, 540

VAN GALEN, *The European Insolvency Regulation and Group of companies*, al sito internet: <http://www.insol-europe.org/download/file/575>

VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale: storia del problema – In Germania, in Italia e nei progetti di convenzione internazionale*, Milano, 2007

VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, Milano, 2006

VELLANI, *I rapporti tra procedura principale e procedure secondarie*, reperibile al sito internet: <http://cbc.unifg.it/Relazioni/>

VULLO, *Il momento determinante della giurisdizione italiana*, in *Riv. Dir. Priv e proc.*, 2004, 1218

WESSELS, *International jurisdiction to open Insolvency Proceedings in Europe, in particular against (groups of) compagnie*, al sito internet: http://www.ilf-frankfurt.de/uploads/media/ILF_WP_017.pdf

WESSELS, in *Moving House: Which Court can open Insolvency proceedings?*, consultabile al sito internet: <http://www.iiiglobal.org/gsearch.html>

WINKLER, *Eurofood: è davvero finito il periodo di "rodaggio" del Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza?*, in *Dir. del comm. Internaz.*, 2007, 527

WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede delle società nel diritto societario europeo*, in *Riv. Soc.*, 2003, 724

FONTI NORMATIVE

- DIRITTO COMUNITARIO

Progetto di Germania e Finlandia del 26 maggio 1999, in GUCE, 3 agosto 1999, C 221, 8

Seduta del Consiglio del 29 maggio 2000, in GUCE, 30 giugno 2000, L 160, 1

Regolamento CE 1346 del 2000, *relativo alle procedure di insolvenza*, al sito internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:160:0001:0018:IT:PDF>

Regolamento CE 1347/2000, *relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi*, al sito internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003R2201:IT:HTML>

Regolamento CE 44/2001, *concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, al sito internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:012:0001:0023:IT:PDF>

Regolamento CE 2201/2003, *relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000*, al sito internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2003R2201:20050301:IT:PDF>

Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento del 27 settembre 2004 COM(2004)611

Regolamento CE 593/2008, *sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)*, al sito internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:IT:PDF>

- ITALIA

R.d. 267 del 1942, *Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa*

R.D. 28 ottobre 1940, 1443 (data di approvazione del codice di procedura civile)

L. 218 del 1995, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*

D. lgs. 270/1999, *Nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, a norma dell'articolo 1 della legge 30 luglio 1998, n. 274.*

- GERMANIA

Insolvenzordnung del 1994, entrato in vigore il 1° gennaio 1999

Einfuehrungsgesetz zur Insolvenzordnung (EGInsO)

Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Insolvenzrechts in vigore dal 20 marzo del 2003

- SPAGNA

De las normas de derecho internacional privado

- REGNO UNITO

Insolvency Act del 1986

- USA

Model Law on Cross- Border Insolvency approvato il 30 maggio del 1997,

Legislative Guide on insolvency law

FONTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenza della Corte di Giustizia del 22 novembre 1978 Somafer SA contro Saar-Ferngas AG. Domanda di pronuncia pregiudiziale: Oberlandesgericht Saarbrücken - Germania. Causa 33/78, al sito internet: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>

Sentenza *Gourdain* della Corte di Giustizia del 22 febbraio 1979; integralmente consultabile al sito internet: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>

Sentenza della Corte di Giustizia del 10 luglio 1986, *Segers* consultabile al sito internet: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>

Sentenza della Corte di Giustizia del 27 settembre 1988, *Daily Mail* consultabile al sito internet: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>

Sentenza della Corte di Giustizia del 27 ottobre 1998. Réunion européenne SA e a. contro Spliethoff's Causa C- 51/97, al sito internet: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>

Sentenza 9 marzo 1999, *Centros*, C-212/97, in *Racc.*, I-1459. Consultabile al sito internet: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>

Sentenza Cass., 6 ottobre 1999, n.11107, in il *Fallimento*, 2000, 1133

Caso Corte di Assen 5 giugno 2002, in WESSELS, *International Jurisdiction to open insolvency Proceedings in Europe in particular against (group of) companies*.

Sentenza 5 novembre 2002, *Überseering*, C-208/00, in *Racc.*, p. I-9919. Consultabile al sito internet: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>

High Court, 11 novembre 2002, *Geveran Trading Co Ltd v Skjevesland*, si veda WESSELS, *International Jurisdiction to open insolvency Proceedings in Europe in particular against (group of) companies*.

High Court, 7 febbraio 2003, *Brac Rent A Car International Inc.*, in Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 2004, p. 767 e in <http://www.bailii.org/>

Corte d'appello di Amsterdam, 17 giugno 2003, *Van Duivenbodt c. Van Andel e Van derVeeen*

High Court of Justice Leeds, 16 maggio 2003, *Daisytek-ISA Ltd & Ors*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2004, 774

Tribunal de Commerce di Pontoise, 26 maggio 2003, *Daisytek-ISA*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2004, 774

Tribunale di Roma, 14 agosto 2003, *Cirio Del Monte*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2004, 685

Cour d'appel di Versailles, 4 settembre 2003, *Daisytek-ISA*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2004, 774

Sentenza 30 settembre 2003, *Inspire Art*, C-167/01, in *Racc.*, I-10155. Consultabile al sito internet: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>

Tribunal de Commerce di Bruxelles, 12 dicembre 2003, *Eurogyp*

Corte Suprema olandese, 9 gennaio 2004, *Evert Jan Vennink (Caso Fortis-Vennink)*

Tribunale di Parma, 4 febbraio 2004, *Parmalat Netherland BV*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2004, 693

Tribunale di Parma, 20 febbraio 2004, *Eurofood Ltd.*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2004, 1062; in *Foro italiano*, 2004, I, 1567

Sentenza *Shierson v. Vlieland- Boddy* emessa dalla *High Court of Justice, Chancery Division*, il 26 novembre 2004; consultabile al sito internet: <http://www.bailii.org/>

Sentenza *Owusu*, C-281/02, 1 marzo 2005, consultabile in *Racc. p. I-1383* nonché al sito internet: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>

Sentenza *Rover*, della *High court of Birmingham*, 18 aprile 2005, è consultabile al sito internet: <http://www.bailii.org/>

Sentenza *Rover* del Tribunale francese, 19 maggio 2005, è consultabile al sito internet: <http://www.legifrance.gouv.fr/initRechJuriJudi.do>. La sentenza della *Cour d'appel de Nanterre*, 15 dicembre 2005 è consultabile al sito internet: <http://www.legifrance.gouv.fr/initRechJuriJudi.do>

Corte di Cassazione, Sez. Unite, ordinanza 20 maggio 2005 n. 10606, *Interedil s.r.l. c. Intesa Gestione Crediti s.p.a.*, in *Riv. dir. internaz.*, 2006, pp. 1137.

Tribunale di Milano, 6 luglio 2005, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2006, 450

Court of Appeal, 27 luglio 2005, *Shierson- Vlieland-Boddy*, in <http://www.bailii.org/>

Sentenza 17 gennaio 2006, *Susanne Staubitz-Schreiber*, C-1/04, in *Racc.*, I-701

Sentenza 2 maggio 2006, *Eurofood IFSC Ltd.*, C-341/04, in *Racc.*, I-3813

High Court of Justice (Chancery Division), 9 giugno 2006, *Collins & Aikman Corporation Group*, in <http://www.bailii.org/>

Tribunal de Commerce di Parigi, 2 agosto 2006, *Eurotunnel plc and Eurotunnel S.A. and associated companies*

Corte d'appello di Milano, 14 maggio 2008, *Fallimento S.p.A. Link Due in liquidazione c. Immobilink Corporation S.A.*, in *Il fallimento*, 2009, 65

Sentenza della Corte di Giustizia *Cartesio* del 16 dicembre 2008; è integralmente consultabile al sito internet: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>

La sentenza *Deko Marty Belgium* della Corte di Giustizia, del 12 febbraio 2009, è integralmente consultabile al sito internet: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>

Ordinanza della Corte di Cassazione del 18 maggio 2009, n. 11398, nella causa *Società La Longeva c. Mps Gestione Cred Banca*, in *Giustizia civile*, 2009, 784

Corte di Cassazione, Sez. Unite, ordinanza 17 luglio 2009, n. 16633, *CMS-Credit Management & Service SRL*, in <http://www.ilfallimento.it/giurisprudenza/127.htm>

Cour de Cassation di Parigi, 15 ottobre 2009

Sentenza 21 gennaio 2010, C-444/07, *MG Probud Gdynia sp. z o.o.*, inedita, consultabile in lingua italiana in *Guida al diritto*, 2010, 91

Tribunale Lucca, 12 febbraio 2010, *Dalle Hygiene Production SA*, inedita

Sentenza 20 ottobre 2011, Corte di Giustizia *Interedil S.r.l. il liquidazione c. Fallimento Interedil S.r.l. e Intesa Gestione crediti S.p.a.*, al sito internet <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>