



Università  
Ca' Foscari  
Venezia

Corso di Laurea magistrale  
(*ordinamento ex D.M. 270/2004*)  
in Amministrazione, finanza e controllo

Tesi di Laurea

—

Ca' Foscari  
Dorsoduro 3246  
30123 Venezia

# Il regolamento (CE) 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza

*Analisi della normativa, dei casi  
giurisprudenziali e prospettive di  
riforma*

**Relatore**

Ch. Prof. Mauro Pizzigati

**Laureando**

Guglielmo Cappello  
Matricola 821357

**Anno Accademico**

**2013 / 2014**





# INDICE

<b>Introduzione</b> .....	1
<b>CAPITOLO 1 - Fonti di diritto internazionale privato e fonti comunitarie in materia di insolvenza transfrontaliera</b> .....	3
<b>1.1 Fonti interne all'ordinamento italiano</b> .....	3
<u>1.1.1 La giurisdizione italiana nelle procedure concorsuali a carattere transfrontaliero</u> .....	5
<u>1.1.2 Il riconoscimento di procedure concorsuali estere nell'ordinamento italiano</u> .....	7
<b>1.2 Il regolamento comunitario n. 1346/2000</b> .....	9
<u>1.2.1 Contesto internazionale e genesi del regolamento</u> .....	9
<u>1.2.2 I principi di universalità e di territorialità</u> .....	15
<u>1.2.3 L'applicazione pratica del principio di universalità attenuata: procedura principale, procedure secondarie e procedure territoriali indipendenti nel regolamento</u> .....	20
<u>1.2.4 Obiettivi del regolamento</u> .....	22
<u>1.2.5 Struttura del regolamento</u> .....	24
<u>1.2.6 Interpretazione del regolamento: il principio di nozione autonoma di diritto comunitario e il ruolo della Corte di giustizia</u> .....	26
<b>1.3 Norme fondamentali del regolamento</b> .....	29
<u>1.3.1 Premessa</u> .....	29
<u>1.3.2 Considerando</u> .....	32
<u>1.3.3 Gli allegati</u> .....	35
<b>CAPITOLO 2 – Commentario breve al regolamento (CE) 1346/2000</b> .....	39
<b>2.1 Disposizioni generali</b> .....	39
<u>2.1.1 Art. 1 – Campo di applicazione</u> .....	39
Concorso, insolvenza e figura del debitore .....	39
Gli effetti della procedura: spossessamento e designazione di un curatore ...	41
Procedure non giudiziarie .....	43
Campo di esclusione .....	44
<u>2.1.2 Art. 2 – Definizioni</u> .....	45

«Procedura di insolvenza» .....	45
«Curatore».....	46
«Procedura di liquidazione».....	47
«Giudice» .....	48
«Momento in cui è aperta la procedura di insolvenza».....	49
(Segue): l'art. 38 sui provvedimenti conservativi .....	53
«Dipendenza».....	55
<b><u>2.1.3 Art. 3 – Competenza internazionale</u></b> .....	<b>57</b>
Prime interpretazioni del COMI.....	61
COMI delle persone fisiche .....	64
Gruppi di imprese.....	65
La Corte di giustizia e la sede statutaria come “pietra angolare” del COMI ..	73
Sentenze successive alla ridefinizione della Corte di giustizia .....	74
L’ultima interpretazione della Corte di giustizia sul COMI: un ridimensionamento della “pietra angolare” a favore dei terzi .....	76
Trasferimento del COMI e <i>forum shopping</i> .....	78
Competenza ad aprire procedure secondarie.....	86
Le procedure territoriali indipendenti .....	88
<b><u>2.1.4 Art. 4 – Legge applicabile</u></b> .....	<b>90</b>
<b>2.2 <u>Riconoscimento della procedura di insolvenza</u></b> .....	<b>94</b>
<b><u>2.2.1 Art. 16 – Principio</u></b> .....	<b>94</b>
Conflitti di giurisdizione e provvedimenti cautelari – evoluzione.....	102
Riconoscimento e carattere esecutivo di altre decisioni .....	104
<b><u>2.2.2 Art.17 – Effetti del riconoscimento</u></b> .....	<b>105</b>
Effetti procedura principale.....	105
Effetti procedura secondaria .....	107
<b><u>2.2.3 Art.18 – Poteri del curatore</u></b> .....	<b>108</b>
La pubblicazione della decisione di apertura e della propria nomina a discrezione del curatore (artt. 21, 22).....	111
<b><u>2.2.4 Art.26 – Ordine pubblico</u></b> .....	<b>112</b>
<b>2.3 <u>Procedure secondarie di insolvenza</u></b> .....	<b>114</b>
<b><u>2.3.1 Apertura, legge applicabile, obbligo di collaborazione, chiusura</u></b> .....	<b>114</b>

<b>2.4</b>	<b>Informazione dei creditori e insinuazione dei crediti</b>	116
	<u>2.4.1 Obbligo d'informazione, diritti dei creditori, diritto di insinuazione e dovere di restituzione</u>	116
<b>2.5</b>	<b>Disposizioni transitorie e finali</b>	120
	<u>2.5.1 Art.45 – Modifica degli allegati</u>	120
	Storico delle modifiche agli allegati	120
	Sulla tassatività degli allegati	121
<b>CAPITOLO 3</b>	<b>– Giudizi conclusivi e prospettive di modifica</b>	129
<b>3.1</b>	<b>Un bilancio sull'applicazione del regolamento nel decennio trascorso</b>	129
	<u>3.1.1 Questioni di intervento e modifica</u>	131
	Il criterio del COMI	131
	La gestione del <i>forum shopping</i>	135
	Sulle procedure secondarie	138
	Comunicazione e cooperazione	138
	Sulla tassatività degli allegati	139
	<u>3.1.2 Elementi da introdurre</u>	140
	Insolvenza dei gruppi di imprese	140
	Elementi ulteriori	143
<b>3.2</b>	<b>La revisione programmata e la procedura legislativa ordinaria di modifica in corso</b>	145
	<u>3.2.1 La risoluzione del Parlamento europeo e l'avviamento della procedura legislativa ordinaria</u>	145
	<u>3.2.2 La proposta di modifica della Commissione europea</u>	148
	Campo di applicazione del regolamento	150
	Competenza giurisdizionale	152
	Pubblicità della procedura e insinuazione dei crediti	157
	Procedure secondarie	159
	Gruppi societari	162
	<u>3.2.3 Prima lettura del Parlamento europeo</u>	164
	Campo di applicazione del regolamento	165
	Competenza giurisdizionale	167

Pubblicità della procedura e insinuazione dei crediti.....	168
Procedure secondarie .....	169
Gruppi societari.....	170
<b>3.3 Conclusioni: verso un'armonizzazione del diritto concorsuale nell'UE? .....</b>	<b>176</b>

## ***Elenco delle abbreviazioni***

<i>art.</i>	articolo
<i>COMI</i>	Center of main interests
<i>CE</i>	Comunità europea
<i>CEE</i>	Comunità Economica Europea
<i>Dir. comm. int.</i>	Diritto del commercio internazionale: pratica internazionale e diritto interno (rivista)
<i>emend.</i>	emendamento
<i>Fallimento</i>	Il fallimento e le altre procedure concorsuali (rivista)
<i>GU</i>	Gazzetta ufficiale
<i>Int'l Lis</i>	Int'l Lis. Supplemento del Corriere Giuridico (rivista)
<i>l.f.</i>	Legge fallimentare
<i>n.</i>	numero
<i>p.</i>	pagina
<i>par.</i>	Paragrafo
<i>reg.</i>	Regolamento
<i>Riv. dir. int.</i>	Rivista di diritto internazionale
<i>Riv. dir. int. priv. proc.</i>	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
<i>Riv. dir. proc.</i>	Rivista di diritto processuale
<i>Riv. trim. dir. proc. civ.</i>	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
<i>TUE</i>	Trattato dell'Unione europea
<i>TFUE</i>	Trattato sul funzionamento dell'Unione europea
<i>UE</i>	Unione europea
<i>UNCITRAL</i>	United Nations Commission on International Trade Law
<i>vol.</i>	volume





## Introduzione

Il presente lavoro mira ad analizzare la gestione delle insolvenze e delle crisi transfrontaliere con particolare riferimento all'assetto normativo comunitario.

L'analisi inizierà con l'esposizione delle diverse discipline normative ad oggi esistenti, di carattere internazionale privatistico e comunitario che interessano il nostro Paese; questo al fine di poter contestualizzare l'applicazione del regolamento comunitario su cui si focalizzerà la trattazione. Il primo capitolo riguarderà dunque la normativa italiana, che regola sia la giurisdizione del nostro ordinamento nelle situazioni estere di insolvenza o di crisi, sia il riconoscimento all'interno del nostro ordinamento di procedure e decisioni estere. Successivamente si esporranno le fonti, l'esegesi e il contenuto generale del regolamento (CE) n.1346/2000 che disciplina le procedure d'insolvenza che interessano gli Stati membri.

Il secondo capitolo mira ad analizzare più nello specifico la struttura, il contenuto e i principi fondamentali del regolamento seguendo la successione e la suddivisione in articoli dello stesso. A riguardo si precisa che l'esposizione del contenuto del regolamento stesso non sarà integrale, dal momento che il presente studio non mira né ad essere un commentario né ad essere una trattazione puramente teorico-dottrinale. L'obiettivo sarà invece quello di analizzare come opera nella pratica questo *corpus* normativo; pertanto si commenteranno soltanto gli articoli e i concetti cardine. Saranno inoltre esposti i casi giurisprudenziali che vertono su tali articoli e sul loro contenuto, e si esporranno alcune delle più importanti questioni sollevate dalla dottrina a riguardo. Si cercherà quindi di fornire le proprie opinioni personali per ogni caso giurisprudenziale e per ogni questione dottrinale, fornendo così un giudizio sugli aspetti applicativi del regolamento.

L'ultimo capitolo verterà sull'attuale processo di revisione e modifica del regolamento. Partendo dalle proposte di modifica formulate dalla dottrina si esporrà la procedura legislativa ordinaria in corso esponendo gli atti della Commissione e del Parlamento europeo, e si valuterà l'impatto positivo o negativo che tali modifiche potrebbero avere sull'attuale assetto del regolamento.



## CAPITOLO 1

### Fonti di diritto internazionale privato e fonti comunitarie in materia di insolvenza transfrontaliera

#### *1.1 Fonti interne all'ordinamento italiano*

La legge fallimentare nella sua formulazione originaria del 1942 conteneva ben poche disposizioni che riguardassero l'ambito transfrontaliero, essendo soltanto previsto all'art. 9 che:

«1. *Il fallimento è dichiarato dal tribunale del luogo dove l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa.*

2. *L'imprenditore, che ha all'estero la sede principale dell'impresa, può essere dichiarato fallito nel territorio della Repubblica anche se è stata pronunciata dichiarazione di fallimento all'estero.*

3. *Sono salve le convenzioni internazionali».*

L'impostazione dell'articolo poggiava su due teorie contrapposte, ossia la teoria dell'universalità e la teoria della territorialità. Queste vengono solitamente utilizzate nell'ambito del diritto internazionale privato al fine di stabilire la maggiore o minore portata applicativa di una legge, in questo ambito la legge fallimentare, nei confronti della persona o dei beni della stessa. La teoria dell'universalità parte dall'interpretazione della legge fallimentare come normativa incidente sulla capacità giuridica di un soggetto, per cui essa intende far valere ovunque lo *status* personale di fallito dell'imprenditore e dunque anche la portata della procedura. La teoria della territorialità invece poggia sull'assunto in base al quale la legge fallimentare è un insieme di norme atte a disciplinare il patrimonio del fallito, per cui essa intende applicare la legge fallimentare soltanto al *locus rei sitae*, ossia al luogo in cui è situato il patrimonio dell'imprenditore fallito. Nel tempo si iniziò ad usare le due teorie anche per risolvere le questioni di giurisdizione in materia fallimentare transfrontaliera, al fine di definire sia la portata di una procedura italiana oltre i confini sia la portata di procedure straniere nello Stato italiano<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Si veda L. BACCAGLINI, *Il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza fallimentare straniera in Italia*, Università degli Studi di Trento, 2008, p. 136. La tendenza ad applicare principi di diritto interno anche per questioni di competenza internazionale deriva dalla non applicabilità al problema dell'insolvenza transnazionale dell'art. 4 c.p.c., per cui «[al problema fu data soluzione] ancorando la

L'originale formulazione dell'art. 9 l.f. rappresentava un'applicazione di entrambi i criteri, ove il primo comma si basava sulla teoria dell'universalità mentre il secondo comma si basava sulla teoria della territorialità. Così in caso di apertura di una procedura italiana di cui al primo comma, in base al principio di universalità la legge nazionale del fallito si sarebbe dovuta applicare all'intera procedura, anche nel caso in cui gli effetti di tale legge avessero avuto ripercussioni transfrontaliere, e inoltre l'autorità giudiziaria avrebbe dovuto avere esclusiva competenza rispetto ad altri Stati per l'apertura del procedimento, per la creazione dello stato passivo e liquidazione dell'attivo, e detta procedura sarebbe dovuta essere l'unica in cui i creditori avrebbero dovuto insinuarsi. Nel caso di imprenditore estero fallito di cui al secondo comma invece la teoria della territorialità portava a ritenere il giudice italiano competente a dichiarare fallito anche in Italia l'imprenditore estero, nel caso in cui quest'ultimo avesse ivi posseduto dei beni<sup>2</sup>.

L'utilizzo delle due teorie dell'universalità e della territorialità non garantiva tuttavia certezza ed efficienza nella loro applicazione, poiché da un lato la dichiarazione di competenza dell'autorità giudiziaria italiana *ex primo comma* poteva scontrarsi con un'opposta dichiarazione di competenza di uno Stato estero, nel caso di spiegamento degli effetti della procedura italiana oltre confine; dall'altro lato la dichiarazione di competenza territoriale *ex secondo comma* creava in capo allo stesso debitore una moltitudine di procedure in diversi Stati, procedure tra di loro indipendenti e totalmente scollegate<sup>3</sup>.

Il terzo comma faceva infine riferimento alle convenzioni internazionali eventualmente stipulate, per le quali non si sarebbero utilizzati i criteri dell'universalità di cui al primo comma e della territorialità di cui al secondo comma, poiché sarebbero valsi gli accordi, solitamente bilaterali, stipulati e formalizzati attraverso convenzioni. Tale disposizione faceva così salva l'unica convenzione in realtà stipulata fino a quel momento con uno Stato terzo, ossia la convenzione tra Italia e Francia sottoscritta a Roma il 3 giugno

---

competenza internazionale a quella interna, nel senso che, una volta riscontrata l'esistenza di un giudice italiano fornito di competenza per territorio su una data fattispecie, allora se ne derivava anche la competenza internazionale». Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana, competenza internazionale e riconoscimento delle decisioni*, in *Fallimento e le altre procedure concorsuali (monografie)*, Wolters Kluwer Italia, 2009, p. 8.

<sup>2</sup> Si veda **L. BACCAGLINI**, *Il riconoscimento e l'esecuzione*, cit., pp. 137 ss.

<sup>3</sup> Motivo di tale difficile applicabilità delle due teorie nella pratica stava nel loro poggiare su basi aprioristiche, su principi meramente astratti senza appigli positivi; oltre a ciò questa origine astratta ha portato a loro svariate letture interpretative. Si veda *ivi*, p. 139.

1930 e resa esecutiva con L. 7 gennaio 1932, n. 45, riguardante l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale<sup>4</sup>.

### 1.1.1 La giurisdizione italiana nelle procedure concorsuali a carattere transfrontaliero

Il dispositivo dell'art. 9 è stato arricchito con ulteriori commi soltanto con la riforma del 2006<sup>5</sup>, anche se è stata mantenuta sia nella sostanza che nella forma la duplice impostazione universale e territoriale del testo originale, ove il primo e il secondo<sup>6</sup> comma non hanno subito variazioni nella loro rispettiva portata universale e territoriale. Senza considerare le disposizioni contenute nei commi aggiunti all'articolo dalla riforma, una seppur minima modifica ha subito l'originario terzo comma, ora quarto, al quale con un ritardo di ben quattro anni dalla sua entrata in vigore è stata aggiunta un'ulteriore deroga oltre a quella preesistente nei confronti delle convenzioni internazionali: è infatti fatta salva dalle disposizioni dei commi precedenti sulla competenza la normativa dell'Unione europea, rappresentata dal regolamento (CE) n. 1346 del Consiglio del 29 maggio 2000 in oggetto al presente lavoro. Lasciando ai prossimi paragrafi una completa introduzione al regolamento, la sua entrata in vigore ha permesso di fissare precise regole di attribuzione della competenza giurisdizionale tra gli Stati membri dell'Unione e ha eliminato le incertezze fino a quel momento presenti, nel caso in cui fossero state aperte una o più procedure in diversi Stati membri a carico di uno stesso debitore.

Le eccezioni di cui al quarto comma sono inoltre state ampliate a nuove convenzioni che l'Italia ha stipulato dopo il 1942, cioè la convenzione tra Italia e Regno Unito per il reciproco riconoscimento ed esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale, sottoscritta a Roma il 7 febbraio 1964 e resa esecutiva con la L. 18 maggio 1973, n. 280,

---

<sup>4</sup> Parzialmente sostituita dalla disciplina contenuta nella convenzione di Bruxelles del 1968. Si veda **B. IANNIELLO**, *Il nuovo diritto fallimentare: guida alla riforma delle procedure concorsuali*, Giuffrè, 2006, p. 20.

<sup>5</sup> D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, art. 7. Si rimanda inoltre a **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., pp. 29 ss., riguardo all'ampliamento delle norme di competenza internazionale in tema di apertura di procedura di insolvenza non riconducibili all'art. 9, cioè le c.d. leggi «Prodi-bis» (D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270) e «Marzano» (D.L. 23 dicembre 2003 n. 347). Detti decreti successivamente trasformati in legge hanno infatti aumentato la giurisdizione italiana alle società anche estere facenti parte di un gruppo di imprese italiano.

<sup>6</sup> Ora diventato terzo comma.

e la convenzione tra Italia e Austria, sottoscritta il 12 luglio 1977 e resa esecutiva con L. 14 dicembre 1985, n. 612<sup>7</sup>.

Fra le disposizioni introdotte dalla riforma del 2006 il quinto e ultimo comma dell'art. 9 prevede che non sia esclusa la sussistenza della giurisdizione italiana nel caso di trasferimento della sede d'impresa all'estero successivo al deposito del ricorso per la dichiarazione di fallimento. Si è così ribadita la competenza universale espressa nel primo comma anche nei casi di trasferimenti successivi all'apertura dell'istruttoria prefallimentare. Secondo alcuni Autori<sup>8</sup> la disposizione è integrabile e potenzialmente interconnessa con il secondo comma del medesimo articolo, anch'esso introdotto con la riforma, in base al quale non rilevano ai fini della competenza i trasferimenti di sede intervenuti nell'anno antecedente all'esercizio dell'iniziativa per la dichiarazione di fallimento, in questo caso se i trasferimenti non sono soltanto in ambito nazionale ma anche se verso uno Stato estero.

Pur di fronte alle riforme avvenute in anni rispettivamente recenti rispetto all'entrata in vigore dell'originaria legge fallimentare, resta tuttavia irrisolto il problema della certezza applicativa dell'impostazione dell'art. 9, in questo caso riguardo all'approccio universalistico. Volendo dipingere un quadro dello scenario attuale, esclusa la competenza di cui al regolamento comunitario sopra citato, il sistema della legge fallimentare italiana sembrerebbe affetta da una sorta di "strabismo": «ess[a] non è influenzat[a] dalle procedure concorsuali aperte all'estero, ma per contro ambisce a che le procedure aperte nel suo ambito abbiano una valenza universale. Senonché [...] anche la maggior parte degli altri ordinamenti concorsuali presentano questa contraddizione. E il risultato è che le procedure concorsuali in Italia si presentano sul piano normativo come più o meno universali, ma poi di fatto si ritrovano confinate nel territorio dello Stato»<sup>9</sup>.

In ambito europeo il regolamento n. 1346 che a breve si introdurrà ha permesso di "correggere la vista" agli Stati membri tendenzialmente affetti dalla "patologia".

---

<sup>7</sup> Si veda **B. IANNIELLO**, *Il nuovo diritto fallimentare*, cit.

<sup>8</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., pp. 24 ss.

<sup>9</sup> Si veda *ivi*, p. 20.

### 1.1.2 Il riconoscimento di procedure concorsuali estere nell'ordinamento italiano

Passando dalla competenza giurisdizionale per aprire una procedura al sistema di riconoscimento di procedure fallimentari, la normativa di riferimento è rappresentata dalla Legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato del 1995<sup>10</sup>, la quale ha introdotto un nuovo sistema di riconoscimento anche delle sentenze dichiarative di fallimento pronunciate all'estero grazie agli artt. 64-67.

Analizzandone brevemente il contenuto, l'art. 64 permette il riconoscimento automatico di una sentenza straniera nei suoi effetti dichiarativo-costitativi, lasciando invece all'art. 67, primo comma, la disciplina del sistema di riconoscimento degli effetti propriamente esecutivi<sup>11</sup>. Il sistema di riconoscimento *ex art. 64* presenta strette somiglianze con l'analoga disciplina del regolamento (UE) n. 1215/2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale<sup>12</sup>, con la differenza che il regolamento in questione si applica soltanto tra gli Stati membri, mentre la riforma trova attuazione nei rapporti con altri Stati esterni all'UE<sup>13</sup>. Il riconoscimento automatico di una decisione straniera necessita tuttavia di una serie di condizioni elencate nell'art. 64. La prima condizione, alla lett. a), richiede che il giudice estero che ha pronunciato la sentenza «[possa] conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano». Con ciò si intende che la competenza giurisdizionale straniera è riconosciuta soltanto se rispetta i principi di competenza propri dell'ordinamento italiano o, in altre parole, nel rapporto tra la sentenza e la fattispecie dovrà ricorrere uno dei criteri di giurisdizione dell'art. 9 l.f.<sup>14</sup>; tale requisito è tuttavia necessario non tanto ai fini della legittimità della sentenza estera, quanto ai fini della sola riconoscibilità di detta sentenza estera in Italia. Tra le altre condizioni poste dall'art. 64 le lett. b) e c) richiedono sostanzialmente che nella procedura straniera aperta si sia instaurato un regolare contraddittorio, con la

---

<sup>10</sup> L. 31 maggio 1995, n. 218.

<sup>11</sup> Si veda **L. BACCAGLINI**, *Il riconoscimento e l'esecuzione*, cit., p. 32.

<sup>12</sup> Che sostituisce il reg. (CE) 44/2001. Si veda anche il para. 1.2.1. Tale regolamento è stato recentemente sostituito a sua volta dal *Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in GU L 351 del 20/12/2012.

<sup>13</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 119.

<sup>14</sup> Si veda **L. BACCAGLINI**, *Il riconoscimento e l'esecuzione*, cit., pp. 46 ss.; **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 121. Potrà ad esempio essere riconosciuta la sentenza estera del giudice che si dichiara competente nel caso in cui rispetti il primo comma dell'art. 9, cioè che il fallimento è dichiarato dal tribunale (estero) del luogo dove l'imprenditore ha la sede principale (determinata secondo i criteri italiani) dell'impresa.



notifica dell'atto introduttivo del giudizio, che sia stato rispettato il diritto essenziale alla difesa e che sia avvenuta la costituzione delle parti ovvero sia stata dichiarata la loro contumacia. La lett. d) richiede inoltre il passaggio in giudicato della sentenza secondo la legge di provenienza, la lett. e) richiede la non contrarietà di detta decisione estera ad altra sentenza pronunciata da un giudice italiano e passata in giudicato e la lett. f) esclude il riconoscimento nel caso in cui prima del processo straniero abbia avuto inizio un processo dinnanzi al giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti<sup>15</sup>. Chiude e completa i requisiti necessari al riconoscimento la lett. g) sulla non contrarietà della sentenza all'ordine pubblico italiano, ove quest'ultimo principio comprende non solo la non contrarietà del contenuto della sentenza straniera, cioè della qualità dei suoi effetti, ma si rifà ad una più ampia analisi del rispetto da parte della *lex fori concursus* della *par condicio creditorum*, secondo la parità di trattamento e le garanzie offerte dalla legge fallimentare italiana<sup>16</sup>.

Infine l'art. 67 dispone che chiunque abbia interesse a contestare la riconoscibilità della sentenza può chiedere alla corte di appello di accertare i requisiti di cui all'art. 64, nel caso in cui si ritenga che la sentenza estera non ne rispetti uno o molteplici. Il riconoscimento è così automatico secondo l'art. 64 ma rimane una eventuale possibilità di controllo ad opera del giudice italiano, nel caso in cui qualunque soggetto interessato ne ravvisi la necessità. La corte d'appello potrà così soltanto confermare il riconoscimento della sentenza di primo grado straniera oppure negarlo, restando comunque escluso il riesame del merito del giudice straniero<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Con riguardo alla lett. f) e alla relativa questione sulla sua compatibilità con l'art. 9 l.f. si rimanda a **L. BACCAGLINI**, *Il riconoscimento e l'esecuzione*, cit., pp. 66 ss.

<sup>16</sup> Si veda *ivi*, pp. 88 ss.

<sup>17</sup> Si veda **P. DE CESARI**, **G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 126.

## ***1.2 Il regolamento comunitario n. 1346/2000***

### ***1.2.1 Contesto internazionale e genesi del regolamento***

La Convenzione stipulata a Bruxelles<sup>18</sup> nel 1968 riguardante la cooperazione giudiziaria in materia civile escludeva espressamente dal proprio campo di applicazione i fallimenti, i concordati e le procedure affini, come previsto all'art. 1, punto 2). Nell'ottobre del 1959 la Commissione si rivolse ai Paesi membri affinché avviassero dei negoziati per uniformare il riconoscimento e l'esecuzione degli atti riguardanti situazioni di insolvenza; le prime idee sulla formulazione di uno strumento comunitario in materia concorsuale risalgono al 1963<sup>19</sup>.

Per arrivare al primo progetto di convenzione bisognerà però aspettare il 1970<sup>20</sup>, anno in cui un gruppo di esperti sviluppò un disegno sommario, che venne ulteriormente sviluppato nel 1973.

Gli abbozzi venuti alla luce nel corso di questi anni si basavano sul criterio dell'universalità piena, secondo il quale la procedura principale aperta in uno degli Stati membri avrebbe avuto piena giurisdizione e capacità di agire nei confronti del debitore, del suo patrimonio e nei rapporti con la massa creditoria, ovunque si fossero trovati quei beni o soggetti nel territorio dell'allora Comunità europea.

---

<sup>18</sup> *Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, Gazzetta ufficiale n. L 299 del 31/12/1972, pp. 32-42. La versione originale e consolidata al 1998 è reperibile all'indirizzo web <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>, ricerca per numero CELEX: **41998A0126**. Detta convenzione è stata poi sostituita dal *Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, reperibile all'indirizzo web <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>, ricerca per numero CELEX: **32001R0044**. Detto regolamento stabilisce la competenza dei giudici degli Stati membri in materia civile e commerciale e l'obbligo di riconoscimento automatico di detta competenza da parte degli altri Stati. Nel 2012 il regolamento n. 44/2001 è stato sostituito dal regolamento n. 1215/2012, si veda *supra* nota 12.

<sup>19</sup> Come descritto brevemente nella pagina dedicata alle procedure di insolvenza del sito ufficiale dell'Unione europea, reperibile all'indirizzo web [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/judicial\\_cooperation\\_in\\_civil\\_matters/l33110\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33110_en.htm). Si veda anche **B. WESSELS**, *International Insolvency Law*, 3rd ed., 2012, par. 10435.

<sup>20</sup> Una testimonianza dei negoziati avvenuti negli anni precedenti si evince anche dalla Relazione Jenard sulla Convenzione di Bruxelles, la quale trovava la *ratio* dell'esclusione delle procedure concorsuali dall'ambito di applicazione della Convenzione appunto nei negoziati che erano in corso al momento della stipula della stessa, oltre che nella necessità di regole peculiari sottese alla materia concorsuale. Si veda **F. CORSINI**, *La Corte di giustizia "inventa" una (dimezzata) vis attractiva concursus internazionale*, in *Int'l Lis*, 2009, 2, pp. 65 ss., par. 2.

Tale scelta, fondata sull'idea più generale di unificare il diritto interno dei Paesi membri, fu però al centro di numerose critiche, che vedevano nel principio di universalità piena un ideale troppo astratto e difficilmente realizzabile.<sup>21</sup>

Un altro progetto venne sviluppato nel 1980 e nuovi negoziati vennero avviati nel 1982. Questi negoziati proseguirono fino ad arrivare all'accordo stilato ad Istanbul il 5 giugno 1990, che riguardava alcuni aspetti internazionali del fallimento. Anche tale accordo non entrò mai in vigore.

Il 23 novembre 1995, nuovamente a Bruxelles, si arrivò dopo lunghe trattative alla firma di una convenzione sulle procedure d'insolvenza, la quale tuttavia seguì le sorti dei tentativi precedenti, poiché non venne firmata da uno degli Stati partecipanti e neppure ratificata da alcuno dei Paesi membri.<sup>22</sup> Ciò che differenzia questo tentativo rispetto ai precedenti è che il suo contenuto verrà interamente riprodotto in quello che definitivamente diventerà il Regolamento 1346/2000, a parte alcuni cambiamenti.<sup>23</sup>

Mentre la Comunità europea cercava di sviluppare una forma di cooperazione giudiziaria nell'ambito dell'insolvenza, a livello internazionale un forte impegno nella ricerca di normative riguardanti la materia è stato mostrato dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto del commercio internazionale, più comunemente conosciuta attraverso l'acronimo UNCITRAL.

L'UNCITRAL è stata fondata il 17 dicembre 1966 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, con l'obiettivo di armonizzare e unificare le materie rientranti nel diritto commerciale internazionale. A tal fine l'UNCITRAL utilizza cinque tipologie diverse di testi di legge: le convenzioni (atti vincolanti), le leggi modello (atti non vincolanti), le guide legislative e i modelli preparativi.<sup>24</sup>

Riguardo all'ambito dell'insolvenza transfrontaliera la Commissione delle Nazioni Unite iniziò un'attività di studio sin dal 1993<sup>25</sup>, al fine di sviluppare un modello

---

<sup>21</sup> Gli Stati membri difficilmente avrebbero infatti ceduto completamente la propria giurisdizione.

<sup>22</sup> Per tale cronistoria si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza nella nuova disciplina comunitaria. - Commentario articolo per articolo del regolamento CE n. 1346/2000*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 14 ss.

<sup>23</sup> Si veda *ivi*, p. 18.

<sup>24</sup> **UNCITRAL**, *A Guide to UNCITRAL – Basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law*, United Nations, 2013; **E. LANDOLFI**, *Mai sentito parlare dell'UNCITRAL?*, articolo web su Diritto.it, marzo 1999, reperibile all'indirizzo web [http://www.diritto.it/materiali/commerciale\\_internazionale/uncitral.html](http://www.diritto.it/materiali/commerciale_internazionale/uncitral.html).

<sup>25</sup> Il primo accenno a tale progetto di sviluppo risale infatti alla XXVI sessione del Consiglio dell'UNCITRAL, svoltasi a Vienna dal 5 al 23 luglio. L'*addendum* della sessione riguardante la Cross-

legislativo che permettesse agli Stati aderenti di munirsi di un impianto di leggi moderno ed efficace nel gestire tali procedure transfrontaliere.

La Commissione nel 1995 attivò allora un quinto Gruppo di Lavoro<sup>26</sup> affinché sviluppasse i lavori preparatori necessari alla creazione di una legge modello sull'insolvenza transfrontaliera. Il *Working Group V* venne a conclusione del lavoro dopo quattro sessioni<sup>27</sup>, al termine delle quali la Commissione adottò nel corso della XXX sessione (maggio 1997) l'*UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency* (Legge Modello sull'Insolvenza Transfrontaliera). Si decise così di utilizzare uno strumento di *soft law* quale è una legge modello, composta di norme-tipo, per poter così fornire uno standard di cooperazione senza vincolare o forzare gli Stati al recepimento e alla conformazione ai disposti in esso contenuti.<sup>28</sup>

Riassumendo a grandi linee le tematiche incluse, la Legge Modello sviluppa il suo lavoro su quattro concetti chiave: (a) accesso, (b) riconoscimento, (c) misure previste, (d) coordinamento e cooperazione.

- (a) questo concetto contiene delle previsioni riguardanti l'accesso alle corti al fine di richiedere l'apertura di una procedura d'insolvenza;
- (b) la parte riguardante il riconoscimento predispone procedure semplificate per il riconoscimento il più veloce possibile di procedure transfrontaliere;
- (c) per misure previste si intendono le misure necessarie al riconoscimento di procedure estere per attuare un corretto coordinamento;
- (d) il coordinamento e la cooperazione riguardano le procedure concorrenti in diversi Stati, fra le quali ci deve essere piena comunicazione e una gestione integrata<sup>29</sup>.

---

*border insolvency* è reperibile all'indirizzo web <http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>, ricerca per codice: **A/CN.9/378/Add.4**.

<sup>26</sup> La Commissione dell'UNCITRAL si serve, ad oggi, di sei Gruppi di Lavoro (*Working Groups*), i quali hanno il compito di svolgere dei lavori preparatori su tematiche incluse nel programma della Commissione. Per dettagli sulle singole commissioni si rimanda all'indirizzo web <http://www.uncitral.org/uncitral/en/about/methods.html>.

<sup>27</sup> Cioè la XVIII (1995), XIX (1996), XX (1996) e XXI (1997).

<sup>28</sup> Le legislazioni che fino ad oggi si sono basate su tale legge modello sono venti: Australia (2008), Canada (2005), Colombia (2006), Eritrea (1998), Grecia (2010), Giappone (2000), Mauritius (2009), Messico (2000), Montenegro (2002), Nuova Zelanda (2006), Polonia (2003), Repubblica di Corea (2006), Romania (2002), Serbia (2004), Slovenia (2007), Sud Africa (2000), Uganda (2011), Isole Vergini Britanniche (2003), Gran Bretagna (2006), Stati Uniti d'America (2005). Si veda: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/insolvency/1997Model\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html).

<sup>29</sup> Si veda la presentazione della Legge Modello visionabile nella sezione relativa del sito ufficiale dell'UNCITRAL [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/insolvency/1997Model.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html).

L'importanza di tale modello di legge sta nell'influenza che i suoi concetti avranno sull'atto conclusivo dell'iter intrapreso molti anni prima dalla Comunità europea, cioè il Regolamento (CE) 1346/2000. I due testi normativi avranno infatti alcune importanti analogie, che dimostrano come il lavoro di questa Commissione sia stato di grande aiuto alla formulazione del progetto intrapreso dalla Comunità europea.<sup>30</sup>

Ritornando in ambito comunitario la svolta decisiva avvenne con l'entrata in vigore del trattato di Amsterdam, nel 1999. Il trattato infatti portò alla comunitarizzazione<sup>31</sup> del Terzo Pilastro, sulla scia del fenomeno anche detto della «comunitarizzazione del diritto internazionale privato e processuale»<sup>32</sup>. Ciò significa che le materie precedentemente trattate secondo il metodo intergovernativo, sarebbero dal quel momento passate di competenza all'Unione europea. Tra le materie che vennero comunitarizzate c'era anche la cooperazione giudiziaria in materia civile, e proprio questo passaggio di competenza fornì la base giuridica per l'atto finalmente adottato nel 2000.<sup>33</sup>

Si arrivò così in data 29 maggio 2000 all'adozione del regolamento del Consiglio dell'Unione europea n.1346<sup>34</sup>, fondato sugli artt. 61, lettera c) e 67, paragrafo 1 del Trattato sulla Comunità europea, ora artt. 67 e 81 del nuovo titolo V, capo 1 e 3 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

È bene precisare che in base alle disposizioni particolari riguardanti il Regno Unito e l'Irlanda nonché la Danimarca di cui all'art. 69 TCE<sup>35</sup>, i primi due Stati membri hanno accettato di adottare e applicare il regolamento<sup>36</sup> mentre la Danimarca non ha partecipato all'adozione, restando così non vincolata e non soggetta alla sua

---

<sup>30</sup> Per analogie e differenze tra la Legge Modello e il Regolamento si veda il paragrafo 1.3.1.

<sup>31</sup> Inteso come assoggettamento di determinate materie al Trattato istitutivo della Comunità europea;

<sup>32</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 50.

<sup>33</sup> Sul passaggio si veda **R. ADAM, A. TIZZANO**, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli Editore, 2010, p. 5; **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 17; **B. WESSELS**, *International Insolvency Law*, cit., par. 10427. Si veda anche l'indirizzo web dell'Unione europea

[http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/judicial\\_cooperation\\_in\\_civil\\_matters/133110\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/133110_en.htm).

<sup>34</sup> La cui versione originale e consolidata al 2011 è reperibile all'indirizzo web <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>, ricerca per numero CELEX: **32000R1346**.

<sup>35</sup> Ora abrogato.

<sup>36</sup> In base all' art. 3 del *Protocollo (n. 21) sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, allegato ai trattati UE, «il Regno Unito o l'Irlanda possono notificare per iscritto al presidente del Consiglio, entro tre mesi dalla presentazione di una proposta o un'iniziativa al Consiglio, a norma della parte terza, titolo V del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che desiderano partecipare all'adozione e applicazione di una delle misure proposte; una volta effettuata detta notifica tali Stati sono abilitati a partecipare». Si veda anche il considerando (32) del regolamento.

applicazione<sup>37</sup>. In conclusione gli Stati membri ad oggi soggetti e vincolati al regolamento sono 27, ad esclusione dunque della Danimarca che ai fini del regolamento sarà considerata dagli altri Stati membri come se fosse uno Stato esterno all'Unione<sup>38</sup>.

Con la sua entrata in vigore il regolamento completò la lacuna normativa lasciata dall'art. 1, par. 2, lett. b)<sup>39</sup> del regolamento n. 44/2001, il quale sostituiva la Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e che escludeva espressamente dal proprio ambito di applicazione le procedure concorsuali<sup>40</sup>.

Nel corso del decennio conclusosi due anni fa il regolamento non ha subito fondamentali modifiche, dal momento che l'articolato è rimasto immutato, mentre negli anni sono stati modificati *ex art.* 45 del regolamento soltanto gli allegati A, B e C, al fine di includere le procedure e i curatori degli Stati membri ammessi dopo il 2000 all'Unione europea<sup>41</sup>, oppure al fine di modificare le medesime voci per i Paesi comunitari già ricompresi negli allegati.

Le vere e proprie modifiche che il regolamento potrà subire avverranno con molta probabilità entro la fine del 2014. Come infatti specifica l'art. 46 del regolamento «Non oltre il 1° giugno 2012 e in seguito ogni cinque anni, la Commissione presenta al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale una relazione sull'applicazione del presente regolamento, corredata, se necessario, da proposte di

---

<sup>37</sup> In base agli artt. 1 e 2 del *Protocollo (n. 22) sulla posizione della Danimarca*, allegato ai trattati UE, «la Danimarca non partecipa all'adozione da parte del Consiglio delle misure proposte a norma della parte terza, titolo V del trattato sul funzionamento dell'Unione europea» e «nessuna disposizione della parte terza, titolo V del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nessuna misura adottata a norma di tale titolo, nessuna disposizione di alcun accordo internazionale concluso dall'Unione a norma di tale titolo e nessuna decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea sull'interpretazione di tali disposizioni o misure o di misure modificate o modificabili a norma di tale titolo è vincolante o applicabile in Danimarca; nessuna di tali disposizioni, misure o decisioni pregiudica in alcun modo le competenze, i diritti e gli obblighi della Danimarca». Si veda anche il considerando (33) del regolamento.

<sup>38</sup> Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, Kluwer Law International, 2004, par. 2.

<sup>39</sup> «Sono esclusi dal campo di applicazione del presente regolamento [...] i fallimenti, i concordati e le procedure affini». Si veda nota 1.

<sup>40</sup> Si veda **CASTELLANETA M.**, *L'utilizzo del centro degli interessi principali del debitore come titolo di giurisdizione secondo il regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza*, Consiglio nazionale del notariato, Studi e materiali-Diritto fallimentare, Studio 4-2006/A, pp. 1-2, reperibile all'indirizzo web del Consiglio Nazionale del Notariato <http://www.notariato.it>; **B. WESSELS**, *Cross-Border Insolvency Law in Europe: Present Status and Future Prospects*, in *PER/PELJ*, 2008, vol. 11, n. 1, p. 88.

<sup>41</sup> Si vedano i trattati di adesione firmati nel 2004 da Estonia, Lettonia, Lituania, Polonia, Repubblica ceca, Slovacchia, Slovenia, Ungheria e poi da Cipro e Malta, nel 2007 da Romania e Bulgaria e infine il 1 luglio 2013 la Croazia.

modifica del medesimo». Proprio in quell'anno la Commissione ha presentato non solo una relazione, ma una vera e propria proposta di modifica del regolamento che ha avviato una procedura legislativa ordinaria<sup>42</sup>.

E' poi proseguita nel campo dell'insolvenza l'attività dell'UNCITRAL, che dopo la Legge Modello del 1997 ha prodotto una Guida Legislativa suddivisa in quattro pubblicazioni, le prime due pubblicate nel 2004<sup>43</sup>, la terza nel 2010<sup>44</sup> e la quarta nel 2013<sup>45</sup>. Per la Legge Modello l'UNCITRAL ha inoltre pubblicato nel 2009 una Guida Pratica<sup>46</sup> e nel 2011 un'altra Guida rivolta ai giudici di qualsiasi Stato per assisterli nella risoluzione di casi pratici di insolvenza transfrontaliera<sup>47</sup>.

La Guida Legislativa, uno dei quattro strumenti che la Commissione utilizza per creare testi di legge, segue il lavoro iniziato con la Legge Modello esponendo gli obiettivi e principi che una legge sull'insolvenza di uno Stato deve possedere. Vuole infatti essere un riferimento e un aiuto a disposizione degli Stati per riformare o creare da zero il proprio diritto sull'insolvenza. Si distingue tuttavia rispetto alla Legge Modello poiché focalizza l'attenzione sull'insolvenza di singole entità societarie nonché di gruppi di imprese. Ricapitolando la Legge Modello costituisce un vero e proprio articolato, mentre la Guida Legislativa è redatta in forma discorsiva e contiene raccomandazioni rivolte agli Stati sotto forma di invito<sup>48</sup>.

La Guida pratica pubblicata nel 2009 invece focalizza l'attenzione sugli aspetti pratici della cooperazione giudiziaria in materia di insolvenza, ed è rivolta ai professionisti del settore e agli organi ai quali viene devoluta la gestione di una procedura d'insolvenza transfrontaliera. In particolare questa guida espone i vantaggi di una corretta cooperazione nella risoluzione di eventuali conflitti e questioni pratiche che possono verificarsi durante procedure di tale natura.

---

<sup>42</sup> Si veda il capitolo III.

<sup>43</sup> **UNCITRAL**, *Legislative Guide on Insolvency Law*, United Nations publication, New York, 2005.

<sup>44</sup> **UNCITRAL**, *Legislative Guide on Insolvency Law - Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency*, United Nations publication, New York, 2012.

<sup>45</sup> **UNCITRAL**, *Legislative Guide on Insolvency Law - Part four: Directors' obligations in the period approaching insolvency*, United Nations publication, New York, 2013.

<sup>46</sup> **UNCITRAL**, *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, United Nations publication, New York, 2010.

<sup>47</sup> **UNCITRAL**, *Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective*, United Nations publication, New York, 2012.

<sup>48</sup> **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., pp. 4 ss.

### 1.2.2 I principi di universalità e di territorialità

Come accennato nel paragrafo precedente, le prime proposte normative della Comunità europea si basavano sul principio di universalità piena, in base al quale lo Stato ritenuto competente avrebbe avuto piena giurisdizione ad aprire la procedura d'insolvenza e a farne valere gli effetti da essa derivanti in qualsiasi altro Stato membro. La soluzione destò reticenza tra i Paesi membri, probabilmente dato che sembrava eccessivo attribuire solo Stato la piena giurisdizione ad un, su una procedura che avrebbe avuto conseguenze oltre i confini nazionali.

Questa non era tuttavia l'unica soluzione adottabile nello sviluppo di una normativa sull'insolvenza, dal momento che esistevano anche altri due criteri, uno alternativo e uno intermedio a quello dell'universalità piena. I principi in questione sono quelli di territorialità e di universalità attenuata.<sup>49</sup>

Il diverso approccio delle tre soluzioni prospettabili sta nell'estensione in efficacia che i singoli criteri assegnano alla *lex concursus*<sup>50</sup>: secondo il principio di universalità piena la legge nazionale applicabile alla procedura avrà efficacia anche oltre i confini giuridici dello Stato, secondo il principio di territorialità avrà efficacia soltanto nel territorio dello Stato di apertura, infine in base al principio di universalità attenuata avrà efficacia transfrontaliera parziale.

Il criterio dell'universalità piena implica che soltanto uno Stato sia pienamente competente nella gestione dell'insolvenza: sotto la sua sola giurisdizione ricadrà la competenza ad aprire la procedura e la competenza a spossessare e gestire il patrimonio del fallito ovunque esso si trovi, entro o al di fuori dei confini dello Stato. In tale unica procedura dovranno anche insinuare i propri crediti i creditori di qualsiasi nazionalità e provenienza. Come si è già detto tale criterio, affermando la piena autorità di uno Stato, mostra il suo grande difetto applicativo nel voler travalicare l'autorità degli altri Stati coinvolti nella procedura, a meno che gli altri stato non applichino a loro volta un

---

<sup>49</sup> Per una trattazione dei tre criteri si rimanda a: pp. 5-7 **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., pp. 5 ss.; **G. McCORMACK**, *Universalism in Insolvency Proceedings and the Common Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2012, vol. 32, n. 2, pp. 327 ss.; **F. PERSANO**, *Contestuali procedure d'insolvenza in ambito europeo*, in *Fallimento*, 2004, 11, 1243; **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 9 ss.; **B. WESSELS**, *Cross-Border Insolvency Law*, cit., pp. 70 ss.; **M.M. WINKLER**, *Le procedure concorsuali relative ad imprese multinazionali: la Corte di giustizia si pronuncia sul caso Eurofood*, in *Int'l Lis*, 2007, 1, 15.

<sup>50</sup> Cioè la legge dello stato di apertura della procedura d'insolvenza. Si veda **UNCITRAL**, *Legislative Guide on Insolvency Law*, cit., pp. 5, 69. La *lex fori concursus* viene ad esempio utilizzata nell'art. 4 del regolamento.



principio di universalità e riconoscano le pretese avanzate da procedure universali estere. Nel caso in cui coesistano più procedure principali universali, a prima vista la concorrenza delle procedure mostrerebbe una certa convenienza, dal momento che l'attività svolta da più procedure di individuazione ed eventuale spossessamento dei patrimoni del debitore ovunque situati permetterebbe di raccogliere un passivo fallimentare più completo<sup>51</sup>. Tuttavia i conflitti sorgerebbero immediatamente nel caso in cui la distribuzione dei patrimoni avvenga indipendentemente nelle singole procedure, poiché ogni Stato rivendicherebbe il bisogno di soddisfacimento dei propri creditori. Il metodo inoltre si rivela già in principio altamente inefficiente sul versante dei costi delle procedure.

Il criterio della territorialità al contrario prevede che ogni Stato in cui sia situata parte del patrimonio del debitore apra una propria procedura concorsuale, soggetta alla propria *lex concursus*. Le caratteristiche principali di questo criterio sono l'apertura di tante procedure quanti sono i beni del debitore situati in diversi Stati e la possibilità di insinuarsi al passivo delle singole procedure soltanto per i creditori nazionali, cioè provenienti dallo stesso Stato in cui si è aperta la procedura. Si ha dunque una limitazione territoriale del patrimonio assoggettato alla procedura e dei creditori partecipanti al concorso<sup>52</sup>.

Il criterio dell'universalità presenta dei vantaggi e degli svantaggi, i quali specularmente rappresentano i relativi vantaggi e svantaggi del criterio della territorialità. Si esporranno perciò i principali vantaggi e svantaggi di una procedura universale piena con l'intento di alludere anche agli speculari svantaggi e vantaggi di una procedura territoriale.

Una procedura basata sull'universalità piena se riconosciuta dagli altri Stati come tale permette di calmierare i costi, riducendo il numero di procedure aperte; è inoltre più ragionevole per il fallito e per i suoi creditori, che si troveranno a trattare con un solo tribunale. I creditori dovranno tuttavia affrontare alcuni problemi e difficoltà nel partecipare al concorso universale: *in primis* non essendo a conoscenza della procedura aperta all'estero, avranno sicuramente difficoltà sia nel venire a conoscenza

---

<sup>51</sup> Si veda **G. McCORMACK**, *Universalism*, cit., p. 327.

<sup>52</sup> Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 10. Gli Autori specularmente spiegano come le procedure universali invece comprendano tutto il patrimonio del debitore ovunque situato, prevedano l'applicazione della *lex concursus* anche al di fuori dei confini nazionali e permettano l'insinuazione al passivo da parte di qualsiasi creditore anche estero.

dell'apertura sia, una volta venuti a conoscenza di questa, nel restare tempestivamente informati e nella propria insinuazione. Oltre a queste problematiche la più comune sarà in ogni caso quella delle barriere linguistiche<sup>53</sup>. Le autorità fiscali e i creditori privilegiati invece potrebbero trovarsi declassati, a causa di una diversa gerarchia stabilita dallo Stato in cui si è aperta la procedura universale<sup>54</sup>. Oltre al rischio di mancato privilegio c'è il rischio che creditori forniti di diritti particolari in uno Stato estero non vedano riconosciuta la particolarità dei propri diritti nello Stato di apertura della procedura universale. I piccoli creditori esteri infine verrebbero facilmente esclusi dal proprio diritto al soddisfacimento, visti gli oneri che l'insinuazione ad una procedura estera comporta. Infatti quest'ultima categoria non è in grado di calcolare il rischio che si assume nell'entrare in rapporti economici con il futuro debitore, perciò sarebbe costretta a doversi insinuare in procedure concorsuali fuori dal proprio Stato senza averlo potuto prevedere<sup>55</sup>.

Oltre a questi due criteri che rappresentano gli estremi di molteplici possibilità miste, si è già detto come nella realtà gli Stati siano soliti adottare entrambi i criteri con l'obiettivo di ampliare il più possibile la propria autorità a seconda delle situazioni. Un classico esempio di tale impostazione mista è l'art.9 della Legge fallimentare italiana già trattato nel par. 1.1, nel quale dal primo comma deriva come conseguenza dell'apertura della procedura un criterio di universalità che ricomprende nella procedura aperta l'integrale patrimonio del debitore, ovunque esso sia situato. Un criterio di universalità è presente anche nel secondo comma, il quale nel voler evitare il fenomeno del *forum shopping*<sup>56</sup> ritiene comunque competente il foro italiano di cui al primo comma, in caso di trasferimento della sede d'impresa nell'anno precedente l'iniziativa che richiede l'apertura della procedura. Al contrario di quelli precedenti il terzo comma utilizza un criterio di territorialità, poiché permette che venga dichiarato fallito un imprenditore già dichiarato fallito all'estero, prevedendo così lo spossessamento per i beni situati nel territorio dello Stato italiano<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> Si veda **G. McCORMACK**, *Universalism*, cit., p. 328.

<sup>54</sup> Si veda **M.M. WINKLER**, *Le procedure concorsuali*, cit.

<sup>55</sup> Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., para. 12.

<sup>56</sup> Del quale si avrà modo di trattare ampiamente nel prossimo capitolo.

<sup>57</sup> Si vedano **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 6; **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 19.

Una tale impostazione mista mostra però la sua impraticabilità nel momento in cui gli Stati esteri coinvolti nell'insolvenza non collaborino od abbiano medesime pretese di giurisdizione, generando così conflitti difficilmente risolvibili. Alla luce della situazione qui illustrata alcuni Autori<sup>58</sup> si sono giustamente espressi in maniera critica sul mancato intervento del Legislatore in materia concorsuale, soprattutto dopo l'entrata in vigore del regolamento n.1346 e dopo l'applicazione del criterio dell'universalità attenuata in esso contenuto. A parere di chi scrive la sola modifica dell'art.9, introdotta dall'art.7 del D.Lgs. 9 gennaio 2006 n.6<sup>59</sup>, pare infatti una mera costrizione, dovuta all'entrata in vigore nel 2002 del regolamento e perciò anche ritardataria; con tale parere si fa particolare riferimento al dispositivo introdotto dal nuovo comma quarto, il quale fa salve rispetto all'universalità piena italiana le convenzioni internazionali e appunto la normativa dell'Unione europea, lasciando tuttavia inalterata la presenza dei criteri di piena universalità e territorialità nelle disposizioni dei precedenti commi. Enfatizza la critica l'ulteriore considerazione che nel corso degli anni sono stati messi a disposizione del Legislatore i diversi lavori pubblicati dall'UNCITRAL<sup>60</sup>. Come già spiegato ognuno di questi lavori propone infatti ai legislatori degli Stati dei modelli e delle guide al fine di sviluppare un efficace sistema nazionale di gestione delle procedure concorsuali.

Diverso da un'applicazione mista come quella di cui all'art.9 è il criterio dell'universalità attenuata adottato dal regolamento, il quale più che essere un criterio misto potrebbe essere definito un criterio intermedio tra il criterio dell'universalità piena e quello della territorialità. Il carattere attenuato del modello risiede nel prevedere l'apertura di una procedura principale e di più procedure secondarie, o ancillari, gerarchicamente dipendenti dalla principale. Data la presenza di più procedure aperte in capo allo stesso debitore, fondamentale requisito del criterio sarà la cooperazione tra le corti o degli organi della procedura, soprattutto nel caso in cui il diritto nazionale nulla preveda riguardo l'insolvenza transnazionale<sup>61</sup>. Secondo tale impostazione la procedura principale rappresenterà il carattere universale della procedura, mentre le procedure secondarie rappresenteranno la territorialità e l'attenuazione della procedura

---

<sup>58</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 21.

<sup>59</sup> Il quale ha sostituito gli originari commi secondo e terzo con gli attuali commi secondo, terzo, quarto e quinto.

<sup>60</sup> Della cui attività l'Italia è partecipe in quanto membro della Commissione sin dal 1980. Il periodo di attività degli Stati membri delle Nazioni Unite nella Commissione dell'UNCITRAL è consultabile all'indirizzo web [http://www.uncitral.org/uncitral/about/origin\\_history.html](http://www.uncitral.org/uncitral/about/origin_history.html).

<sup>61</sup> Si veda **B. WESSELS**, *International Insolvency Law*, cit., par. 10026.

principale<sup>62</sup>. Questo è stato il criterio adottato dal regolamento (CE) n. 1346/2000 e chiara motivazione di tale scelta è data dall'undicesimo considerando del regolamento, secondo il quale il legislatore europeo ha preso atto delle notevoli differenze fra i diritti sostanziali dei Paesi membri, differenze che non permetterebbero nella pratica un'impostazione universalistica piena del regolamento, se non con notevoli difficoltà nell'applicazione. Il considerando specifica poi le più importanti di queste difficoltà applicative accennando all'eterogeneità di garanzie per i creditori nei diversi Stati membri. Con particolare riguardo ai diritti di prelazione in capo a particolari creditori le differenze sono in alcuni casi enormi.

Oltre all'utilizzo del criterio dell'universalità attenuata che dispone la coesistenza di una procedura principale e più procedure secondarie, il regolamento prevede un ulteriore mezzo per la tutela di queste differenze in termini di garanzie. Tale mezzo consiste in una decina di disposizioni speciali contenute negli articoli da 5 a 15, le quali, in deroga all'applicazione della *lex concursus* dello Stato in cui la procedura principale o secondaria viene aperta, prevedono l'applicazione di disposizioni autonome di diritto comunitario<sup>63</sup> oppure rimandano alla *lex concursus* di una particolare procedura<sup>64</sup>. La *ratio* di queste deroghe sta nell'obiettivo di preservare i diritti particolari o gli interessi speciali tutelati in alcuni Stati membri, affinché questi creditori tutelati non si vedano negare il proprio diritto poiché non previsto dalla procedura estera<sup>65</sup>.

Si ritiene quindi che grazie a questa impostazione il regolamento risulti un buon compromesso tra la cessione di giurisdizione da parte degli Stati membri e la conservazione di particolari diritti garantiti da questi ultimi.

---

<sup>62</sup> Si veda **M. FABIANI**, *Gruppi di imprese ed insolvenza transfrontaliera: spazi residui di forum e law shopping nella disciplina comunitaria*, in *Int'l Lis*, 2004, 2, 95, par. 1.

<sup>63</sup> Il regolamento prevede infatti disposizioni autonome sul trattamento dei diritti reali di terzi, della compensazione e della riserva di proprietà.

<sup>64</sup> Rientrano tra questi rimandi il contratto relativo ad un bene immobile, i sistemi di pagamento, i contratti di lavoro, i diritti soggetti a iscrizione in pubblici registri, i brevetti e marchi comunitari, la tutela del terzo acquirente e gli effetti della procedura d'insolvenza sui procedimenti pendenti.

<sup>65</sup> Si veda **I.F. FLETCHER**, *Scope and Jurisdiction*, in **G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS** (eds.), *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. – A Commentary and Annotated Guide*, II ed., Oxford University Press, 2009, par. 3.19; **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 135. Si veda inoltre quanto detto riguardo al principio di universalità e al suo rischio di penalizzare i creditori provenienti da Stati membri diversi da quello di apertura della procedura.

### 1.2.3 L'applicazione pratica del principio di universalità attenuata: procedura principale, procedure secondarie e procedure territoriali indipendenti nel regolamento

Avendo come obiettivo il raggiungimento di un'universalità attenuata il regolamento è stato strutturato in base ad un modello normativo che prevede la possibilità per gli Stati membri di aprire tre tipologie di procedure, legate tra di loro secondo un legame gerarchico e di dipendenza. Sono queste le procedure principali, le procedure secondarie e le procedure territoriali indipendenti.

Lo schema gerarchico prevede che possa essere aperta per ogni debitore una sola procedura principale in uno degli Stati membri dell'Unione europea, mentre potranno essere aperte più procedure secondarie nonché territoriali indipendenti negli altri Stati membri, successivamente o prima dell'apertura della procedura principale. Le procedure territoriali indipendenti possono essere aperte prima della procedura principale, mentre le procedure secondarie possono essere aperte soltanto dopo l'apertura della procedura principale. Tuttavia dopo l'apertura della procedura principale anche le procedure territoriali indipendenti si trasformeranno obbligatoriamente in procedure secondarie. Pur di fronte ad una situazione di dipendenza gerarchica tra principale e secondarie, vigerà fra tutte le procedure un dovere di coordinamento e informazione reciproca<sup>66</sup>.

I requisiti per l'apertura delle diverse procedure sono specifici e differenti: la procedura principale potrà essere aperta dallo Stato membro nel cui territorio sia situato il centro degli interessi principali del debitore<sup>67</sup>, le procedure secondarie e territoriali indipendenti potranno essere aperte negli Stati membri in cui sia presente una dipendenza<sup>68</sup> del debitore.

La procedura principale rappresenta la procedura concorsuale cardine, che come già detto rispecchia la componente universale del criterio dell'universalità attenuata. La sua apertura cioè interessa l'intero patrimonio del debitore situato in qualsiasi Stato membro e permette l'insinuazione al passivo di qualsiasi creditore proveniente da Paesi comunitari esteri. In linea di principio la *lex concursus* che si applicherà a questa

---

<sup>66</sup> Per meglio comprendere il funzionamento dell'apertura di queste procedure e dei possibili processi di trasformazione si rimanda al commento dell'art. 3 del regolamento.

<sup>67</sup> Per il momento basti sapere che, salvo deroghe, questo centro corrisponde con la sede statutaria del debitore. Tale sede statutaria dovrà essere localizzata nel territorio di uno Stato membro dell'Unione europea, non potendo il regolamento avere implicazioni oltre i confini degli Stati dell'Unione.

<sup>68</sup> Per la definizione di dipendenza si rimanda al commento all'art. 2, lett. h).

procedura principale dovrà essere riconosciuta e potrà essere fatta valere, nei propri effetti, in ogni altro Stato membro, che si troverà sprovvisto di giurisdizione.

Il carattere di attenuazione dell'universalità si ravvisa invece nella possibilità di aprire procedure secondarie<sup>69</sup> e territoriali indipendenti, le quali limitano la sfera giurisdizionale della procedura principale. Si ravvisa inoltre nelle già citate previsioni speciali riguardanti alcune categorie particolari di crediti, per le quali il regolamento attenua l'universalità della *lex concursus* in favore di detti diritti<sup>70</sup>.

Le procedure secondarie sono delle procedure ancillari alla procedura principale che rispecchiano più il criterio di territorialità, poiché permettono agli altri Stati membri di aprire delle procedure meramente liquidatorie i cui effetti e la cui *lex concursus* è limitata al territorio degli Stati in cui vengono aperte. A differenza della procedura principale dette procedure potranno spossessare il debitore soltanto dei beni presenti nel territorio dello Stato e avranno l'unico fine di liquidare il patrimonio presente nel territorio nazionale<sup>71</sup>. Si badi invece che, al pari della procedura principale, qualsiasi creditore potrà insinuare il proprio credito anche in ognuna delle eventuali procedure secondarie.

La teorica universalità della procedura principale può dunque essere attenuata dall'apertura di queste procedure secondarie, le quali nel territorio in cui sia presente una dipendenza del debitore si sostituiranno alla giurisdizione della procedura principale. In base tuttavia al rapporto gerarchico di dipendenza resterà in capo al curatore della procedura principale la possibilità di intervento nelle procedure secondarie, al fine ad esempio di proporre un piano di risanamento, un concordato oppure di chiedere la sospensione della liquidazione dell'attivo della dipendenza<sup>72</sup>. in ogni caso sarà necessario un tempestivo coordinamento tra le procedure<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup> La funzione di attenuazione dell'universalità è espressamente prevista al dodicesimo «considerando» del regolamento (per un'introduzione ai «considerando» si veda il par. 1.3.2), il quale nel dichiarare la portata universale della procedura principale e la sua tendenza a comprendere tutti i beni del debitore affianca la possibilità parallela dell'apertura di dette procedure secondarie.

<sup>70</sup> Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 18.

<sup>71</sup> Mentre le procedure principali possono avere qualsiasi scopo diverso dalla liquidazione del patrimonio del debitore, come ad esempio finalità di risanamento. Si veda a tal proposito le procedure italiane ricomprese nell'allegato A del regolamento nella sua versione consolidata, tra le quali figurano il concordato preventivo e l'amministrazione straordinaria, due procedure concorsuali volte al superamento dello stato di crisi dell'imprenditore e alla conservazione dei complessi produttivi.

<sup>72</sup> Si veda il considerando (20).

<sup>73</sup> Sul rapporto di collegamento e coordinamento si veda il contenuto del considerando (12), secondo il quale «Disposizioni vincolanti di coordinamento [delle procedure secondarie] con la procedura principale consentono di rispettare le esigenze di uniformità all'interno della Comunità».

Le procedure territoriali indipendenti rispecchiano le procedure secondarie nell'obiettivo di tutela dei creditori locali e nel carattere territoriale della loro giurisdizione, tuttavia differiscono da queste nel presupposto e nei rapporti con la procedura principale. Il presupposto di apertura di queste procedure viene in essere nel caso in cui lo Stato competente ad aprire la procedura principale non l'abbia ancora aperta<sup>74</sup> o addirittura non ne preveda l'apertura<sup>75</sup>. Nel fatto che non ci sia ancora una procedura principale aperta sta l'indipendenza di questa procedura territoriale, ed è questo che la distingue dalla secondaria dipendente.

#### 1.2.4 Obiettivi del regolamento

Pur nelle sue successive difficoltà applicative lo strumento del regolamento ebbe sin dal principio un'importanza internazionale<sup>76</sup>.

Gli obiettivi che inizialmente hanno portato alla sua stesura e applicazione si desumono dalla base giuridica del regolamento stesso, di cui al primo «visto». I suoi «pilastri» sono infatti gli artt. 61, lett. c) e 67, para. 1, del Trattato che istituisce la Comunità

---

<sup>74</sup> E in questo caso la richiesta d'apertura potrebbe essere fatta dai soli creditori territoriali. La richiesta avrebbe finalità conservativa del patrimonio presente nella dipendenza, al fine di spossessare il debitore dei beni in quello Stato posseduti, in attesa che la procedura principale venga aperta nell'altro Stato membro competente. Nel momento in cui viene aperta la procedura principale, quella territoriale indipendente perde il suo carattere di indipendenza, diventando procedura secondaria dipendente dalla principale. Per questo motivo la domanda di apertura di una procedura territoriale può essere fatta soltanto da creditori locali, ma una volta diventata secondaria qualsiasi creditore anche estero potrà insinuarsi nel suo passivo (si ricorda infatti che in una procedura secondaria può insinuarsi qualsiasi creditore). Sulla possibilità di insinuazione dei creditori esteri nelle procedure territoriali indipendenti aperte prima dell'apertura della procedura principale si veda **M. BOGDAN** in **G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS** (eds.), *The EC Regulation*, II ed., cit., par. 8.156.

<sup>75</sup> A differenza della nota precedente in questa situazione qualsiasi creditore, anche estero, potrà richiedere nello Stato della dipendenza l'apertura di una procedura territoriale indipendente. Si pensi al caso in cui uno Stato membro non preveda la possibilità di aprire una procedura concorsuale per una determinata categoria di debitori: riportiamo l'esempio di **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 121, in cui «per esempio [in Italia] non è consentito il fallimento del privato persona fisica non imprenditore. Però può darsi che questo debitore abbia in Italia il centro dei propri interessi principali, ma abbia anche in un altro Paese, in cui invece il fallimento del non imprenditore è ammesso, un patrimonio che può essere qualificato come “dipendenza”. In tal caso, non sarà possibile aprire in Italia una procedura principale di fallimento con carattere universale; tuttavia i creditori potranno chiedere in quell'altro Paese l'apertura di una procedura territoriale indipendente di fallimento di quello stesso debitore, ma limitata al patrimonio presente in quello stesso Paese». Data l'impossibilità di aprire una procedura principale, questa disposizione permette di aprire almeno una procedura territoriale indipendente per soddisfare tutti i creditori del debitore non fallibile con il patrimonio della dipendenza.

<sup>76</sup> Riprendendo un passo di **M.M. WINKLER**, *Eurofood: è davvero finito il periodo di “rodaggio” del Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza?*, in *Dir. comm. internaz.*, 2007, 2, pp. 527 ss., par. 1, il regolamento «ad oggi [è] l'unico strumento internazionale vincolante in materia di procedure concorsuali a carattere transnazionale».

europea<sup>77</sup>, ove l'obiettivo stava nell'«adozione da parte del Consiglio [...] di misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, come previsto all'art. 65»<sup>78</sup>. L'allora art. 65 al quale l'articolo 61 fa rimando precisava che tali misure in materia di cooperazione giudiziaria dovevano migliorare e semplificare la notificazione degli atti giudiziari ed extragiudiziali, nonché il riconoscimento e l'esecuzione di decisioni estere in materia civile e commerciale. Ulteriormente le misure dovevano promuovere la compatibilità delle regole sui conflitti di giurisdizione applicabili negli Stati membri. Questo proposito di cooperazione in ambito giudiziario, potenziato in efficacia anche dal Trattato di Amsterdam<sup>79</sup>, ha permesso poi all'Unione europea di sviluppare definitivamente un sistema di riconoscimento degli atti giudiziari nell'ambito dell'insolvenza.

L'obiettivo principe che ha portato alla comunitarizzazione di una materia precedentemente regolata dal diritto internazionale privato consisteva nell'evitare il fenomeno del *forum shopping*, assicurando così maggiore certezza del diritto per gli operatori del mercato interno comunitario.<sup>80</sup> L'entrata in vigore del regolamento avrebbe infatti permesso di individuare immediatamente la corte competente ad aprire e gestire la procedura, nonché la legge applicabile a quella procedura concorsuale. Così facendo sarebbe risultato, in linea teorica, impossibile per il debitore trasferire elusivamente il proprio patrimonio da uno Stato membro ad un altro a lui più

---

<sup>77</sup> Ora diventato art. 67 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, il quale non prevede più alcuna lett. c) ma contiene il seguente quarto paragrafo: «L'Unione facilita l'accesso alla giustizia, in particolare attraverso il principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali in materia civile».

<sup>78</sup> Art. 61, lett. c) del TCE.

<sup>79</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 17. Si intende in particolare l'introduzione della procedura decisionale di «cooperazione rafforzata», che ha spinto alla cooperazione sulle regole di concorrenza per il funzionamento del mercato interno e sulla politica commerciale comune.

<sup>80</sup> Si veda l'indirizzo web dell'Unione europea riguardante l'insolvenza

[http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/judicial\\_cooperation\\_in\\_civil\\_matters/133110\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/133110_en.htm). Per i commenti della dottrina sul regolamento e l'obiettivo di contrasto del *forum shopping* si veda **L. BACCAGLINI**, *Il caso Eurofood: giurisdizione e litispendenza nell'insolvenza transfrontaliera*, in *Int'l Lis*, 2006, 3/4, p. 124; **D. BANAHAN**, *Cross Border Insolvency – COMI Shifts: An Entitlement under EU Fundamental Freedoms?*, in *Católica Dissertations*, n. 6, 2013, p. 11, reperibile all'indirizzo web [www.fd.lisboa.ucp.pt/research](http://www.fd.lisboa.ucp.pt/research); **M.V. BENEDETTELLI**, «Centro degli interessi principali» del debitore e *forum shopping* nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, in *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2004, 499; **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 19; **M. FABIANI**, *Gruppi di imprese ed insolvenza transfrontaliera*, cit., par. 3; **F. MACRÌ**, *Trasferimento del Centro degli Interessi Principali e Competenza Giurisdizionale nel Regolamento (CE) 1346/2000*, in *Fallimento*, 2006, 8, 907; **B. WESSELS**, *Cross-Border Insolvency Law*, cit., p. 85.



favorevole. Si vedrà invece nel proseguio come tale obiettivo non sia stato efficacemente contrastato e come sia tuttora al centro del dibattito di numerosa dottrina e degli organi dell'Unione.

Fortifica tale preciso obiettivo la scelta del regolamento comunitario come strumento utile a statuire tale sicurezza per gli operatori. Le convenzioni di diritto internazionale privato hanno infatti il difetto di dipendere dalle singole volontà degli Stati aderenti, nonché di essere soggette ai tempi di ratifica dei legislatori, quasi mai di uguale durata e anzi a volte tardivi, portando così ad un'entrata in vigore della convenzione ritardata. È stato questo ad esempio il difetto della Convenzione di Bruxelles del 1968, nonché della Convenzione del 1995 che ha preceduto il regolamento 1346<sup>81</sup>. Non è invece necessaria alcuna ratifica per un regolamento comunitario, il quale nel stabilire la sua data di entrata in vigore determina il momento preciso in cui esso acquista efficacia, diventando obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in tutti gli Stati membri<sup>82</sup>. Questo significa che ogni Stato membro dovrà conformarsi in maniera rigorosa al suo contenuto e non potrà in alcun modo applicarlo in maniera incompleta o selettiva<sup>83</sup>. Inoltre, nel caso in cui uno Stato membro emani provvedimenti legislativi od abbia al suo interno norme che contrastano con il regolamento comunitario entrato in vigore, ciò porterebbe alla diretta disapplicazione dei provvedimenti e delle norme stesse. La più importante conseguenza di questa diretta applicabilità dei regolamenti sta nel poter porre in essere «situazioni giuridiche soggettive in capo ai privati, tanto nei loro rapporti con altri privati, che nei rapporti con gli Stati o le istituzioni dell'Unione»<sup>84</sup>.

#### 1.2.5 Struttura del regolamento

Come d'obbligo per i regolamenti, le direttive e le decisioni, il regolamento n.1346/2000 espone in successione dei «visto», dei «considerando» e infine gli articoli. I «visto» fanno parte del preambolo e contengono la base giuridica dell'atto e i pareri, che rappresentano le fasi essenziali del procedimento di formazione dell'atto stesso. Si è

---

<sup>81</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 51.

<sup>82</sup> Il regolamento 1346/2000 è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri in base all'art. 288 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (ex articolo 249 del Trattato che istituisce la Comunità europea). Si veda **M. CASTELLANETA**, *L'utilizzo del centro degli interessi principali*, cit., p. 2.

<sup>83</sup> Si veda **R. ADAM, A. TIZZANO**, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 144.

<sup>84</sup> Si veda **R. ADAM, A. TIZZANO**, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 146.

già visto come l'art. 61 TCE<sup>85</sup> mirasse alla cooperazione giudiziaria in materia civile; le consecutive iniziative della Repubblica federale di Germania e della Repubblica di Finlandia trovano la loro importanza nell'aver riportato all'attenzione del Consiglio dei Ministri dell'UE il testo della Convenzione del 1995, arrivando alla stesura del regolamento<sup>86</sup>.

Tra i «visto» e l'articolato è inserito uno strumento che deve essere obbligatoriamente presente nei regolamenti ma anche nelle direttive e nelle decisioni, ossia i «considerando». Questi hanno l'obiettivo principale di motivare gli articoli, senza tuttavia avere carattere normativo vero e proprio. Tale tipologia di motivazione permette di interpretare gli articoli e di conoscere il percorso logico alla base della loro specifica formulazione<sup>87</sup>. Questa funzione è esplicitata attraverso l'utilizzo di elementi di fatto e di diritto nella formulazione stessa dei «considerando»<sup>88</sup>.

Il corpo centrale del regolamento è invece composto da 47 articoli, suddivisi in cinque capitoli riguardanti le disposizioni generali, il riconoscimento della procedura di insolvenza, le procedure secondarie di insolvenza, l'informazione dei creditori e insinuazione dei loro crediti e infine le disposizioni transitorie e finali.

Chiudono il corpo di disposizioni tre allegati, nelle cui liste sono elencate per ogni Stato membro le procedure d'insolvenza (Allegato A), le procedure di liquidazione (Allegato B) e i curatori (Allegato C) soggetti al regolamento stesso. In linea generale gli allegati permettono un'applicazione certa del regolamento, poiché forniscono alle corti degli Stati membri un metodo semplice di consultazione per verificare se questi sia applicabile o meno ad una determinata procedura<sup>89</sup>.

---

<sup>85</sup> Insieme all'abrogato art. 67.

<sup>86</sup> Si veda **I.F. FLETCHER**, *Historical Overview: The drafting of the Regulation and its Precursors*, in **G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS** (eds.), *The EC Regulation*, II ed., cit., par. 1.02.

<sup>87</sup> Mentre le basi giuridiche dell'articolato sono contenute nei «visto».

<sup>88</sup> *Guida Pratica Comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione*, a cura dell'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee, 2003, p. 31, reperibile all'indirizzo web <http://eur-lex.europa.eu/it/techleg/pdf/it.pdf>.

<sup>89</sup> Si veda **M. VIRGÓS**, *The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: an Insider's View*, in *Forum Internationale*, marzo 1998, n. 25, p. 9.

### 1.2.6 Interpretazione del regolamento: il principio di nozione autonoma di diritto comunitario e il ruolo della Corte di giustizia

Il regolamento non ha l'obiettivo di creare una normativa comune che si sostituisca alle singole leggi degli Stati membri in materia di insolvenza: il suo reale scopo consiste nel disporre delle norme comuni che regolino la giurisdizione e i relativi conflitti, indicando quale legge nazionale applicare alle procedure concorsuali e quali effetti detta legge pone in essere<sup>90</sup>.

Lo strumento del regolamento è stato scelto come soluzione ideale a tale scopo poiché è l'atto comunitario che più degli altri «concretizza il trasferimento di competenze dagli Stati membri alle istituzioni dell'Unione, dato che attraverso il regolamento la normativa che esso adotta viene a sostituirsi integralmente, nel settore da essa regolato, alle normative nazionali»<sup>91</sup>. Tale sostituzione integrale implica una vincolatività immediata e una portata generale in tutti gli Stati membri, oltre che la possibilità per l'Unione di utilizzare nozioni autonome di diritto comunitario, non soggette ad interpretazioni soggettive da parte degli Stati membri e invece interpretabili alla luce del solo diritto europeo<sup>92</sup>. In questa maniera il regolamento presenta caratteristiche di certezza, efficacia e chiarezza nell'attribuire la giurisdizione.

I criteri necessari all'interpretazione del regolamento dovranno essere ricercati soltanto all'interno del diritto comunitario e secondo la sua gerarchia di fonti<sup>93</sup>. Tra le fonti

---

<sup>90</sup> Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 113; **B. WESSELS**, *International Insolvency Law*, cit., par. 10483.

<sup>91</sup> Si veda **R. ADAM, A. TIZZANO**, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 143.

<sup>92</sup> Gli Stati membri non possono ad esempio utilizzare fonti di diritto interno per interpretare queste norme comunitarie. Questo permette di evitare interpretazioni eterogenee. Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 55.

<sup>93</sup> Si veda **S. ISAACS, R. BRENT**, *The Insolvency Regulation as a Community Legal Instrument*, in **G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS** (eds.), *The EC Regulation*, II ed., cit., par. 2.18. Si ricorda che il diritto europeo presenta tre gradi gerarchici di fonti, ossia le fonti di diritto primario, le fonti di diritto derivato e le fonti di diritto complementare. Le fonti di diritto primario includono i trattati istitutivi dell'Unione europea quali il TUE, il TFUE, i trattati modificativi dell'Ue, i protocolli allegati ai trattati, i trattati di adesione degli Stati membri dell'Ue che integrano i Trattati istitutivi, i principi generali di diritto. In particolare il TUE è stato definito dalla Corte di giustizia «Carta costituzionale di base» (sentenza 23 aprile 1986, causa 294/83, *Parti écologiste Les Verts c. Parlamento europeo*, 1339, punto 23). Fanno parte delle fonti di diritto derivato gli atti unilaterali *tipici* di cui all'art. 288 del TFUE (regolamenti, direttive, decisioni, pareri, raccomandazioni) nonché gli atti *atipici* non compresi nell'art. 288 (comunicazioni, raccomandazioni, libri bianchi, libri verdi). Concludono la gerarchia le fonti di diritto complementare, costituite *in primis* dalla giurisprudenza della Corte di giustizia nonché dal diritto internazionale e i principi generali del diritto. Si veda **R. ADAM, A. TIZZANO**, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 109 ss.; *Le fonti del diritto dell'Unione europea*, reperibile all'indirizzo web dell'Unione europea

[http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/decisionmaking\\_process/l14534\\_it.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/l14534_it.htm)

primarie dei Trattati dell'Unione e del suo funzionamento si dovranno considerare l'art. 67, par. 4 e l'art. 81, par. 1 e 2 del TFUE<sup>94</sup>, i quali in combinato disposto prevedono la cooperazione fra gli Stati membri al fine del riconoscimento reciproco, della notificazione e della comunicazione delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali in materia civile. Si è già avuto modo di vedere come questa disposizione fornisca la base giuridica su cui la Comunità europea ha inteso adottare il regolamento<sup>95</sup>.

Oltre agli articoli alla base del regolamento è bene evidenziare che i principi in esso contenuti vanno contestualizzati nell'insieme di altri principi fondamentali inclusi nei trattati, e qualsiasi interpretazione non potrà contrastare o violare questi ultimi. Sicuramente saranno in questo senso rilevanti i principi legati al mercato comune e le quattro libertà fondamentali di circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, libertà vicendevolmente condizionate e funzionali alla libertà di stabilimento *ex art. 49, comma 2, del TFUE*<sup>96</sup>.

Tra le fonti di diritto derivato si ha innanzitutto il regolamento stesso e i suoi articoli, i quali possono dare diretta definizione di termini e principi<sup>97</sup>. Utili saranno anche i «considerando», cioè una serie di disposizioni senza valore normativo solitamente contenute negli atti dell'Unione prima del contenuto vero e proprio dell'atto. Questi hanno molteplici scopi, quali ad esempio far luce sull'origine delle norme, motivarne l'applicazione nonché aiutare nell'interpretazione delle stesse<sup>98</sup>. Questa impostazione

---

<sup>94</sup> Si veda *ivi*, in **G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS** (eds.), *The EC Regulation*, II ed., cit., par. 2.19; **B. WESSELS**, *International Insolvency Law*, cit., par. 10488 ss. Detti articoli sostituiscono gli artt. 61, 65 e 67 del Trattato CE. Si precisa che oltre ai particolari articoli sui quali si fonda un atto dell'Unione, il valore costituzionale dei Trattati fa sì che l'interpretazione non debba comunque prescindere dai principi generali che detti Trattati prevedono. Soltanto in questo modo sarà possibile un'interpretazione armonica e coerente.

<sup>95</sup> Si veda *ivi*, in **G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS** (eds.), *The EC Regulation*, II ed., cit., par. 2.03.

<sup>96</sup> Per una trattazione più completa si veda **E. PEDERZINI**, *La libertà di stabilimento delle società europee nell'interpretazione evolutiva della Corte di Giustizia. Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nazionali*, in **E. PEDERZINI** (a cura di), *Percorsi di diritto societario europeo*, II ed., Giappichelli, Torino, 2011, pp. 93 ss.

<sup>97</sup> Nello stesso reg. 1346/2000 l'art. 2 è composto da un'elencazione di definizioni alle quali il regolamento attribuisce valore autonomo.

<sup>98</sup> Per un'enucleazione e un maggiore approfondimento sulla serie di «considerando» del regolamento 1346/2000 si veda il par. 1.3.2. Il valore sussidiario dei «considerando» nell'interpretare gli scopi sottesi agli articoli è stato anche riconosciuto dalla Corte di giustizia, sulla base della loro inclusione obbligatoria all'interno degli atti dell'Unione *ex art. 296 del TFUE* (precedentemente art. 253 del TCE). Si veda **S. ISAACS, R. BRENT**, *The insolvency Regulation*, cit., in **G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS** (eds.), *The EC Regulation*, II ed., cit., par. 2.26 ss. Gli Autori includono tra il novero di fonti utili all'interpretazione anche i lavori preparatori che hanno preceduto l'adozione del regolamento, nonché le opinioni del Parlamento europeo, del Comitato economico e sociale e, seppur con minor peso, altre misure preparatorie tra le quali la Convenzione del 1995 e i relativi commenti (gli autori si riferiscono

permette al legislatore europeo di utilizzare nel regolamento nozioni autonome dandone poi più precisa definizione con questi strumenti ausiliari.

Sempre tra le fonti di diritto derivato colmeranno le eventuali mancanze normative del regolamento gli altri eventuali atti dell'Unione che trattino materie affini, quali *in primis* il reg. (UE) n. 1215/2012, nonché eventualmente qualsiasi altro atto che dia chiara definizione di un concetto non esplicito nel regolamento. Infatti gli altri atti affini dell'Unione obbligano l'interprete a contestualizzare la propria attività interpretativa non solo nell'atto in questione ma anche all'interno dell'intero diritto europeo. Dunque non si potrà in alcun modo giungere ad un'interpretazione del regolamento che contrasti con altri atti dell'Ue o che non ne rispetti i principi.

Tra le fonti di diritto complementare primaria importanza ha, e ha finora avuto, la Corte di giustizia<sup>99</sup> attraverso la sua c.d. «competenza pregiudiziale» a pronunciarsi su questioni di interpretazione del diritto dell'Unione. Infatti tra le tipologie di funzioni attribuitele «la Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione»<sup>100</sup>. Essendo il regolamento in commento un atto del Consiglio dell'Unione europea,

---

al **M. VIRGOS, E. SCHMIT**, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, doc. Consiglio n. 6500/06/EN, 1996, reperibile all'indirizzo web <http://aei.pitt.edu/952/>. La lettura dei considerando dimostra come lo stesso legislatore europeo abbia utilizzato dette fonti minori per chiarificare l'interpretazione del regolamento. Infatti molte motivazioni contenute nei considerando altro non sono che le definizioni contenute nel *Report* di cui sopra relativo alla Convenzione del 1995. Il considerando 13 ad esempio ricalca sostanzialmente il par. 75 del *Report* (confrontando i due testi in lingua originale inglese). Si veda **I.F. FLETCHER**, *Scope and Jurisdiction*, cit., in **G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS** (eds.), *The EC Regulation*, II ed., cit., par. 3.11.

<sup>99</sup> Si ricorda che la Corte di giustizia è un autonomo apparato dell'Unione europea che *ex art. 19 TUE* «assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati». In conformità ai trattati ha il compito di pronunciarsi in tre casi: a) sui ricorsi presentati da uno Stato membro, da un'istituzione o da una persona fisica o giuridica affinché giudichi comportamenti degli Stati membri o delle istituzioni dell'Unione (art. 258 ss. TFUE); b) in via pregiudiziale, su richiesta delle giurisdizioni nazionali, sull'interpretazione del diritto dell'Unione o sulla validità degli atti adottati dalle istituzioni (art. 267); c) in altri casi previsti dai trattati, quali le controversie relative alla funzione pubblica europea, casi in materia contrattuale, pronuncia di dimissioni di ufficio di membri degli organi dell'Unione. Si veda **R. ADAM, A. TIZZANO**, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 236 ss.

<sup>100</sup> Art. 267 TFUE, primo periodo. La competenza pregiudiziale non è attivata su ricorso delle parti di una controversia: il rinvio viene fatto dal giudice nazionale innanzi al quale la controversia pende. La Corte non ha il compito di risolvere la controversia, ha invece il compito di fornire al giudice del rinvio gli elementi necessari alla sua soluzione. Il giudice nazionale che opera il rinvio pregiudiziale potrà anche sospendere il giudizio, in attesa che la Corte si pronunci. La Corte avrà ampio margine di apprezzamento sulla sussistenza della propria competenza in particolari casi: a) nel caso in cui il giudice del rinvio non abbia fornito gli elementi di diritto o di fatto necessari alla Corte per pronunciarsi correttamente; b) nel caso in cui la Corte dubiti sulla rilevanza delle questioni di rinvio in relazione al giudizio *a quo* (manifesta irrilevanza o natura puramente ipotetica); c) nel caso di «processo fittizio». Si veda *ivi*, pp. 332, 339, 341 ss.

qualsiasi giudice nazionale di ogni ordine e grado potrà, o dovrà se di ultima istanza, proporre alla Corte questioni interpretative o di validità, come previsto alle lettere a) e b) dell'art. 267 TFUE.

Tralasciando gli aspetti procedurali e considerando il rinvio per questioni interpretative, la Corte deciderà di regola con sentenza e le decisioni in essa contenute avranno efficacia obbligatoria non solo nei confronti del giudice *a quo*, ma anche *erga omnes*<sup>101</sup>. Questo significa che l'interpretazione data dalla Corte con sentenza avrà valore di precedente giurisprudenziale e andrà in questo caso ad integrare il contenuto del regolamento, vincolando qualsiasi interprete ad interpretare la disposizione nel senso indicato dalla Corte.

Tale sistema di strumenti interpretativi sicuramente risulta completo e definito, tuttavia il decennio appena trascorso di vigore del regolamento ha portato alla luce alcune evidenti difficoltà da parte delle Corti dei diversi Stati membri nel trovare definizioni unanimi di alcuni concetti, anche successivamente alle soluzioni date dalla Corte di Giustizia<sup>102</sup>. È bene precisare che per alcuni concetti causa di incertezza interpretativa è stata la necessità di utilizzare una definizione non troppo particolareggiata, con lo scopo di estendere a più soggetti e situazioni possibili l'applicazione del termine o della disposizione in questione.

### ***1.3 Norme fondamentali del regolamento***

#### ***1.3.1 Premessa***

In generale il regolamento n. 1346 è uno strumento di diritto internazionale privato che stabilisce nel territorio dell'Unione europea delle regole comuni in materia di giurisdizione nelle procedure concorsuali. Tali regole riguardano in sostanza tre aspetti: a) la competenza internazionale ad aprire una detta procedura; b) la legge applicabile

---

<sup>101</sup> Si veda *ivi*, pp. 345 ss.

<sup>102</sup> Tra queste quella di sicuro al centro di molti dubbi procedurali, di chiarimenti provenienti dalla Corte di giustizia e di commenti da parte della dottrina è stata la definizione di “centro degli interessi principali del debitore” (in acronimo anglofono: COMI), del quale si tratterà ampiamente nel successivo par. 2.1.3. Altra definizione della quale tuttora molti commentatori al regolamento lamentano una definizione certa è il “momento di apertura della procedura”.

alla procedura; c) un sistema di mutuo riconoscimento delle decisioni relative alla procedura, di reciproca fiducia e di cooperazione e coordinamento<sup>103</sup>.

I successivi paragrafi mirano ad esporre alcuni dei «considerando» e degli articoli che meglio permettono di sviluppare una visione di insieme del regolamento stesso, data la loro importanza nei concetti esposti e nelle difficoltà interpretative che hanno sollevato nella loro applicazione pratica. Alcuni dei seguenti principi generali contenuti nel regolamento hanno infatti sollevato più di un problema interpretativo da parte delle corti dei paesi membri, per la maggior parte dei quali è stato necessario l'intervento risolutivo della Corte di giustizia europea.

Gran parte della dottrina<sup>104</sup> si è espressa in maniera piuttosto critica a riguardo, rimarcando per alcuni concetti cardinali la mancanza di definizioni complete e di immediata interpretazione, rendendo così difficile per i giudici degli Stati membri applicare in maniera certa e precisa il regolamento. A onor del vero è bene bilanciare tali giudizi con il comportamento delle corti degli Stati membri, il quale non è stato sempre permeato appieno dai principi di cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e reciproca fiducia sui quali il regolamento si fonda.<sup>105</sup>

Certo era prevedibile che sorgessero difficoltà sia in fase di stesura del regolamento sia in fase applicativa, essendo l'insolvenza materia complessa e delicata, per di più trattandosi di ambito transnazionale. In tali situazioni infatti è evidente l'interesse dei diversi stati a gestire per conto proprio gli ingenti capitali delle società insolventi, oltre che a difendere il più possibile gli interessi delle proprie società e dei propri creditori<sup>106</sup>. Ulteriore precisazione va fatta sull'utilizzo del termine "insolvenza" nella parte precedente e in quelle successive di questo lavoro. Se infatti nel diritto fallimentare italiano è netta la distinzione tra stato di insolvenza e stato di crisi<sup>107</sup>, al fine di

---

<sup>103</sup> Si veda **D. BANAHAN**, *Cross Border Insolvency*, cit., p. 6; **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 53; **F. PERSANO**, *Contestuali procedure d'insolvenza in ambito europeo*, in *Fallimento*, 2004, 11, 1243; **W.G. RINGE**, *Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation*, Oxford Legal Studies Research Paper No. 33/2008, Agosto 2008, p. 2, reperibile all'indirizzo web <http://ssrn.com/abstract=1209822>; **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 5.

<sup>104</sup> Si vedano i commenti alle sentenze della Corte di giustizia, di seguito citati caso per caso.

<sup>105</sup> E che a maggior importanza sono i principi cardine del titolo V del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, i cui obiettivi sono la libertà, la sicurezza e la giustizia all'interno del territorio dell'UE.

<sup>106</sup> Analoghe constatazioni sono espresse in **M.M. WINKLER**, *Eurofood: è davvero finito il periodo di "rodaggio"*, cit., par. 1.

<sup>107</sup> Secondo la legge fallimentare italiana si intende per stato di insolvenza di cui all'art. 5 quella situazione patrimoniale del debitore che non è più in grado di soddisfare le proprie obbligazioni alle

distinguere i diversi presupposti delle diverse procedure concorsuali possibili, nella disciplina comunitaria contenuta in questo regolamento si fa riferimento all'insolvenza come ad un termine onnicomprensivo di qualsiasi situazione economico-patrimoniale che porti all'apertura di una procedura di tal genere in uno Stato membro. Data la differenza per lo meno parziale delle normative degli Stati membri era d'altronde necessario utilizzare un termine di portata ampia, così da evitare la non inclusione di eventuali termini utilizzati solamente da un particolare Stato, e ricomprendendo così tutte le possibili accezioni del termine.

Mettendo a confronto il regolamento con la Legge Modello dell'UNCITRAL è possibile evidenziare alcune differenze. In linea generale la Legge Modello risulta uno strumento molto più modesto rispetto al regolamento: quest'ultimo contiene regole uniformi e vincolanti sulla giurisdizione e sulla legge applicabile, mentre la Legge Modello non pone delle regole sulla legge da applicare alla procedura aperta. Il riconoscimento di procedure di insolvenza estere nel regolamento deve avvenire automaticamente, mentre la Legge Modello fa dipendere dalle corti estere la capacità di riconoscimento. Il regolamento dispone che gli effetti della procedura aperta abbiano uguale efficacia negli altri Stati membri a prescindere dalle eterogenee norme di diritto nazionale, mentre nella Legge Modello le singole leggi dei Paesi esteri influenzano il riconoscimento degli effetti<sup>108</sup>.

---

debite scadenze e con mezzi normali, poiché versa in una situazione di difficoltà temporanea, non momentanea (il debitore cioè anche se riuscisse a far fronte alle proprie obbligazioni non sarebbe in grado di farlo in un lasso ragionevole di tempo). Congiuntamente ad altri presupposti quali-quantitativi (qualità di imprenditore commerciale *ex art. 1, c. 1*, dimensione dell'impresa *ex art. 1, c. 2* e entità degli inadempimenti *ex art. 15, c. 7*) lo stato di insolvenza è presupposto necessario alla dichiarazione di fallimento. È anche presupposto per l'assoggettamento a liquidazione coatta amministrativa (congiuntamente ad altri presupposti soggettivi) nonché per l'assoggettamento ad amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi (insieme alla qualità di imprenditore commerciale *ex art. 1, c. 1* e ai requisiti dimensionali e alle prospettive di recupero *ex artt. 2, 27 D. Lgs. 270/99*, ovvero insieme ai requisiti dimensionali *ex art. 1 D.L. 347/2003*). Si intende invece per stato di crisi quella situazione patrimoniale, inclusiva anche dello stato di insolvenza, in cui prevedibilmente il debitore non sarà in grado di adempiere ai debiti di prossima scadenza, si trovi in situazione di sovraindebitamento o il cui patrimonio netto sia ridotto al di sotto del minimo legale. Congiuntamente ad altri presupposti quali-quantitativi (qualità di imprenditore commerciale *ex art. 1, c. 1*, dimensione dell'impresa *ex art. 1, c. 2*) lo stato di crisi è presupposto del concordato preventivo. È inoltre presupposto per la stipula di accordi di ristrutturazione dei debiti. Si veda **L. GUGLIELMUCCI**, *Diritto fallimentare*, V ed., Torino, Giappichelli, 2012, pp. 23 ss., 323 ss., 351 ss., 369 ss., 383 ss.

<sup>108</sup> Lo studio di queste differenze è opera di **G. McCORMACK**, *Universalism*, cit., p. 341. L'Autore precisa che tali differenze sono in parte dovute al fatto che la Legge modello non è uno strumento dotato di efficacia immediata, vincolante e uniforme, dal momento che i singoli Stati che intendano seguire detto modello possono farlo implementandolo nella maniera che più ritengono opportuna.



### 1.3.2 Considerando

I «considerando» degli atti legislativi dell'UE solitamente cercano di esporre le motivazioni con la stessa sequenza seguita dall'articolato. Si è allora scelto di esporre in questo paragrafo i primi considerando che illustrano gli obiettivi che hanno portato la Comunità europea a decidere di adottare un simile regolamento, mentre i considerando che motivano gli articoli saranno esposti congiuntamente agli articoli stessi, al fine di facilitare una lettura combinata del disposto di entrambi.

Il considerando (1) e il considerando (2) introducono i più generali principi sui quali si fonda il regolamento, ossia l'istituzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nonché il buon funzionamento del mercato interno. L'obiettivo di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia era oggetto dell'allora Titolo IV del Trattato CE e ricalca sostanzialmente il contenuto dell'art. 61 TCE<sup>109</sup>, con particolare riferimento alla lettera c), per cui tale regolamento avrebbe la funzione di rafforzare questo «spazio fisico» implementando la cooperazione giudiziaria in materia civile. In effetti il regolamento, che come abbiamo già detto non mira ad un'armonizzazione delle norme sulle procedure concorsuali degli Stati membri, uniforma, migliora e semplifica il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia concorsuale, promuove la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di giurisdizione e promuove la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri.

Ulteriore obiettivo è il funzionamento del mercato interno secondo i criteri di efficacia ed efficienza<sup>110</sup>, che in questo ambito si traduce in una gestione delle insolvenze transfrontaliere in ambito comunitario rapida e incisiva, al fine di scongiurare il prima possibile e al meglio un ulteriore aggravamento della situazione di insolvenza che coinvolge il debitore e il suo patrimonio localizzato in più Stati membri. Un'insolvenza di simile entità amplificherebbe infatti a livello di mercato interno europeo gli effetti

---

<sup>109</sup> Ora sostituito dall'art. 67 del TFUE.

<sup>110</sup> Considerando (2). Detto obiettivo di efficacia ed efficienza delle procedure rientra nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile di cui all'art. 65 del Trattato CE, ora art. 81 nella *Versione consolidata del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, GU C 326 del 26.10.2012, pp. 47–390, reperibile all'indirizzo web <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>, ricerca per numero CELEX: **12012E/TXT**.

che solitamente società operanti in ambito nazionale causano sull'economia e sulla sfera sociale di un solo Stato<sup>111</sup>.

Così la Comunità europea non mirò all'armonizzazione delle norme dei diversi Stati membri, dal momento che queste presentavano troppe divergenze, per di più tuttora presenti. La soluzione fu la creazione di uno strumento che determinasse quale legge nazionale avrebbe avuto competenza giurisdizionale ad aprire e gestire la procedura, con efficacia in tutto il territorio della Comunità.

Il considerando (4) contiene un altro dei basilari obiettivi del regolamento, ovvero la dissuasione degli attori dall'utilizzo dello strumento del *forum shopping* in ambito comunitario. Questo obiettivo è stato anche uno dei temi più discussi in dottrina<sup>112</sup>, la quale ha appunto sollevato alcuni dubbi sull'effettivo indirizzo del regolamento verso la diminuzione del comportamento in questione, soprattutto riguardo ad alcuni casi di applicazione pratica del regolamento stesso e anche riguardo alle soluzioni adottate dalla Corte di giustizia. Trattandosi inoltre di ambito transnazionale si precisa che il comportamento elusivo in questione mira a ricercare la legislazione più favorevole (*law shopping*), piuttosto che il foro più favorevole.

E' opportuno interpretare il significato di tale obiettivo, in quanto si potrebbe confondere la libertà di stabilimento con l'azione elusiva in questione. Si ritiene infatti che sia completamente lecito scegliere la sede della propria società nello Stato membro

---

<sup>111</sup> Una tale considerazione è presente nel considerando (3). Sugli obiettivi delle procedure di insolvenza in generale (seppur in ottica nazionale) si veda **L. GUGLIELMUCCI**, *Diritto fallimentare*, V ed., cit., p. 12; **L. STANGHELLINI**, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia – Le procedure di insolvenza*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 67 ss.

<sup>112</sup> Per un elenco di riferimenti dottrinali in cui si tratta il fenomeno del *forum shopping* nel regolamento n. 1346 si veda **L. BACCAGLINI**, *Il caso Eurofood*, cit., pp. 124, 126; **D. BANAHAN**, *Cross Border Insolvency*, cit., pp. 11, 32; **S. BARIATTI**, *Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di giustizia: il caso EUROFOOD*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1, par. 3; **G.M. BUTA** (nota a tribunale di Lucca del 12 settembre 2008), in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 2, 2010, p. 208; **P. CATALLOZZI**, *Il regolamento europeo e il criterio del COMI (Centre of Main Interests): la parola alla Corte*, in *Fallimento*, 2006, 11, 1249, par. 2, 4; **P. DE CESARI**, *Procedura principale e procedure territoriali nel diritto dell'Unione europea*, in *Fallimento*, 2012, 5, 535, par. 4; **P. DE CESARI**, *Il trasferimento all'estero della sede legale dell'impresa insolvente*, in *Fallimento*, 2010, 6, 663, par. 1, 4; **P. DE CESARI**, **G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., pp. 70, 92, 103 ss., 112, 164, 170; **M. FABIANI**, *Gruppi di imprese ed insolvenza transfrontaliera*, cit., par. 3, 4; **F. MACRÌ**, *Trasferimento del Centro degli Interessi Principali*, cit.; **G. MOSS**, **T. SMITH**, *Commentary on Council Regulation 1346/2000 on Insolvency Proceedings*, in **G. MOSS**, **I.F. FLETCHER**, **S. ISAACS** (eds.), *The EC Regulation*, II ed., cit., par. 8.100 ss.; **L. PANZANI**, *La nozione di COMI nella disciplina comunitaria dell'insolvenza transfrontaliera: i casi Interedil e Rastelli*, in *Int'l Lis*, 2012, 1, 31, par. 3; **B. WESSELS**, *Twenty Suggestions for a Makeover of the EU Insolvency Regulation*, in *International Caselaw Alert*, n. 12-V/2006, 31 ottobre 2006, pp. 68-73; **B. WESSELS**, *The Place of the Registered Office of a Company: a Cornerstone in the Application of the EC Insolvency Regulation*, in *European Company Law*, vol. 3, n. 4, agosto 2006, pp. 183-190, p. 190.

che applica la normativa più favorevole per quanto riguarda la situazione di insolvenza o crisi. Sarebbe invece proposito del regolamento evitare che gli attori aprano o spostino la procedura d'insolvenza in legislazioni e fori diversi da quelli che avrebbero avuto legittima giurisdizione sulla base dei dettami del regolamento stesso. Tale sfavore riguarda anche l'eventuale spostamento elusivo dei beni e del patrimonio del soggetto, con l'intento di sottrarli alla procedura aperta od in procinto di essere aperta<sup>113</sup>. Dunque il quarto considerando e più in generale il regolamento considerano il fenomeno del *forum shopping* in una particolare accezione: intendono con esso l'azione di trasferimento del patrimonio o delle procedure giudiziarie. Solitamente nell'ambito delle procedure concorsuali si parla più semplicemente di *forum shopping* nel caso in cui il debitore cerchi di identificare la giurisdizione più favorevole in cui aprire la procedura, a fini risanatori o liquidatori<sup>114</sup>.

Si è già avuto modo di mostrare come il regolamento non sia uno strumento di armonizzazione delle diverse normative nazionali, e come invece esso sia uno strumento di giurisdizione sulla competenza tra gli Stati membri. Il considerando (6) si rifà al principio di proporzionalità *ex art. 5, comma 4 TUE*<sup>115</sup> per giustificare questa caratteristica del regolamento, il quale dovrebbe limitarsi a disciplinare le competenze per l'apertura delle procedure d'insolvenza e per le decisioni che scaturiscono direttamente da tali procedure e ad esse sono strettamente connesse. Inoltre dovrebbe contenere disposizioni sul riconoscimento di tali decisioni e disposizioni sulla legge applicabile.

Il considerando (7) giustifica l'adozione del regolamento in base alla mancata regolamentazione delle procedure concorsuali da parte della Convenzione di Bruxelles,

---

<sup>113</sup> Quest'ultima sottolineatura è ripresa da **P. CATALLOZZI**, *Il regolamento europeo*, cit., par. 4.

<sup>114</sup> Si veda **W.G.RINGE**, *Forum Shopping*, cit., p. 3. Nell'accezione semplice di *forum shopping* il debitore, al fine di aprire la procedura concorsuale nello Stato membro a lui più favorevole, dovrà trasferire o riuscire a dimostrare che il suo centro degli interessi principali (abbreviato: COMI; si veda il par. 2.1.3 per la trattazione del termine) si trova in detto Stato, invece che nello Stato di origine. Si veda **D. BANAHAN**, *Cross Border Insolvency*, cit., p. 11.

<sup>115</sup> In base a detto comma «in virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati». Il principio di proporzionalità ha due principali conseguenze: innanzitutto condiziona la scelta del tipo di atto da utilizzare (ed in questo caso ha portato all'utilizzo di un regolamento, piuttosto che ad es. di una direttiva); inoltre pone l'esigenza che lo strumento da adottare sia idoneo a realizzare lo scopo perseguito, senza andare oltre a quanto necessario al suo raggiungimento. Si veda **R. ADAM, A. TIZZANO**, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 48.

ora reg. n. 1215/2012, come si è già avuto modo di trattare nell'introduzione storica al regolamento.

Il considerando (8) richiama le caratteristiche tipiche di un regolamento rispetto ad una direttiva, cioè la diretta applicabilità e la piena vincolatività. Si capisce quindi come la scelta dello strumento del regolamento sia stato appositamente preferito alla direttiva per ottenere un'applicazione uniforme, immediata, obbligata e coordinata. Non si sarebbe potuto scegliere diversamente, dal momento che un'immaginaria situazione di recepimento a carico dei singoli stati, tipica delle direttive, avrebbe certamente generato scoordinazione e di conseguenza causato inefficienze e danni a livello economico e sociale, data soprattutto la necessaria rapidità d'azione e precisione che la materia dell'insolvenza richiede.

Il considerando (11) giustifica la scelta del principio dell'universalità attenuata nell'elaborazione del regolamento. Quest'ultimo infatti non si sostituisce *in toto* alle normative concorsuali dei singoli Stati membri per unificarle, attribuendo invece la giurisdizione allo Stato membro considerato competente ad aprire e gestire la procedura sulla base dei criteri che più avanti si illustreranno. Oltre alla giustificazione portata dal considerando riguardo la scelta di questo criterio, si aggiunge che l'attribuzione di una piena giurisdizione allo stato competente sarebbe stata irrealistica, dato l'interesse a cooperare nella gestione della crisi degli altri Stati membri, interessati dall'insolvenza del debitore<sup>116</sup>. Per tale ragione l'universalità piena è stata attenuata e inserita in un sistema di cooperazione tra Stati coinvolti.

### 1.3.3 Gli allegati

Chiudono il regolamento tre allegati A, B e C, i quali contengono un'elencazione delle procedure concorsuali e dei curatori di ogni Stato membro soggetti alle disposizioni del regolamento. L'elencazione è fatta per rimando dall'art. 2, il quale contiene una serie di nozioni autonome di diritto comunitario e rimanda agli allegati per alcune di queste definizioni, correlando così in maniera diretta quali procedure e curatori rientreranno in dette nozioni autonome comunitarie. La lett. a) dell'art. 2 da una definizione autonoma

---

<sup>116</sup> Possibilmente secondo criteri di reciproca fiducia e mutuo riconoscimento.

di «procedura d'insolvenza»<sup>117</sup> e rimanda all'allegato A per elencare le procedure nazionali che rientrano tra le procedure che il regolamento ritiene tali, al di là dell'eventuale diversa definizione attribuita dal diritto nazionale. Analogamente la lett. c) del medesimo articolo definisce la «procedura di liquidazione» rimandando all'allegato B per le relative procedure nazionali rientranti nella definizione. La lett. b) infine dà la definizione di «curatore» rimandando all'allegato C per le figure nazionali ritenute tali.

Riguardo al funzionamento degli allegati l'art. 45 ne prevede la modificabilità del contenuto con delibera del Consiglio europeo e su richiesta di singoli Stati membri. Lasciando nel commento a detto articolo la trattazione sulla tassatività o meno di detti allegati, il loro contenuto non è rimasto immutato dall'entrata in vigore del regolamento, dal momento che i diversi Stati membri hanno usufruito del disposto di detto articolo richiedendo negli anni successivi la modifica per includere nuove procedure.

Rinviando al commento dell'art. 2 per l'illustrazione delle diverse definizioni autonome di diritto comunitario di procedura d'insolvenza, di procedura di liquidazione e di curatore, si ricorda che nella versione consolidata al 2011 del regolamento<sup>118</sup> per l'Italia figurano come procedure di insolvenza all'allegato A il fallimento, il concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria. Figurano come procedure di liquidazione all'allegato B il fallimento, il concordato preventivo con cessione di beni<sup>119</sup>, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria con programma di cessione dei complessi aziendali<sup>120</sup> e l'amministrazione straordinaria con programma di ristrutturazione di cui sia parte integrante un concordato con cessione di beni<sup>121</sup>. Figurano infine come curatori

---

<sup>117</sup> Si ricorda che essendo una nozione autonoma di diritto comunitario non sarà possibile in alcun modo utilizzare definizioni di diritto nazionale: l'interprete italiano ad esempio non potrà interpretare il concetto alla luce della definizione di diritto fallimentare italiano di «procedura basata sull'insolvenza del debitore». Come si è già avuto modo di spiegare l'interpretazione va svolta solo alla luce del diritto europeo e della sua gerarchia di fonti.

<sup>118</sup> Reperibile all'indirizzo web <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>, ricerca per numero CELEX: **32000R1346**.

<sup>119</sup> Procedura aggiunta con Regolamento (CE) n. 603/2005.

<sup>120</sup> Procedura aggiunta con Regolamento (CE) n. 681/2007.

<sup>121</sup> *Ibid.*

all'allegato C il curatore, il commissario giudiziale<sup>122</sup>, il commissario straordinario<sup>123</sup>, il commissario liquidatore<sup>124</sup> e il liquidatore giudiziale<sup>125</sup>.

---

<sup>122</sup> Figura di curatore introdotta con Regolamento (CE) n. 681/2007.

<sup>123</sup> *Ivi.*

<sup>124</sup> *Ivi.*

<sup>125</sup> Figura di curatore introdotta con Regolamento (CE) n. 603/2005.



## CAPITOLO 2

### Commentario breve al regolamento (CE) 1346/2000

#### *2.1 Disposizioni generali*

##### 2.1.1 Art. 1 – Campo di applicazione

1. Il presente regolamento 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 curatore.

2. Il presente regolamento non si applica alle procedure di insolvenza che riguardano le imprese assicuratrici o gli enti creditizi, le imprese d'investimento che forniscono servizi che implicano la detenzione di fondi o di valori mobiliari di terzi, agli organismi d'investimento collettivo.

Il primo comma di tale articolo sancisce quali procedure sono soggette al regolamento richiedendo il possesso di quattro criteri<sup>126</sup> contemporaneamente:

- a) le procedure devono essere concorsuali;
- b) si devono fondare sull'insolvenza del debitore;
- c) devono comportare lo spossessamento del debitore, totale o anche soltanto parziale;
- d) devono prevedere la designazione di un curatore.

##### Concorso, insolvenza e figura del debitore

Il primo criterio risulta piuttosto esplicito sulla base del significato italiano che viene attribuito all'aggettivo «concorsuale». Infatti si ritiene tale quella procedura giudiziaria che, in caso di dissesto dell'imprenditore commerciale, mira ad assicurare la parità di trattamento dei creditori<sup>127</sup>. È bene precisare che il principio di concorsualità inteso dal regolamento, così come dalla legge fallimentare italiana, non ha valore assoluto, dal momento che sia le procedure d'insolvenza incluse nell'allegato A sia le procedure del

---

<sup>126</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 82; **G. MOSS, T. SMITH**, *Commentary*, cit., in **G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS** (eds.), *The EC Regulation*, II ed., cit., par. 8.04; **B. WESSELS**, *International Insolvency Law*, cit., par. 10500 ss.

<sup>127</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 62; **L. GUGLIELMUCCI**, *Diritto fallimentare*, V ed., cit., pp. 11 ss.



nostro ordinamento nazionale prevedono alcune deroghe, permesse in funzione di particolari esigenze o situazioni creditorie<sup>128</sup>.

I primi dubbi, seppur retorici, vengono alla luce nella definizione del secondo requisito, in particolare nel determinare quale significato il regolamento attribuisca al termine «insolvenza»<sup>129</sup>. Considerando che l'articolo in commento non fa alcun rimando espresso alle normative nazionali per la definizione del termine e analizzando i presupposti oggettivi delle procedure italiane incluse nell'allegato A, se ne deduce che l'insolvenza alla quale si riferisce il regolamento è uno stato generico, che permette di ricomprendere le definizioni di tale situazione patrimoniale proprie di ogni Stato membro; infatti la definizione di stato d'insolvenza che danno i diversi Stati non è univoca e uniforme, necessitando così di una definizione generica al fine di una piena ricomprensione delle diverse sfaccettature considerate da ogni Stato. Ulteriore motivazione alla genericità della definizione sta nel bisogno che le disposizioni del regolamento durino nel tempo, e era dunque necessario che alcuni termini evitassero futuri problemi nell'escludere nuove procedure di cui si richiedesse l'inclusione<sup>130</sup>.

Riassumendo il regolamento utilizza il termine «insolvenza» riferendosi ad una situazione di «crisi finanziaria» del debitore, le cui precise condizioni di manifestazione sono lasciate alle normative dei singoli Stati membri, attraverso le procedure elencate nell'allegato A<sup>131</sup>.

Per quanto riguarda la figura del debitore l'ambito di applicazione risulta ben più ampio di quanto previsto nella disciplina italiana, in cui è assoggettabile a procedura concorsuale soltanto l'imprenditore commerciale<sup>132</sup>. Il presupposto soggettivo del regolamento include infatti qualsiasi figura di debitore, sia persona fisica che giuridica, commerciante o non commerciante, come precisato dal considerando (9). La ragione di tale ampia applicazione sta nella diversa comprensività dei presupposti soggettivi degli Stati membri, per cui il regolamento intende lasciare ai singoli Stati l'applicazione delle

---

<sup>128</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 84.

<sup>129</sup> Si veda nota n. 107 per una definizione secondo il diritto fallimentare italiano di stato di insolvenza.

<sup>130</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 83.

<sup>131</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 63; **I.F. FLETCHER**, cit., in **G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS** (eds.), *The EC Regulation*, II ed., cit., par. 3.02; **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 35.

<sup>132</sup> Ad esclusione della recentemente introdotta procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento, di cui alla L. 27 gennaio 2012, n. 3, la quale tuttavia non rientra nella sfera applicativa del regolamento. Tale procedura infatti può essere proposta da soggetti che non possiedono i requisiti necessari all'assoggettamento a fallimento o ad altra procedura alternativa all'esecuzione concorsuale. Si veda **L. GUGLIELMUCCI**, *Diritto fallimentare*, V ed., cit., pp. 403 ss.

proprie regole interne sulla determinazione delle figure soggette a procedure concorsuali<sup>133</sup>.

#### Gli effetti della procedura: spossessamento e designazione di un curatore

I due rimanenti criteri dello spossessamento totale o parziale<sup>134</sup> e della designazione di un curatore rappresentano gli effetti che si ritengono debba avere la procedura, essendo inoltre la nomina del curatore solitamente consequenziale allo spossessamento. Per quanto riguarda la definizione di spossessamento, il regolamento non fa alcuna precisazione in merito, ciò porta a ritenere che al pari del termine «insolvenza» precedentemente discusso anche il termine «spossessamento» abbia un'accezione generica che possa così includere le diverse accezioni date al termine dagli Stati membri. L'ulteriore precisazione secondo la quale lo spossessamento può essere sia totale sia parziale ha permesso di includere nell'allegato A anche alcune procedure italiane nelle quali il debitore non subisce uno spossessamento totale del suo patrimonio, come il concordato preventivo e l'allora vigente amministrazione controllata<sup>135</sup>. La totalità o parzialità dello spossessamento infatti può essere considerata sia riguardo ai beni spossessati sia riguardo al controllo sull'amministrazione del debitore, per cui si potrà avere parzialità nel quantitativo di beni spossessati oppure parzialità nell'indisponibilità del patrimonio, e in tal caso si lascerà al debitore l'amministrazione dei propri beni ma sotto il controllo e l'autorizzazione del curatore o del giudice<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup> Si veda **G. MOSS, T. SMITH**, *Commentary*, cit., in **G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS** (eds.), *The EC Regulation*, II ed., cit., par. 8.05; **B. WESSELS**, *International Insolvency Law*, cit., par. 10498.

<sup>134</sup> Sulla centralità dello spossessamento come effetto cardine di una procedura concorsuale si ricorda che anche nel diritto fallimentare italiano si riconosce il fallimento come un «procedimento esecutivo per espropriazione», in cui cioè la sentenza dichiarativa può essere «equiparata [per ciò che riguarda gli effetti di espropriazione] al pignoramento». Si veda **L. GUGLIELMUCCI**, *Diritto fallimentare*, V ed., cit., p. 71.

<sup>135</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 88. L'amministrazione controllata di cui agli artt. 187 ss. del titolo IV della legge fallimentare era presente nell'allegato A all'entrata in vigore del regolamento; successivamente alla sua abrogazione con il D.Lgs. n. 5/2006, art. 147 e 148, l'Italia ha richiesto al Consiglio europeo la modifica dell'allegato, che ha provveduto insieme ad altre modifiche con il regolamento (CE) n. 1791/2006. Si veda nota successiva sulla parzialità dello spossessamento.

<sup>136</sup> Nel primo caso lo spossessamento è parziale perché non tutti i beni sono oggetto di spossessamento. Nel secondo caso tutti i beni sono soggetti allo spossessamento ma la parzialità risiede nella indisponibilità non totale per il debitore, che continua lo svolgimento degli affari attraverso il patrimonio disponibile ma necessita dell'autorizzazione e della supervisione del curatore o del giudice. Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 35; **M. BOGDAN** in **G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS** (eds.), *The EC Regulation*, II ed., cit., par. 8.04. Nella legge

Mentre per lo spossessamento il regolamento non dà alcuna particolare definizione, per la figura del curatore di cui all'ultimo requisito troviamo una sua descrizione alla lett. b) dell'art.2, il quale definisce «curatore» qualsiasi persona o organo con funzioni amministrative, di sorveglianza o liquidatorie dei beni derivanti dallo spossessamento. Si desume da questa breve definizione che al pari della definizione di stato d'insolvenza anche per la figura del curatore il regolamento comprende uno spettro di figure più ampio del solo curatore fallimentare italiano *ex artt. 27 ss.*, ricomprendendo anche qualsiasi altro organo o soggetto diversamente chiamato ma che nella sostanza sia designato alle particolari funzioni descritte in questa lettera b). Sempre al pari della definizione dello stato d'insolvenza il regolamento non utilizza questa definizione di «curatore» per un corretto riconoscimento di questa figura durante lo svolgimento di una procedura concorsuale. Il fine sarà anche in questo caso quello di permettere o meno l'inclusione nell'elenco dei curatori di cui all'allegato C nuove figure di tale specie, dietro richiesta di uno Stato membro. Saranno invece considerati curatori ai fini pratici le figure elencate nell'allegato C.

Vale la pena precisare che lo scopo di tali criteri non è tanto permettere agli organi nazionali competenti ad aprire la procedura di verificare se il procedimento concorsuale che si sta aprendo rientri o meno nel regolamento comunitario. Tale scopo è infatti lasciato agli allegati A e B di cui l'art.2 fa diretto rimando. I criteri servono in realtà al legislatore comunitario stesso per determinare la modifica o l'inclusione di nuove procedure concorsuali negli allegati anzidetti, nel momento in cui gli Stati membri ne chiederanno la modifica<sup>137</sup>. Infatti è possibile per gli Stati membri chiedere la modifica delle originarie procedure elencate nei due allegati, nel caso in cui vogliano ricomprendere all'interno del regolamento comunitario nuove procedure concorsuali oppure nel caso in cui modifichino di nome e di fatto quelle già esistenti e presenti nell'elenco. Alla presentazione della domanda da parte degli Stati membri il Consiglio verificherà che le procedure delle quali si chiede l'inserimento abbiano natura

---

fallimentare italiana il concordato preventivo rispecchia proprio questa seconda tipologia di spossessamento parziale. Infatti, come dispone l'art. 167 l.f. riguardo agli effetti dell'ammissione al concordato, il debitore a differenza della sentenza dichiarativa di fallimento conserva la disponibilità e l'amministrazione dei propri beni, tuttavia sotto la vigilanza del commissario giudiziale. Si veda **L. GUGLIELMUCCI**, *Diritto fallimentare*, V ed., cit., p. 338, nel quale tale tipologia di spossessamento considerabile parziale viene indicata come «spossessamento attenuato».

<sup>137</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 86.

concorsuale, si fondino sull'insolvenza del debitore, comportino lo spossamento e determinino la nomina di un curatore.

Stessa procedura di verifica *ex art.1*, primo comma, è stata seguita per l'inserimento negli elenchi delle procedure concorsuali degli Stati che hanno aderito all'Unione europea successivamente all'entrata in vigore del regolamento<sup>138</sup>.

### Procedure non giudiziarie

È possibile notare come l'art. 1 in commento nel definire i requisiti e gli effetti di una procedura di insolvenza non richieda l'intervento o la presenza di un'autorità giudiziaria od amministrativa. Il considerando (10) aggiunge che «le procedure di insolvenza 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 od organi legittimati dalla legge nazionale ad aprire procedure di insolvenza». Questo comporta che ai fini della rientranza nel campo di applicazione del regolamento sarà possibile includere procedure extragiudiziali, nel cui procedimento cioè non sia previsto l'intervento di alcuna autorità. La ratio di questa inclusione sta nella presenza diffusa di simili procedure stragiudiziali negli ordinamenti giuridici di *common law*, come il Regno Unito e l'Irlanda, in cui sono ad esempio presenti procedure liquidatorie interamente gestite dai creditori<sup>139</sup>. Tale inclusione nel sistema del regolamento di procedure extragiudiziali non significa tuttavia che queste vadano considerate al pari di procedure giudiziarie o che ne abbiano i medesimi effetti; l'inclusione nel sistema del regolamento è tuttavia ammessa dal momento che negli ordinamenti giuridici citati dette procedure pur non vedendo l'ingerenza di autorità giudiziarie offrono equivalenti garanzie procedurali<sup>140</sup>, il che le rende assimilabili anche se non equiparabili a procedure giudiziarie.

---

<sup>138</sup> Per un'elencazione delle modifiche subite dagli allegati si veda il par. 2.5.1.

<sup>139</sup> La procedura menzionata è la *creditors' voluntary winding-up* (liquidazione su delibera dei creditori) di cui alla *Part IV, Chapter IV* dell'*Insolvency Act* del 1986. La procedura prevede la convocazione dei creditori da parte del debitore, al fine di formare una sorta di comitato dei creditori che discuta della nomina di un liquidatore, il quale una volta nominato provvederà alla liquidazione del patrimonio del debitore. Si veda la pagina della Commissione europea riguardante la Rete Giudiziaria Europea in materia civile e commerciale all'indirizzo web

[http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy\\_eng\\_it.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy_eng_it.htm)

<sup>140</sup> Tali garanzie consistono nella possibilità di accedere alle corti per dare valore legale alle procedure in questione nonché per risolvere particolari questioni. Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 35; **M. VIRGÓS, E. SCHMIT**, *Report*, cit., par. 52.

Unico requisito necessario affinché la procedura stragiudiziale possa rientrare nel campo di applicazione del regolamento sarà la sua omologazione da parte dell'ordinamento dello Stato membro in cui simili procedure sono previste<sup>141</sup>.

### Campo di esclusione

Se il primo comma di questo articolo esplicita il campo di applicazione “positivo”, il secondo comma precisa quello “negativo”, precisando a quali procedure concorsuali non si applica il presente regolamento. La ratio di esclusione dal regolamento delle procedure riguardanti enti assicurativi e intermediari finanziari sta nella natura e nell'ampiezza stessa degli enti in questione<sup>142</sup>. Infatti questi enti sono soliti movimentare e gestire ingenti somme finanziarie in ambito nazionale se non addirittura internazionale; ciò nondimeno tale attività è svolta in maniera diffusa tra il pubblico e trasversalmente a tutti i settori economici, sia privati che pubblici. Si intuisce allora come un dissesto di un simile ente possa ampliarsi rapidamente e con effetti devastanti ad un intero sistema economico nazionale, a causa appunto della natura finanziaria dei servizi offerti e del patrimonio finanziario gestito. Per tale ragione l'Unione europea lascia piena giurisdizione sulla gestione del dissesto di simili società ai singoli Stati membri, i quali potranno così applicare regimi particolari e usufruire di poteri di intervento estremamente ampi, come motiva il considerando (9), ultimo periodo.

Gran parte delle precisazioni e delle interpretazioni dell'art. 1 sopra esposte sono contenute in forma breve anche nel considerando (9), il quale specifica *in primis* come non si consideri ai fini dell'applicazione del regolamento la natura del debitore, il quale può essere sia persona fisica sia persona giuridica, commerciante o non commerciante. Il considerando precisa poi che le procedure soggette al regolamento sono quelle di cui all'agli allegati, escludendo così l'utilizzo dell'art. 1 per determinare se la procedura che si intende aprire rientra o meno nel regolamento. In ultimo giustifica l'esclusione delle imprese assicuratrici e degli enti creditizi dall'ambito di applicazione del regolamento,

---

<sup>141</sup> Infatti per la procedura del Regno Unito di *creditors' voluntary winding-up* di cui all'allegato A è richiesta per il riconoscimento ai fini del regolamento la «*confirmation by the Court*» (cioè l'«omologazione da parte della Corte»). Si veda **M. VIRGÓS, E. SCHMIT**, *Report*, cit., par. 52. Gli Autori spiegano come la *ratio* del riconoscimento ufficiale da parte di un'autorità giudiziaria od amministrativa stia nel riconoscimento da parte degli altri Stati membri, i quali sarebbero riluttanti al riconoscimento di un atto privato stragiudiziale che manca di un'omologazione da parte di una corte, a maggior ragione se simili accordi stragiudiziali non sono previsti nel loro ordinamento. Si veda anche **G. MOSS, T. SMITH**, *Commentary*, II ed., cit., par. 8.08.

<sup>142</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 90.

sulla base appunto del regime particolare al quale queste sono soggette e nel quale le autorità statali mantengono ampi poteri d'intervento.

### 2.1.2 Art. 2 – Definizioni

*Ai fini del presente regolamento, s'intende per:*

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

Questo articolo comprende una serie di definizioni autonome di diritto comunitario necessarie a specificare alcuni termini chiave del regolamento, al fine di poterne dare una corretta interpretazione e di applicare in maniera univoca il regolamento stesso.

#### «Procedura di insolvenza»

Per le lettere a) e b) tale funzione esplicativa sembra in particolare rivolta ai termini contenuti nell'art. 1. Infatti la lettera a) ad esempio permette di comprendere la giusta

distinzione tra la funzione dell'art. 1 e la diversa funzione dell'allegato A, secondo lo schema già descritto in commento all'art. 1. Inoltre dalla lettura combinata dell'art. 1 e della lettera a) di questo articolo si desume che le procedure d'insolvenza incluse nell'allegato A saranno le possibili procedure principali che uno Stato competente potrà aprire.

Per l'Italia il regolamento all'allegato A<sup>143</sup> considera procedure d'insolvenza il fallimento, il concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi<sup>144</sup>. Non sono invece considerati in alcun modo nel regolamento altri percorsi di risoluzione della crisi previsti dal diritto fallimentare italiano, quali la composizione stragiudiziale, gli accordi di ristrutturazione dei debiti e la recente composizione delle crisi da sovraindebitamento.

#### «Curatore»

Uguale funzione della lettera a) ha la lettera b) riguardante il curatore, la quale nel definire tale soggetto mostra come sia l'allegato C il documento da consultare per capire, all'interno di una procedura concorsuale di cui all'allegato A, chi ricopra la carica di curatore. Come si evince dalla definizione, il regolamento considera curatore la figura, sia persona fisica che organo, che si occupa di amministrare o liquidare il patrimonio del debitore e di sorvegliarlo nella gestione dei suoi affari: la chiave di questa definizione risiede dunque nel suo elemento funzionale<sup>145</sup>. La funzione svolta sarà così il criterio utilizzato dal legislatore europeo per includere o meno nell'allegato C nuove figure di curatore. Per l'Italia figurano tra i curatori il curatore fallimentare, il commissario giudiziale, il commissario straordinario, il commissario liquidatore e il liquidatore giudiziale. Come si vedrà nel proseguo anche per gli allegati A e B, è stato sollevato per tale allegato il dubbio se l'elencazione comprenda tutte le possibili figure di curatore (elencazione tassativa) o se si possano includere figure non presenti ma

---

<sup>143</sup> Nella versione consolidata al 2011 del regolamento. Nel testo originario entrato in vigore nel 2002 le procedure figuranti per l'Italia erano fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria e amministrazione controllata, delle quali l'ultima elencata non è più presente nella versione consolidata.

<sup>144</sup> La c.d. «Prodi-bis», D.Lgs. n. 270/1999.

<sup>145</sup> Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 362.

rientranti nelle funzioni richieste *ex* lettera b) (elencazione inclusiva)<sup>146</sup>. A questo dubbio si risponderà in seguito, trattando della tassatività degli allegati in relazione alla procedura di modifica degli stessi *ex* art 45 del regolamento.

#### «Procedura di liquidazione»

La definizione di cui alla lettera c) introduce una delle differenze caratteristiche tra procedura principale e procedura secondaria, cioè la diversità delle loro finalità. Infatti la procedura secondaria può avere il solo fine di liquidare l'attivo patrimoniale situato nello Stato membro in cui si apre detta procedura secondaria, ragione per cui soltanto una «Procedura di liquidazione» può essere procedura secondaria. Diversamente la procedura principale può avere i più ampi obiettivi compresi nelle procedure di cui all'allegato A, come ad esempio il risanamento o la negoziazione della crisi. Il successivo rimando di questa lettera all'allegato B mostra come per le procedure secondarie si utilizzi la medesima impostazione delle procedure principali, dove la definizione di tale lettera c) funge da criterio per il legislatore europeo, al fine di includere o meno procedure liquidatorie nell'elenco delle procedure secondarie, mentre l'allegato B permette all'organo incaricato dell'apertura di sapere se la procedura in questione rientri o meno nelle procedure secondarie del regolamento.

Si noti come le medesime procedure concorsuali italiane siano incluse sia nell'allegato A sia nell'allegato B, con la sola differenza per cui le procedure che possono avere anche obiettivi di risanamento possono essere considerate procedure di liquidazione di cui all'allegato B soltanto nel caso in cui prevedano la cessione dei beni o dei complessi aziendali. Infatti nell'allegato B si considera procedura secondaria sì anche il concordato preventivo ma solo nel caso in cui sia previsto un concordato con cessione di beni. Medesima considerazione si può svolgere per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, che può essere considerata una procedura secondaria soltanto nel caso in cui preveda un programma di cessione dei complessi aziendali oppure un programma sì di ristrutturazione, ma che abbia come parte integrante un concordato con cessione di beni.

Riepilogando l'impostazione, i documenti del regolamento da consultare per sapere se la procedura concorsuale che si sta aprendo rientra tra le procedure previste dal

---

<sup>146</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 96.



regolamento comunitario sono l'allegato A, nel caso in cui si apra una procedura principale, e l'allegato B, nel caso si apra una procedura secondaria; invece per conoscere i criteri che una procedura deve avere al fine di poter essere inclusa nel regolamento bisognerà riferirsi all'art. 1, primo comma, per le procedure principali, mentre ci si rifarà all'art. 2, lettera c), per le procedure secondarie.

### «Giudice»

Per quanto riguarda la definizione di giudice di cui alla lettera d) si fa notare come il regolamento amplifica il campo di applicazione di tale definizione ad un numero di soggetti maggiore rispetto a quello di diritto italiano, in cui la figura di giudice è propriamente la sola autorità giudiziaria. Interviene a motivare tale ampiezza di definizione anche il considerando (10), il quale specifica che per giudice non si intende soltanto l'autorità giudiziaria ma più in generale tutte le «persone od organi legittimati dalla legge nazionale ad aprire procedure d'insolvenza». Come si è già avuto modo di motivare<sup>147</sup> infatti alcune legislazioni tipicamente di *common law* prevedono la possibilità per alcuni organi privati<sup>148</sup> di aprire procedure concorsuali stragiudiziali. Riguardo al contesto normativo italiano, come hanno precisato alcuni Autori<sup>149</sup>, questa ampiezza del termine porta a ritenere «giudice» ai fini del regolamento non solo l'autorità giudiziaria ma anche l'autorità amministrativa, nella sua veste di organo competente a disporre l'apertura di una procedura di liquidazione coatta amministrativa<sup>150</sup>.

---

<sup>147</sup> Si veda il par. 2.1.1 e quanto accennato rispetto alla procedura di *creditors' voluntary winding-up* del Regno Unito. Anche il commentario alla Convenzione del 1995 specifica che nell'esempio del contesto normativo irlandese e del Regno Unito è considerata giudice anche una persona giuridica che decida di aprire a suo carico una procedura volontaria di liquidazione per insolvenza (*voluntary winding-up*), in quanto ritenuta autorità competente per tale apertura. Si veda **M. VIRGÓS, E. SCHMIT**, *Report*, cit., par. 66; **B. WESSELS**, *International Insolvency Law*, cit., par. 10508.

<sup>148</sup> Solitamente assemblee dei soci o di creditori.

<sup>149</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 97.

<sup>150</sup> Sono infatti competenti ad aprire detta procedura il Ministero del tesoro su proposta della Banca d'Italia per le imprese bancarie, il Ministero del tesoro su proposta della Banca d'Italia o della Consob per le società di Investimento Immobiliare (S.I.M.), per le società di gestione del risparmio (S.G.R.) e per le società di investimento a capitale variabile (S.I.C.A.V.), nonché il Ministero delle attività produttive su proposta dell'ISVAP [ora IVASS, Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni, ex D.L. n. 95/2012]. Sono infatti assoggettate a procedura di liquidazione coatta amministrativa le banche (artt. 80 ss. D.Lgs. n. 385/93), le imprese di assicurazione (artt. 245 ss. D.Lgs. n. 209/05), le società cooperative (art. 2545 *terdecies* c.c.), le società di intermediazione finanziaria (artt. 57 ss. D.Lgs. n. 58/98), le società fiduciarie e di revisione (L. n. 430/86). Si veda **L. GUGLIELMUCCI**, *Diritto fallimentare*, V ed., cit., pp. 370, 372. Si ricorda comunque come il regolamento non si applichi alle procedure di insolvenza che

### «Momento in cui è aperta la procedura di insolvenza»

Questa lettera f) dell'art. 2 rappresenta un altro dei fondamentali principi di funzionamento del regolamento come strumento di giurisdizione e di risoluzione dei relativi conflitti, poiché stabilire il momento preciso in cui si ritiene aperta una procedura principale d'insolvenza determina particolari conseguenze. Come si avrà modo di vedere in seguito nel commento all'art. 16 la più importante conseguenza sta nel riconoscimento automatico e immediato da parte degli altri Stati membri di detta decisione di apertura, precludendo eventuali successive aperture di procedure principali a carico del medesimo debitore, che se aperte verranno automaticamente escluse dall'ambito di applicazione del regolamento. Perché detto riconoscimento sia automatico e immediato è necessario che la procedura di cui si decide l'apertura sia una delle procedure concorsuali di cui all'allegato A, dal momento che quelle ivi elencate sono le procedure per le quali si applica il regolamento<sup>151</sup>.

Il dettato letterale del disposto determina il momento preciso di apertura guardando al momento in cui vengono in essere gli effetti della procedura, non considerando la definitività o meno della decisione che pone in essere detti effetti, mettendo così in rilievo l'esecutività della decisione, e non la sua definitività intesa come passaggio in giudicato<sup>152</sup>. Questa impostazione era già presente nella Convenzione del 1995, in cui la procedura si riteneva aperta nel momento in cui la decisione, definitiva o meno, diventava esecutiva secondo la legge dello Stato di apertura<sup>153</sup>.

Volendo riepilogare il principio di riconoscimento del momento di apertura originariamente previsto dal regolamento, una procedura tra quelle elencate all'allegato A si considera aperta nel momento in cui la decisione di apertura, definitiva o meno che sia, emessa da un giudice competente, inizia a produrre effetti<sup>154</sup>.

---

riguardano imprese assicuratrici, enti creditizi, imprese di investimento e organismi di investimento collettivo di cui all'art. 1, par. 2. del regolamento.

<sup>151</sup> Riguardo alla questione sulla tassatività degli allegati si veda il par. 2.5.1.

<sup>152</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 98. La possibile non definitività della decisione di apertura permette nel contesto normativo italiano di considerare momento di apertura di una procedura principale anche la sentenza dichiarativa di fallimento, che è una pronuncia provvisoria (suscettibile di passare in giudicato) ed è provvisoriamente esecutiva. Si veda **L. GUGLIELMUCCI**, *Diritto fallimentare*, V ed., cit., p. 60.

<sup>153</sup> Si veda **M. VIRGÓS, E. SCHMIT**, *Report*, cit., par. 68.

<sup>154</sup> A titolo d'esempio, in caso di procedura fallimentare italiana sarà considerato momento di apertura ai fini del regolamento la data in cui la sentenza dichiarativa di fallimento di cui all'art. 16 l.f., secondo comma, sarà depositata in cancelleria ex art. 133 c.p.c., primo comma.

Questa impostazione risultava all'entrata in vigore semplice ed esaustiva, tuttavia un particolare caso pratico ha portato alla luce un dubbio cruciale per il quale è stato necessario il rimando alla Corte di giustizia, la quale ha integrato la disposizione originaria sul momento di apertura della procedura. Il vuoto normativo in questione riguardava l'istituto della retroattività degli effetti tipico dell'ordinamento Irlandese e del Regno Unito, secondo il quale la sentenza che apre la procedura giudiziale di liquidazione fa retroagire l'inizio della procedura e dei suoi effetti alla data di presentazione della domanda di liquidazione. Nel caso in cui la domanda di apertura sia presentata soltanto in uno di questi due Stati il momento di apertura sembrerebbe facilmente identificabile: dal momento che è prevista la retroattività la procedura si ritiene aperta alla data di presentazione della domanda. Si consideri però il seguente esempio: un creditore presenta dinanzi ad una corte irlandese domanda di liquidazione di una società; nel periodo che intercorre tra la data della domanda e la data futura di apertura della procedura liquidatoria irlandese, che farà retroagire gli effetti, un altro Stato membro, l'Italia, emette una decisione di apertura di una procedura di cui all'allegato A a carico della medesima società, che teoricamente comincerebbe a produrre effetti prima della decisione di apertura irlandese. Successivamente l'Irlanda apre la procedura e fa retroagire l'apertura e gli effetti. Quale delle due procedure è stata aperta per prima<sup>155</sup>?

La Corte di giustizia nella vicenda *Eurofood*<sup>156</sup> ha risolto il conflitto tra procedure pendenti specificando cosa il regolamento intendesse per «decisione di apertura di una procedura di insolvenza» e relativi effetti: oltre alla già considerata decisione formalmente indicata di apertura dallo Stato membro in base all'allegato A, è da ritenersi decisione di apertura anche qualsiasi decisione scaturente da una domanda di apertura di una procedura di cui all'allegato A, anche precedente all'apertura vera e propria, che determini il venire in essere degli effetti di nomina di un curatore di cui

---

<sup>155</sup> È bene precisare che come si avrà modo di vedere nel proseguo l'attribuzione di giurisdizione tra gli Stati membri non si fonda meramente su un criterio di precedenza temporale, ma utilizza anche un ben più importante criterio di competenza territoriale, in base al quale è competente ad aprire la procedura principale lo Stato membro in cui è situato il centro degli interessi principali del debitore, di cui all'art. 3. La questione della competenza temporale resta tuttavia importante per risolvere i conflitti di giurisdizione, poiché fissando un criterio chiaro si sarebbe evitata l'apertura in successione di più procedure d'insolvenza a carico dello stesso debitore, mentre per la competenza territoriale della procedura è possibile il ricorso interno alla procedura per prima aperta, nel caso in cui si ritenga incompetente lo Stato di apertura.

<sup>156</sup> Si veda Corte di giustizia CE, sentenza 2 maggio 2006, causa C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*, par. 50 ss.

all'allegato C, anche provvisorio, e di spossessamento, totale o parziale, del debitore. In altre parole può essere alternativamente considerato come momento di apertura: a) il momento in cui la decisione di un giudice<sup>157</sup> apre una delle procedure di cui all'allegato A; b) qualsiasi momento in cui una decisione precedente e prodromica a quella di apertura della procedura ed emessa da un giudice pone in essere gli effetti della nomina di un curatore di cui all'allegato C e dello spossessamento totale o parziale del debitore<sup>158</sup>.

Nell'esempio sopra riportato la procedura italiana risulterebbe così la procedura aperta per prima, poiché ricadrebbe nella fattispecie a) dei possibili momenti di apertura. Se però prima del venire in essere degli effetti della procedura italiana la corte irlandese alla quale è stata proposta domanda di apertura per esempio nominasse con una misura cautelare un curatore, anche provvisorio, con poteri di spossessamento del debitore, la procedura aperta per prima risulterebbe quella irlandese, poiché ricadrebbe nel caso b) dei possibili momenti di apertura. Allo stesso modo se in Italia durante il procedimento per la dichiarazione di fallimento una parte richiede al tribunale l'emissione di provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio *ex art. 15 l.f.*, ottavo comma, che comportano lo spossessamento cautelare del debitore e la nomina di un curatore provvisorio, verranno in essere gli effetti necessari a ritenere l'emissione del provvedimento cautelare come momento di apertura della procedura in base al caso b) sopra esposto.

Se questa giurisprudenza della Corte di giustizia ha fino ad oggi colmato le possibili lacune riguardo alla definizione di apertura e al suo momento rilevante, alcuni Autori<sup>159</sup> hanno sollevato critiche nei confronti di entrambe le tipologie di momento di apertura. Con particolare riferimento alla seconda tipologia b), si è obiettato che ritenere come momento di apertura quello in cui viene emessa una decisione cautelare e provvisoria soltanto perché gli effetti dello spossessamento e nomina sono già venuti in essere pone

---

<sup>157</sup> Di cui all'art. 2, lett. d).

<sup>158</sup> Come è stato correttamente evidenziato con riguardo alla tipologia b), «anche il provvedimento cautelare, seppure caratterizzato dalla provvisorietà degli effetti e dalla sommarietà dell'accertamento, costituisce "*decisione di apertura*" qualora produca, quali effetti, lo spossessamento del debitore e la designazione di un curatore». Si veda **C. SENNI**, *L'insolvenza comunitaria: il regolamento (CE) n. 1346/2000*, p. 1371, in **U. APICE** (a cura di), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali – Le altre procedure concorsuali, reati fallimentari, problematiche comunitarie e trasversali, fallimento e fisco*, vol. III, Giappichelli, Torino, 2011.

<sup>159</sup> Si veda **G. MOSS**, **T. SMITH**, *Commentary*, II ed., cit., par. 8.61 ss.; **T. BACHNER**, *The Battle over Jurisdiction in European Insolvency Law*, in *European Company and Financial Law Review*, n. 3, 2006, pp. 311-329, p. 328.

due importanti questioni. Innanzitutto in questo modo si aprirebbe la procedura ancora prima che il giudice competente accerti i presupposti necessari all'apertura della stessa secondo la legge nazionale, in particolare senza aver ancora accertato lo stato di insolvenza o la propria competenza giurisdizionale. Oltre a ciò si minerebbe il diritto al giusto processo, poiché si riterrebbe aperta la procedura ancora prima di aver dato la possibilità di ascoltare il debitore, nel caso in cui la richiesta di apertura e di emissione di una procedura cautelare avvenga su istanza dei creditori.

A nostro giudizio entrambe le osservazioni rispecchiano la reale impostazione del regolamento, tuttavia si ritiene che non comportino effettive mancanze o violazioni del contraddittorio ai fini dell'apertura della procedura. Riguardo alla prima critica sulla mancanza di valutazione dello stato d'insolvenza si ricorda infatti che il manifestarsi degli effetti di un provvedimento cautelare certamente apriranno una procedura, che andrà immediatamente e automaticamente riconosciuta dagli altri Stati membri. Tuttavia il processo non sarà irreversibile, poiché nel caso in cui il giudice con successivo provvedimento accerti la mancanza del requisito dell'insolvenza o della propria competenza<sup>160</sup> e revochi le disposizioni cautelari, tale provvedimento sarà considerato come decisione di chiusura della procedura in base all'art. 25, par. 1<sup>161</sup>, e sarà immediatamente e automaticamente riconosciuto dagli altri Stati membri al pari di una decisione di apertura. Con riguardo al mancato ascolto delle parti prima di aprire la procedura, a giudizio di chi scrive, non si considera che ogni ordinamento giuridico degli Stati membri tutela il diritto al giusto processo, per cui se anche precedentemente all'apertura della procedura secondo il regolamento non venissero ascoltate le parti, sicuramente ci sarà un momento successivo del processo in cui le parti potranno essere sentite<sup>162</sup>. Inoltre se la violazione del giusto processo da parte di questa disposizione

---

<sup>160</sup> Quindi successivamente all'emanazione del provvedimento cautelare e al termine dell'istruttoria che verifica la situazione debitoria.

<sup>161</sup> «Le decisioni relative allo svolgimento e alla chiusura di una procedura di insolvenza pronunciate da un giudice la cui decisione di apertura è riconosciuta [dagli altri Stati membri viene] riconosciuta senza altra formalità». Se ad esempio in Italia si ritenesse aperta una procedura principale sulla base di un provvedimento cautelare (*ex art. 15, ottavo comma*) e successivamente il tribunale rigettasse l'istanza per la dichiarazione di fallimento con decreto non sussistendo l'insolvenza, detto decreto revocherà anche il provvedimento cautelare e sarà considerato decisione di chiusura della procedura, automaticamente riconosciuto *ex art. 25* del regolamento.

<sup>162</sup> Se ad esempio in Italia si ritenesse aperta una procedura principale sulla base di un provvedimento cautelare (*ex art. 15, ottavo comma*) il tribunale sarà comunque tenuto in forza dell'art. 15, secondo comma, a convocare con decreto il debitore e i creditori istanti, prima di dichiarare con sentenza il fallimento.

fosse reale, ciò sarebbe inconciliabile con l'art. 26 sull'ordine pubblico, il quale permette di non riconoscere le decisioni di apertura di un altro Stato membro nel caso in cui siano palesemente contrarie ai principi fondamentali o ai diritti e alle libertà personali sancite dalla costituzione dello Stato che deve riconoscerle<sup>163</sup>.

(Segue): l'art. 38 sui provvedimenti conservativi

Raggiunta la corretta definizione di momento di apertura si passa alla corretta interpretazione dell'art. 38, rubricato «Provvedimenti conservativi», il quale a prima vista sembrerebbe confutare quanto sinora detto. L'articolo prevede infatti che un curatore provvisorio nominato da un giudice competente ex art. 3, par. 1, può chiedere qualsiasi provvedimento conservativo per i beni del debitore che si trovano in un altro Stato membro, nel periodo che separa la richiesta dalla decisione di apertura di una procedura di insolvenza<sup>164</sup>.

L'articolo quindi permette, nel periodo antecedente la decisione di apertura, di: a) nominare un curatore provvisorio; b) attuare provvedimenti conservativi, implicanti lo spossessamento del debitore. Invece si è visto nel precedente paragrafo come il venire in essere di questi due effetti costituisca “la molla” che fa scattare l'apertura della procedura principale, per cui non si capisce come sia possibile fare una distinzione rispetto al caso in questione, in cui detti effetti vengono in essere in fase istruttoria ex art. 38 senza determinare l'apertura della procedura. Un simile ragionamento porterebbe così a ritenere che non sia possibile utilizzare gli effetti della nomina di un curatore e dello spossessamento del debitore come criteri per determinare l'apertura della procedura, poiché l'art. 38 prevede che questi possano venire in essere anche prima dell'apertura della procedura.

---

<sup>163</sup> Tale disposizione invece non è contraria all'ordine pubblico poiché il rispetto del giusto processo non significa che i creditori o i loro rappresentanti devono necessariamente essere sentiti in tutte le fasi della procedura, soprattutto in caso di urgenza, ma che ogni limitazione di tale diritto deve essere adeguatamente motivata e che deve essere comunque garantita la possibilità di impugnare i provvedimenti di urgenza. Si veda **S. BARIATTI**, *Il regolamento n. 1346/2000*, cit., par. 10. Questo significa che non sarà la considerazione di un provvedimento d'urgenza alla stregua di una decisione di apertura a violare il giusto processo ex art. 26, ma sarà eventualmente la mancante motivazione di una limitazione e/o la mancata possibilità di impugnare tali provvedimenti d'urgenza a violare tale principio.

<sup>164</sup> Per un commento più approfondito sul funzionamento dell'art. 38 si veda **G. MOSS, D. BAYFIELD, G. PETERS**, *Recognition and Enforcement*, in **G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS** (eds.), *The EC Regulation*, II ed., cit., par. 5.139-5.144; **G. MOSS, T. SMITH**, *Commentary*, II ed., cit., par. 8.398-8.401; **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., pp. 178-180; **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 375-376.

In questo errore interpretativo è incorso il Governo italiano quando ha proposto appello alla *Supreme Court* irlandese nella già nota vicenda *Eurofood*. Tralasciando la dettagliata esposizione del conflitto di giurisdizione venuto in essere nel 2004 tra il Tribunale italiano di Parma e la *High Court of Justice* di Leeds, il nostro Governo riteneva che la sola nomina di un curatore provvisorio<sup>165</sup> non potesse aprire una procedura principale di insolvenza, sulla scorta dell'interpretazione letterale di questo art. 38 in combinato disposto con il considerando (16), i quali parlano di curatore provvisorio designato anteriormente all'apertura della procedura principale.

La questione è arrivata dinnanzi alla Corte di giustizia europea, la quale prima di illustrare la soluzione ha ammesso come il regolamento non definisse con sufficiente precisione il concetto di «decisione di apertura di una procedura di insolvenza»<sup>166</sup>.

L'art. 38, spiega la Corte, andrebbe interpretato nel senso che il giudice competente, prima di aprire una procedura principale, può nominare un curatore provvisorio che vigili sui beni del debitore<sup>167</sup>. Tuttavia la nomina di questo curatore provvisorio non sarà considerato come effetto valido per l'apertura della procedura principale, fintantoché non avverrà lo spossessamento del debitore oppure il curatore designato non sarà una delle figure di cui all'allegato C. Riformulando il principio, se viene nominato un curatore provvisorio che non figura tra i curatori di cui all'allegato C o viene nominato uno dei curatori di cui all'allegato C ma non avviene lo spossessamento del debitore, questi effetti non sono considerati come validi per l'apertura di una procedura principale di insolvenza.

Una simile interpretazione poggia sull'assunto in base al quale l'art. 38 «deve essere interpretato insieme all'art. 29 [...], secondo il quale il curatore della procedura di insolvenza principale ha il diritto di chiedere l'apertura di una procedura secondaria in un altro Stato membro»<sup>168</sup>. Detto art. 29 dispone dunque il potere del curatore di chiedere, a procedura principale aperta, l'apertura di procedure secondarie in altri Stati membri. Alla luce di questo solo articolo, un curatore provvisorio non figurante nell'allegato C o che operi senza che sia avvenuto lo spossessamento del debitore si troverebbe senza una disposizione che gli permetta, al pari di un curatore di una

---

<sup>165</sup> In quel caso era avvenuto anche lo spossessamento del debitore.

<sup>166</sup> Si veda Corte di giustizia dell'Unione europea, *Eurofood IFSC Ltd*, cit, par. 50.

<sup>167</sup> Si veda *ivi*, par. 57.

<sup>168</sup> *Ivi*.

procedura già aperta, di congelare i beni del debitore situati in altri Stati membri rispetto allo Stato in cui è stata proposta domanda di apertura. L'art. 38 è stato così previsto al fine di permettere a detti curatori provvisori di attuare misure cautelari in altri Stati membri *ante* apertura della procedura principale, similmente ai curatori delle procedure già aperte che chiedono l'apertura di procedure secondarie<sup>169</sup>. Nella vicenda *Eurofood* invece entrambi i requisiti per l'apertura erano presenti, essendo il curatore presente all'allegato C ed essendo avvenuto lo spossessamento.

A giudizio di chi scrive la Corte è arrivata a tipicizzare la situazione di curatore non presente nell'allegato C o non accompagnato da spossessamento dell'art. 38 secondo un simile ragionamento: se nella situazione profilata dall'art. 38 si parla di curatore nominato ma non ancora di procedura aperta, questo significa che non sono ancora venuti in essere tutti gli effetti che identificano il momento in cui è aperta la procedura, come richiesto dall' art. 2, lett. f). Ricordato che gli effetti congiunti che determinano l'apertura sono la nomina di un curatore figurante nell'allegato C e lo spossessamento del debitore, nella situazione di cui sopra manca uno dei due effetti, o addirittura mancano entrambi<sup>170</sup>, e questo impedisce l'apertura della procedura<sup>171</sup>.

#### «Dipendenza»

Chiude il presente articolo la lettera h), la quale definisce il concetto di dipendenza su cui si fonda il riconoscimento di una procedura secondaria o di una procedura territoriale indipendente, essendone il presupposto necessario all'apertura. Costituisce infatti il presupposto all'apertura di tale una procedura secondaria di portata territoriale.

---

<sup>169</sup> Prima della pronuncia della Corte di giustizia erano presenti più fonti dottrinali che illustravano il rapporto tra l'art. 29, riguardante il curatore della procedura già aperta, e l'art. 38, riguardante il curatore provvisorio *ante* apertura. Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 375 ss; **M. VIRGÓS, E. SCHMIT**, *Report*, cit., par. 262 ss). Già in commento alla Convenzione del 1995 infatti si spiegava come la posizione di un curatore provvisorio nominato successivamente alla domanda di apertura, ma prima dell'apertura stessa, dovesse essere posto in relazione al compito provvisorio di conservazione del patrimonio del debitore. Questo curatore provvisorio, dalle funzioni più limitate, non corrisponde esattamente con il curatore di cui all'art. 2, lett. b) della Convenzione (ed oggi del regolamento) e non deve necessariamente essere incluso nell'allegato C. L'art. 38 permette a detto curatore provvisorio, antecedente l'apertura della procedura, di richiedere misure cautelari in un altro Stato in cui sono localizzati beni del debitore, sebbene dette misure risultino di carattere generale rispetto alle misure che il curatore effettivo può richiedere (*ex art. 18 del regolamento*) una volta aperta la procedura. Si veda *ivi*, par. 263 ss

<sup>170</sup> Cioè il curatore designato non figura nell'allegato C e non è stato nemmeno spossessato il debitore.

<sup>171</sup> Difficilmente il Governo italiano nel proporre ricorso sarebbe riuscito a sviluppare un simile ragionamento, mancando sia all'art. 38 sia al considerando (16) un'espressa previsione sul fatto che, per non venire in essere gli effetti che decretano il momento di apertura, il curatore non deve figurare tra i curatori inclusi nell'allegato C o, se fosse incluso, non dovrebbe essere avvenuto lo spossessamento.



Tale dipendenza non deve essere costituita sotto forma di entità dotata di autonoma soggettività giuridica, poiché questa è una caratteristica che porta all'apertura di una procedura principale<sup>172</sup>: sarà considerato come dipendenza «qualsiasi luogo di operazioni in cui il debitore esercita in maniera non transitoria un'attività economica con mezzi umani e con beni».

La nozione autonoma di diritto comunitario di «dipendenza» ha quindi carattere ampio, poiché non fa alcuna distinzione riguardo la natura di persona fisica o giuridica del debitore o riguardo all'attività che egli svolge, così da ricomprendere all'interno dei criteri del regolamento qualunque attività economica svolta da qualsiasi genere di soggetto<sup>173</sup>.

La definizione di tale lettera pone alla base del concetto di dipendenza tre requisiti necessariamente compresenti: l'esercizio di un'attività economica, la non transitorietà di tale attività, l'utilizzo di mezzi umani e di beni. Questi tre requisiti risultano abbastanza elastici da poter ricomprendere sotto la loro fattispecie più casistiche possibili, mantenendo un ampio spettro applicativo che prescinde dall'esternalità o meno di questa attività, che potrà essere riconosciuta come dipendenza anche nel caso in cui l'attività economica organizzata non sia rivolta verso l'esterno<sup>174</sup>.

Il «luogo di operazioni» consisterebbe nel mercato in cui il debitore svolge un'attività commerciale, industriale o professionale, identificabile come tale dai terzi, cioè da un punto di vista esterno. Sempre dal punto di vista dei terzi dovrebbe essere individuabile l'organizzazione con mezzi umani e con beni, cioè la presenza sul territorio di un ufficio, un sito produttivo, un laboratorio, ecc.

La non transitorietà dell'attività sarebbe invece il criterio temporale da individuare come valore intermedio tra un'attività permanente e una transitoria. Con questo si intende dire che il debitore deve svolgere nella dipendenza qualsivoglia attività che non sia così rapida da occupare un intervallo temporale minimo ma che allo stesso tempo non necessita di avere durata permanente sul territorio: basterebbe cioè operare in maniera stabile in un luogo, pur in un orizzonte di tempo limitato<sup>175</sup>.

---

<sup>172</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 77.

<sup>173</sup> Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 297-298.

<sup>174</sup> *Ibid.*

<sup>175</sup> Si veda *ivi*, par. 300; **B. WESSELS**, *International Insolvency Law*, cit., par. 10535.

Nel caso di una dipendenza che opera stabilmente su un territorio per un periodo di tempo limitato, i creditori si vedranno compresso in detto lasso di tempo il loro diritto a richiedere l'apertura di una procedura secondaria o territoriale indipendente<sup>176</sup>. In altre parole lo Stato sul cui territorio è stabilita una dipendenza con durata limitata ad un periodo temporale avrà piena giurisdizione ad aprire una procedura secondaria o territoriale indipendente soltanto in quell'intervallo di tempo<sup>177</sup>. Una volta cessata l'attività della dipendenza, lo Stato fino a quel momento competente non avrà più giurisdizione ad aprire una procedura secondaria o una procedura territoriale indipendente.

### 2.1.3 Art. 3 – Competenza internazionale

*1. 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.*

*2. 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.*

*3. 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.*

*4. 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:*

*a) 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*

*b) 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.*

---

<sup>176</sup> Si veda *Ibid.* Gli Autori fanno l'esempio di una dipendenza creata per un progetto di costruzione, la cui durata nel territorio sarà così limitata al progetto stesso.

<sup>177</sup> Si consideri inoltre che in quel periodo temporale potrà essere aperta una procedura secondaria soltanto nel caso in cui sia stata già aperta una procedura principale in altro Stato membro, poiché in caso contrario sarà possibile soltanto aprire una procedura territoriale indipendente, in base ad una delle due fattispecie che il regolamento considera all'art. 3, par. 4. Al di fuori di tale finestra temporale di permanenza sul territorio della dipendenza non sarà possibile aprire alcun tipo di procedura.

Tale articolo può essere considerato come il centro focale del regolamento e del suo funzionamento, poiché definisce quale Stato membro sia competente ad aprire la procedura principale, quali altri Stati membri abbiano competenza ad aprire una procedura secondaria e quali condizioni debbano rispettare, specificando infine quali sono le due deroghe che permettono di aprire una procedura territoriale indipendente.

Il primo comma definisce quale sia lo Stato membro competente ad aprire la procedura principale basandosi sul criterio del centro degli interessi principali del debitore, più comunemente definito COMI<sup>178</sup>, che fino a prova contraria si presume coincidere con il luogo in cui si trova la sede statutaria<sup>179</sup>. È stato fatto presente come tale criterio della sede statutaria sia più restrittivo rispetto alla definizione di domicilio di cui all'art. 60 dell'allora reg. 44/2001, il quale prevede l'amministrazione centrale ovvero il centro di attività principale come criteri in più rispetto alla sola sede statutaria<sup>180</sup>.

Questo concetto di centro degli interessi principali rappresenta l'evoluzione di un principio introdotto già nella convenzione di Istanbul del 1990 e nella Convenzione del 1995<sup>181</sup>; è stato inoltre utilizzato dall'UNCITRAL come diretto criterio di giurisdizione per la propria Legge Modello del 1997<sup>182</sup>. L'origine del concetto deriva dal principio della "sede effettiva" utilizzato dagli ordinamenti di alcuni Stati membri per identificare la *lex societatis* da applicare alle società<sup>183</sup>, secondo il quale la legge applicabile è quella

---

<sup>178</sup> Acronimo di *Center Of Main Interests*.

<sup>179</sup> Quella della sede statutaria si configura come una presunzione semplice, superabile con prova contraria. La scelta di questa presunzione ha origini probabilistiche, poiché il centro degli interessi principali di una società corrisponde di solito con la sede statutaria. Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 58.

<sup>180</sup> Si veda **M. FABIANI**, *Gruppi di imprese ed insolvenza transfrontaliera*, cit., par. 3.

<sup>181</sup> Anche se in dette convenzioni tale strumento radicava soltanto indirettamente la giurisdizione, mentre nel regolamento 1346/2000 in commento il Centro degli Interessi Principali stabilisce in via diretta la giurisdizione tra gli Stati membri.

<sup>182</sup> Si veda **C. PASINI**, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione: l'esperienza del regolamento (CE) n. 1346/2000*, tesi di dottorato, Dottorato di ricerca in Istituzioni, mercati e tutele, Indirizzo: "Diritto Processuale Civile", Alma Mater Studiorum – Università di Bologna, XXIV ciclo, discussa nell'a.a. 2011/2012, rel. M.A. Lupoi, p. 82.

<sup>183</sup> Si veda **P. GOTTWALD**, *Le insolvenze transfrontaliere: tendenze e soluzioni europee e mondiali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 155. Per *lex societatis* si intende il diritto nazionale applicabile alle società sulla base di precisi criteri di collegamento in situazioni transnazionali. Si veda **E. PEDERZINI**, *Alla ricerca del diritto applicabile: società italiane e società straniere*, in **E. PEDERZINI** (a cura di), *Percorsi di diritto societario europeo*, cit., p. 10. Riguardo al criterio di collegamento funzionale per individuare la *lex societatis* si ricorda che nel diritto internazionale privato comparato, oltre al criterio della sede reale (*real seat doctrine*), è alternativamente utilizzato il criterio dell'incorporazione (*incorporation doctrine*), in base al quale la legge applicabile è quella dello Stato in cui viene costituita la società, cioè lo Stato in cui si trova la sede statutaria. Si veda **E. PEDERZINI**, *La libertà di stabilimento delle società europee nell'interpretazione evolutiva della Corte di giustizia. Armonizzazione e*

dello Stato in cui vengono effettivamente adottate le decisioni gestorie e organizzative della società. Con la convenzione di Istanbul si cercò di trovare un criterio più comprensivo al fine di includere anche le persone fisiche, arrivando così al criterio espresso dal centro degli interessi principali per persone fisiche e giuridiche<sup>184</sup>.

È importante delineare la natura di questo principio: il centro degli interessi principali del debitore è una nozione autonoma di diritto comunitario e tale natura è desumibile dal regolamento stesso, poiché il presente articolo non prevede alcun specifico rimando alle normative nazionali<sup>185</sup>. Dunque nessuna interpretazione di questo principio potrà essere fatta utilizzando criteri propri di diritto nazionale degli Stati membri né tantomeno si potrà modificare il significato del principio con leggi nazionali.<sup>186</sup>

Motivano ulteriormente tale criterio il tredicesimo e il quattordicesimo considerando, secondo i quali tale sede statutaria deve corrispondere con il luogo in cui il debitore esercita in modo abituale e riconoscibile dai terzi la gestione dei propri interessi; il luogo che presenta questa riconoscibilità deve inoltre essere situato all'interno dell'Unione europea.

Unendo in una sola definizione le caratteristiche dettate dall'articolo e dai considerando, secondo il regolamento nella sua formulazione originaria il centro degli interessi principali del debitore è, salvo prova contraria, il luogo interno all'Unione europea in cui è situata la sede statutaria, nella quale il debitore gestisce i propri interessi in maniera sufficientemente abituale da poter essere riconoscibile dai terzi<sup>187</sup>. I criteri focali di tale definizione risultano tre: la natura principale o meno degli interessi, l'abitudine e la riconoscibilità da parte dei terzi. La nozione li presume compresenti nella sede statutaria e dunque nel caso in cui si voglia fornire prova contraria bisognerà dimostrare la loro diversa localizzazione.

---

*concorrenza tra ordinamenti nazionali*, in **E. PEDERZINI** (a cura di), *Percorsi di diritto societario europeo*, cit., pp. 115 ss.

<sup>184</sup> Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 46.

<sup>185</sup> Invece come vedremo ampia è stata la giurisprudenza nazionale e la dottrina che ha cercato di dare al contenuto dell'articolo un'interpretazione non ispirata dal contesto di diritto comunitario. L'autonomia di questa nozione è stata anche più volte affermata dalla Corte di giustizia, ad es. nel caso *Eurofood* e nel caso *Interedil*. Si veda Corte di Giustizia (CE), Grande Sez., 2 maggio 2006, causa C-341/04, *Eurofood IFSC*, par. 31; Corte di Giustizia (UE), Prima sezione, 20 ottobre 2011, causa C-396/09, *Interedil srl*, par. 42 ss.

<sup>186</sup> Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 45.

<sup>187</sup> Si rammenta che tale criterio del COMI ricalca in buona parte la definizione di centro degli interessi contenuta nella Legge Modello stilata dall'UNCITRAL nel 1997, nella quale è possibile notare forti analogie all'art. 2, lettera b) e l'art. 16, comma terzo.

Se l'impostazione sembra completa, i problemi interpretativi sono emersi in più di un caso pratico e ancora prima sono stati fonte di dubbio per numerosa dottrina<sup>188</sup>, dimostrando l'incompletezza dell'originaria definizione di COMI. Il regolamento infatti non specifica che cosa intenda per interessi, per abitualità e per riconoscibilità da parte dei terzi, lasciando apparentemente libera interpretazione agli organi incaricati dell'individuazione del criterio o dell'eventuale prova contraria.

In realtà la nozione di centro degli interessi principali è stata volutamente lasciata generale così da permettere l'applicazione del regolamento ad ogni tipologia di debitore, sia persona fisica che persona giuridica<sup>189</sup>. È bene precisare che questa ampiezza delle figure assoggettabili non corrisponde con la possibilità di interpretare in ampi termini il concetto di COMI: secondo gli intenti del regolamento lo spettro di debitori deve essere ampio ma l'interpretazione sulla natura del centro degli interessi principali deve essere univoca. Questa univocità deve rispettare il dettame del primo comma del presente articolo e per essere correttamente interpretato si deve avvalere del chiarimento espresso nel tredicesimo considerando<sup>190</sup>.

Riguardo al termine «centro degli interessi principali» utilizzato nell'articolo si è anche fatta distinzione rispetto al termine «centro principale degli interessi», ritenendo che il primo imponga all'interprete un'attività di selezione degli interessi ritenuti principali per il debitore, per poi localizzarli nella sede statutaria o altrove in caso di prova contraria, mentre la seconda accezione non distingue tra la natura ed entità degli interessi, focalizzandosi invece sull'individuazione del luogo in cui principalmente vengono gestiti gli interessi, principali e non<sup>191</sup>.

---

<sup>188</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., pp. 104 ss.; **M. FABIANI**, *Gruppi di imprese ed insolvenza transfrontaliera*, cit., par. 3 ss.; **F. PERSANO**, *Contestuali procedure d'insolvenza*, cit.; **M.V. BENEDETTELLI**, «Centro degli interessi principali», cit.

<sup>189</sup> Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 47.

<sup>190</sup> A maggior ragione nemmeno il chiarimento del tredicesimo considerando e i suoi tre criteri devono essere oggetto di interpretazioni soggettive. In particolare il tenore apparente del considerando non deve sollevare dubbi di interpretazione letterale: il condizionale «per centro degli interessi principali *si dovrebbe intendere*» è una pura forma stilistica che non intende tuttavia lasciar spazio ad altre interpretazioni. Si veda *ivi*, par. 48.

<sup>191</sup> Si veda **P. CATALLOZZI**, *Il regolamento europeo*, cit., par. 2-3; **M.V. BENEDETTELLI**, «Centro degli interessi principali», cit., p. 514; **L. BACCAGLINI**, *Il caso Eurofood*, cit., p. 125.

## Prime interpretazioni del COMI

Fin dall'entrata in vigore del regolamento la dottrina e le diverse istituzioni degli Stati membri hanno cercato di dare un'interpretazione più chiara al dettame dell'articolo e ai tre criteri contenuti nel tredicesimo considerando, soprattutto con riguardo alle persone giuridiche.

Una prima definizione del principio è stata proposta al Parlamento europeo dal *Committee on Law and Internal Market*, il 23 febbraio 2000, secondo cui per centro degli interessi principale si intendeva il luogo dal quale il debitore intrattiene principalmente le proprie relazioni economiche, esercita altre attività economiche e dove mantiene i rapporti più stretti<sup>192</sup>.

Nella dottrina italiana alcune tesi<sup>193</sup> ritenevano che il criterio di individuazione del COMI andasse man mano determinato sulla base del diritto interno dello Stato membro che apriva la procedura principale, cozzando però con la natura di norma autonoma di diritto comunitario propria della nozione di COMI. Alcuni Autori<sup>194</sup> ritenevano che il COMI coincidesse con il centro in cui è effettivamente esercitata e gestita l'attività del debitore, indipendentemente dalla localizzazione dei beni e utilizzando ai fini dell'individuazione elementi oggettivi e reali. La tesi scaturiva dall'interpretazione data al par. 75 del *Report Virgós-Schmit*, secondo il quale il centro degli interessi principali del debitore corrisponde con la sede statutaria poiché solitamente detto luogo corrisponde con la sede centrale (*head office*<sup>195</sup>). Secondo gli Autori questa definizione portava a ritenere che per superare la presunzione semplice bisognava dimostrare che le funzioni tipiche di una sede centrale (*head office functions*) erano svolte in uno Stato membro diverso da quello in cui era situata la sede statutaria. Il criterio prenderà così il nome di *head office functions approach*, o *head office functions test* in riferimento al test di individuazione del luogo in cui venivano svolte le funzioni tipiche di una sede centrale. Tuttavia altri Autori<sup>196</sup>, con i quali ci si trova d'accordo, hanno criticato questo criterio ritenendo che i suoi fautori abbiano male interpretato la spiegazione del *Report*,

---

<sup>192</sup> Si veda **B. WESSELS**, *International Insolvency Law*, cit., par. 10545.

<sup>193</sup> Si veda **M.V. BENEDETTELLI**, «Centro degli interessi principali», cit., p. 520 ss.

<sup>194</sup> Si veda **G. MOSS, T. SMITH**, *Commentary on Council Regulation 1346/2000 on Insolvency Proceedings*, in **G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS** (eds.), *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. – A Commentary and Annotated Guide*, I ed., Oxford University Press, 2002, par. 8.39 ss.

<sup>195</sup> Per centrale si intende la sede in cui vengono coordinate e svolte le più importanti funzioni di un'organizzazione.

<sup>196</sup> Si veda **B. WESSELS**, *The Place of the Registered Office*, cit., p. 189.

il quale nel far corrispondere la sede statutaria con la sede effettiva intendeva soltanto fornire una spiegazione alla scelta della sede statutaria come presunzione semplice, senza tuttavia voler fornire un criterio di individuazione del COMI a sé, né tantomeno un criterio di prova contraria. Oltre a ciò stressare il solo criterio della sede centrale al fine di localizzare il COMI esclude il requisito della riconoscibilità da parte dei terzi<sup>197</sup>, criterio invece espressamente previsto nella seconda parte del tredicesimo considerando di cui si tornerà a parlare più nello specifico nel proseguo del paragrafo.

Tra gli organi degli Stati membri che si sono occupati dell'interpretazione del regolamento, il *Ministère de la Justice* francese emanò una circolare in cui si definiva il COMI come il centro effettivo di direzione degli affari<sup>198</sup>. Facendo una *summa* delle diverse interpretazioni, si stava delineando una comune interpretazione di centro degli interessi principali del debitore quale centro effettivo di direzione e amministrazione degli affari, il quale si presumeva essere localizzato nella sede statutaria del debitore ma che poteva essere individuato altrove come prova contraria.

Una delle prime interpretazioni più complete e dettagliate è stata fornita da M. Virgós e F. Garcimartín<sup>199</sup>, soprattutto riguardo alla corretta definizione dei criteri del tredicesimo considerando. Gli Autori ritenevano che fosse necessario utilizzare congiuntamente tre «direttive» al fine di individuare correttamente il centro degli interessi principali: le direttive riguardavano la gestione degli interessi (*Administrative connection*), la sfera esterna di abitudine e riconoscibilità da parte dei terzi (*External sphere*) e l'unicità del centro degli interessi (*Principle of unity*).

Il primo principio dell' *Administrative connection* considerava il termine «interessi» come «affari economici del debitore», per cui il luogo in cui il debitore esercita la gestione dei propri interessi doveva corrispondere con il luogo in cui il debitore gestisce i propri affari economici. Il termine di cui al tredicesimo considerando «esercita [...] la gestione»<sup>200</sup> va inteso come «dirige e controlla», dunque il luogo in cui il debitore esercita la gestione dei suoi interessi doveva essere il «luogo in cui il debitore dirige e controlla i propri affari economici», sia che esso fosse persona fisica o giuridica. Il

---

<sup>197</sup> Si veda *ivi*.

<sup>198</sup> «Ce terme peut être compris comme désignant le centre effectif de direction de ses affaires», **Ministère de la Justice**, *Circulaire relative à l'entrée en vigueur du règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, in *Bulletin officiel du Ministère de la Justice*, n. 89 (1er janvier - 31 mars 2003), punto I.2.1.

<sup>199</sup> Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 50 e ss.

<sup>200</sup> Nel testo originale in inglese del regolamento il termine utilizzato è «conducts the administration».

principio non va confuso o considerato secondario ad ipotetici criteri del centro operativo, in cui cioè gli affari sono svolti, o del centro patrimoniale, in cui sono locati fisicamente i beni e le immobilizzazioni. Questa direttiva ricalcava sostanzialmente l'*head office functions approach* illustrato in precedenza, cioè il criterio del centro direzionale che è stato abbracciato anche da altri Autori che tra i primi hanno commentato il regolamento<sup>201</sup>.

Passando al criterio di *External sphere* tale «direttiva» serviva a verificare che il debitore avesse nel presunto COMI un'organizzazione estrinseca: il debitore deve manifestarsi all'esterno in modo così abituale da poter essere oggettivamente riconoscibile dai terzi. Questo concetto di visibilità non riguarda la vera e propria presenza di immobilizzazioni nel predetto luogo, anche se è richiesta una minima presenza, almeno per le persone giuridiche; il concetto è piuttosto legato ad una localizzazione territoriale nella quale i terzi riconoscono o ritengono che il debitore abitualmente dirige e controlla i propri affari. L'abitudine invece si deduce dalla durata e dalla continuità con cui i terzi intrattengono rapporti con il debitore e da qualsiasi altra informazione che faccia presumere una regolare localizzazione. L'abitudine è desumibile anche dal principio per cui anche terzi soggetti, come ad esempio potenziali creditori, sono in grado di individuare l'abitudine di questo centro direttivo prima ancora di entrare in contatto con il debitore. La *ratio* di tale precisazione sta nella possibilità da parte di potenziali creditori di valutare se il soggetto con cui intendono entrare in rapporti conduce gli affari stabilmente in un luogo oppure se questi non ha sede stabile di direzione, ipotesi in cui il rischio commerciale e finanziario aumenta per i creditori<sup>202</sup>. Questa direttiva coincide con il *contact with creditor approach*, criterio di individuazione del COMI proposto da alcuni Autori<sup>203</sup> come criterio più corretto rispetto all'*head office functions approach*

Il terzo criterio dell'unicità del centro degli interessi (*Principle of unity*) stabilisce che ci deve essere un solo centro direzionale e di controllo in capo al debitore, dal momento che la procedura principale che si aprirà nel luogo in cui si individua il COMI è

---

<sup>201</sup> Tuttavia si è già accennato come il criterio dell'*head office approach* manchi nel definire gli ulteriori criteri dell'abitudine e riconoscibilità da parte dei terzi.

<sup>202</sup> Il rischio aumenta a causa del possibile *forum shopping* che il debitore potrebbe attuare ad insaputa dei creditori, che non sarebbero in grado di individuare tempestivamente un centro degli interessi in continuo spostamento.

<sup>203</sup> Si veda **B. WESSELS**, *The Place of the Registered Office*, cit.; **P. CATALLOZZI**, *Il regolamento europeo*, cit.



anch'essa unica. Si ritiene che la situazione in cui si individuino più centri degli interessi possa verificarsi nel caso in cui il debitore non abbia alla vista dei terzi una sede stabile di direzione e governo. Nell'eventualità in cui il debitore abbia più di un centro di gestione degli affari, gli Autori propongono la soluzione di stabilire quale di tali centri sia il centro direzionale in cui sono svolte le funzioni tipiche di una sede centrale, distinte dalla gestione di affari diversi in luoghi diversi<sup>204</sup>.

A nostro giudizio l'impostazione di questi tre criteri e una simile interpretazione del COMI risultava completa, poiché la prospettiva di riconoscimento del centro degli interessi ricalcava il punto di vista dei terzi, e come vedremo quella dell'ottica dei terzi sarà la direzione interpretativa che ha ribadito la stessa Corte di giustizia negli anni più recenti. Una simile inquadratura ha il pregio di permettere allo stesso tempo una sfera di applicazione il più ampia possibile e un buon livello di certezza nell'individuare l'effettivo centro degli interessi principali. Il fatto che non ci sia un elenco particolareggiato dei soggetti sottoposti al regolamento fa sì che possa essere ricompreso qualunque soggetto con cui entrino in contatto i terzi, mentre la presunzione della sede statutaria o diversamente del luogo in cui i terzi ritengono siano effettivamente condotti gli affari permette di identificare con certezza a quale diritto nazionale il debitore eventualmente insolvente sarà sottoposto.

### COMI delle persone fisiche

Le opinioni finora illustrate avevano particolare riguardo interpretativo al centro degli interessi principali delle società, cioè delle persone giuridiche. Fonte di minori discussioni è invece stato il centro degli interessi principali delle persone fisiche, che rientrano tra le possibili figure assoggettabili a procedura d'insolvenza riconosciuta dal regolamento.

---

<sup>204</sup> Ad es. il luogo di relazione con i prestatori di capitale di rischio e capitale di terzi, il luogo in cui sono prese le decisioni strategiche, le politiche e gli obiettivi aziendali. A differenza degli Autori non si ritiene calzante l'esempio del luogo in cui è situata la tesoreria centrale od in cui si effettua la raccolta dei capitali, dal momento che nell'ambito dei gruppi societari molto spesso una società controllata viene adibita a società di sola gestione finanziaria per l'intero gruppo, rimanendo comunque staccata dalla società madre per quanto riguarda gli altri ambiti di gestione. Come si vedrà nel successivo paragrafo il regolamento non si applica ai gruppi di imprese ma una simile situazione può verificarsi anche a livello di singola entità societaria, in cui una sede staccata dalla sede centrale potrebbe essere interamente adibita alla gestione finanziaria aziendale, al fine di inquadrare in un ramo dedicato dell'azienda questa attività.

In linea generale si ritiene che il COMI di una persona fisica corrisponda con il luogo di residenza abituale oppure, e nel caso di professionista con il domicilio professionale<sup>205</sup>. Tra i dubbi posti a riguardo dalla dottrina su questa impostazione uno dei più discussi riguarda il possibile caso in cui una persona viva in uno Stato membro e lavori in un altro, essendoci così due potenziali centri degli interessi, cioè uno nel domicilio professionale e uno nel luogo di residenza. Alcuni Autori<sup>206</sup> ritengono che la soluzione dipenda in linea generale dalla singola situazione e che sia necessario basarsi soprattutto sulla riconoscibilità da parte dei terzi. Altri Autori<sup>207</sup> hanno al contrario ritenuto che il COMI di un soggetto che conduca degli affari debba corrispondere con il luogo in cui detti affari sono svolti, nello stesso Stato o in un altro. Si ritiene entrambe le teorie valide, con la differenza che la prima avrebbe valore nel caso in cui si debba fornire prova contraria alla presunzione semplice, mentre la seconda avrebbe valore come presunzione di sede statutaria.

### Gruppi di imprese

Né l'articolo in commento né alcuna altra norma del regolamento dispone riguardo al trattamento dei gruppi di imprese, intesi come insieme di società dotate di autonomia giuridica ma assoggettate ad un unico soggetto economico, che imprime una direzione economica unitaria.

La ragione alla base di questo vuoto normativo sta nel principio, condiviso da tutti gli Stati membri all'epoca della Convenzione del 1995, secondo il quale l'insolvenza è considerata l'incapacità di far fronte ai propri debiti non tanto di un'organizzazione, quanto di un debitore persona fisica o giuridica singolarmente considerata<sup>208</sup>. È stato

---

<sup>205</sup> Si veda **M. VIRGÓS, E. SCHMIT**, *Report*, cit., par. 75; **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 56.

<sup>206</sup> Si veda **B. WESSELS**, *International Insolvency Law*, cit., par. 10559.

<sup>207</sup> Si veda **G. MOSS**, *Jurisdiction Issues*, in One day international conference *The future of the European Insolvency Regulation*, 28 aprile 2011, Amsterdam, The Netherlands, p. 36. È opinione di chi scrive che sia più corretta e in linea con i requisiti di COMI del regolamento la tesi di Wessels, poichè la seconda tesi, sulla scorta di un *head office functions approach*, sembrerebbe non considerare affatto la riconoscibilità da parte dei terzi.

<sup>208</sup> Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 61. Anche la Convenzione del 1995 non prevedeva norme riguardo ai gruppi societari, specificando che le singole società del gruppo andavano trattate come singole entità giuridiche. Si veda **M. VIRGÓS, E. SCHMIT**, *Report*, cit., par. 76. Sull'importanza delle origini del regolamento al fine di capire l'impostazione adottata alla sua entrata in vigore si veda anche **B. WESSELS**, *Twenty Suggestions*, cit., p. 72. Altri Autori hanno inoltre illustrato come all'epoca di creazione del regolamento l'opinione generale riteneva che sarebbe stato estremamente difficile riconciliare il bisogno di un accorpamento e coordinamento della

inoltre fatto notare come la Relazione Virgós-Schmit spiegava come all'epoca della Convenzione gli Stati non intendevano adottare una simile disciplina poiché si era in attesa del coordinamento delle disposizioni nazionali in materia di diritto dei gruppi, di cui all'art. 1, par. 2 della direttiva n. 89/667, coordinamento peraltro ad oggi non ancora realizzato<sup>209</sup>.

Il fatto che non siano incluse norme nel regolamento che regolino l'insolvenza dei gruppi d'impresе significa che ogni singola società facente parte del gruppo insolvente va considerata come entità giuridica autonoma: ciò implica che per ogni società controllata del gruppo, oltre che per la controllante, il luogo rilevante ai fini della localizzazione del COMI sia la sede statutaria della controllata stessa, in cui si presume essere localizzato il centro direzionale e amministrativo. Il fatto che la direzione e amministrazione di una società controllata sia svolta secondo le direttive imposte da una società controllante non modifica il trattamento giuridicamente autonomo in questione<sup>210</sup>. Ogni società del gruppo, venendo autonomamente considerata, va anche assoggettata ad una propria procedura principale d'insolvenza<sup>211</sup>.

Completamente fuori dal contesto del regolamento era l'idea di assoggettare a procedure secondarie le società controllate di una capogruppo sottoposta a procedura principale in altro Stato comunitario: il concetto di dipendenza sulla base del quale è possibile richiedere l'apertura di una procedura secondaria infatti ha natura ben diversa da quella di società dotata di personalità giuridica autonoma<sup>212</sup>.

Come si vedrà nel proseguo la non inclusione delle insolvenze di gruppo da parte del regolamento sarà uno dei temi controversi anche con riguardo all'interpretazione del

---

crisi di gruppo con le pressioni operate dai singoli Stati membri, riluttanti a cedere piena giurisdizione su autonome entità societarie presenti sul loro territorio. Si veda **A. MAZZONI**, *Cross-border insolvency of multinational groups of companies: proposals for an European approach in the light of the UNCITRAL approach*, *Diritto del Commercio Internazionale*, Giuffrè, fasc. 4, 2010, pp. 755 ss., par. 1.

<sup>209</sup> Si veda **S. BARIATTI**, *Il regolamento n. 1346/2000*, cit., par. 8.

<sup>210</sup> Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 51.

<sup>211</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 73; **G. MOSS, T. SMITH**, *Commentary*, II ed., cit., par. 8.88.

<sup>212</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 74. Per un'opinione contraria sulla possibilità di aprire procedure secondarie per le controllate si veda **G.M. BUTA**, cit. Facendo un raffronto con il contesto di diritto interno italiano è certamente vero che i gruppi di imprese strutturati sul territorio nazionale sono soggetti ad un coordinamento e ad una gestione il più possibile unitaria della crisi o dello stato di insolvenza, tuttavia al fine di assoggettamento a fallimento o ad amministrazione straordinaria l'accertamento dello stato di insolvenza va condotto considerando la situazione economico-finanziaria di ogni singola società, anche se queste appartengono ad un gruppo di società controllate o collegate. Questo poiché ciascun debitore conserva distinta personalità e autonoma qualità di imprenditore, rispondendo con il proprio patrimonio soltanto dei propri debiti, così come specificato da Cass. 16 luglio 1992, n. 8656.

criterio del COMI, poiché le corti di molti Stati membri utilizzarono sistematicamente l'*head office functions approach* per localizzare le procedure principali delle società controllate nel luogo in cui era localizzato il COMI della controllante. Queste utilizzarono infatti il criterio in questione non soltanto come prova contraria alla presunzione semplice, ma anche in maniera inappropriata in sostituzione della presunzione semplice, per cui invece che provare che il centro direttivo e amministrativo della controllata si trovava in un altro luogo rispetto alla sede statutaria si preoccuparono semplicemente di individuare altrove il COMI. Per meglio capire il reiterato comportamento delle diverse corti nazionali e i conseguenti sviluppi giurisprudenziali della Corte di giustizia si partirà dall'impostazione inizialmente prevista del regolamento.

La mancanza normativa sul caso ha avuto larga trattazione in dottrina, la quale in maggioranza ha commentato negativamente l'assenza di previsioni nel regolamento che regolino una struttura societaria a carattere transnazionale largamente diffusa, in un ambiente economico e di mercato ormai globalizzato. Come lamentato da alcuni Autori infatti i gruppi societari assumono spesso dimensioni transfrontaliere e rilevanza economico-sociale tali da generare notevole allarme in caso di insolvenza<sup>213</sup>, oltre al fatto che una gestione separata delle diverse società non permetterebbe una "gestione unitaria" della crisi di gruppo<sup>214</sup>. Nondimeno, una procedura accorpata ha l'evidente beneficio di rendere efficiente lo svolgimento della procedura e di massimizzare il soddisfacimento dei creditori, in base al principio proprio della finanza aziendale per cui il *fair market value* di un gruppo societario è molto probabilmente più alto della somma dei singoli valori di mercato delle società del gruppo, comunemente definito "valore di *break-up*"<sup>215</sup>.

---

<sup>213</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 102; **M.M. WINKLER**, *Le procedure concorsuali*, cit.

<sup>214</sup> Si veda **S. BARIATTI**, *L'applicazione del regolamento CE n. 1346/2000 nella giurisprudenza*, in Riv. dir. proc., 2005, pp. 673 ss.; **A. DI MAJO**, *Il trust e i gruppi di imprese nelle procedure concorsuali*, in **U. APICE** (a cura di), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, vol. III, cit., p. 1319.

<sup>215</sup> Si veda **C. ALESSI-D. BENINCASA-M. PASSALACQUA**, *Rapporti tra procedura principale e procedure secondarie nel Regolamento (CE) 1346/2000* in **F. BONELLI** (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Giuffrè, 2011, pp. 321 ss.; **G. MOSS, T. SMITH**, *Commentary*, II ed., cit., par. 8.90; **R. van GALEN**, *The European Insolvency Regulation and Groups of Companies*, INSOL Europe Annual Congress, Cork, Ireland, 16-18 ottobre, 2003, par. II; anche se contrario all'approccio, **B. WESSELS**, *International Insolvency Law*, cit., par. 10570d; **M.M. WINKLER**, *Le procedure concorsuali*, cit. Per le teorie riguardanti il valore di mercato dei gruppi di imprese e il valore di *break-up* si veda **R.A. BREALEY, S.C. MYERS, F. ALLEN, S. SANDRI**, *Principi di finanza aziendale*, VI ed., McGraw Hill, gennaio 2011, pp. 399 ss.

Ci sono comunque state opinioni controcorrente a supporto di questa esclusione dei gruppi di imprese dal regolamento che si basavano su alcune considerazioni riguardanti il diritto sostanziale e i conflitti di giurisdizione<sup>216</sup>. Dal punto di vista del diritto sostanziale si è fatto presente che la gestione delle insolvenze di gruppi di imprese ha due rischi antitetici: da una parte il rischio che la gestione scoordinata delle diverse società del gruppo sia inefficiente, dall'altra parte però il rischio che si concentri eccessivamente in capo alla procedura della capogruppo anche la gestione delle sussidiarie. Infatti con riguardo al secondo rischio difficilmente le corti degli Statimembri che avrebbero dovuto gestire la procedura delle controllate accetterebbero di buon grado una simile privazione di giurisdizione. Tuttavia si ritiene che un simile problema non si verificherebbe all'interno del regolamento anche nel caso ipotetico in cui quest'ultimo avesse predisposto un accentramento delle procedure nello stato della capogruppo, dal momento che la possibilità di aprire una procedura secondaria permetterebbe comunque alle corti un ampio margine di gestione del patrimonio della controllata nel territorio del proprio stato<sup>217</sup>.

Venendo alla trattazione dei casi pratici riguardanti i gruppi di imprese, pur di fronte alla mancata inclusione di dette strutture societarie all'interno del regolamento la giurisprudenza di molte corti nazionali è completamente andata controcorrente, basando spesso la propria decisione su motivazioni simili a quelle proposte dalla dottrina precedentemente citata. Il fenomeno prese ben presto il nome di *anglo-saxon approach*, dalla provenienza anglosassone delle prime sentenze che sistematicamente trattarono le insolvenze delle società appartenenti ad un gruppo come un'unica procedura e localizzarono il COMI di tutte le società appartenenti al gruppo nella sede della società madre. L'origine anglosassone di questo approccio derivava dalla maggior propensione da parte delle corti del Regno Unito ad interpretare il centro degli interessi principali secondo l'*head office functions test*. Sulla scorta delle critiche sopra mosse all'approccio, le diverse corti hanno così applicato un criterio che esulava dalla reale impostazione dell'art. 3 e del considerando (13): invece che verificare la corrispondenza tra sede statutaria e svolgimento in detta sede delle *head office functions*, e soltanto in

---

<sup>216</sup> Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 61.

<sup>217</sup> Unica limitazione resta quella per cui le procedure secondarie eventualmente aperte possono soltanto avere natura liquidatoria, impedendo così agli organi giudiziari una eventuale ristrutturazione delle società controllate, se non dietro richiesta del curatore della procedura principale.

caso contrario individuare il diverso luogo in cui il debitore gestiva i suoi interessi in maniera riconoscibile dai terzi, le corti si sono spesso limitate ad individuare aprioristicamente il luogo in cui erano svolte le *head office functions* di tutte le società del gruppo nella sede statutaria della capogruppo senza prima verificarne la corrispondenza con le singole sedi statutarie, oppure hanno a volte fornito come prova contraria elementi del tutto soggettivi di riconoscibilità soltanto per alcune categorie di terzi soggettivamente ritenute rilevanti dalla corte. In tale maniera le corti inglesi e successivamente anche le corti di altri Stati membri, Italia inclusa, sostituirono al ben più articolato criterio del COMI<sup>218</sup> il solo criterio dell'*head office functions test*, in base al quale individuarono sistematicamente il centro degli interessi principali delle società controllate di un gruppo nello stesso luogo in cui era situato il COMI della società madre.

Tra i primi casi quello più significativo è stato il caso *Daisytek*<sup>219</sup>, in cui un gruppo societario era costituito da una società madre, *Daisytek International Corp.*, che risiedeva negli Stati Uniti e controllava una società con sede statutaria in Inghilterra, *Daisytek ISA Ltd*, la quale a sua volta controllava quattro società, di cui una in Francia, *ISA Daisytek SAS*, e due in Germania. In data 16 maggio 2003 la *High Court of Justice* di Leeds, Inghilterra, assoggettò ad un piano di ristrutturazione dei debiti le tre società presenti in Europa ritenendo che il COMI sia della società inglese sia di quelle tedesche e francese fosse localizzato a Bradford, nel West Yorkshire, poiché lì erano coordinate tutte le attività del gruppo sul territorio europeo. Nel giudizio emesso nel giugno del 2003 il giudice inglese si rifecce al tredicesimo considerando, specificando come Bradford fosse il luogo in cui dette società esercitavano in modo abituale la gestione dei loro interessi e che questo era riconoscibile anche da parte dei terzi. In particolare sulla riconoscibilità da parte dei terzi la corte, rifacendosi alla definizione di terzi contenuta

---

<sup>218</sup> Per la cui interpretazione a norma del regolamento ci si rifà alle tre direttive interpretative di Virgós-Garcimartín, i quali oltre al luogo in cui erano svolte le funzioni direttive utilizzavano anche il criterio dell'abitudine e riconoscibilità da parte dei terzi e dell'unicità del COMI, criteri che invece le corti inglesi non utilizzarono, per lo meno espressamente, al fine di motivare nella decisione di apertura la localizzazione del COMI delle figlie nella sede della società madre.

<sup>219</sup> La vicenda è riferita nel dettaglio da **G. MOSS**, *The Triumph of "fraternité": ISA Daisytek SAS*, International Insolvency Institute, 2008, reperibile all'indirizzo web [www.iiiglobal.org](http://www.iiiglobal.org). Si veda anche **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., pp. 71 ss., 82; **B. WESSELS**, *The Place of the Registered Office*, cit., p. 184.

nel *Report Virgós-Schmit* al par. 75<sup>220</sup>, ritenne che per una società commerciale come la *Daisytek* il gruppo più rilevante di potenziali creditori fosse quello dei finanziatori e dei fornitori. Per tale motivo la corte appurò che il finanziamento delle attività svolte nelle controllate tedesche e francesi era organizzato a Bradford e il 70% dei contratti di fornitura di queste società figlie erano stati conclusi nella medesima città inglese. Sulla scorta di questi elementi la *High Court* di Leeds si ritenne competente ad aprire le procedure di tutte le società europee. Il 26 maggio 2003 gli amministratori della controllata francese fecero domanda di apertura della procedura al *Tribunal de Commerce* di Pontoise, il quale, pur a conoscenza dell'apertura della procedura inglese del 16 maggio, assoggettò ad una procedura simile a quella inglese la francese *ISA Daisytek SAS*, già assoggettata a procedura inglese, violando così le norme sul riconoscimento automatico dell'apertura di una procedura estera, di cui si farà commento all'art. 16. I curatori inglesi impugnarono allora la decisione di apertura francese di fronte al Tribunale di Pontoise e successivamente dinnanzi alla Corte di appello di Versailles, la quale il 4 settembre 2003 riconobbe come principale la procedura aperta in Inghilterra, ritenendo principalmente che il momento di apertura di detta procedura era già venuto in essere prima che si aprisse la procedura francese, per cui a partire da quel momento scattava il riconoscimento automatico da parte degli altri Stati membri. Pur non essendo necessario per il riconoscimento dell'apertura inglese, la corte di Versailles riconobbe anche la correttezza del procedimento di individuazione del COMI svolto dalla corte inglese, come superamento della presunzione della sede statutaria e utilizzo dei criteri di individuazione richiesti dal regolamento.

Nel caso *Daisytek* appena illustrato la corte inglese non applicò in maniera indipendente l'*head office functions test*, ma applicò in maniera a prima vista corretta il procedimento di individuazione del COMI previsto dal regolamento, dal momento che rilevò la non corrispondenza tra sede statutaria e sede centrale e cercò di fornire prova contraria provando la riconoscibilità da parte dei terzi. Lo sbaglio interpretativo tuttavia è avvenuto nell'utilizzo di un test soggettivo che valutava la riconoscibilità soltanto di un particolare gruppo di creditori potenziali. Il *Report Virgós-Schmit* intendeva invece che ai fini della prova contraria va applicato un test oggettivo, che dimostri che il debitore conduce i suoi interessi principali nel luogo in cui qualsiasi creditore potenziale, e non

---

<sup>220</sup> «[...] It is therefore important that international jurisdiction be based on a place known to the debtor's potential creditors [...]».

alcuni, potrebbe riconoscere oggettivamente che ivi è localizzato il COMI; in altre parole, il COMI situato in un luogo diverso dalla sede statutaria corrisponde con il luogo in cui il debitore si manifesta esternamente, e ciò è oggettivamente riconoscibile da qualsiasi potenziale creditore<sup>221</sup>.

Altro caso è stato quello della *Crisscross Telecommunications Group*, in cui la *High Court* inglese localizzò a Londra il COMI di diverse controllate del gruppo con sede statutaria in altri Stati membri. Particolarità di detto caso è stata la presenza sul territorio inglese non tanto della società madre, quanto di una delle società controllate, nella quale tuttavia si è ritenuto fossero localizzati i centri direzionali anche delle altre società del gruppo<sup>222</sup>. Hanno seguito una simile sorte il caso *MG Rover* (2005)<sup>223</sup> e soprattutto il caso *Collins & Aikman*, nel quale la *High Court of Justice* il 15 luglio 2005 assoggettò a procedura inglese ventiquattro società sparse per l'Unione e controllate dalla *Collins & Aikman Corp. Group*<sup>224</sup>. La *High Court* si basò sulle precedenti esperienze delle corti inglesi, incluso il caso *Daisytek*, inoltre si basò sull'evidenza per cui negli ultimi mesi prima dell'apertura della procedura le più importanti funzioni amministrative che riguardavano operazioni europee delle controllate erano state svolte in Inghilterra. L'approccio è stato successivamente utilizzato anche da altri Stati membri come ad esempio la Francia, dove in *Re MPOTEC GmbH* (2005) il Tribunale di Commercio di Nanterre ritenne convincente l'utilizzo dell' *head office functions approach* per i gruppi di imprese, alla luce della giurisprudenza che fino a quel momento si era trovata ad interpretare il COMI<sup>225</sup>.

Il 29 marzo 2006 infine la corte di Lure, Francia, assoggettò a procedura francese *Energotech*, società polacca controllata dalla francese *Eurocoler*, basando principalmente la propria decisione su elementi riguardanti il centro gestorio-amministrativo e a malapena considerando la riconoscibilità da parte dei terzi<sup>226</sup>.

---

<sup>221</sup> Si veda **B. WESSELS**, *International Insolvency Law*, cit., par. 10547. Si veda anche quanto già detto riguardo all'*External sphere* nel commento al criterio del COMI di Virgós-Garcimartín.

<sup>222</sup> Caso esposto in **R. van GALEN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. II; **I. MEROVACH**, *The 'home country' of a multinational enterprise group facing insolvency*, in *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 57, aprile 2008, 427-448, p. 444.

<sup>223</sup> Si veda **G. MOSS, T. SMITH**, *Commentary*, II ed., cit., par. 8.89.

<sup>224</sup> Caso esposto in **B. WESSELS**, *The Place of the Registered Office*, cit., p. 187.

<sup>225</sup> Tuttavia anche altri Stati come Germania e Italia hanno utilizzato detto approccio. Si veda **G. MOSS, T. SMITH**, *Commentary*, II ed., cit., par. 8.85.

<sup>226</sup> Si veda **B. WESSELS**, *International Insolvency Law*, cit., par. 10595a.



Pur ammettendo la maggior efficacia, efficienza ed economicità di una gestione unitaria dell'insolvenza di un gruppo societario, si ritiene che questo comportamento tenuto dalle corti di diversi Stati membri abbia un grosso limite. Prediligere infatti la sfera interna delle dinamiche infragruppo rispetto alla riconoscibilità oggettiva dei creditori potenziali pone questi ultimi nella condizione di non poter calcolare il proprio livello di tutela legale nel stringere accordi economici con una società controllata. Come riportato dal Virgós-Schmit *Report* al par. 75, l'insolvenza è un rischio prevedibile, per tale motivo è necessario che la giurisdizione sia radicata nel luogo in cui i creditori potenziali ritengono o sono stati indotti a ritenere che il debitore prenda le proprie decisioni e amministri i propri interessi in maniera manifesta e abituale verso l'esterno. Questo permette loro di poter valutare le garanzie legali offerte dallo Stato in cui ritengono sia localizzato il COMI del debitore. Focalizzando invece l'attenzione sulla sfera interna dei rapporti infragruppo non sarà possibile per i creditori prevedere a quale *lex concursus* potrà essere assoggettata la società controllata con cui hanno stretto rapporti, poiché essendo soggetti esterni non sono sempre in grado di investigare la struttura organizzativa e direzionale del gruppo<sup>227</sup>. Alla luce di questa difficoltà conoscitiva l'utilizzo dell'*head office functions test* potrebbe portare una corte ad assoggettare alla propria giurisdizione una società controllata i cui creditori potenziali erano invece indotti a ritenere che il COMI fosse situato altrove, soltanto perché l'indagine interna al gruppo svolta dalla corte evidenziava una diversa situazione, lasciando così possibili pratiche di *forum shopping* abusivo basate sul trasferimento mascherato della sede centrale di una controllata all'interno del proprio gruppo, fornendo ai creditori una realtà falsata<sup>228</sup>.

---

<sup>227</sup> Si veda *ivi*, par. 10570d.

<sup>228</sup> Volendo approfondire la questione, si potrebbe obiettare come la libertà di stabilimento (della cui interazione con il regolamento e il COMI si avrà modo di approfondire nel par. 2.1.3) potrebbe vanificare la possibilità per i creditori di calcolare il proprio rischio. Infatti il diritto del debitore di insediare e trasferire ex artt. 49 e 54 TFUE la propria attività economica od una sede secondaria della stessa in qualsiasi Stato membro sembrerebbe a prima vista rendere vana la facoltà per i creditori di prevedere a quale *lex concursus* il debitore sarà assoggettato nel caso in cui diventi insolvente. Se in qualsiasi momento successivo al venire in essere del rapporto debitorio e creditizio il debitore trasferisca la propria sede statutaria od anche semplicemente il proprio COMI in un altro Stato, il creditore in caso di insolvenza si troverebbe obbligato a doversi insinuare in una procedura estera, che seguirà una *lex concursus* diversa da quella da lui inizialmente prevista e "calcolata". A giudizio di chi scrive resterebbe comunque valido il criterio della riconoscibilità da parte dei terzi e il suo obiettivo di rendere possibile al creditore di calcolare il proprio rischio, dal momento che pur alla luce della libertà di stabilimento del debitore il creditore deve sempre essere messo nella condizione di identificare in qualsiasi momento il COMI del debitore, così da essere a conoscenza della *lex concursus* nella quale dovrà eventualmente

## La Corte di giustizia e la sede statutaria come “pietra angolare”<sup>229</sup> del COMI

Come sopra spiegato il primo comma dell’articolo utilizza una presunzione legale semplice di localizzazione del COMI nella sede statutaria del debitore, basandosi su una supposizione probabilistica e sulla necessità di permettere un’applicazione del regolamento il più possibile semplice e immediata. Il regolamento tuttavia nulla disponeva riguardo a quali prove dovessero essere fornite per superare questa presunzione, lasciando inizialmente spazio all’interpretazione dottrinale.

I tre criteri elaborati da Virgós e Garcimartín, se da un lato intendono quali sono le caratteristiche che il regolamento ritiene debbano risiedere nella sede statutaria, dall’altro lato sembrerebbero permettere la dimostrazione di prova contraria, localizzando questi criteri altrove. Analogamente altri Autori ritenevano che come prova contraria valesse la dimostrazione che il debitore gestiva effettivamente la propria attività in un luogo differente dalla sede statutaria.<sup>230</sup>

Nel 2006 la Corte di giustizia si è espressa riguardo al superamento di questa prova legale della sede statutaria, stabilendo un importante precedente giurisprudenziale nel caso *Eurofood*.

La sentenza della Corte<sup>231</sup> al par. 37 ritiene che si possa superare la presunzione semplice della sede statutaria soltanto grazie ad «elementi obiettivi e verificabili da parte di terzi» che mostrino una realtà diversa da quella che si presume sussistere nella sede statutaria. Il par. 38 propone un caso esemplificativo secondo cui la presunzione può essere superata nel caso di società fantasma che non svolga alcuna attività nello

---

insinuarsi. Utilizzando ad esempio l’*head office functions approach*, se il debitore trasferisce il proprio *head office* senza che la nuova sede reale sia riconoscibile all’esterno, il creditore avrà conoscenza della mutata *lex concursus* quando ormai sarà troppo tardi per fare qualsiasi “calcolo” successivo al trasferimento, che invece sarebbe stato comunque possibile fare in caso di spostamento riconoscibile di COMI. Sull’incertezza per i creditori che deriva dal solo utilizzo di indagini interne al gruppo che non considerano la riconoscibilità da parte dei terzi si è espressa nel 2010 anche la *High Court of Justice* inglese, nel caso *Stanford International Bank* (del quale si tratterà nel prossimo paragrafo), secondo la quale «*to extend ascertainability to factors, not already in the public domain or apparent to a typical third party doing business with the company, which might be discovered on enquiry would introduce into this area of the law a most undesirable element of uncertainty*». La sentenza è citata in **L.C. HO**, *Misunderstanding the Model Law: Re Stanford International Bank*, in *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, Vol. 26, n. 7, 2011, pp. 395 ss., p. 397. Parimenti, la Corte di giustizia nella sentenza *Eurofood* precisava al punto 33 che «[l’] obiettività e [la] possibilità di verifica da parte dei terzi sono necessarie per garantire la certezza del diritto [applicabile] e la prevedibilità dell’individuazione del giudice competente ad aprire una procedura di insolvenza principale».

<sup>229</sup> L’originale espressione, «*cornerstone*», è ripresa da **B. WESSELS**, *The Place of the Registered Office*, cit.

<sup>230</sup> Si veda **G. MOSS, T. SMITH**, *Commentary*, I ed., cit., p. 169.

<sup>231</sup> Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 2 maggio 2006, causa C-341/04.

Stato membro in cui si trova la sede statutaria. Oltre a questo unico esempio la sentenza prosegue stabilendo che il solo fatto che le scelte gestionali di una società con autonomia giuridica siano decise da una società controllante non basta a superare la presunzione della sede statutaria della controllata.

Con questa sentenza la Corte di giustizia ha creato un precedente giurisprudenziale che pone nero su bianco la questione riguardante il centro degli interessi principali per i gruppi di imprese, ribadendo i concetti espressi da Virgós e Garcimartín di trattamento autonomo delle società facenti parte di un gruppo e non rilevanza dei gruppi societari ai fini del regolamento. Tuttavia a differenza dell'interpretazione data dagli Autori e in generale da gran parte della prima dottrina questa sentenza fa chiarezza anche sulla prova contraria contro la presunzione semplice della sede statutaria, fornendo un'interpretazione ben più stringente di quella fino ad allora prospettata. Non sarebbe infatti la localizzazione in altro luogo dei criteri alla base del COMI a determinare la riallocazione della sede degli interessi principali: per superare la presunzione elementi obiettivi e verificabili da parte di terzi dovrebbero portare a ritenere che nella sede statutaria ci sia una società fantasma, che non svolge alcuna attività sul territorio.

Pur sotto forma di esempio, il superamento della presunzione della sede statutaria risultava così drasticamente ridotto, probabilmente con l'obiettivo di rendere il più certa e rapida possibile l'individuazione della sede societaria e del centro degli interessi principali, al fine di evitare quei conflitti positivi di giurisdizione che erano stati alla base stessa della pronuncia.

#### Sentenze successive alla ridefinizione della Corte di giustizia

Se nel caso *Eurofood* la Corte di Giustizia ha voluto fornire un metodo definitivo di stringente individuazione del COMI di gruppi di imprese e della prova contraria, così da evitare futuri conflitti di giurisdizione, alcune corti degli Stati membri hanno disatteso completamente questa impostazione, continuando a localizzare nella sede della società madre il COMI delle società controllate, e fornendo prove contrarie sulla base delle incorrette interpretazioni dottrinali precedenti al caso *Eurofood*. In molti casi come *Eurotunnel*<sup>232</sup>, *C. Finance S.A.* e *Finpart International S.A.*, *IT Holding finance S.A.*,

---

<sup>232</sup> Nel caso *Eurotunnel* il tribunale di commercio di Parigi il 2 agosto 2006 assoggettò a procedura d'insolvenza ben diciassette società del gruppo *Eurotunnel*, tra le quali la società francese *Eurotunnel SA*, la inglese *The Channel Tunnel Group Limited* e altre società localizzate in altri Stati dell'Unione. Il

*Illochroma*, *Immobilink*, *Itierre*<sup>233</sup> e *BenQ*<sup>234</sup>, tutte situazioni di insolvenza riguardanti gruppi di imprese, il COMI di tutte le società del gruppo è stato localizzato in una sola sede<sup>235</sup>. Comune denominatore di questi casi è stata la non considerazione dei dettami della Corte di Giustizia, poiché le motivazioni adottate dalle corti nel fornire prova contraria alla sede statutaria ponevano tutte le possibili prove, fuorché la presenza di una sede fantasma<sup>236</sup>. Anche ritenendo l'esempio della società fantasma come non tassativo, le diverse corti nei casi suddetti non hanno nemmeno fornito prova contraria con «elementi obiettivi e verificabili da parte dei terzi». Se prima della sentenza *Eurofood* un simile atteggiamento di assimilazione automatica delle controllate nella procedura della madre era proprio soltanto dei paesi anglosassoni, tanto da venir definito come il «metodo anglosassone» (*anglo-saxon approach*), la giurisprudenza successiva degli Stati membri anche non di *common law* sembra aver preferito questo metodo, rispetto a quello ben più stringente prospettato dalla Corte di Giustizia. Questa reazione porta a ritenere che, a partire dal precedente giurisprudenziale del caso *Eurofood*, si iniziò a manifestare in tutti gli Stati dell'Unione la volontà di gestire le insolvenze dei gruppi societari in maniera accentrata e unitaria, rovesciando l'iniziale impostazione del regolamento stesso<sup>237</sup>.

Soltanto nel 2010 il caso *Stanford International Bank Ltd*<sup>238</sup> ha portato la *High Court of Justice* inglese a considerare un criterio di determinazione del COMI in controtendenza rispetto all'*head office functions test* fino ad allora largamente utilizzato, riavvicinandosi invece alla formulazione della Corte di giustizia in *Eurofood*. Citando

---

giudice francese, pur citando indirettamente la sentenza *Eurofood*, ha (contrariamente ad essa) ritenuto propria la competenza internazionale anche per le società con sede statutaria non in Francia, ritenendo che a Parigi fosse localizzata la direzione strategica, finanziaria e contabile del gruppo, oltre che il nucleo essenziale dell'attività, dei dipendenti e del patrimonio. Aggiunse inoltre che le trattative con i debitori erano condotte per tutto il gruppo dal presidente francese. Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 74; **G. MONTELLA**, *La Corte di Giustizia e il Comi: eppur (forse) si muove!*, 2012, pp. 3 ss., reperibile all'indirizzo web [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).

<sup>233</sup> Si veda **G. MONTELLA**, *Il fallimento del COMI?*, in *Fallimento*, 2010, 1, pp. 59 ss., par. 1.

<sup>234</sup> Nel caso *BenQ* (2008) la corte adita dei Paesi Bassi si ritenne competente ad aprire la procedura nei confronti della società madre, considerando che la società aveva la sua sede statutaria nei Paesi Bassi e ivi svolgeva alcune attività riconoscibili da parte dei terzi, senza tuttavia considerare che il gruppo era gestito da Monaco, in Germania. Si veda **I. MEROVACH**, *The 'home country' of a multinational enterprise group*, cit., p. 444.

<sup>235</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., pp. 74 ss., 101; **G. MOSS, T. SMITH**, *Commentary*, II ed., cit., par. 8.89.

<sup>236</sup> Dal momento che le controllate in questione in nessuno dei casi erano configurabili come società fantasma, poiché svolgevano attività sul territorio individuabili anche da terzi.

<sup>237</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., pp. 101 ss.

<sup>238</sup> Caso riferito da **L.C. HO**, *Misunderstanding the Model Law*, cit., p. 397; **B. WESSELS**, *International Insolvency Law*, cit., par. 10600a, 10600d.

espressamente la definizione data dalla Corte lussemburghese l'*High Court* fornì le seguenti precisazioni: (1) il COMI non può essere considerato per un'ampia aggregazione di società; (2) la presunzione della sede statutaria può essere superata soltanto da elementi oggettivi<sup>239</sup>; (3) tali elementi contrari alla sede statutaria oltre che essere oggettivi devono anche essere riconoscibili dai terzi; (4) sono oggettivi e riconoscibili dai terzi quei fattori di dominio pubblico, dei quali cioè si potrebbe venire a conoscenza entrando normalmente in contatto con la società; non rientrano invece tra questi fattori quelli riconoscibili attraverso un'indagine interna alla società, fattori invece largamente utilizzati in precedenti sentenze che localizzarono il COMI attraverso l'*head office functions test*.

#### L'ultima interpretazione della Corte di giustizia sul COMI: un ridimensionamento della "pietra angolare" a favore dei terzi

Dopo la serie di pronunce delle corti nazionali palesemente in controtendenza con la giurisprudenza *Eurofood* soprattutto nel caso di insolvenza di gruppi di imprese, all'avvicinarsi del primo decennio dall'entrata in vigore del regolamento la Corte di giustizia ritorna sulla spinosa questione del COMI nella sentenza *Interedil*, pur non essendoci alla base del rinvio una questione riguardante un gruppo societario.

Tra le questioni pregiudiziali poste alla Corte lussemburghese, il giudice del rinvio chiedeva innanzitutto in maniera generica quali fossero gli elementi determinanti per identificare il COMI. Chiedeva poi se la presunzione semplice della sede statutaria potesse essere superata nel caso in cui si accerti che il debitore svolga un'effettiva attività imprenditoriale nello Stato diverso da quello in cui si trova la sede statutaria. Alternativamente chiedeva se fosse necessario accertare che la società non abbia svolto alcuna attività imprenditoriale nello stato ove ha la propria sede statutaria. Come ulteriore questione pregiudiziale il giudice del rinvio chiedeva se l'esistenza in uno stato diverso da quello della sede statutaria di beni immobili, di un contratto di affitto e di un contratto stipulato con un istituto bancario, fossero elementi sufficienti a superare la presunzione<sup>240</sup>.

---

<sup>239</sup> E nel trattare il superamento della presunzione la High Court fa espresso riferimento all'*head office functions test* per ribadire come tale criterio fino a quel momento adottato non consideri l'oggettività e riconoscibilità, come avvenuto nei casi *Lennox Holdings Ltd* e *Collins & Aikman Corp Group*.

<sup>240</sup> Si veda Sentenza della Corte di giustizia (Prima Sezione) del 20 ottobre 2011, *Interedil srl*, causa C-396/09, par. 17.

Nel rispondere ai tre quesiti la Corte di giustizia ha nella sostanza ripreso quanto aveva precedentemente detto nella sentenza *Eurofood*, restando in linea con l'orientamento che aveva espresso. Tuttavia la genericità della prima questione posta dal giudice del rinvio su quali fossero gli elementi determinanti per identificare il COMI, ha permesso alla Corte di fornire un'interpretazione del criterio più particolareggiata rispetto alla sua precedente giurisprudenza.

Così la Corte ha inizialmente ribadito l'origine della presunzione della sede statutaria come volontà del legislatore dell'Unione di privilegiare il luogo dell'amministrazione principale della società, rifacendosi indirettamente al *Report Virgós-Schmit*, par. 75<sup>241</sup>. Successivamente ha risolto la questione ritenendo che «il centro degli interessi principali di una società debitrice deve essere individuato privilegiando il luogo dell'amministrazione principale di tale società, come determinabile sulla base di elementi oggettivi e riconoscibili dai terzi. 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»<sup>242</sup>. La “pietra angolare” della sede statutaria è stata così “levigata” rispetto alla più ampia insuperabilità originariamente prevista nel caso *Eurofood*, dal momento che potrà essere superata non più soltanto nel caso in cui ad esempio la sede statutaria corrisponda con una *letterbox company*, ma in qualunque altro caso in cui, in maniera riconoscibile dai terzi, sia evidente che la sede statutaria non corrisponde con il luogo dell'amministrazione principale. Per quanto concerne il superamento della presunzione invece varranno quegli elementi obiettivi e riconoscibili da parte dei terzi che consentano di determinare l'esistenza di una situazione reale diversa dalla

---

<sup>241</sup> *Ivi*, par. 48.

<sup>242</sup> *Ivi*, par. 59.

presunzione della sede statutaria. Detti elementi obiettivi e riconoscibili potranno consistere non soltanto nella diversa localizzazione del centro dell'amministrazione principale, ma anche nella diversa localizzazione dell'attività economica e dei beni del debitore.

Così il luogo dell'amministrazione principale, coerentemente con quanto previsto dal *Virgós-Schmit Report* al par. 75<sup>243</sup>, avrà importanza e valore soltanto per la presunzione, mentre per la prova contraria sarà valida la riconoscibilità da parte dei terzi di molteplici elementi quali, oltre al luogo dell'amministrazione principale, anche il luogo di esercizio dell'attività economica e di detenzione dei beni, nel contesto comunque di un'analisi svolta globalmente. È evidente come la sentenza valorizzi ancor più che non nella sentenza *Eurofood* il determinante valore della riconoscibilità da parte dei terzi discussa nei precedenti paragrafi, a discapito dell'*head office approach* con il quale in troppe sentenze precedenti non era stato considerato il punto di vista dei terzi, oppure era stata utilizzata una riconoscibilità non obiettiva.

#### Trasferimento del COMI e *forum shopping*

Se la definizione di COMI dell'originario regolamento era in parte incompleta, diventando fonte di dubbi interpretativi e interventi della Corte di giustizia, ancora più dubbia era la questione riguardante il momento rilevante al fine di decidere, nel corso di un trasferimento di COMI, quale Stato tra quello di partenza e quello di destinazione avesse competenza ad aprire la procedura: se il trasferimento avviene poco prima o durante l'apertura di una procedura principale, quale tra i due Stati, di partenza o destinazione, ha la competenza giurisdizionale ad aprire la procedura?

Si è già in precedenza avuto modo di illustrare come tra gli obiettivi fondamentali del regolamento ci sia quello di «dissuadere le parti dal trasferire i beni o i procedimenti giudiziari da uno Stato ad un altro al fine di ottenere una migliore situazione giuridica»<sup>244</sup>, comportamento etichettato dal regolamento come *forum shopping*. Prima di passare alle questioni verificatesi nella pratica è bene specificare questo importante obiettivo al quale il regolamento mira, poiché non intende evitare tutte le forme di trasferimento.

---

<sup>243</sup> E come correttamente ritenuto prima di questa pronuncia della Corte da Autori come **B. WESSELS**, *The Place of the Registered Office*, cit., p. 187.

<sup>244</sup> Si veda il considerando (4).

Innanzitutto il concetto di *forum shopping* nella sua forma più semplice non costituisce il caso particolare di trasferimento di beni e di procedimenti giudiziari menzionato dal regolamento, ma anzi più comunemente si indica con questo termine il comportamento di ricerca della giurisdizione più favorevole per una determinata transazione e l'utilizzo di tutte le misure possibili perché venga applicata quella giurisdizione, nel caso dell'insolvenza al fine di liquidare o ristrutturare una società<sup>245</sup>. Il debitore, persona fisica o giuridica che sia, per attuare questo comportamento dovrà trasferire il proprio COMI da uno Stato membro ad un altro, al fine di ottenere una posizione legale più favorevole.

La trattazione del trasferimento del COMI e del *forum shopping* non può inoltre prescindere dal contesto normativo europeo del mercato comune e delle libertà fondamentali, queste ultime funzionali al perseguimento del principio di libertà di stabilimento, intesa come libertà di circolazione all'interno dello spazio comunitario delle imprese e delle iniziative economiche private<sup>246</sup>. Le norme sul diritto di stabilimento contenute negli artt. 49 e 54 del TFUE infatti influenzano anche la mobilità dei debitori in situazioni di insolvenza, per cui in caso di trasferimento di un debitore, oltre al concetto di COMI si dovranno considerare la libertà di stabilimento e le sue eventuali restrizioni. Evitando di entrare nel merito delle rilevanti questioni che riguardano l'evoluzione giurisprudenziale fino ad oggi sviluppata dalla Corte di giustizia sulla libertà di stabilimento<sup>247</sup>, la necessità di contestualizzare il trasferimento del COMI con la libertà di stabilimento porta a dover comprendere correttamente quali forme di *forum shopping* siano considerate abusive e quali invece siano ritenute lecite

---

<sup>245</sup> Si veda **W.G. RINGE**, *Forum Shopping*, cit., p. 3.

<sup>246</sup> Si veda **F.M. MUCCIARELLI**, *Not Just Efficiency: Insolvency Law in the EU and Its Political Dimension*, in *European Business Organization Law Review*, vol. 14, 2, giugno 2013, pp. 175-200, pp. 189 ss.; **E. PEDERZINI**, *La libertà di stabilimento delle società europee nell'interpretazione evolutiva della Corte di Giustizia. Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nazionali*, in **E. PEDERZINI** (a cura di), *Percorsi di diritto societario europeo*, cit., pp. 93 ss.

<sup>247</sup> Per le quali si rimanda a **E. PEDERZINI**, *ivi*; **F.M. MUCCIARELLI**, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 88 ss. con particolare riferimento alle sentenze, da *Daily Mail* (1988) a *Cartesio* (2008), e all'attuale situazione in cui tale diritto permette la piena mobilità transfrontaliera in entrata (sentenza *Centros*), circoscrivendo cioè i limiti posti dallo Stato di destinazione, mentre nell'altro verso sono ancora permessi ostacoli o divieti da parte degli Stati di partenza (sentenze *Daily Mail* e *Cartesio*) alla libertà di stabilimento in uscita. Dette questioni, pur avendo importanza fondamentale nel diritto societario europeo, non hanno particolare interesse con riguardo al trasferimento del COMI nella fase di apertura di una procedura di insolvenza.



da parte dell'Unione europea, implicando quindi conseguenze sulle imprese insolventi che utilizzano la libera circolazione.

Focalizzando la questione sui trasferimenti antecedenti la decisione di apertura, la libertà di stabilimento alla luce delle sentenze *Centros*<sup>248</sup> e *Überseering*<sup>249</sup> dovrebbe permettere ad una persona giuridica di trasferire la propria sede statutaria o effettiva senza che lo Stato di entrata possa porre alcun vincolo, fatte salve le quattro condizioni poste dalla sentenza *Gebhard*<sup>250</sup>. Inoltre in ambito di esercizio abusivo del diritto di stabilimento la sentenza *Cadbury Schweppes*<sup>251</sup> offre una base giuridica per il caso di trasferimento volto a trarre vantaggio da una disciplina nazionale più favorevole<sup>252</sup>. La costituzione di una società in un paese diverso da quello di origine con lo scopo di ivi esercitare l'attività, avvantaggiandosi di una disciplina fiscale più favorevole, non rappresenta di per sé abuso della libertà di stabilimento, «a meno che tale inclusione non riguardi costruzioni di puro artificio destinate a eludere l'imposta nazionale normalmente dovuta»<sup>253</sup>.

In questo contesto normativo e giurisprudenziale una società può liberamente scegliere il paese di costituzione e la relativa *lex societatis*, pur potendo svolgere la propria attività e collocare la propria sede amministrativa in qualsiasi altro Stato membro, sempreché vengano rispettate le limitazioni previste dal paese di costituzione (barriere all'uscita) e non vietate dalla libertà di stabilimento<sup>254</sup>. In questa situazione di possibile “sdoppiamento” delle società la *lex concursus* non sarà sempre la stessa del paese di costituzione, poiché entrando nel campo applicativo del regolamento si utilizzerà il criterio del centro degli interessi principali, il quale presumibilmente corrisponderà con

---

<sup>248</sup> Corte di giustizia della Comunità europea, 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros Ltd c. Erhvervs og Selskabsstyrelsen*, reperibile all'indirizzo web <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>, ricerca per numero CELEX: 61997CJ0212.

<sup>249</sup> Corte di giustizia della Comunità europea, 5 novembre 2002, causa C-208/00, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, reperibile all'indirizzo web <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>, ricerca per numero CELEX: 62000CJ0208.

<sup>250</sup> Corte di giustizia della Comunità europea, 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, par. 37, reperibile all'indirizzo web <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>, ricerca per numero CELEX: 61994CJ0055. Nella dottrina ci si riferisce solitamente alle quattro condizioni poste nella sentenza come “test *Gebhard*”.

<sup>251</sup> Corte di giustizia della Comunità europea, 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes plc & Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, reperibile all'indirizzo web <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>, ricerca per numero CELEX: 62004CJ0196.

<sup>252</sup> Il caso tratterebbe di norme tributarie più favorevoli, tuttavia il ragionamento alla base della sentenza si presta ad essere facilmente esteso a tutti i casi di *law shopping*.

<sup>253</sup> *Ivi*, par. 75.

<sup>254</sup> Si veda F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., p. 204. Si fa particolare riferimento agli Stati di costituzione che utilizzino la teoria della sede reale.

la sede statutaria nello stesso Stato del quale si applica la *lex societatis*, ma potrà essere individuato altrove nel caso in cui il luogo dell'amministrazione principale sia individuabile in qualsiasi altro Stato membro in base ad elementi sufficientemente trasparenti all'esterno. Così un debitore insolvente può essere soggetto alla *lex societatis* di uno Stato membro ma diventare soggetto alla *lex concursus* di un altro Stato membro che egli ritenga per lui più vantaggiosa trasferendo il proprio COMI, trasferendo cioè la propria sede statutaria o il proprio centro di direzione, controllo e gestione degli interessi. Più semplicemente un debitore insolvente potrebbe trasferire la propria sede statutaria e il suo centro di direzione e gestione degli interessi in prossimità dell'apertura di una procedura principale, mutando così sia la *lex societatis* sia la *lex concursus*.

Il fenomeno è stato etichettato dagli Autori anglofoni come *Bankruptcy Tourism*<sup>255</sup>, con riferimento al comportamento di persone fisiche soprattutto di origine tedesca e austriaca, ma anche giuridiche, che negli scorsi anni hanno trasferito il loro centro degli interessi principali in Inghilterra, al fine di ottenere in detto Stato una procedura a loro più favorevole in termini di durata, di obblighi e di possibilità.

Quali vantaggi il debitore otterrebbe nell'esercitare in questo modo la propria libertà di stabilimento? Nel caso delle persone fisiche il Regno Unito offre tre principali vantaggi: automatica e forte esdebitazione entro l'anno dall'apertura della procedura, ampiezza del numero di soggetti che possono essere dichiarati falliti, breve durata della procedura e minori obblighi nel richiedere il proprio fallimento<sup>256</sup>. Per le persone giuridiche invece gli amministratori di una società britannica non hanno l'obbligo di chiedere l'apertura della procedura a capo della società<sup>257</sup>.

---

<sup>255</sup> Si veda **A. WALTERS, A. SMITH**, *Bankruptcy Tourism under the EC Regulation on Insolvency Proceedings: A view from England and Wales*, *International Insolvency Review*, 2009, vol. 19, n. 3, pp. 181-208.

<sup>256</sup> Si veda *ivi*, pp. 198 ss.

<sup>257</sup> Si veda **D. BANAHAN**, *Cross Border Insolvency*, cit., p. 17. Prendendo la Germania come esempio opposto al Regno Unito, l'*Insolvenzordnung* pone in capo agli amministratori il dovere di richiedere l'apertura della procedura d'insolvenza, nel momento in cui la società diventi insolvente, poiché nel caso contrario saranno ritenuti personalmente responsabili di eventuali perdite nei confronti dei creditori e penalmente perseguibili. Si veda **G.F. SCHLAEFER**, *Forum Shopping under the Regime of the European Insolvency Regulation*, *International Insolvency Studies*, The International Insolvency Institute, 2010, pp. 7 ss. Simile regime a quello tedesco e ben più severo di quello del Regno Unito è presente anche nel diritto fallimentare italiano, per il quale gli amministratori delle società commerciali sono considerati *ex art. 217 l.f.* soggetti attivi del reato di bancarotta semplice (punibile con la reclusione da sei mesi a due anni), nel caso in cui abbiano aggravato il dissesto della società astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento.

Se in linea di principio questo “turismo dell’insolvenza” potrebbe essere ritenuto lecito in base alla libertà di stabilimento, tale situazione pone tuttavia in essere non pochi problemi dal punto di vista della tutela dei creditori e dei loro interessi. I creditori che in precedenza avevano stipulato contratti o erano entrati in contatto con il debitore assumendo che si applicassero le norme concorsuali dello Stato in cui ritenevano fosse localizzato il COMI, subirebbero inevitabilmente le conseguenze del suo trasferimento altrove. Mancando infatti uniformità tra le procedure concorsuali dei diversi Stati membri, un simile trasferimento potrebbe essere considerato pregiudizievole nei confronti dei creditori, nel caso in cui la procedura aperta nello Stato di trasferimento non preveda gli stessi diritti nel riparto dell’attivo, gli stessi poteri decisori e di vigilanza sulla procedura oppure le stesse forme di attribuzione di responsabilità agli amministratori per le operazioni compiute nell’imminenza della crisi<sup>258</sup>. È certamente vero che i creditori non potranno mai essere in grado di prevedere il luogo in cui il debitore avrà il suo centro degli interessi principali nel caso di futura insolvenza, poiché qualsiasi società *in bono* può liberamente trasferirsi esercitando la propria libertà di stabilimento, tuttavia si ritiene che la pregiudizialità dell’azione permanga nel caso in cui detta libertà sia esercitata in un periodo sospetto di poco antecedente l’apertura della procedura, che possa quindi far pensare ad un’azione elusiva che abusa delle libertà fondamentali garantite dall’Unione europea. Nel caso *Staubitz-Schreiber* l’Avvocato generale si è così espresso nei confronti del fenomeno del *forum shopping*: «data la mancanza di uniformità giuridica dei diversi sistemi di diritto internazionale privato, tale fenomeno dovrebbe essere riconosciuto come una conseguenza naturale, non censurabile, [perciò in linea di principio] la causa viene promossa nel luogo che [al debitore] risulta più favorevole per motivi di merito e procedurali. [...] Tuttavia, qualora causi un’ingiustificata disparità tra le parti di una controversia in rapporto alla tutela dei

---

<sup>258</sup> Si veda **F.M. MUCCIARELLI**, *Società di capitali*, cit., p. 209; **L. PANZANI**, *La nozione di COMI*, cit., par. 3; **A. WALTERS**, **A. SMITH**, *Bankruptcy Tourism under the EC Regulation*, cit., p. 185; **D. BANAHAN**, *Cross Border Insolvency*, cit., p. 18. Per fare alcuni esempi, nel Regno Unito i creditori chirografari non sono ben protetti e non hanno alcun diritto di controllo sulla procedura, mentre i creditori privilegiati hanno potere decisionale nella procedura tale da poter decidere se vendere o liquidare la società; al contrario in Francia la corte nomina un amministratore con il potere e l’obbligo di far proseguire l’attività della società tenendo in forte considerazione la conservazione dei posti di lavoro. Così i creditori muniti di garanzie hanno più potere nel Regno Unito che non in Francia. In Germania invece un amministratore ha il compito di stilare un piano di ristrutturazione che dovrà presentare ai creditori privilegiati, i quali dovranno approvarlo a maggioranza, altrimenti inizierà la liquidazione della società. Si veda **S.A. DAVYDENKO**, **J.R. FRANKS**, *Do Bankruptcy Codes Matter? A Study of Defaults in France, Germany and the UK*, in *The Journal of Finance*, aprile 2008, vol. 63, n. 2, pp. 565-608.

loro rispettivi interessi, tale prassi diviene riprovevole, e la relativa repressione costituisce una legittima finalità normativa»<sup>259</sup>.

È stato notato come il fenomeno possa in alcune situazioni produrre effetti positivi ed efficienti anche per i creditori e i loro interessi, nel caso in cui per esempio lo Stato di origine non preveda con la stessa facilità la possibilità di accedere a procedure di risanamento<sup>260</sup>. È stato perciò teorizzato di poter distinguere tra *forum shopping* abusivo e non abusivo valutando l'intento di voler trasferire il proprio COMI con il solo fine di essere liquidati oppure con l'intento di beneficiare di una ristrutturazione o salvataggio dell'impresa<sup>261</sup>. Tuttavia un criterio che si basi sulle intenzioni liquidatorie o di salvataggio del debitore è, a parere di chi scrive, alquanto inaffidabile se non rischioso. Per quanto concerne l'ipotesi di *forum shopping* non abusivo, l'inaffidabilità del metodo starebbe nel lasciare al debitore la valutazione riguardo alle proprie prospettive di risanamento, per cui si riterrebbe non abusivo un trasferimento di COMI, potenzialmente pregiudizievole per i creditori, soltanto perché il debitore ha ritenuto di poter risollevare le sorti della propria impresa, senza considerare la difficoltà di una simile valutazione nel periodo che precede l'apertura della procedura<sup>262</sup>. Parimenti non varrebbe l'ipotesi di una valutazione sull'effettiva capacità di recupero da svolgersi da parte di un organo competente, ad esempio nominato dalla corte o dai creditori a procedura aperta, poiché la valutazione che determini l'abusività o meno avverrebbe a posteriori, mentre detta valutazione andrebbe fatta nel momento dell'apertura, ritornando così a quanto detto appena prima.

Quale può essere allora un valido criterio al fine di definire se un trasferimento di COMI sia abusivo?

---

<sup>259</sup> Si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer del 6 settembre 2005, nella causa C-1/04, *Susanne Staubitz-Schreiber*, par. 71-73, reperibile all'indirizzo web <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>, ricerca per numero CELEX: 62004CC0001.

<sup>260</sup> Si veda **D. BANAHAN**, *Cross Border Insolvency*, cit., pp. 44 ss; **F.M. MUCCIARELLI**, *Società di capitali*, cit., p. 209, il quale cita il caso *Schefenacker*, in cui una società tedesca nel 2007 riuscì a superare la teoria della sede reale utilizzata dalla Germania per trasformarsi in una *plc* inglese, riuscendo in tale maniera a vedersi applicare il diritto concorsuale inglese e concludendo un'operazione di *debt-equity swap*, che in Germania sarebbe stato ben più difficile attuare.

<sup>261</sup> Si veda **D. BANAHAN**, *Cross Border Insolvency*, cit., che riprende il principio da **A. FRADA DE SOUSA**, *A Europeização do Direito Internacional Privado – Os novos rumos na regulamentação das situações privadas transnacionais na UE*, *Dissertação de Doutoramento, Universidade Católica Portuguesa, Porto, [policopiado] Maio 2012, p. 718–733*.

<sup>262</sup> Si veda **F.M. MUCCIARELLI**, *Società di capitali*, cit., p. 210, il quale aggiunge come «gli arbitraggi normativi non sono sempre e di per sé inefficienti ed è difficile prevedere *ex ante* e per tutte le situazioni quale sia l'esito preferibile», confermando a nostro giudizio come non sia possibile in maniera certa verificare nel momento di apertura di una procedura le capacità effettive di recupero.

Innanzitutto il trasferimento non dovrà essere fittizio, per cui se a questo non avesse seguito un reale spostamento del centro degli interessi principali la competenza resterà allo Stato di partenza, in cui sarà ancora localizzato detto criterio.

Oltre all'effettività del trasferimento numerosa dottrina e giurisprudenza del Regno Unito si è rifatta ad un criterio fondamentale già contenuto nella definizione originaria di COMI, cioè l'elemento dell'abitudine: si ricorda infatti che il tredicesimo considerando richiede che il debitore eserciti la gestione dei suoi interessi in un determinato luogo «in modo abituale». Parte della giurisprudenza delle corti del Regno Unito ha così risposto al fenomeno del *Bankruptcy Tourism* con alcune sentenze in cui i giudici hanno richiesto un elemento di permanenza oltre all'effettività del trasferimento avvenuto<sup>263</sup>, oppure dopo aver riconosciuto la libertà di stabilimento hanno precisato come la corte adita della domanda di apertura abbia il dovere di analizzare attentamente le situazioni in cui appaia che il trasferimento del COMI sia avvenuto con consapevolezza da parte del debitore dell'imminente insolvenza<sup>264</sup>. In altre situazioni e con particolare riferimento alle persone fisiche, si è preso atto di come non ci sia una durata minima di stabilimento per poter stabilire la validità o meno di un trasferimento di COMI, tuttavia il senso comune porta sicuramente a ritenere che un paio di giorni od anche un paio di settimane non siano sufficienti a ritenere che la gestione degli interessi sia svolta in modo abituale nel luogo di trasferimento<sup>265</sup>.

Favorevole all'utilizzo del già presente criterio dell'abitudine anche gran parte della dottrina<sup>266</sup>, per la quale l'elemento dell'abitudine è risolutivo contro gli abusi, poiché il

---

<sup>263</sup> Sentenza *Re Ci4net.com Inc.* [2004] EWHC 1941, come citata da **A. WOOD** in **G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS** (eds.), *The EC Regulation*, II ed., cit., par. 8.104.

<sup>264</sup> Sentenza *Shierson v. Vlieland-Boddy* [2006] 2 BCLC 9, CA, come citata da *ivi*.

<sup>265</sup> Sentenza *Official Receiver v Eichler* [2007] BPIR 1636, HCJ, come citata da **G. MOSS, T. SMITH**, *Commentary*, II ed., cit., par. 8.103.

<sup>266</sup> Si veda **P. DE CESARI**, *Procedura principale e procedure territoriali*, cit., p. 5. L'Autrice prende come esempio il caso del gruppo *PIN*, operatore tedesco di posta privata la cui capogruppo, avente sede statutaria in Lussemburgo, non poteva essere assoggettata in Germania a procedura principale. Gli amministratori della società trasferirono in tutta fretta la sede della capogruppo a Colonia (uffici, archivi e personale inclusi), al fine di sottoporre tutte le società del gruppo ad un'unica giurisdizione. Due mesi dopo, il 19 febbraio 2008, i giudici tedeschi aprirono una procedura d'insolvenza a carico della capogruppo fittiziamente trasferita. In tal caso il criterio dell'effettività non avrebbe permesso di scoprire l'abusività del trasferimento, mentre il criterio dell'abitudine avrebbe sicuramente evitato l'apertura della procedura nel giro di soli due mesi. Sul caso *PIN* si veda anche **G. MONTELLA**, *Il fallimento del COMI?*, cit., par. 5; **G. MONTELLA**, *La Corte di Giustizia e il Comi*, cit., par. 8-9. Favorevoli all'utilizzo di un criterio dell'abitudine anche *ivi*, par. 9; **G. MOSS, T. SMITH**, *Commentary*, II ed., cit., par. 8.101 ss. Il criterio è brevemente trattato anche in **N. NISI**, *Centro degli interessi principali e trasferimento della sede statutaria: la Corte di Giustizia dell'Unione Europea torna sul regolamento n.*

solo criterio della riconoscibilità del COMI da parte dei terzi permetterebbe al debitore fraudolento di porre in essere strategie volte a creare l'apparenza di un effettivo spostamento.

Nel silenzio del regolamento, l'unica occasione in cui si è potuto fornire qualche interpretazione rilevante sul trasferimento del COMI prima di una domanda di apertura della procedura<sup>267</sup> si è manifestata soltanto nel 2011, nel caso *Interedil*, quando la Corte di giustizia, nel risolvere alcune questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Bari, ha avuto modo di fornire alcune indicazioni riguardanti la data rilevante ai fini della localizzazione del COMI. La Corte ammettendo il vuoto normativo lasciato dal regolamento ha disposto che «nel caso [...] di un trasferimento della sede statutaria prima della proposizione di una domanda di apertura di una procedura di insolvenza, è [...] presso la nuova sede statutaria che [...] si presume si trovi il centro degli interessi principali del debitore [...] a meno che la presunzione introdotta dall'art. 3, n. 1, del regolamento non sia superata dalla prova che il centro degli interessi principali non ha seguito il cambiamento di sede statutaria. Le stesse regole [valgono] nell'eventualità in cui, alla data della proposizione della domanda [di apertura] la società debitrice sia stata cancellata dal registro delle società e [...] abbia cessato ogni attività»<sup>268</sup>. La risoluzione proposta dalla Corte sembrerebbe però rispondere solo parzialmente alla questione: da un lato infatti chiarisce come non siano in alcun modo validi eventuali trasferimenti fittizi del COMI, dall'altro lato però nel legittimare il trasferimento effettivo anche nell'imminenza dell'apertura della procedura non risolve la questione dell'abusività o meno del trasferimento. Sorge il dubbio che l'argomento non sia stato trattato volutamente, il che porterebbe a ritenere che, secondo questa recente giurisprudenza della Corte di giustizia, non sussista alcun problema di abusività dei trasferimenti, prima della proposizione della domanda di apertura di una procedura. Ci si chiede però come una simile soluzione possa conciliarsi con il criterio dell'abitudine, espressamente richiesto dal regolamento al fine dell'individuazione del COMI, dal momento che un trasferimento nell'imminenza dell'apertura della procedura a giudizio di chi scrive difficilmente potrebbe rivestire un carattere di abitudine del nuovo centro degli interessi

---

1346/2000 in materia di insolvenza transfrontaliera, Liuc Papers n. 246, Serie Impresa e Istituzioni 29, febbraio 2012, p. 10.

<sup>267</sup> Per la questione del trasferimento successivo alla domanda di apertura si veda la conclusione del seguente paragrafo riguardante il caso *Staubitz-Schreiber*.

<sup>268</sup> Si veda Corte di giustizia (Prima sezione), *Interedil srl*, cit., par. 56 ss.

principali, peraltro riconoscibile dai terzi. Per lo meno sarebbe necessario un intervento da parte degli organi dell'Unione europea affinché venga chiarita l'impostazione e resa coerente con le norme sulla protezione dei creditori in caso di trasferimento del COMI<sup>269</sup>.

Altra questione è quella riguardante il trasferimento successivo alla domanda di apertura di una procedura ma precedente la decisione di apertura stessa, per la quale fortunatamente la Corte di giustizia ha avuto modo di esprimersi chiaramente nel caso *Staubitz-Schreiber*. Si rimetteva questione pregiudiziale alla Corte perché determinasse di quale Stato fosse la competenza nel caso in cui avvenga nel periodo anzidetto un trasferimento effettivo del centro degli interessi principali del debitore. La Corte, ammettendo il vuoto normativo lasciato dal regolamento all'art. 3, par. 1, ha dichiarato competente ad aprire la procedura principale d'insolvenza lo Stato di partenza, ossia quello in cui sia stata presentata domanda di apertura della procedura, poiché una disposizione contraria sarebbe contrastante con gli obiettivi del regolamento di cui al quarto considerando, volti ad evitare un *forum shopping* abusivo<sup>270</sup>.

#### Competenza ad aprire procedure secondarie

Il secondo comma dell'art. 3 determina quali giudici siano competenti ad aprire una procedura secondaria, cioè quelle procedure di liquidazione di cui all'art. 2, lett. c) che i giudici di uno Stato membro sono competenti ad aprire nel solo caso in cui in detto stato sia presente una dipendenza del debitore, di cui all'art. 2, lett. h). Come precisato da questo secondo comma gli effetti di tale procedura secondaria potranno avere soltanto efficacia territoriale, limitata cioè al patrimonio del debitore situato nel territorio di quello Stato membro. Inoltre tale tipologia di procedura potrà essere aperta soltanto dopo l'apertura di una procedura principale in un altro Stato membro<sup>271</sup>.

---

<sup>269</sup> Dello stesso parere sulla necessità di intervento da parte dell'Unione europea **P. DE CESARI**, *Procedura principale e procedure territoriali*, cit., par. 4; **F.M. MUCCIARELLI**, *The hidden Voyage of a Dying Italian Company, from the Mediterranean Sea to Albion*, in *European Company and Financial Law Review*, vol. 9, n. 4, 2012, pp. 571-579, p. 579.

<sup>270</sup> Si veda Corte di giustizia (CE), 17 gennaio 2006, causa C-1/04, *Staubitz-Schreiber*, par. 29.

<sup>271</sup> Mentre per aprire una simile procedura prima di una procedura principale bisognerà aprire una procedura territoriale indipendente di cui al comma quarto dello stesso articolo. Si veda **P. DE CESARI**, **G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 114. Questo requisito della procedura secondaria ha portato a ritenere che essa abbia uno stretto carattere dipendente dalla procedura principale. Si veda *ivi*, p. 116. Questo carattere di forte dipendenza è inoltre ravvisabile dal disposto del dodicesimo considerando, che impone alle procedure secondarie un vincolo di coordinamento con la procedura principale.

Che si apra una procedura secondaria od una procedura territoriale indipendente la caratteristica fondamentale di queste deroghe al principio di universalità piena sta nella possibilità di sottoporre a procedura liquidatoria una dipendenza nel proprio paese, dunque secondo la propria *lex concursus*, in opposto alla legge applicata nella procedura principale eventualmente aperta in uno Stato estero<sup>272</sup>. La limitazione di giurisdizione della procedura principale in favore della procedura secondaria è espressamente previsto dal regolamento all'art. 28, articolo ricompreso nel capitolo III relativo alle procedure secondarie d'insolvenza, il quale prevede, salvo disposizioni contrarie, l'applicazione della legge dello Stato membro nel cui territorio viene aperta la procedura secondaria.

Uno dei principali obiettivi dell'applicazione della *lex concursus* della dipendenza alla procedura secondaria sta nella difesa e protezione dei piccoli creditori locali<sup>273</sup>. A parere di chi scrive la *ratio* di questo obiettivo si fonderebbe sulla presunzione per cui questi creditori locali hanno intrattenuto rapporti economici e d'affari territorialmente circoscritti alla sola dipendenza. Infatti nel caso contrario in cui si applicasse la giurisdizione estera della procedura principale anche alla dipendenza, questi creditori si troverebbero costretti a partecipare ad una procedura estera per affari intrattenuti prettamente in ambito nazionale. La spesa necessaria ad insinuarsi in una procedura estera rischierebbe di superare il valore del credito vantato o la somma ricavabile dalla liquidazione.

La possibilità di aprire procedure secondarie rappresenta la componente attenuativa del principio di universalità attenuata su cui si fonda il regolamento. Una tale impostazione permette di non lasciare la giurisdizione completamente a capo di un solo Stato membro, lasciando invece agli Stati nei quali sia situata una dipendenza la possibilità di gestire il patrimonio presente sul proprio territorio al solo fine di liquidarlo.

---

<sup>272</sup>Si consideri l'esempio di una società insolvente con sede statutaria (COMI) in Germania, avente in Italia una dipendenza, costituita da uno stabilimento produttivo sfornito di autonomia giuridica. Nel caso in cui si apra in Germania una procedura principale (che abbia cioè l'effetto di spossare il debitore dei suoi beni e di nominare un curatore), il tribunale italiano territorialmente competente ex art. 9, primo comma, potrà aprire una procedura secondaria liquidatoria in capo alla stessa società tedesca per quanto riguarda la giurisdizione sulla dipendenza di questa. Dovendo avere fini liquidatori le uniche procedure che il tribunale italiano potrà aprire saranno il fallimento oppure la liquidazione coatta amministrativa. Che venga aperta l'una o l'altra procedura la giurisdizione riguardo alla dipendenza verrà automaticamente ceduta dal giudice tedesco al giudice italiano, il quale potrà far ricadere su tale dipendenza tutti gli effetti previsti dalla normativa fallimentare italiana di tipo patrimoniale, personale, di incapacità e di natura processuale.

<sup>273</sup> Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 287.



Se da un lato questa disposizione che permette l'apertura di procedure secondarie rappresenta un ottimo strumento volto al bilanciamento della giurisdizione dei diversi Stati membri, la regola per cui dette procedure possono soltanto essere liquidatorie pone dei problemi dal punto di vista economico. Infatti nel caso in cui la dipendenza di una società estera insolvente sia al contrario sana e operi secondo piena economicità, l'apertura di una procedura secondaria porterebbe alla cessazione e liquidazione di un'attività non in crisi<sup>274</sup>.

Alla luce della situazione già prospettata per i gruppi di imprese potrebbe sorgere spontanea la domanda di quale differenza giustifichi il diverso trattamento tra una società controllata e una dipendenza: se infatti una società controllata andrà assoggettata a procedura principale, una dipendenza invece andrà assoggettata soltanto a procedura di liquidazione secondaria, dipendente e coordinata con la procedura principale. La differenza sostanziale è ravvisabile sulla base di quanto già detto precedentemente riguardo ai gruppi d'impresa, ove si mostrava come il regolamento consideri indipendenti e dotate di autonomia giuridica le società facenti parte di un gruppo societario, rendendo obbligatoria l'apertura di tante procedure principali quante sono le società del gruppo. Le dipendenze invece sono semplice luogo di attività economica non transitoria svolta con mezzi umani e beni dal debitore in uno Stato membro estero rispetto al suo centro degli interessi principali. La differenza sta nell'autonomia giuridica che sta alla base di una società controllata ma che manca completamente nel caso di una dipendenza: la dipendenza deve essere intesa come quell'attività che una società svolge sotto sua veste societaria in un altro paese della Comunità, senza che questa costituisca in detto paese una nuova entità dotata di autonomia giuridica<sup>275</sup>.

#### Le procedure territoriali indipendenti

Chiudono le possibili procedure previste dal regolamento le procedure di cui al quarto comma dell'art. 3, cioè le procedure territoriali indipendenti. Sostanzialmente questa tipologia di procedure permette l'applicazione del regolamento in situazioni in cui non sarebbe altrimenti possibile aprire una procedura principale oppure una procedura secondaria.

---

<sup>274</sup> Si veda G. MOSS, T. SMITH, *Commentary*, II ed., cit., par. 8.147.

<sup>275</sup> Si veda P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 77.

Il regolamento richiede un requisito di base e due possibili situazioni per poter richiedere l'apertura di questa procedura. Il requisito fondamentale è che fino al momento dell'apertura di tale procedura non sia stata aperta alcuna procedura principale di insolvenza in altro Stato membro. Verificata l'assenza di procedure principali già aperte, le situazioni alternative che permettono di richiedere l'apertura di questa procedura sono due: l'impossibilità di apertura di una procedura principale nello Stato estero in cui è localizzato il COMI del debitore ovvero la richiesta di apertura da parte di un creditore residente o domiciliato nello Stato membro sede della dipendenza.

Riguardo alla prima ipotesi, la norma sembra avere il fine di non lasciare senza tutela i creditori locali, nel caso in cui lo Stato membro in cui è situato il COMI del debitore non assoggetti quest'ultimo a procedura principale, poiché secondo la sua normativa nazionale mancano i requisiti necessari a tale assoggettamento<sup>276</sup>.

La seconda possibilità sembra invece avere finalità cautelari, sempre a tutela dei creditori locali, al fine di permettere un assoggettamento almeno della dipendenza del debitore a procedura nazionale, in attesa che venga aperta nello Stato membro competente una procedura principale. Infatti nella prima ipotesi non sarebbe in ogni caso possibile aprire nello Stato membro competente alcuna procedura principale a causa di «vuoti normativi», mentre in questa seconda situazione i creditori possono ottenere l'effetto dello spossessamento e della nomina di un curatore nel lasso di tempo in cui lo Stato membro competente, che preveda nella propria normativa l'assoggettamento di quel debitore a procedura, apra la procedura principale.

Queste procedure, come dice il nome, non saranno né secondarie né dipendenti dalla procedura principale, dal momento che non presuppongono la precedente apertura di una procedura principale in altro Stato membro<sup>277</sup>, tuttavia nella sostanza rispecchiano nelle caratteristiche e negli effetti le procedure secondarie. Analogamente ad esse infatti dette procedure si possono aprire nel paese in cui è situata una dipendenza del debitore, come definita dall'art. 2, lettera h). A riprova di tale analogia, nel caso in cui successivamente all'apertura di una procedura territoriale indipendente venga aperta la

---

<sup>276</sup> Si pensi al caso in cui un professionista italiano, soggetto tipicamente non fallibile, abbia secondo il regolamento il proprio COMI in Italia e una dipendenza nel Regno Unito, Stato membro in cui invece sono assoggettabili a fallimento anche le persone fisiche. Essendo in Italia il COMI detto professionista non potrà essere dichiarato fallito nella propria nazione, tuttavia nello Stato della dipendenza i creditori di detta dipendenza potranno richiedere che venga aperta nel Regno Unito una procedura territoriale indipendente, così da poter spossessare il professionista dei beni presenti in questo ultimo Stato.

<sup>277</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 78.

mancante procedura principale, la prima diventa automaticamente procedura secondaria e dipendente da quella principale appena aperta<sup>278</sup>.

#### 2.1.4 Art. 4 – Legge applicabile

1. *Salvo disposizione contraria del presente regolamento, si applica alla procedura di insolvenza e ai suoi effetti la legge dello Stato membro nel cui territorio è aperta la procedura, in appresso denominato «Stato di apertura».*

2. *La legge dello Stato di apertura determina le condizioni di apertura, lo svolgimento e la chiusura della procedura di insolvenza. Essa determina in particolare:*

- a) i debitori che per la loro qualità possono essere assoggettati ad una procedura di insolvenza;*
- b) i beni che sono oggetto di spossessamento e la sorte dei beni acquisiti dal debitore dopo l'apertura della procedura di insolvenza;*
- c) i poteri, rispettivamente, del debitore e del curatore;*
- d) le condizioni di opponibilità della compensazione;*
- e) gli effetti della procedura di insolvenza sui contratti in corso di cui il debitore è parte;*
- f) gli effetti della procedura di insolvenza sulle azioni giudiziarie individuali, salvo che per i procedimenti pendenti;*
- g) i crediti da insinuare nel passivo del debitore e la sorte di quelli successivi all'apertura della procedura di insolvenza;*
- h) le disposizioni relative all'insinuazione, alla verifica e all'ammissione dei crediti;*
- i) le disposizioni relative alla ripartizione del ricavato della liquidazione dei beni, il grado dei crediti e i diritti dei creditori che sono stati in parte soddisfatti dopo l'apertura della procedura di insolvenza in virtù di un diritto reale o a seguito di compensazione;*
- j) le condizioni e gli effetti della chiusura della procedura di insolvenza, in particolare, mediante concordato;*
- k) i diritti dei creditori dopo la chiusura della procedura di insolvenza;*
- l) l'onere delle spese derivanti dalla procedura di insolvenza;*
- m) le disposizioni relative alla nullità, all'annullamento o all'inopponibilità degli atti pregiudizievoli per la massa dei creditori.*

Questo quarto articolo rappresenta uno dei più importanti rinvii che il regolamento fa nei confronti delle diverse normative nazionali<sup>279</sup>, stabilendo che alle procedure d'insolvenza si applichi la legge dello Stato membro nel cui territorio è aperta la

---

<sup>278</sup> Si veda *ivi*, p. 79.

<sup>279</sup> Finora nei primi tre articoli il regolamento aveva infatti esposto nozioni autonome di diritto comunitario.

procedura. Questo significa che gli effetti di tale procedura saranno gli effetti propri della normativa concorsuale che lo «Stato di apertura» prevede per quella situazione di insolvenza. In altre parole l'articolo prevede che alla procedura di insolvenza aperta si applichi la *lex fori concursus*, che determinerà condizioni di apertura, svolgimento e chiusura della procedura, nonché gli effetti procedurali e sostanziali previsti dalla legge stessa<sup>280</sup>. Il secondo comma in particolare dispone un'elencazione delle fattispecie e delle questioni sulle quali la *lex concursus* potrà disporre, come ad esempio la qualità dei debitori assoggettabili a procedura d'insolvenza, i beni oggetto di spossessamento, i poteri del curatore, le modalità di insinuazione dei crediti, la definizione di eventuali concordati e disposizioni su nullità, annullabilità e annullamento degli atti pregiudizievoli per i creditori. Si ritiene che tale elencazione sia puramente esemplificativa, dal momento che qualsiasi altra situazione prevista dalla *lex concursus* ma non inclusa in tale elenco rientrerà nel disposto di questo art. 4<sup>281</sup>.

L'articolo parla in generale di procedure d'insolvenza, senza specificare se si trattino di procedure principali, secondarie o territoriali indipendenti: questo significa che l'applicazione della *lex fori concursus* varrà per tutte e tre le tipologie di procedure di cui all'art. 3<sup>282</sup>. La differenza per la procedura principale e per le procedure secondarie o territoriali indipendenti starà nell'estensione applicativa della legge dello stato di apertura, che sarà territorialmente circoscritta per le ultime due procedure ed invece estesa oltre i confini nazionali per la procedura principale.

Appare subito evidente come in una simile situazione di applicazione di diverse giurisdizioni in capo ad uno stesso debitore possano sorgere alcune difficoltà applicative, tuttavia si è già in precedenza sostenuto come l'alternativo utilizzo di un criterio di universalità piena<sup>283</sup> avrebbe generato problematiche ben più importanti<sup>284</sup>.

La previsione del primo comma «salvo disposizione contraria del presente regolamento» fa chiaro riferimento agli articoli successivi da 5 a 15, dei quali si è già discusso e che prevedono particolari deroghe all'applicazione della *lex concursus* a

---

<sup>280</sup> Così anche il considerando (23).

<sup>281</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 130; **B. WESSELS**, *International Insolvency Law*, cit., par. 10627.

<sup>282</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 128; **B. WESSELS**, *International Insolvency Law*, cit., par. 10625.

<sup>283</sup> Che in tale esempio sarebbe significato l'applicazione dell'Insolvenzordnung tedesca anche all'Italia e alle altre procedure secondarie.

<sup>284</sup> Si pensi all'individuazione materiale di norme straniere e loro applicazione in altro paese. Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 129.

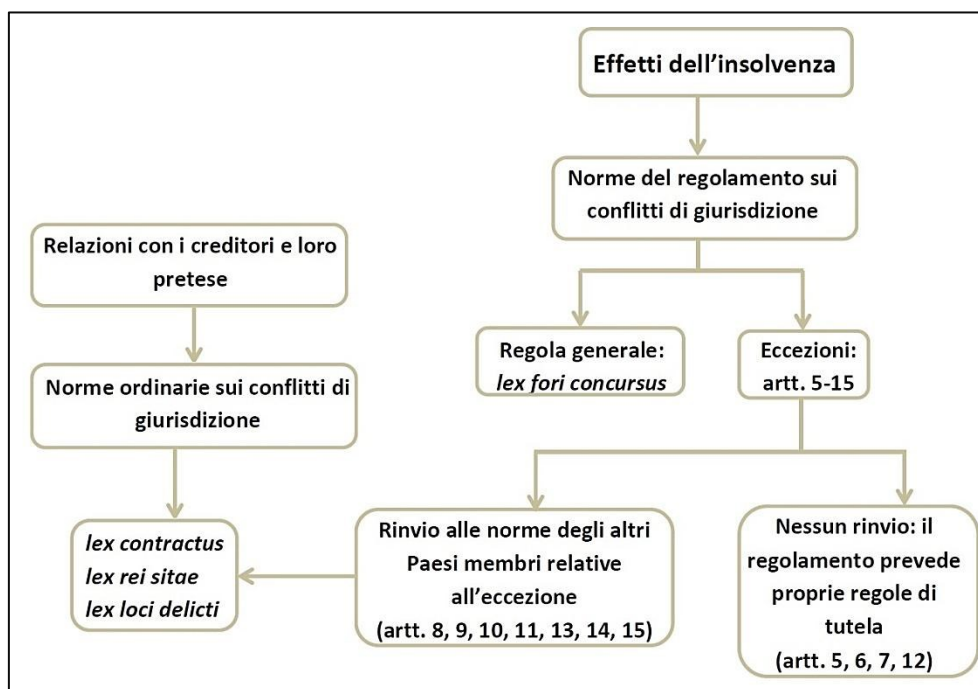
favore di specifici diritti vantati da terzi o di particolari fattispecie, come i diritti reali di terzi (art. 5), la riserva di proprietà in favore del venditore (art. 7), i contratti preliminari di compravendita immobiliare, contratti di godimento, locazioni, leasing e simili (art. 8), i diritti di proprietà intellettuale (art. 12) e i contratti di lavoro (art. 10). Questi articoli contengono così delle eccezioni alla regola generale posta dall'art. 4 per le quali il regolamento esclude l'applicazione della *lex concursus* in favore della *lex loci rei sitae*, della *lex contractus* o di disposizioni autonome del regolamento<sup>285</sup>.

Volendo riassumere il metodo di funzionamento del regolamento, dal momento in cui una procedura d'insolvenza di cui all'allegato A o B viene aperta, il regolamento offre una norma generale e delle norme speciali per regolare i conflitti di giurisdizione: la regola generale prevede l'applicazione della *lex fori concursus*, mentre le eccezioni riguardanti alcune situazioni sono autonomamente disciplinate dal regolamento, ovvero viene fatto rinvio alle norme degli Stati membri. Tali norme saranno quelle proprie del diritto nazionale che risolvono i conflitti tra norme. Tale metodo di funzionamento è raffigurato nella Figura 1.

---

<sup>285</sup> Si veda **G. MOSS, T. SMITH**, *Commentary*, II ed., cit., par. 8.184 ss.

**Figura 1:** *modus operandi* del Regolamento (rielaborato da M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN, The European Insolvency Regulation, cit., p. 71)



## **2.2 Riconoscimento della procedura di insolvenza**

### 2.2.1 Art. 16 – Principio

*1. 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.*

*Tale disposizione si applica anche quando il debitore, per la sua qualità, non può essere assoggettato a una procedura di insolvenza negli altri Stati membri.*

*2. Il riconoscimento di una procedura di cui all'articolo 3, paragrafo 1, non osta all'apertura di una procedura di cui all'articolo 3, paragrafo 2, da parte del giudice di un altro Stato membro. Quest'ultima è una procedura secondaria di insolvenza ai sensi del capitolo III.*

Il principio di riconoscimento della procedura d'insolvenza aperta è un'altra norma cardinale del regolamento, oltre che essere l'espressione più diretta del concetto di cooperazione giudiziaria in materia civile di cui all'art. 81<sup>286</sup> della versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. L'articolo contiene molte delle nozioni autonome di diritto comunitario che il regolamento elenca all'art. 2<sup>287</sup>, tanto che nella parte finale del primo comma il concetto espresso ripete la definizione di «momento in cui è aperta la procedura di insolvenza» di cui all'art. 2, lett. f).

La nozione vale per tutte e tre le procedure previste dall'art. 3, cioè per le procedure principali, per le procedure secondarie e per le procedure territoriali indipendenti, dal momento che il termine «procedura di insolvenza» del primo comma non fa alcuna precisazione. Questa generalità della disposizione permette di ricomprendere in questo meccanismo di riconoscimento automatico e indiscutibile tutte le procedure dipendenti o indipendenti che i diversi Stati membri competenti intendono aprire.

Caratteristica di questo riconoscimento è l'automatismo con cui questo avviene: non è prevista infatti alcuna ratifica o vaglio da parte degli altri Stati membri, dal momento che è sufficiente che si producano gli effetti della decisione di apertura, definitiva o meno secondo un combinato disposto con l'art. 2, lett. f). Come precisa il considerando (22), la conseguenza del riconoscimento automatico consiste nell'estensione agli altri Stati membri degli effetti che il diritto dello Stato di apertura comporta.

---

<sup>286</sup> Precedentemente art. 65 del TCE.

<sup>287</sup> I termini in questione sono «decisione (di apertura)», «procedura di insolvenza» e «giudice».

Altra caratteristica del riconoscimento è l'immediatezza con cui questo avviene, così da non lasciare alcuno spazio a possibili contestazioni e rendere immediatamente efficace la sentenza emessa dallo Stato estero. L'immediatezza del riconoscimento è puntualizzata sempre dal ventiduesimo considerando, il quale motiva come immediata non deve essere soltanto la decisione di apertura ma anche tutti gli altri provvedimenti che vengano presi durante lo svolgimento della procedura e anche le decisioni di chiusura del procedimento. Il considerando menzionato spiega inoltre come queste due caratteristiche fondamentali dell'immediatezza e dell'automatismo non sarebbero raggiungibili se alla base mancasse un principio di fiducia reciproca. Tale principio di fiducia reciproca viene così utilizzato dal regolamento come strumento atto a bloccare sul nascere eventuali conflitti positivi di giurisdizione che gli Stati membri intendessero sollevare.

Il secondo principio alla base del mutuo riconoscimento, anche se non esposto dal considerando, è quello di equivalenza delle corti degli Stati membri, in base al quale dovrà essere riconosciuta come valida una decisione presa da un altro Stato membro<sup>288</sup>. Il forte valore che il regolamento assegna al mutuo riconoscimento senza necessarie formalità è rafforzato dal combinato disposto<sup>289</sup> dell'art. 21 con il considerando (29). L'art. 21, rubricato «Pubblicità», dispone infatti che «il curatore può chiedere che il contenuto essenziale della decisione di apertura della procedura di insolvenza e [...] la decisione che lo nomina siano rese pubbliche negli altri Stati membri secondo le modalità ivi previste». Il ventinovesimo considerando specifica che tale potere del curatore ha lo scopo di «tutelare l'attività commerciale», e che comunque «la pubblicità non dovrebbe costituire un presupposto per il riconoscimento della procedura straniera». Questo ultimo periodo pur utilizzando il condizionale ha l'intenzione di ribadire come il mutuo riconoscimento alla base dell'art. 16 in commento non necessiti di alcuna formalità, pur venendo incoraggiata la pubblicità della decisione al fine di tutelare gli attori che intrattengono o starebbero per intrattenere rapporti commerciali con il debitore appena assoggettato a procedura concorsuale estera.

Chiude questo considerando una disposizione sul metodo di risoluzione dei conflitti di giurisdizione: la decisione di apertura che per prima viene in essere deve essere

---

<sup>288</sup> Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 400.

<sup>289</sup> Si ricorda però che i considerando non rappresentano delle disposizioni con valore pari agli articoli, essendo invece delle motivazioni ai principi contenuti nell'articolato del regolamento.



riconosciuta dagli altri Stati membri senza che questi ultimi abbiano alcuna possibilità di sindacare tale prima decisione emessa. Il regolamento dunque utilizza un criterio della prevenzione cronologica per risolvere i conflitti di giurisdizione: il primo giudice di uno Stato membro che apre una procedura di insolvenza ottiene automaticamente la giurisdizione e il riconoscimento immediato e automatico da parte degli altri Stati membri, che si troveranno a dover chiudere le istruttorie o le procedure eventualmente aperte<sup>290</sup>. In particolare riguardo alle procedure eventualmente aperte successivamente al riconoscimento di una procedura principale, dette procedure potranno essere considerate soltanto procedure secondarie, come previsto dal terzo paragrafo dell'art. 3. A prima vista una simile formulazione potrebbe sollevare dei dubbi, poiché farebbe immediatamente pensare ad un rischioso atteggiamento di «corsa alle corti» da parte di alcuni creditori o del debitore, elusivamente intenzionati ad aprire la procedura nello Stato membro con la *lex concursus* a loro più favorevole. Il rischio di tale atteggiamento sarebbe poi enfatizzato dall'impostazione del regolamento secondo cui questo considera aperta una procedura concorsuale nel momento in cui la decisione di apertura comincia a produrre effetti<sup>291</sup>. Si ricorda infatti che sono considerati effetti quelli di cui all'art. 1, primo comma, cioè lo spossessamento totale o parziale del debitore e la nomina di un curatore, e che la decisione di apertura che pone in essere questi effetti può essere definitiva ma anche provvisoria. Questo significa che eventuali decisioni di apertura di procedure cautelari, che comportino lo spossessamento del debitore e la nomina di un curatore provvisorio in attesa dell'eventuale dichiarazione di fallimento, sarebbero considerate come «[m]omento in cui è aperta la procedura di insolvenza» ex art. 2, lett. f), poiché verrebbero in essere gli effetti dello spossessamento del debitore e della nomina del curatore. Oltre a ciò detta decisione di apertura di procedura cautelare beneficerebbe del riconoscimento immediato e automatico dell'art. 16 in commento, poiché detta decisione ha iniziato a produrre gli effetti sopra esposti. In tale maniera gli

---

<sup>290</sup> Tutte le questioni riguardanti il merito della decisione possono essere trattate soltanto prima che un altro Stato membro decida di aprire la procedura. Il regolamento esclude qualsiasi successiva inchiesta sul merito di una decisione estera. Dal momento in cui vengono in essere gli effetti dell'apertura ogni questione deve cessare obbligatoriamente. L'opposizione alla giurisdizione della corte di apertura è ammissibile soltanto in quello Stato, per cui ogni soggetto interessato a ricorrere contro la decisione di apertura dovrà fare ricorso in detto Stato estero. Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 402.

<sup>291</sup> Si veda l'art. 2, lett. f) che definisce il «Momento in cui è aperta la procedura di insolvenza» e il presente art. 16, comma primo, che parla di riconoscimento immediato e automatico nel momento in cui la decisione di apertura inizia a produrre effetti.

altri Stati membri si troverebbero vincolati al riconoscimento di una decisione di apertura a norma del regolamento, e non potrebbero così da quel momento in poi emettere a loro volta alcuna ulteriore decisione di apertura. Così un debitore o un creditore potrebbe appunto sfruttare tale riconoscimento immediato e automatico di decisioni di apertura anche provvisorie facendo domanda di apertura di procedura in uno Stato membro con *lex concursus* a lui favorevole e che permetta la facile e rapida apertura di procedure cautelari. Detto Stato si troverebbe obbligato ad avviare un'istruttoria prefallimentare e potrebbe eventualmente disporre una misura cautelare di spossessamento provvisorio<sup>292</sup> del debitore e di nomina di un curatore provvisorio. Tale disposizione cautelare sarebbe considerata ai fini del regolamento una decisione di apertura sì provvisoria, ma che inizia a produrre i due effetti di cui sopra, e dunque diventerebbe il «[m]omento in cui è aperta la procedura di insolvenza». La produzione degli effetti da parte di detta decisione di apertura provvisoria sarebbe così riconosciuta automaticamente e immediatamente negli altri Stati membri ex art. 16, permettendo al debitore o al creditore di aprire la procedura concorsuale in quello Stato membro a lui favorevole, senza che gli altri Stati membri possano successivamente sottoporre a propria giurisdizione la procedura.

Si ritiene che questo ragionamento abbia però dei limiti desumibili dal regolamento stesso, alla luce cioè di altre disposizioni che non si considerano e degli obiettivi ai quali il regolamento mirava con tale impostazione. È certamente possibile infatti che creditori o debitori possano compiere iniziative a puro scopo di *forum* e soprattutto *law shopping*, dal momento che in linea di principio è possibile chiedere l'apertura di una procedura concorsuale in qualsiasi Stato europeo, in cui potrebbe mancare pertanto un qualsiasi tipo di centro degli interessi, di dipendenza o di sede fantasma. Tuttavia bisogna ricordare che l'art. 16 in commento richiama la competenza del giudice dello Stato membro ex art. 3, che deve essere alla base della decisione di apertura. Questo comporta che un giudice incompetente non potrà fruire del riconoscimento immediato e automatico della procedura aperta, e anzi la procedura da lui aperta non rientrerà nemmeno nel sistema del regolamento.

A questo punto del ragionamento sorge però un conflitto tra il momento in cui vengono in essere gli effetti di una decisione di apertura provvisoria (procedure cautelari) e il

---

<sup>292</sup> Provvisorio poiché diventerebbe definitivo soltanto se al termine dell'istruttoria fallimentare il debitore risultasse insolvente secondo le norme di quello Stato membro.

momento in cui il giudice deve valutare la propria competenza. Si è infatti già mostrato nel commento all'art. 3 come competente sia il giudice nel quale Stato sia localizzato il centro degli interessi principali del debitore, coincidente fino a prova contraria con la sede statutaria. Il giudice dovrebbe quindi valutare la propria competenza individuando nel proprio Stato la sede statutaria o la sede localizzabile attraverso i criteri richiesti per la prova contraria e visti in precedenza. Crea qualche problema l'individuazione del momento in cui questa valutazione deve essere fatta: in base alle disposizioni del regolamento il giudice dovrebbe valutare questa sua competenza prima di spossessare il debitore e di nominare il curatore, poiché in caso contrario porrebbe in essere gli effetti propri di una decisione di apertura secondo il regolamento prima di ancora di riconoscersi competente. Tuttavia i provvedimenti cautelari hanno lo scopo di anticipare gli effetti propri di una decisione di apertura, in attesa che il giudice valuti in maniera più approfondita la propria competenza e la situazione del debitore. Questo comporterebbe che il giudice in questione si trovi ad aprire una procedura concorsuale secondo il regolamento sulla base di un provvedimento cautelare attuato dietro valutazione sommaria della propria competenza. Si dimostrano così in contrasto il principio della competenza con il criterio della prevenzione cronologica basata sul momento di apertura, poiché il secondo non permette una corretta definizione del primo, che invece dovrebbe essere requisito valutato prima della decisione di apertura.

L'unica soluzione al problema sta nella possibilità da parte del giudice a cui viene richiesta l'apertura della procedura di dichiarare la propria incompetenza al termine dell'istruttoria prefallimentare, nel caso in cui non localizzi nel proprio Stato il centro degli interessi principali del debitore. Essendo già stata aperta la procedura *ex art. 2, lett. f)*, questa dichiarazione di incompetenza cesserà gli effetti dello spossessamento e del compito del curatore, e andrà considerata come decisione di chiusura della procedura ai fini del regolamento riconosciuta immediatamente e automaticamente dagli altri Stati membri<sup>293</sup>. Questi ultimi riacquisteranno così diritto di giurisdizione e lo Stato membro effettivamente competente potrà decidere l'apertura della procedura facendone produrre gli effetti.

---

<sup>293</sup> Il considerando (22) sopra esposto e soprattutto l'art. 25, come si avrà modo di vedere in commento a questo articolo, prevede infatti immediato e automatico riconoscimento non solo delle decisioni di apertura ma anche delle decisioni relative allo svolgimento e alla chiusura della procedura.

Nel caso invece in cui lo Stato inizialmente adito si ritenga competente anche al termine dell'istruttoria e dunque confermi gli effetti e l'apertura della procedura, gli altri Stati membri avranno già riconosciuto la procedura estera, dal momento che quest'ultima era già stata aperta ai sensi del regolamento nel momento in cui sono venuti in essere i provvedimenti cautelari, dunque il riconoscimento sarà già avvenuto a partire da quella data. A questo punto qualsiasi soggetto<sup>294</sup> che ritenga che lo Stato che ha aperto la procedura non sia effettivamente competente *ex art. 3*, avrà la possibilità di impugnare la decisione di apertura in detto Stato, secondo i mezzi previsti da quella *lex concursus*<sup>295</sup>. Come già detto un simile sistema di riconoscimento incondizionato da parte degli altri Stati membri non permette loro in alcun modo di instaurare conflitti positivi di giurisdizione sulla base di una presunzione di competenza, tuttavia nulla vieta a chiunque ritenga che lo Stato di apertura fosse sfornito di competenza di poter ricorrere in detta procedura per contestarne l'apertura<sup>296</sup>. Si potranno così utilizzare gli strumenti di impugnazione offerti dallo Stato di apertura per dimostrare, attraverso le norme del regolamento e la giurisprudenza comunitaria, l'altrove localizzazione del COMI, e la corte dello Stato di apertura si troverà costretta a rivalutare la propria competenza a fronte di nuove motivazioni. Su tale possibilità di ricorso secondo la *lex concursus* si è espressa anche la Corte di giustizia nel caso *Eurofood*, dove nella propria sentenza ha ritenuto che «se una parte interessata, ritenendo che il centro degli interessi principali del debitore sia situato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata aperta la procedura di insolvenza principale, intende contestare la competenza ritenuta dal giudice che ha aperto tale procedura, può utilizzare, davanti ai giudici dello Stato membro in cui questa è stata aperta, i mezzi di ricorso previsti dal diritto nazionale di tale Stato membro nei confronti della decisione di apertura»<sup>297</sup>. Infine nel caso in cui vengano alla luce dubbi interpretativi sulle norme del regolamento, la corte potrà sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

---

<sup>294</sup> Gli altri Stati membri compresi.

<sup>295</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 84.

<sup>296</sup> Nel caso in cui ad esempio venisse aperta una procedura di insolvenza secondo il regolamento in Italia qualsiasi interessato potrà proporre reclamo *ex art. 18 l.f.* contro la sentenza dichiarativa di fallimento, nel caso in cui ritenga incompetente il giudice italiano sulla considerazione che il COMI del debitore non è in Italia. Nell'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione il reclamante dovrà argomentare detta incompetenza e tale assenza del centro degli interessi principali sul territorio italiano, ovviamente indicando anche i necessari mezzi di prova e i documenti prodotti.

<sup>297</sup> Si veda Corte di giustizia, *Eurofood IFSC*, cit., par. 43.

In effetti questa possibilità di ricorso interno è stata utilizzata proprio nel caso *Eurofood*, nel momento in cui, verificatisi in Irlanda gli effetti che determinano l'apertura della procedura<sup>298</sup>, l'amministratore straordinario della procedura aperta in Italia<sup>299</sup> propose appello alla *Supreme Court* contro la procedura irlandese, la quale di fronte ai dubbi interpretativi riguardanti il momento di apertura della procedura e il concetto di COMI sospese il giudizio e propose alla Corte di giustizia cinque questioni pregiudiziali.

Non si può certo negare che un simile procedimento risulti piuttosto macchinoso, dispendioso per chi è interessato ad impugnare e che rallenta anche di molto l'avvio effettivo della procedura concorsuale<sup>300</sup>. Certo è che questo risultato del riconoscimento frutto dell'universalità attenuata potrebbe lo stesso essere più economico degli aspri conflitti di giurisdizione che sarebbero sorti nel caso in cui si fosse applicato un criterio di territorialità, oltre che essere più ben accetto da parte degli Stati membri rispetto ad una cessione *in toto* della giurisdizione che un criterio di universalità piena avrebbe comportato.

Oltre a ciò si ricordi che anche in una situazione ipotetica in cui più Stati continuino in successione ad aprire procedure e poi a chiuderle perché si ritengono incompetenti, resterebbe comunque la sicurezza che il continuo spossessamento del debitore e la nomina di curatori<sup>301</sup> da parte degli Stati membri evitino un eccessivo depauperamento od uno storno elusivo del patrimonio del debitore<sup>302</sup>. Come motivato anche dal considerando (16), «i provvedimenti conservativi anteriori [...] all'apertura della procedura di insolvenza possono avere grande rilevanza per garantire l'efficacia della procedura stessa».

Così la possibilità di ricorso all'interno delle procedure aperte e l'eventuale rimando alla Corte di giustizia in caso di dubbi interpretativi del regolamento dovrebbero in ogni

---

<sup>298</sup> Il manifestarsi degli effetti è stato seguito dalle sentenze di apertura delle procedure concorsuali sia in Italia sia in Irlanda, le quali tuttavia non hanno rilevanza ai fini dell'esempio e ai fini del regolamento per la determinazione del momento di apertura.

<sup>299</sup> Che sulla scorta di questo art. 16 la procedura aperta in Italia (Amministrazione straordinaria) non sarebbe potuta essere considerata ai fini del regolamento, poiché gli effetti della procedura irlandese erano già venuti in essere, dunque era già avvenuto il riconoscimento immediato e automatico da parte dell'Italia.

<sup>300</sup> Tutte le alternative sopra prospettate infatti non permettono un avvio rapido.

<sup>301</sup> Non verrebbe altrimenti considerata aperta la procedura nel caso in cui non venissero in essere questi effetti.

<sup>302</sup> Non si negano tuttavia le difficoltà e inefficienze che comporterebbe una simile gestione «a singhiozzo».

situazione assicurare una corretta allocazione di un centro degli interessi difficilmente individuabile od elusivamente presunto altrove.

Nella situazione limite in cui lo stato reputato incompetente apra e prosegua la procedura rigettando eventuali ricorsi, il regolamento prevede un meccanismo autoregolatore che permette almeno in parte di riequilibrare simili errori di giurisdizione<sup>303</sup>: lo Stato privato dell'apertura della procedura principale potrà aprire nel proprio territorio una procedura secondaria, nel caso in cui sia presente una dipendenza<sup>304</sup>. Così è realmente avvenuto nel già citato caso *Illochroma*<sup>305</sup>, in cui la Corte d'appello di Torino ha ritenuto che «[secondo] l'art. 16, n. 1, primo comma, la procedura di insolvenza principale aperta in uno Stato membro deve essere riconosciuta dai giudici degli altri Stati membri senza che questi possano controllare la competenza del giudice dello Stato di apertura. Ciò vale anche qualora risulti che il debitore abbia un solo sito di produzione dell'attività economica, per di più coincidente con la sede statutaria, e tale sito sia localizzato in un Paese membro diverso da quello di apertura. In tal caso in quel Paese membro può essere aperta una procedura secondaria, ai sensi dell'art. 3, n. 2. Il Regolamento infatti distingue non già tra sede principale e sedi secondarie, ma tra centro degli interessi principali e dipendenza, e nell'operare tale suddivisione non afferma che l'uno e l'altra siano connotati da analoghe strutture produttive differenziate fra loro in senso quali-quantitativo. Al contrario, il centro degli interessi principali ben può prescindere dal luogo in cui è ubicato il fattore capitale e dislocata la forza lavoro, tant'è che per le società il centro degli interessi principali si presume, salvo prova contraria, coincidente con la sede statutaria, e non già con il principale stabilimento»<sup>306</sup>. Nella vicenda *Eurofood* invece la sentenza della Corte di giustizia con la sua interpretazione del «momento di apertura della procedura» e del COMI ha dato piena giurisdizione alla corte irlandese; tuttavia l'Italia non ha nemmeno potuto aprire una procedura secondaria nel proprio territorio, dal momento che non era presente nel nostro Paese alcuna dipendenza della società localizzata in Irlanda<sup>307</sup>.

---

<sup>303</sup> Che tra l'altro secondo il principio di reciproca fiducia enunciato dal considerando 22 non dovrebbe essere ritenuto un errore di giurisdizione.

<sup>304</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 85.

<sup>305</sup> Corte d'appello di Torino, 10 marzo 2009, *Illochroma Italia srl in liquidation judiciaire c. Fallimento Illochroma Italia srl e altri*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2009, pp. 1293 ss.

<sup>306</sup> Come citato in **C. PASINI**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 73.

<sup>307</sup> La motivazione sta nel fatto che il conflitto di giurisdizione tra le due corti basato sulla diversa interpretazione del COMI si basava sull'*Anglo-saxon approach* per i gruppi di imprese, utilizzato in

Se a prima vista un simile sistema sembrerebbe permettere un *forum* e soprattutto *law shopping* da parte di creditori o debitori interessati, tale impostazione e l'interpretazione precedentemente esposta sul COMI dimostra come non sia facilmente possibile radicare una procedura concorsuale in Stati membri non effettivamente competenti: potrà pur esserne facile l'apertura, ma la procedura vera e propria difficilmente avrà corso certo nello Stato incompetente scelto per convenienza.

Anche la nozione autonoma di diritto comunitario dell'art. 2, lett. f), già in precedenza commentato rappresenta uno strumento abbastanza certo di risoluzione di conflitti competenza. Considerare infatti il momento in cui la decisione di apertura comincia a produrre gli effetti dello spossessamento del debitore e della nomina del curatore non lascia spazio ad altre interpretazioni basate sulle singole normative nazionali, che considerino aperta la procedura nel momento ritenuto valido secondo le proprie disposizioni interne.

#### Conflitti di giurisdizione e provvedimenti cautelari - evoluzione

All'entrata in vigore del regolamento l'impostazione fin qui descritta, e confermata anche dalla prima questione del caso *Eurofood*, penalizzò in maniera sostanziale gli Stati membri che non prevedevano la possibilità di richiedere azioni cautelari di spossessamento del debitore e nomina di un curatore. Questo poiché in caso di difficoltà nell'individuazione del COMI tra due Stati membri, lo Stato che prevedeva la possibilità di fare domanda di apertura di una procedura d'insolvenza con annesso provvedimento cautelare<sup>308</sup> poneva già in essere gli effetti necessari al riconoscimento *ex art. 16*<sup>309</sup>, mentre l'altro Stato senza detta previsione si ritrovava già in partenza a dover ricorrere nella procedura aperta dall'altro Stato membro, nel caso in cui avesse ritenuto propria la competenza.

Proprio in relazione alla nostra Legge fallimentare, sia all'epoca dell'entrata in vigore del regolamento sia all'epoca della vicenda *Eurofood* non era prevista alcuna norma che permettesse azioni cautelari di spossessamento del debitore e nomina di un curatore

---

questa vicenda dall'Italia per radicare il centro degli interessi principali della controllata *Eurofood IFSC* nel centro degli interessi principali della capogruppo italiana, Parmalat S.p.a.

<sup>308</sup> I provvedimenti cautelari in fase di istruttoria prefallimentare sono provvedimenti tipici del *common law*.

<sup>309</sup> Ovviamente se erano compresenti anche gli altri criteri di procedura concorsuale di cui all'allegato A e basata sull'insolvenza del debitore.

provvisorio<sup>310</sup>. Tuttavia le riforme della legge fallimentare del 2006<sup>311</sup> e del 2007<sup>312</sup> hanno introdotto e mantenuto all'art. 15 l'attuale ottavo comma, il quale permette su istanza di parte di emettere provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa con efficacia pari alla durata dell'istruttoria prefallimentare<sup>313</sup>.

Ultima considerazione importante sul riconoscimento automatico è quella secondo cui questo vale solo per le procedure elencate negli allegati A e B. Dunque eventuali aperture di procedure non previste dal regolamento non avranno l'obbligo di riconoscimento dettato dall'art. 16 e non saranno nemmeno disciplinate dal regolamento stesso, pur continuando a valere le normative interne dei vari Stati ed eventualmente le convenzioni bilaterali stipulate. Infatti il regolamento si è sostituito alle convenzioni stipulate tra gli Stati membri, come espressamente previsto dall'art. 44, tuttavia dette convenzioni continueranno a valere per le materie che non sono oggetto del regolamento, tra cui le procedure d'insolvenza che in esso non ricadono<sup>314</sup>.

---

<sup>310</sup> Il richiamo non mira ad evidenziare come sarebbe diversamente andata la vicenda se ci fossero state disposizioni cautelari simili. Anche se l'Italia avesse aperto per prima la procedura d'insolvenza ponendo in essere gli effetti dell'apertura, mancava nel nostro Paese il COMI di *Eurofood*: probabilmente si sarebbe aperta la procedura in Italia invece che in Irlanda ma qualsiasi interessato avrebbe potuto proporre, ex art. 9 del D.L. n. 270/99, opposizione alla successiva sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza.

<sup>311</sup> D.Lgs. n. 5/2006, art. 13, il quale nel sostituire il precedente art. 15 ha introdotto questo ottavo comma: «*Il tribunale, ad istanza di parte, può emettere i provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del provvedimento, che hanno efficacia limitata alla durata del procedimento e vengono confermati o revocati dalla sentenza che dichiara il fallimento, ovvero revocati con il decreto che rigetta l'istanza.*»

<sup>312</sup> D.Lgs. n. 169/2007, art. 2, quarto comma, il quale pur modificando il precedente contenuto dell'art. 15 l.f. mantiene inalterato l'ottavo comma introdotto dall'art. 13 del D.Lgs. n. 5/2006.

<sup>313</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 89.

<sup>314</sup> Si veda *ivi*, p. 152.



### Riconoscimento e carattere esecutivo di altre decisioni

L'art. 25, par. 1, contiene delle disposizioni sul riconoscimento e sull'esecutività, senza bisogno di ulteriori formalità, di tre tipologie di decisioni: (i) le decisioni relative allo svolgimento e alla chiusura di una procedura di insolvenza; (ii) le decisioni che derivano direttamente dalla procedura di insolvenza e che le sono strettamente connesse, anche se prese da altro giudice; (iii) le decisioni riguardanti i provvedimenti conservativi presi successivamente alla richiesta d'apertura di una procedura di insolvenza<sup>315</sup>. La tipologia di decisioni di cui alla lett. (i) altro non è che una disposizione combinata con l'art. 4, par. 2, secondo il quale la *lex concursus* dello Stato di apertura determina, oltre alle condizioni di apertura, anche le condizioni di svolgimento e di chiusura della procedura aperta, per le quali varrà il medesimo procedimento di automatico riconoscimento ed efficacia *ex art.* 16.

Riguardo alla seconda tipologia di decisioni, tale possibilità accordata dal regolamento allo Stato di apertura della procedura deve essere bilanciata con il principio di sovranità territoriale esclusiva dell'altro Stato membro in cui si intende far valere le decisioni che derivano direttamente dalla procedura<sup>316</sup>. Infatti dette decisioni successive all'apertura riguardano solitamente azioni a carattere esecutivo, come ad esempio le azioni revocatorie, per cui la diretta applicazione di dette azioni da parte dello Stato di apertura è limitata dalle autorità dello Stato in cui si trovano il patrimonio od i soggetti verso i quali dette azioni sono dirette<sup>317</sup>. Per tale motivo, l'esecutività di dette decisioni dovrà dipendere anche dall'autorizzazione da parte delle autorità dello Stato all'interno del quale sono rivolte dette azioni, attraverso un procedimento di *exequatur*<sup>318</sup>. I termini entro i quali sarà possibile rifiutarsi di eseguire la decisione saranno quelli fissati dal criterio dell'ordine pubblico come inteso dal regolamento *ex art.* 26, oltre a quelli contenuti nel par. 3 dell'articolo in commento, secondo cui gli Stati membri non sono obbligati a riconoscere e a rendere esecutiva una decisione che abbia come effetto una limitazione della libertà personale o del segreto postale.

---

<sup>315</sup> Si veda **B. WESSELS**, *International Insolvency Law*, cit., par. 10794.

<sup>316</sup> Si veda **M. VIRGÓS, E. SCHMIT**, *Report*, cit., par. 190.

<sup>317</sup> *Ibid.*

<sup>318</sup> *Ibid.* Sul funzionamento dell'*exequatur* si veda anche quanto detto nel par. 1.1.2 riguardo il riconoscimento in Italia delle procedure concorsuali straniere. Si veda anche **L. BACCAGLINI**, *Il riconoscimento e l'esecuzione*, cit.

La lett. (ii) della precedente elencazione (comma 2, par. 1) è stata anche oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia nel caso *Seagon v Deko Marty*<sup>319</sup>, ove il giudice del rinvio poneva come questione pregiudiziale la competenza internazionale in materia di azioni revocatorie dei giudici coinvolti in una procedura di insolvenza. La Corte ha così risolto la questione ritenendo 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».

Per quanto riguarda il riconoscimento della categoria di decisioni di cui al terzo comma del par. 1, riguardanti i provvedimenti conservativi, l'art. 25 comprende sia i provvedimenti precedenti sia quelli successivi all'apertura della procedura, così da aumentare l'efficacia della futura procedura<sup>320</sup>.

#### 2.2.2 Art.17 – Effetti del riconoscimento

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

*2. 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.*

#### Effetti procedura principale

Oltre al riconoscimento automatico e immediato previsto dal precedente art. 16, questo articolo prevede l'automatica e immediata produzione anche degli effetti previsti dalla procedura principale estera aperta.

La produzione degli effetti anche negli altri Stati membri, nonché il riconoscimento automatico e immediato, è l'espressione del principio di universalità per cui la *lex concursus* dello Stato membro che ha aperto la procedura principale si applica anche

---

<sup>319</sup> Sentenza Corte di giustizia (Prima sezione), *Christopher Seagon in qualità di curatore fallimentare della Frick Teppichboden Supermärkte GmbH contro Deko Marty Belgium NV*, Causa C-339/07.

<sup>320</sup> Si veda **B. WESSELS**, *International Insolvency Law*, cit., par. 10804.

negli altri Stati membri<sup>321</sup>. Questo significa che il patrimonio presente in Stati membri diversi dallo Stato di apertura sarà soggetto allo spossessamento derivante dalla procedura principale, il curatore della procedura principale vedrà estesi i suoi poteri anche negli altri Stati membri<sup>322</sup>, i creditori esteri dovranno insinuare il proprio credito nella procedura principale, la disciplina concorsuale dello Stato di apertura si applicherà anche negli altri Stati membri salvo le eccezioni di cui agli artt. da 5 a 15 e salvo l'apertura di procedure secondarie<sup>323</sup>. Nel caso di apertura di procedura secondaria infatti la *lex concursus* della procedura principale aperta in altro Stato membro non troverà estensione nello Stato di apertura di detta procedura secondaria, alla quale si applicherà nei propri limiti territoriali la *lex concursus* di detto Stato di apertura. Questo non significa certo che la procedura secondaria possa non considerare la procedura principale: come si è già discusso la procedura secondaria deve possedere caratteri di dipendenza nei confronti della procedura principale, e il regolamento stesso prevede specifiche disposizioni negli artt. 29 e seguenti<sup>324</sup>.

In particolare l'art. 31, rubricato «Obbligo di collaborazione e d'informazione», dispone l'obbligo di collaborazione tra curatore della procedura principale e curatori delle procedure secondarie. Tale collaborazione viene intesa come tempestiva informazione e possibilità da parte del curatore principale di formulare proposte sull'utilizzo dell'attivo della procedura secondaria. Questo art. 31 porta a considerare i curatori come il vero e proprio veicolo di cooperazione tra le procedure, venendo così attribuito a queste figure il compito di evitare una gestione indipendente e territorialmente circoscritta delle diverse procedure aperte.

Riassumendo dunque l'estensione agli altri Stati membri riguarda gli effetti sia procedurali che sostanziali, senza il bisogno di utilizzare alcuna formalità al fine di operare questa estensione<sup>325</sup>.

---

<sup>321</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 191.

<sup>322</sup> Si veda l'art. 18 del regolamento. Per una lista dei poteri e doveri dei curatori della procedura principale e di quella secondaria si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 377.

<sup>323</sup> Non si considerano le procedure territoriali indipendenti poiché nel momento in cui viene aperta una procedura principale queste vengono trasformate in procedure secondarie, nel caso in cui queste procedure territoriali indipendenti siano state aperte in base al disposto dell'art. 3, quarto comma, lett. b). Nella situazione di cui all'art. 3, quarto comma, lett. a) invece non si avrebbe la situazione in cui viene aperta una procedura principale, poiché le condizioni dello Stato competente non ne permetterebbero l'apertura.

<sup>324</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 165.

<sup>325</sup> Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 355.

### Effetti procedura secondaria

Come visto in commento all'art. 16, anche la decisione di apertura di una procedura secondaria beneficia del riconoscimento automatico e immediato. Tuttavia dette procedure esplicano i propri effetti solo nei limiti del territorio dello Stato di loro apertura, per cui a differenza della procedura principale le procedure secondarie non estenderanno oltre i confini statali i propri effetti. Tuttavia il secondo paragrafo dell'art. 17 rafforza il principio di riconoscimento obbligatorio di cui all'art. 16, prevedendo che gli effetti territorialmente limitati delle procedure secondarie non possono essere contestate negli altri Stati membri<sup>326</sup>. Tale previsione assume valore nei confronti della fattispecie eccezionale prevista al par. 2 dell'art. 18, riguardante i poteri del curatore nel caso in cui debba esercitare azioni revocatorie al di fuori dello Stato di apertura della procedura secondaria. Sempre il par. 2 dell'art. 18 prevede un ultimo periodo riguardante le eventuali limitazioni dei diritti dei creditori che potrebbero verificarsi come effetto di dette procedure secondarie. I creditori che intendono insinuare il proprio credito anche nella procedura secondaria infatti potrebbero essere soggetti al rischio di vedere limitati i propri diritti in detta procedura, nel caso in cui ad esempio si vedano dilazionato il pagamento o rimesso il proprio credito per scelta o per costrizione. Questa disposizione prevede un diverso trattamento di tali limitazioni a seconda che queste siano state accettate o meno dai singoli creditori: i creditori che hanno subito dette limitazioni senza accettarle potranno far valere nelle procedure estere la limitazione subita<sup>327</sup>, mentre i creditori che hanno visto limitati i propri diritti dietro accettazione non potranno far valere in altre procedure estere le limitazioni a cui hanno acconsentito<sup>328</sup>.

---

<sup>326</sup> Infatti mentre l'art. 16 prevede il riconoscimento automatico delle decisioni di apertura, chiusura e intermedie della procedura sia principale sia di quelle secondarie e territoriali indipendenti, l'art. 17 fa distinzione tra il riconoscimento degli effetti della procedura principale e il riconoscimento degli effetti delle procedure territoriali, a causa delle diverse conseguenze della principale e delle altre procedure. Si veda *ivi*, par. 352.

<sup>327</sup> Potranno ad es. richiedere nella procedura principale il soddisfacimento anche della quota oggetto della limitazione nella procedura secondaria.

<sup>328</sup> Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 332, 333, 334; **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 193.

### 2.2.3 Art.18 – Poteri del curatore

1. Il curatore designato da un giudice competente ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, può esercitare nel territorio di un altro Stato membro tutti i poteri che gli sono attribuiti dalla legge dello Stato di apertura, finché, non vi è stata aperta un'altra procedura di insolvenza o non vi è stata adottata alcuna misura conservativa contraria in seguito a una domanda di apertura di una procedura di insolvenza in tale Stato. In particolare, egli può trasferire, fuori dal territorio dello Stato membro in cui si trovano, i beni del debitore, fatte salve le disposizioni degli articoli 5 e 7.

2. Il curatore designato dal giudice competente ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, può, in ogni altro Stato membro, far valere in via giudiziaria o in via stragiudiziaria che un bene mobile è stato trasferito dal territorio dello Stato di apertura nel territorio di tale altro Stato membro dopo l'apertura della procedura di insolvenza. Può anche esercitare ogni azione revocatoria che sia nell'interesse dei creditori.

3. Nell'esercizio dei propri poteri, il curatore deve rispettare la legge dello Stato membro nel cui territorio intende agire e in particolare le modalità di liquidazione dei beni. Tali poteri non possono includere l'impiego di mezzi coercitivi, il diritto di decidere su una controversia o una lite.

Nel sistema del regolamento la figura del curatore assume un ruolo fondamentale, dal momento che gli sono attribuite le funzioni di cui all'art.2, lett. b) di amministrazione e liquidazione del patrimonio del debitore spossessato. Il fondamentale ruolo di questa figura assume criticità in un sistema di gestione dell'insolvenza transfrontaliera, dal momento che la sua nomina e soprattutto i suoi poteri devono essere riconosciuti dagli altri Stati membri e potranno essere esercitati ovunque all'interno dell'Unione europea<sup>329</sup>. È importante tener presente che gli Stati membri non devono equiparare il curatore della procedura principale o secondaria alla figura di curatore che il proprio ordinamento interno prevede: devono soltanto riconoscergli i poteri e le funzioni che la legge dello Stato di provenienza gli attribuiscono<sup>330</sup>.

La suddivisione dell'articolo in paragrafi ha la funzione di elencare particolari disposizioni a seconda della procedura da cui proviene il curatore: il par. 1 dispone per il curatore della procedura principale, il par. 2 dispone per il curatore delle procedure secondarie e il par. 3 dispone per entrambe le figure<sup>331</sup>.

Il par. 1 rappresenta uno degli effetti che la decisione di apertura di una procedura principale produce in ogni Stato membro, cioè la possibilità per il curatore di esercitare i propri poteri e le proprie funzioni negli altri Stati membri, salvo l'apertura in questi

---

<sup>329</sup> Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 363.

<sup>330</sup> Si veda *ivi*, par. 366.

<sup>331</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 194.

ultimi di procedure secondarie<sup>332</sup>. Oltre a ciò, il curatore ha la possibilità di trasferire altrove<sup>333</sup> i beni del debitore situati negli Stati membri, salvo le disposizioni particolari riguardanti i diritti reali di terzi su beni del debitore *ex art. 5* e la riserva di proprietà su beni che si trovano in uno Stato diverso da quello di apertura della procedura.

Riguardo al curatore della procedura secondaria di cui al par. 2, il regolamento opera un'eccezione al principio di territorialità sul quale si fonda la procedura secondaria. Come visto nell'art. 17 infatti la procedura secondaria beneficerebbe del riconoscimento immediato e automatico della decisione di apertura ma, data la sua caratteristica di territorialità, non assoggetterebbe il patrimonio del debitore localizzato fuori dal territorio dello Stato in cui è situata la dipendenza<sup>334</sup>. Tuttavia si rende necessario per il curatore un esercizio dei propri poteri anche in altri Stati membri nel caso in cui egli debba recuperare i beni trasferiti all'estero dopo l'apertura della procedura secondaria<sup>335</sup>. Egli potrà in questi soli casi far valere all'estero i propri poteri finalizzati al recupero dei beni, superando i vincoli territoriali imposti dal regolamento senza che gli Stati esteri possano sollevare contestazioni di cui all'art. 17, par. 2.

Oggetto di discussione è stato l'ultimo periodo di questo par. 2, il quale dispone che il curatore «può anche esercitare ogni azione revocatoria che sia nell'interesse dei creditori». Secondo l'art. 66 l.f., il quale si rifà all'art. 2901 c.c., revocatoria è quell'azione volta a far valere l'inefficacia relativa degli atti pregiudizievoli nei confronti dei creditori di cui agli artt. 67 ss. Ad una prima lettura sembrerebbe così che il curatore della procedura secondaria possa soltanto esercitare azioni revocatorie, secondo la definizione italiana, volte a far valere solo l'inopponibilità degli atti, e non anche azioni di nullità e di annullabilità come invece farebbe intendere l'art. 4, par. 2, lett. m), in base al quale la legge dello Stato di apertura determina le disposizioni

---

<sup>332</sup> Detti poteri da esercitare in altri Stati membri possono per esempio essere, a seconda della *lex concursus* della procedura principale, la presa in gestione di beni e affari del debitore insolvente, la richiesta di attuazione di provvedimenti cautelari, la gestione di attività del debitore, la gestione e la vendita del patrimonio immobiliare, ottenimento di informazioni sul debitore, la sostituzione del debitore nei rapporti processuali, la scelta di subentrare o sciogliersi dai rapporti pendenti, la liquidazione del patrimonio situato all'estero. Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 366.

<sup>333</sup> Ad es. nello Stato di apertura della procedura principale al fine di accentrare il patrimonio del debitore.

<sup>334</sup> Si veda **G. MOSS, T. SMITH**, *Commentary*, II ed., cit., in **G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS** (eds.), *The EC Regulation*, I ed., cit., par. 8.158.

<sup>335</sup> Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 363; **M. VIRGÓS, E. SCHMIT**, *Report*, cit., par. 224, **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 197.

relative a nullità, annullamento e inopponibilità degli atti pregiudizievoli per la massa dei creditori. In realtà il regolamento utilizza un concetto di «azione revocatoria» più generico dell'accezione propria del diritto italiano: la nozione intende dire che il curatore può disporre qualsiasi azione volta a rendere più in generale inopponibili gli atti pregiudizievoli per i creditori, ricomprendendo quindi in questo potere qualsiasi azione di nullità, annullabilità od inopponibilità ex art. 4, par. 2, lett. m).

Alla luce di questa ampiezza del termine «azione revocatoria» rispetto alla normativa italiana alcuni Autori<sup>336</sup> hanno lamentato l'utilizzo di un linguaggio giuridico che desta confusione, con riguardo all'operatore italiano. È invece opinione di chi scrive che il termine utilizzato da questo par. 2 dell'art. 18 sia corretto, e che la possibile confusione può derivare da una lettura inappropriata del regolamento: non si deve infatti interpretare i termini propri del regolamento alla luce del diritto interno, anche se detti termini sono spesso tradotti con terminologie proprie del nostro linguaggio giuridico. Ciò significa che il regolamento nella sua versione italiana con il termine «azione revocatoria» non fa specifico riferimento alle conseguenze di sola inefficacia proprie degli artt. 64 e ss.; si riferisce invece a qualsiasi conseguenza di nullità, annullabilità od inefficacia che un'azione di revoca comporta nei diversi Stati membri rispetto agli atti compiuti in pregiudizio dei creditori. Non sono infatti univoche le conseguenze che i diversi Stati membri attribuiscono all'azione revocatoria fallimentare, pur utilizzando medesimo termine identificativo. Si capisce così come il termine abbia valore il più possibile comprensivo delle possibili fattispecie previste dagli Stati membri, al pari del valore comprensivo dell'art. 4, par. 2, lett. m) di tutte le possibili disposizioni riguardanti gli atti pregiudizievoli per i creditori<sup>337</sup>.

Il par. 3 conclude questo art. 18 fissando alcuni limiti all'esercizio in altri Stati comunitari dei poteri attribuiti ai curatori delle procedure sia principali sia secondarie. Questi infatti potranno esercitare i propri poteri fuori dal proprio Stato di apertura della procedura rispettando la legge degli Stati membri nei quali intendono esercitare detti poteri. Ad esempio se una parte del patrimonio del debitore fosse localizzata in un altro Stato membro, rispetto allo Stato di apertura della procedura principale, il curatore avrà sì il diritto fondato sulla propria *lex concursus* di svolgere operazioni, gestire oppure liquidare in detto Stato estero detto patrimonio, ma dovrà farlo secondo le disposizioni

---

<sup>336</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 198.

<sup>337</sup> Si veda **G. MOSS, T. SMITH**, *Commentary*, II ed., cit., par. 8.289.

previste dalla legge di quello Stato<sup>338</sup>. Secondo questa configurazione i poteri sostanziali rimarranno quelli della *lex concursus* della procedura principale, mentre il loro esercizio seguirà «le modalità processuali della *lex* dello Stato *ad quem*»<sup>339</sup>.

#### La pubblicazione della decisione di apertura e della propria nomina a discrezione del curatore (artt. 21, 22)

Si ricomprende tra i poteri del curatore la possibilità a lui accordata dall'art. 21 di rendere pubbliche negli altri Stati membri la decisione di apertura della procedura principale o secondaria e la sua nomina di curatore della procedura, secondo le modalità ivi previste. Si ricordi tuttavia come la pubblicazione dell'apertura della procedura di insolvenza non è una preconditione per il riconoscimento di dette procedure o per il riconoscimento dei poteri del curatore: dato che gli artt. 16 e 17 impongono il riconoscimento automatico della sentenza e dei suoi effetti, e «la pubblicità non dovrebbe costituire un presupposto per il riconoscimento della procedura straniera», come recita il considerando (29). Una simile pubblicità sarebbe comunque un ausilio che contribuirebbe alla sicurezza dei rapporti commerciali negli Stati membri in cui il debitore ha patrimoni o dove svolge la propria attività, rendendo manifesta ai creditori presenti e futuri la situazione legale del debitore<sup>340</sup>. Il par. 2 dispone inoltre la possibilità per gli Stati membri in cui sia presente una dipendenza del debitore di prevedere la pubblicazione obbligatoria, per cui il curatore della procedura principale estera dovrà richiedere la pubblicazione in detti Stati membri.

L'art. 22 amplifica le possibili misure di pubblicità previste nel precedente articolo prevedendo che il curatore possa richiedere la pubblicazione od annotazione della decisione di apertura anche nei registri immobiliari, nei registri del commercio od in altri pubblici registri tenuti negli altri Stati membri. Come per il precedente articolo, la

---

<sup>338</sup> Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 370.

<sup>339</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 167; **G. MOSS, T. SMITH**, *Commentary*, II ed., cit., par. 8.277 ss.; **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 371. Questi ultimi autori portano un ulteriore esempio sulla liquidazione di beni immobili negli Stati diversi dallo Stato di apertura: il curatore potrà richiedere la liquidazione di questi beni immobili e potrà richiedere una particolare metodologia di liquidazione, quale ad esempio la vendita per asta pubblica. Tuttavia lo svolgimento dell'asta dovrà seguire le procedure per asta pubblica utilizzate dalla legge di quello Stato.

<sup>340</sup> Si veda **M. VIRGÓS, E. SCHMIT**, *Report*, cit., par. 177.



forma e il contenuto della pubblicazione sarà determinato dalla legge dello Stato membro che tiene il registro<sup>341</sup>.

#### 2.2.4 Art.26 – Ordine pubblico

*Uno Stato membro può rifiutarsi di riconoscere una procedura di insolvenza aperta in un altro Stato membro o di eseguire una decisione presa nell'ambito di detta procedura, qualora il riconoscimento o l'esecuzione possano produrre effetti palesemente contrari all'ordine pubblico, in particolare ai principi fondamentali o ai diritti e alle libertà personali sanciti dalla costituzione.*

Si è già visto come gli artt. 16 e 17 prevedano per gli Stati membri un obbligo di riconoscimento automatico e immediato sia della decisione di apertura sia degli effetti che da essa ne derivano, compreso il riconoscimento e la subordinazione ai poteri del curatore di queste procedure come disposto dall'art. 18. Si è visto anche nel ventiduesimo considerando come questo riconoscimento senza bisogno di formalità poggi su un principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri, e che i motivi di mancato riconoscimento devono essere ridotti al minimo necessario.

Questo articolo sull'ordine pubblico<sup>342</sup> rappresenta l'unica possibilità per uno Stato membro di non far valere il mutuo riconoscimento *ex art. 16* oppure di non riconoscere o eseguire una decisione derivante dalla procedura aperta *ex art. 25*. L'ipotesi dell'articolo dovrebbe rappresentare l'*extrema ratio* unicamente possibile, l'eccezione estrema al riconoscimento della procedura che deve fondarsi su una ragione altrettanto rilevante: nel caso in cui si riconoscesse la procedura si produrrebbero per lo Stato che deve riconoscerla effetti palesemente contrari ai principi fondamentali o ai diritti e alle libertà personali sancite dalla costituzione di quello Stato. Il campo di applicazione di questa eccezione risulta perciò molto ristretto, e la possibilità di farne ricorso dovrebbe essere circoscritta alle situazioni in cui il riconoscimento della decisione estera comporterebbe nello Stato di riconoscimento gravi implicazioni sul piano dei diritti e delle libertà fondamentali garantite<sup>343</sup>, il che porta ad escludere altre fattispecie più

---

<sup>341</sup> Si veda **B. WESSELS**, *International Insolvency Law*, cit., par. 10786.

<sup>342</sup> Si intende per ordine pubblico quella clausola generale che opera al fine di evitare il venire in essere di determinati effetti in un sistema giuridico. Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 403.

<sup>343</sup> Si veda **I. FLETCHER** in **G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS** (eds.), *The EC Regulation*, II ed., cit., par. 8.327. Il campo di applicazione è dunque ben più ristretto di quello possibile per il mancato riconoscimento delle decisioni di cui all'allora reg. (CE) n. 44/2001 (ora reg. (UE) n. 1215/2012). Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 160. Mentre il reg. 1346 specifica

generiche di non riconoscimento, quali ad esempio la possibilità di riesame della decisione estera di apertura o della competenza giurisdizionale dello Stato di apertura<sup>344</sup>. Ci si poteva domandare se la dicitura «in particolare» di cui all'ultimo periodo dell'articolo portasse o meno a ritenere che gli unici due casi in cui si potesse applicare l'articolo fossero la palese contrarietà ai principi fondamentali e ai diritti e libertà personali costituzionalmente protetti. Nel caso *MG Probud Gdynia sp. z o.o.* la Corte di giustizia ha confermato la ristretta possibilità di ricorso alla clausola dell'ordine pubblico per queste due sole ipotesi, ritenendo che «in ossequio al ventiduesimo considerando del regolamento [...] i motivi di rifiuto devono essere ridotti al minimo necessario, ne sono previsti soltanto due»<sup>345</sup>.

Il Report Virgós-Schmit sull'applicazione pratica dell'articolo precisa inoltre come detta clausola non deve necessariamente avere valore uniforme, poiché si basa sui principi fondamentali della legge dello Stato obbligato al riconoscimento automatico, quali ad esempio i diritti costituzionalmente garantiti e le politiche fondamentali, sia quelle dello Stato sia quelle comunitarie<sup>346</sup>.

Nella pratica non risulta a detta di chi scrive che dall'entrata in vigore del regolamento sia mai stato rifiutato il riconoscimento di decisioni estere per motivi di ordine pubblico, tuttavia in due importanti situazioni è stato fatto rimando alla Corte di giustizia per conoscere se in quelle determinate circostanze era possibile invocare la clausola in commento. Il primo caso menzionato è il caso *Eurofood*, in cui la *Supreme Court* irlandese fece rimando alla Corte lussemburghese al fine di chiarire se la ritenuta violazione del diritto ad un equo processo rientrasse nelle fattispecie di cui all'art. 26. La Corte rispose affermativamente alla questione pregiudiziale, affermando che uno Stato membro può rifiutarsi di riconoscere una procedura d'insolvenza aperta in un altro

---

le particolari situazioni di ordine pubblico permesse per il non riconoscimento, il regolamento n. 44 tiene una definizione più ampia di solo ordine pubblico.

<sup>344</sup> Si veda **G. MOSS, T. SMITH**, *Commentary*, II ed., cit., par. 8.328; **M. VIRGÓS, F.**

**GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 402. Sull'impossibilità del riesame concernente la competenza si è espressa anche la Corte di giustizia nel caso *Eurofood*, ove la sentenza invocando il principio della fiducia reciproca dispone: «come precisa il ventiduesimo considerando del regolamento, il principio della fiducia reciproca esige che i giudici degli altri Stati membri riconoscano la decisione di apertura di una procedura di insolvenza principale, senza poter controllare la valutazione effettuata dal primo giudice relativamente alla propria competenza». Si veda Corte di giustizia, *Eurofood IFSC*, cit., par. 42, 44.

<sup>345</sup> Si veda Corte di giustizia, Prima sezione, 21 gennaio 2010, *MG Probud Gdynia sp. z o.o.*, causa C-444/07, par. 31.

<sup>346</sup> Si veda il *Report* al par. 205.

Stato membro nel caso in cui accerti che l'apertura di detta procedura sia avvenuta in manifesta violazione del diritto fondamentale di essere sentito, di cui gode un soggetto interessato da una tale procedura. La Corte aggiunse come l'accertamento di una violazione del diritto al giusto processo non deve avvenire sulla sola base delle garanzie assicurate dallo Stato accertante, ma deve avvenire valutando l'insieme delle circostanze<sup>347</sup>.

### ***2.3 Procedure secondarie di insolvenza***

#### ***2.3.1 Apertura, legge applicabile, obbligo di collaborazione, chiusura***

Si è già trattato di come l'apertura di una procedura principale d'insolvenza permetta di aprire negli altri Stati membri una procedura secondaria a norma dell'art. 3, par. 2, nel caso in cui in detti Stati sia presente una dipendenza del debitore di cui all'art. 2, lett. h); il capitolo III, artt. 27 ss., del regolamento disciplina gli aspetti riguardanti dette procedure secondarie.

Innanzitutto in base all'art. 29 il diritto di chiederne l'apertura è facoltà del curatore della procedura principale aperta, oppure di qualsiasi altra persona o autorità legittimata a richiedere l'apertura secondo la legge dello Stato membro in cui è situata la dipendenza.

Oltre a quanto già previsto dal combinato disposto degli articoli del capitolo I sopra citati, l'art. 27 aggiunge due importanti precisazioni, in base alle quali la procedura secondaria potrà essere aperta nello Stato della dipendenza senza che sia necessario l'esame dell'insolvenza del debitore, inoltre detta procedura dovrà essere una di quelle figuranti nell'allegato B. Così il ruolo della corte locale richiama dell'apertura della procedura sarà limitato all'esame dell'effettiva apertura della procedura estera secondo l'art. 3, par. 1, del regolamento, senza che questa abbia la facoltà di esaminare se i criteri adottati dalla corte estera siano corretti, sulla base del principio del mutuo riconoscimento tra le corti degli Stati membri<sup>348</sup>.

---

<sup>347</sup> Corte di giustizia, *Eurofood IFSC*, cit., par. 67, 68.

<sup>348</sup> Si veda **G. MOSS, T. SMITH**, *Commentary*, II ed., cit., par. 8.339 ss.; **B. WESSELS** in **G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS** (eds.), *The EC Regulation*, II ed., cit., par. 8.340

L'art. 28 dispone che, salvo le disposizioni contrarie contenute nel regolamento<sup>349</sup>, la procedura secondaria sarà soggetta alla *lex concursus* dello Stato membro nel cui territorio questa viene aperta, specificando per la procedura secondaria quanto già previsto per la procedura principale all'art. 4.

L'art. 31 invece tratta l'importante questione dell'obbligo di collaborazione e di informazione reciproca che deve sussistere tra i curatori della procedura principale e delle procedure secondarie eventualmente aperte. L'articolo pone la regola in base alla quale i curatori devono subito comunicarsi reciprocamente qualsiasi informazione utile all'altra procedura, con particolare riferimento alle informazioni riguardanti l'insinuazione, la verifica dei crediti, nonché riguardo ai provvedimenti volti a terminare la procedura, salvo disposizioni che limitano la trasmissione di informazioni<sup>350</sup>. Ove nel par. 1 l'articolo tratta del dovere di informazione, il par. 2 tratta dell'obbligo di cooperazione tra i curatori, per il quale il regolamento impone espressamente un dovere reciproco.

Per quanto concerne la chiusura della procedura secondaria l'art. 34 permette una particolare fattispecie di chiusura: qualora la *lex concursus* della procedura secondaria lo permetta<sup>351</sup>, è possibile che la chiusura avvenga, invece che con la liquidazione del patrimonio, con un piano di risanamento, un concordato od una misura analoga. Queste misure di chiusura alternative alla liquidazione, possono tuttavia avere conseguenze nei confronti della procedura principale e in particolare degli interessi finanziari in essa vantati, motivo per cui una simile modalità di chiusura diventerà definitiva soltanto con l'assenso del curatore della procedura principale, ovvero, nel caso in cui manchi tale

---

<sup>349</sup> Con particolare riferimento agli artt. da 5 a 15.

<sup>350</sup> Con particolare riferimento alle norme interne che riguardano la registrazione dei dati sensibili informatici. Si veda **M. VIRGÓS, E. SCHMIT**, *Report*, cit., par. 231; **B. WESSELS** in **G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS** (eds.), *The EC Regulation*, II ed., cit., par. 8.356. Il *Report* VIRGÓS-SCHMIT elenca una serie di informazioni delle quali si dovrebbe dare immediata notizia al curatore dell'altra procedura:

- il patrimonio;
- le azioni revocatorie o cautelari;
- le possibilità di liquidazione del patrimonio;
- l'insinuazione dei crediti;
- la verifica dei crediti e le relative controversie;
- i programmi di risanamento preparati;
- la composizione dei crediti;
- i programmi di liquidazione;
- lo stato di avanzamento della procedura.

<sup>351</sup> E dunque la richiesta potrà essere fatta soltanto dai soggetti ai quali la *lex concursus* permette di fare tale richiesta. Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 246; **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 451.

assenso, qualora la modalità di chiusura proposta non leda gli «interessi finanziari»<sup>352</sup> dei creditori della procedura principale. La previsione di un assenso riconosce così il primato della procedura principale ponendo in capo al curatore questo potere speciale, rimarcando inoltre il principio di subordinazione della procedura secondaria a quella principale<sup>353</sup>.

Sempre sulla scorta di detto principio di subordinazione l'art. 35 prevede che l'eventuale residuo dell'attivo della procedura secondaria, risultante dopo la soddisfazione di tutti i crediti ammessi in questa procedura, andrà senza ritardo trasferito dal curatore della procedura secondaria al curatore della procedura principale.

## ***2.4 Informazione dei creditori e insinuazione dei crediti***

### ***2.4.1 Obbligo d'informazione, diritti dei creditori, diritto di insinuazione e dovere di restituzione***

Anche se il regolamento raggruppa in questo quarto capitolo le principali disposizioni che riguardano i creditori, le norme ivi contenute vanno integrate con altri due articoli contenuti rispettivamente nel secondo e terzo capitolo. Così gli artt. 39 ss. andranno integrati anche con le disposizioni degli artt. 20 e 32, in maniera tale da avere una visione globale delle regole che il regolamento contiene nei confronti dei creditori, dei loro diritti, della loro insinuazione e anche dei loro doveri, dal momento che le norme sono state posizionate all'interno del *corpus* di norme a seconda che i creditori siano quelli della procedura principale oppure quelli della procedura secondaria.

In linea generale l'art. 32, par. 1, dispone che ogni creditore può insinuare il proprio credito nella procedura principale e in qualsiasi procedura secondaria, ponendo un'eccezione al potere della legge dello Stato di apertura di determinare le disposizioni

---

<sup>352</sup> L'articolo od il regolamento non forniscono alcuna definizione di detti interessi finanziari. Il *Report Virgós-Schmit* fornisce una definizione del termine, per cui tali interessi sarebbero rappresentati da una stima degli effetti che il piano di risanamento può avere nei riparti previsti per i creditori della procedura principale. Specificando tale impostazione, sono lesi gli interessi finanziari dei creditori della procedura principale nel caso in cui la misura di risanamento, il concordato od ogni altra misura può diminuire o sottrarre l'eventuale residuo dell'attivo della procedura secondaria, che in caso contrario va trasferito alla procedura principale (si veda l'art. 35). Si veda **M. VIRGÓS, E. SCHMIT**, *Report*, cit., par. 249.

<sup>353</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 245; **G. MOSS, T. SMITH**, *Commentary*, II ed., cit., par. 8.381 ss.; **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 451; **B. WESSELS**, *International Insolvency Law*, cit., par. 10883.

relative all'insinuazione, verifica e ammissione dei crediti previsto all'art. 4, par. 2, lett. h)<sup>354</sup>. Tale facoltà in capo ai creditori rappresenta un'eccezione alla *lex concursus* sulla scorta del principio per cui unico è il debitore e dunque unica sarà la massa creditoria che concorrerà sull'intero patrimonio del debitore<sup>355</sup>.

L'articolo non pone nessun limite alla provenienza dei creditori aventi diritto all'insinuazione in qualunque procedure, ponendo così il dubbio se ciò sia possibile soltanto per i creditori residenti, domiciliati od aventi sede in uno Stato membro oppure anche per quelli provenienti da uno Stato extraeuropeo<sup>356</sup>. L'art. 39 precisa che hanno diritto di insinuare i propri crediti nella procedura d'insolvenza i creditori residenti, domiciliati o con sede in uno Stato membro diverso da quello di apertura, comprese le autorità fiscali e gli organismi di previdenza sociale di detti altri Stati membri, specificando così che il diritto di cui all'art. 32, par. 1, vale in particolare anche per i creditori non residenti nello Stato di apertura. Pone luce sul dubbio sorto il considerando (21), il quale riassumendo in sostanza gli artt. 32 e 39 dispone che «ciascun creditore, avente residenza abituale, domicilio o sede statutaria nella Comunità, dovrebbe avere il diritto di insinuare i suoi crediti in ciascuna delle procedure di insolvenza pendenti nella Comunità sul patrimonio del debitore. Ciò dovrebbe valere anche per le autorità tributarie e gli organismi di previdenza sociale». Così sia i creditori residenti nello Stato di apertura sia i creditori residenti in altri Stati membri, incluse le autorità fiscali e previdenziali, avranno diritto ad insinuare il proprio credito nelle procedure aperte, sia in quella principale sia in ogni altra procedura secondaria. Eventuali creditori extracomunitari non potranno così valersi del diritto contenuto nell'art. 32, par. 1, per cui potranno insinuare il proprio credito soltanto nel caso in cui la *lex concursus* dello Stato di apertura ammetta i loro crediti al di là della loro «classe». In tale impostazione resterà valida la *lex concursus* di cui all'art. 4, par. 2, lett. h), per quanto riguarderà la posizione del creditore all'interno dello stato passivo. Ad esempio un creditore, che in base alla legge del proprio Stato membro risulti privilegiato, avrà diritto ad insinuarsi nella procedura aperta in un altro Stato membro, ma la *lex concursus* dello Stato di apertura potrebbe non ritenere il suo credito privilegiato.

---

<sup>354</sup> Si veda **B. WESSELS**, *International Insolvency Law*, cit., par. 10857.

<sup>355</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 239.

<sup>356</sup> Si veda **B. WESSELS**, *International Insolvency Law*, cit., par. 10857.

L'art. 40 pone in capo al giudice competente o al curatore della procedura aperta l'obbligo di informare<sup>357</sup> senza ritardo i creditori conosciuti che hanno residenza abituale, domicilio o sede negli altri Stati membri. La disposizione integra così l'eventuale obbligo in capo agli organi della procedura aperta di informare i creditori di quello Stato, prevedendo che detto avviso sia obbligatoriamente inviato ai creditori di altri Stati membri.

Sempre l'art. 32 al par. 2 prevede invece che i curatori della procedura principale e di quelle secondarie possano insinuare nelle altre procedure i crediti insinuati nella procedura alla quale sono preposti. I creditori delle diverse procedure saranno così aiutati ad esercitare il proprio diritti di insinuazione in ogni procedura espresso dal par. 1 senza doversi scontrare con le difficoltà linguistiche che verrebbero in essere nel caso in cui dovessero insinuarsi individualmente<sup>358</sup>.

Infine l'art. 20 contiene delle disposizioni riguardanti il rispetto della *par condicio creditorum* nei confronti di tutti i creditori comunitari, nei riparti delle diverse procedure. L'obiettivo è quello di assicurare un trattamento equo a tutti i creditori non privilegiati residenti nell'Unione europea<sup>359</sup>. Il par. 1 infatti prevede che il creditore che abbia soddisfatto *in toto* o parzialmente il proprio credito, in particolare mediante azioni esecutive successive all'apertura di una procedura, dovrà restituire al curatore ciò che ha ottenuto, a meno che non vantasse una delle tipologie di credito espressamente prevista negli artt. 5 e 7<sup>360</sup>. Il par. 2 infine dispone che il creditore che abbia recuperato una quota percentuale del proprio credito in una delle procedure aperte, potrà partecipare ai riparti delle altre procedure soltanto allorché i creditori di uguale grado o categoria abbiano ottenuto in tale altra procedura una percentuale di soddisfacimento equivalente. La *ratio* di questa previsione deriva dal fatto che il regolamento permette la contestuale apertura e conduzione di procedure in capo al medesimo debitore, e ciò potrebbe portare

---

<sup>357</sup> E il contenuto obbligatorio dell'informazione è previsto al par. 2 del medesimo articolo: «l'informazione, trasmessa mediante una nota individuale, riguarda in particolare i termini da rispettare, le sanzioni previste circa i termini, l'organo o l'autorità legittimati a ricevere l'insinuazione dei crediti e gli altri provvedimenti prescritti. La nota indica anche se i creditori titolari di un privilegio o di una garanzia reale devono insinuare il credito».

<sup>358</sup> Si veda **G. MOSS, T. SMITH**, *Commentary*, II ed., cit., par. 8.367.

<sup>359</sup> Si veda *ivi*, par. 8.291; **B. WESSELS**, *International Insolvency Law*, cit., par. 10769.

<sup>360</sup> Cioè i crediti garantiti da diritti reali su beni materiali o immateriali, mobili o immobili, e i crediti con riserva di proprietà del venditore. Si veda il par. 2.1.4.

a soddisfacimenti di differente misura a seconda delle procedure<sup>361</sup>. In tale maniera i creditori di una stessa classe insinuati in una procedura riceveranno la stessa quota di riparto, sia che si siano iscritti soltanto in detta procedura sia che si siano iscritti in più procedure. Inoltre alla fine di tutti i riparti i creditori che si saranno insinuati in tutte le procedure percepiranno la medesima percentuale di soddisfacimento, anche se potenzialmente più alta della quota di soddisfacimento dei creditori iscritti ad una sola procedura<sup>362</sup>.

---

<sup>361</sup> Si veda **G. MOSS, T. SMITH**, *Commentary*, II ed., cit., par. 8.295. Questa regola di soddisfacimento è originaria del *common law* inglese e prende il nome di *hotchpot rule*. **B. WESSELS**, *International Insolvency Law*, cit., par. 10773. Il *Report* VIRGÓS-SCHMIT al par. 175 enuclea il questa regola di calcolo in quattro disposizioni: a) nessun creditore potrà ottenere più del 100 per cento del proprio credito; b) ogni ammissione del creditore nelle diverse procedure andrà fatta per il valore intero del credito vantato, senza sottrarre quanto eventualmente già ricevuto; c) il credito non sarà soddisfatto nella seconda procedura finché in detta procedura i creditori di pari classe non abbiano ricevuto la stessa percentuale di soddisfacimento; d) la classe del credito nella seconda procedura sarà determinata dalla *lex concursus* di detto Stato. Fornendo un esempio pratico, si pensi ad un creditore che partecipando alla procedura aperta in Italia (principale o secondaria) abbia ottenuto il 5% del proprio credito. Volendo partecipare al riparto della procedura (principale o secondaria) tedesca aperta in capo allo stesso debitore, detta seconda procedura non potrà soddisfare alcuna quota del suo credito fintantoché gli altri creditori in essa insinuati non abbiano ricevuto il 5% del proprio credito. Così, se la procedura tedesca prevedrà una quota totale di soddisfacimento di quella categoria di creditori pari all'8%, il creditore inizialmente insinuato in Italia vedrà soddisfatto in Germania il 3% (8-5%) del proprio credito. Nel caso contrario in cui la procedura tedesca preveda per quella categoria di creditori una quota di soddisfacimento inferiore al 5%, ad es. il 3%, il creditore inizialmente insinuatosi in Italia non riceverà nulla dalla procedura tedesca, avendo già ricevuto una percentuale del proprio credito maggiore. In entrambi i casi i creditori della stessa classe insinuati nella procedura tedesca riceveranno in detta procedura la stessa quota di riparto, sia che si siano insinuati solo in Germania sia che si siano insinuati anche nella procedura italiana.

<sup>362</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 206; **M. VIRGÓS, E. SCHMIT**, *Report*, cit., par. 175.



## ***2.5 Disposizioni transitorie e finali***

### 2.5.1 Art.45 – Modifica degli allegati

*Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su iniziativa di uno Stato membro o su proposta della Commissione, può modificare gli allegati.*

#### Storico delle modifiche agli allegati

Come si è avuto modo di accennare nell'introduzione al regolamento, nel corso degli anni dall'entrata in vigore le uniche modifiche sostanziali subite da quest'ultimo non hanno intaccato l'articolato, mentre l'art. 45 in commento ha permesso di modificare gli allegati, i quali hanno subito pertanto modifiche relativamente alle procedure e ai curatori elencati od inclusioni di nuove procedure e curatori.

Il Consiglio ha modificato gli allegati attraverso otto regolamenti, dei quali si fa in seguito una breve elencazione cronologica dei contenuti<sup>363</sup>.

- Regolamento (CE) n. 603 del 12 aprile 2005: negli allegati A, B e C vengono introdotte le procedure e i curatori di alcuni dei nuovi Stati che hanno aderito nel 2003 all'Unione europea<sup>364</sup>; insieme ad altri Stati membri l'Italia richiede modifica degli allegati A, B e C, eliminando all'allegato A la procedura di amministrazione controllata, aggiungendo all'allegato B il concordato preventivo con cessione dei beni e aggiungendo all'allegato C il liquidatore giudiziale.
- Regolamento (CE) n. 694 del 27 aprile 2006: Francia e Repubblica Slovacca chiedono modifica degli allegati.
- Regolamento (CE) n. 1791 del 20 novembre 2006: si aggiungono nei tre allegati le voci relative ai nuovi Stati membri aderenti nel 2005 all'Unione<sup>365</sup>.
- Regolamento (CE) n. 681 del 21 giugno 2007: l'Italia richiede insieme ad altri Stati membri la modifica degli allegati, aggiungendo all'allegato B la procedura di amministrazione straordinaria sia con programma di cessione dei complessi aziendali sia con programma di ristrutturazione di cui sia parte integrante un concordato con cessione di beni. Sono stati inoltre inseriti nell'allegato C il commissario giudiziale, il commissario straordinario e il commissario liquidatore.
- Regolamento (CE) n. 788 del 24 luglio 2008: la Lettonia chiede modifica degli allegati A e B.

---

<sup>363</sup> Si veda anche **B. WESSELS**, *International Insolvency Law*, cit., par. 10426a.

<sup>364</sup> Cipro, Estonia, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Repubblica Ceca, Repubblica Slovacca, Slovenia.

<sup>365</sup> Romania e Bulgaria

- Regolamento (CE) n. 210 del 25 febbraio 2010: il Belgio chiede modifica degli allegati A, B e C.
- Regolamento (CE) n. 583 dell'8 luglio 2011: l'Austria e la Lettonia chiedono modifica degli allegati.
- Regolamento (CE) n. 517 dell'1 luglio 2013: l'annessione all'Unione europea della Croazia porta all'inserimento delle rispettive voci negli allegati.

#### Sulla tassatività degli allegati

Come esposto nelle prime tre lettere dell'art. 2, per le procedure di insolvenza, per il curatore e per le procedure di liquidazione viene fatto espresso rimando agli allegati A, B e C, nei cui elenchi sono esposte le procedure degli Stati membri che rispecchiano i requisiti del regolamento. Si è anche già trattato del rapporto tra l'art. 1 e le definizioni dell'art. 2 che fanno espresso rimando agli allegati, in base al quale l'art. 1 avrebbe lo scopo di definire le caratteristiche comuni alle procedure incluse negli allegati anche ai fini di futura inclusione di nuove procedure, mentre l'art. 2 e in particolare gli allegati farebbero particolare elencazione delle procedure alle quali effettivamente si applica il regolamento.

Dal momento che il regolamento non fornisce alcuna precisa indicazione su questo tipo di rapporto tra gli articoli, è stato sollevato da alcuni Autori<sup>366</sup> il dubbio sulla tassatività o meno degli allegati. Ci si domandava infatti se il combinato disposto portasse a ritenere che soltanto le procedure di cui agli allegati potessero essere soggette al regolamento, oppure se anche procedure non presenti negli allegati ma che rispettassero e avessero i requisiti di cui all'art. 1 potessero essere soggette ad esso. Il dubbio in questione era allora scaturito nell'ambito della vicenda *Eurofood*, in cui erano state aperte in capo alla medesima società due procedure d'insolvenza in due diversi Stati membri, Italia e Irlanda, generando un conflitto positivo di giurisdizione. Gli Autori si sono chiesti nel 2004 se la procedura aperta in Italia, cioè l'amministrazione straordinaria di cui alla c.d. legge Marzano, rientrasse automaticamente nel regolamento poiché possedeva i quattro requisiti di cui all'art. 1, pur non essendo espressamente inclusa nell'allegato A. Infatti il regolamento alla sua entrata in vigore intendeva includere nella voce dell'allegato A «amministrazione straordinaria» soltanto la

---

<sup>366</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 93 ss.; **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 61 ss.

procedura di cui alla c.d. legge Prodi-*bis*, non essendo ancora entrata in vigore la legge Marzano; inoltre l'Italia non aveva ancora richiesto *ex art.* 45 la modifica degli allegati A e C per l'inclusione di questa nuova procedura. L'argomento in questione non divenne tuttavia questione pregiudiziale, pertanto ad oggi il problema è stato affrontato soltanto in ambito dottrinale. Gli Autori hanno ritenuto che il possesso da parte della procedura dei requisiti *ex art.* 1 bastassero per l'applicazione del regolamento alla procedura. Ritenevano inoltre che il legislatore italiano avesse dato alla procedura Marzano la stessa denominazione di «amministrazione straordinaria» della Prodi-*bis* ben cosciente dell'esistenza del regolamento, portando così a ritenere che quel legislatore ritenesse e volesse senz'altro che tale nuova procedura rientrasse sin da subito nel regolamento, senza bisogno di alcuna modifica agli allegati A e C<sup>367</sup>. In tale situazione gli allegati non avrebbero dunque un valore tassativo.

L'unico riferimento ad oggi utile a trovare una soluzione è presente nel *Report Virgós-Schmit* alla Convenzione del 1995, ove al par. 62 si precisa che soltanto le procedure incluse nell'allegato A possono beneficiare del sistema di riconoscimento della Convenzione, portando a ritenere che anche per il regolamento resti valida l'impostazione della Convenzione.

All'opposto della tesi contraria alla tassatività altri Autori<sup>368</sup>, tra i primi a commentare il regolamento, hanno ritenuto che gli allegati fossero tassativi, per cui le procedure che pur rispettando i criteri di cui all'art. 1 non fossero espressamente elencate nell'allegato A, non sarebbero potute rientrare all'interno del sistema del regolamento. A supporto di tale tesi si riteneva che gli allegati avrebbero così avuto il vantaggio di eliminare qualsiasi incertezza su quali fossero le procedure che rientravano o meno nell'ambito applicativo del regolamento<sup>369</sup>. Più nello specifico la ragione sottesa ad un'elencazione tassativa stava nel voler evitare problemi di «caratterizzazione»: nell'ambiente dell'insolvenza in cui le leggi nazionali sono eterogenee, un sistema «a liste chiuse» permette di avere maggiore certezza su quali procedure ricadranno nel regolamento. In

---

<sup>367</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 95.

<sup>368</sup> Si veda **G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS** (eds.), *The EC Regulation*, I ed., cit., par. 3.06 ss.; **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 34, «*the Insolvency Regulation only applies to those national insolvency proceedings which are expressly listed in the Annexes of the Regulation*».

<sup>369</sup> Si veda **G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS** (eds.), *The EC Regulation*, I ed., cit., par. 3.06. Gli Autori tuttavia nemmeno nella seconda edizione del commentario, pubblicata nel 2009, specificano per chi sia utile e necessaria tale certezza del diritto garantita dalla tassatività, se per i creditori o per le corti degli Stati membri.

tale maniera una volta che le procedure saranno inserite negli allegati, il regolamento troverà applicazione senza che le corti degli Stati membri possano verificare o sindacare che le procedure ivi incluse rispettino i quattro criteri di cui all'art. 1<sup>370</sup>. Medesima considerazione varrà di conseguenza per i curatori di cui all'allegato C.

A giudizio di chi scrive, gli allegati sarebbero un «sistema a liste chiuse» che forma parte integrante del regolamento, e non una semplice elencazione esemplificativa. Questa constatazione è dimostrabile alla luce degli obiettivi generali e della natura del regolamento stesso quale strumento di attribuzione della giurisdizione. Si è avuto modo di mostrare come il sesto considerando affermi che, secondo il principio di proporzionalità, il regolamento si limiti a disciplinare la competenza giurisdizionale per l'apertura, la conduzione e la chiusura delle procedure di insolvenza, contenendo inoltre disposizioni relative al riconoscimento di tali competenze e alla legge applicabile. Il ventiduesimo considerando espone come il regolamento debba prevedere un immediato e automatico riconoscimento delle decisioni che derivano dalla competenza giurisdizionale di cui sopra, migliorando così l'obiettivo di efficacia ed efficienza delle procedure di cui all'ottavo considerando. In tale contesto di principi la tassatività degli allegati permette un funzionamento efficace ed efficiente del meccanismo di riconoscimento automatico e immediato da parte degli altri Stati membri di una procedura aperta in uno Stato.

Ulteriormente, il fatto che la delibera del Consiglio europeo che modifica gli allegati avvenga a maggioranza qualificata mostra come sia necessario un controllo da parte degli Stati membri, finalizzato a verificare il possesso dei quattro requisiti di cui all'art. 1 e a controllare quali procedure modificano gli allegati, mano a mano che ne viene fatta richiesta. In altre parole le procedure e le figure di curatore incluse negli allegati saranno quelle ufficialmente riconosciute da tutti gli Stati membri, poiché la maggioranza qualificata di questi ha ritenuto che avessero i requisiti previsti dall'art. 1. Considerando la tesi per cui le procedure soggette al regolamento non sarebbero tassativamente previste invece, ci sarebbe la possibilità per procedure non incluse negli allegati, ma aventi i quattro requisiti *ex art. 1*, di poter essere riconosciute in base all'art. 16. Tuttavia in base al medesimo articolo gli Stati diversi da quello di apertura si troverebbero obbligati al riconoscimento automatico e immediato di una procedura

---

<sup>370</sup> Si veda **M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN**, *The European Insolvency Regulation*, cit., par. 36.

estera sconosciuta e non valutata in Consiglio. Ridotti inoltre i possibili motivi di non riconoscimento alle sole fattispecie di cui all'art. 26, detti Stati non avrebbero alcuna facoltà di verificare la sussistenza dei quattro requisiti. Inoltre il principio di fiducia reciproca difficilmente sarebbe sufficiente a far accettare agli Stati membri un simile sistema di riconoscimento di procedure incognite. L'*iter* di inclusione attraverso la modifica degli allegati disposto da questo art. 45 invece, fa sì che le procedure soggette al regolamento siano soltanto quelle passate attraverso una procedura di riconoscimento obbligatoria, in cui gli Stati membri decideranno sul riconoscimento a maggioranza qualificata. In tale maniera si consolida la celerità di riconoscimento delle procedure aperte, dal momento che gli Stati membri si troveranno a riconoscere soltanto procedure che hanno attraversato l'*iter* procedurale posto dall'art. 45.

Riassumendo la tesi appena esposta, la tassatività degli allegati sarebbe necessaria a mantenere un sistema di riconoscimento delle procedure di insolvenza nel sistema del regolamento che sia sufficientemente rapido e che riduce al minimo i motivi di non riconoscimento. Così l'oggetto del riconoscimento, cioè la decisione di apertura di una procedura, deriverebbe da un sistema certo di inclusione delle procedure, ufficialmente riconosciuto da tutti gli Stati membri con l'entrata in vigore del regolamento stesso.

La dottrina<sup>371</sup> in precedenza citata avvalorava ulteriormente la propria tesi di non tassatività degli allegati notando come nell'allegato C all'epoca di entrata in vigore del regolamento non figurasse il liquidatore giudiziale del concordato preventivo italiano, cioè quell'organo incaricato *ex art.* 182 l.f. di gestire la liquidazione una volta omologato un concordato con cessione di beni. Si ritiene che la non presenza nell'allegato C di detto organo più che giustificare la non tassatività degli allegati dimostri la forse troppo semplicistica attenzione che lo Stato italiano ha posto nella iniziale inclusione delle proprie procedure negli allegati. Infatti se è vero che nel testo originale non figurava nell'allegato C il liquidatore giudiziale, nemmeno nell'allegato B relativo alle procedure liquidatorie figurava il concordato preventivo con cessione di beni, mentre avrebbe potuto rientrarci sin dall'entrata in vigore del regolamento, dato il fine meramente liquidatorio di detta tipologia di concordato. Così nel 2005 l'Italia ha fatto ricorso all'art. 45<sup>372</sup> richiedendo la modifica degli allegati B e C, al fine di inserire nel primo il concordato preventivo con cessione di beni e nel secondo il liquidatore

---

<sup>371</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 96.

<sup>372</sup> Si veda il regolamento (CE) n. 603/2005 di cui al precedente paragrafo.

giudiziale. Inoltre nel 2007 l'Italia ha nuovamente richiesto la modifica degli allegati<sup>373</sup> per meglio specificare quali figure fossero comprese nell'originale voce «commissario» all'interno dell'allegato C, ritendendo forse che il riferimento fosse troppo vago, dato che già prima della riforma del diritto fallimentare del 2006 erano previste più tipologie di commissario a seconda della procedura utilizzata<sup>374</sup>. Si è così modificato detto allegato, insieme anche a modifiche all'allegato B, e si sono sostituite alla generale voce di «commissario» le figure del «commissario giudiziale», del «commissario straordinario» e del «commissario liquidatore».

Non si capirebbe così la necessità di simili modifiche nel caso in cui si continuasse a considerare non tassativi gli allegati, dal momento che in ipotesi di non tassatività la presenza di una procedura all'allegato A ma non del curatore all'allegato C, ne avrebbe comunque permesso il riconoscimento. E lo stesso dicasi per una generale voce di «commissario» all'allegato C, che avrebbe permesso senza bisogno di troppe precisazioni di ricomprendere tutte le possibili figure di commissari presenti nelle varie procedure italiane. L'intervento dell'Italia farebbe invece pensare ad un rimedio all'iniziale imprecisione dei termini inclusi negli allegati.

Considerando tassativi gli allegati sarebbe possibile ritenere questi ultimi quali parte integrante del regolamento stesso, e dunque esaustivi e completi<sup>375</sup>. Poste le fondamenta a sostegno della tesi sulla tassatività, la dottrina si è posta alcuni dubbi con riguardo alla risoluzione di particolari questioni<sup>376</sup>:

- a) sarà riconosciuta la procedura di insolvenza non espressamente prevista nell'allegato A ma la cui relativa figura di curatore è prevista all'allegato C?
- b) sarà riconosciuta la procedura di insolvenza che rispetta i quattro criteri *ex art. 1* ma che non è stata ancora inclusa nell'allegato A?
- c) tutte le procedure di insolvenza elencate nell'allegato A soddisfano tutte i quattro requisiti *ex art. 1*?

---

<sup>373</sup> Si veda il regolamento (CE) n. 681/2007 di cui al precedente paragrafo.

<sup>374</sup> Ad esempio il commissario giudiziale (nel concordato preventivo e nella fase di osservazione dell'amministrazione straordinaria "Prodi-bis"), il commissario straordinario (nell'amministrazione straordinaria "Prodi-bis" una volta aperta la procedura e come unico commissario nell'amministrazione straordinaria "Marzano"), il commissario liquidatore (nella liquidazione coatta amministrativa).

<sup>375</sup> Discutendo riguardo all'allegato A si veda **B. WESSELS**, *International Insolvency Law*, cit., par. 10511d.

<sup>376</sup> Le questioni e i riferimenti dottrinali sono ripresi da *ivi*, par. 10511 ss.

Con riferimento alla questione a), alcuni Autori<sup>377</sup> guardando alla vicenda *Eurofood* ritenevano che la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi (di cui alla c.d. legge Marzano) rientrasse, insieme alla figura del commissario straordinario, nel campo di applicazione del regolamento. Questo poichè detta procedura rispettava i requisiti dello spossessamento e della nomina di un curatore e rientrava anche nell'allegato A, poichè la voce "amministrazione straordinaria" in esso prevista includeva anche questa procedura. Si ritiene che questa opinione derivi dalla considerazione delle procedure Prodi-bis e Marzano come due rotaie dello stesso binario dell' "amministrazione straordinaria", due ramificazioni di una stessa procedura originaria. Questo porterebbe quindi a ritenere che la voce "amministrazione straordinaria" prevista nell'allegato A faccia riferimento ad entrambe le procedure. Tuttavia sostenendo la teoria per cui gli allegati sono tassativi non sembrerebbe possibile ritenere che il regolamento permetta l'automatica inclusione in una voce dell'allegato A di un atto normativo diverso e successivo, soltanto in base all'assunto che questo sia la "ramificazione" di una procedura già presente nell'allegato<sup>378</sup>. Infatti in tale maniera gli allegati perderebbero il loro valore di fonte certa in cui sono esplicitamente elencate tutte le procedure rientranti nel regolamento.

Con riferimento alla questione b) viene in rilievo l'esempio della legge fallimentare austriaca, che nel 2010 è stata riformata. Precedentemente il sistema prevedeva due possibili procedure, ossia la *Konkursverfahren* e la *Ausgleichverfahren*, mentre con la riforma è stata introdotta una legge uniforme sull'insolvenza che ha sostituito all'originale *Ausgleichverfahren* la nuova *Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung*<sup>379</sup>. Si ritiene che la rinnovata procedura di insolvenza austriaca non

---

<sup>377</sup> Si veda S. BARIATTI, *The Italian Amministrazione Straordinaria of Huge Undertakings and the European Insolvency Regulation*, in B. WESSELS, P. OMAR, *The European Insolvency Regulation: An Update*, Nottingham-Paris: INSOL Europe, 2010, . 90 ss.

<sup>378</sup> A questa conclusione giunge B. WESSELS, *International Insolvency Law*, cit., par. 10511f, riguardo alla procedura francese di *sauvegarde*, che presenta una situazione analoga a quella dell'amministrazione straordinaria. Nel 2011 è stata infatti introdotta una procedura accelerata di *sauvegarde*, cioè la *Sauvegarde financière accélérée*. L'allegato A del regolamento per la Francia elenca soltanto l'originaria procedura di *sauvegarde*, e la dottrina francese ritiene che la nuova procedura accelerata sia una variante della *sauvegarde*. Per mantenere la certezza delle procedure assoggettate al regolamento l'Autore ritiene che al fine dell'inclusione di questa nuova procedura sia necessario seguire l'iter dell'art. 45, poichè il solo fatto che la nuova procedura sia una variante non permette di includerla automaticamente nell'allegato A.

<sup>379</sup> Si veda *ivi*.

rientrerà nell'ambito di applicazione del regolamento fintantoché non sarà richiesta la modifica degli allegati e inserita la nuova procedura.

Con riferimento al caso c) una simile questione è stata di recente oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia<sup>380</sup>, alla quale ha fatto rinvio pregiudiziale il Tribunale polacco di *Poznań* nel caso *Bank Handlowy e Ryszard Adamiak v Christianapol* nel 2011. Nella seconda questione pregiudiziale infatti il giudice del rinvio chiedeva se il giudice nazionale al quale venisse richiesta l'apertura di una procedura secondaria avesse o meno facoltà di esaminare l'insolvenza del debitore assoggettato a procedura principale in altro Stato membro. Si chiedeva in particolare se questo esame potesse essere fatto nel caso in cui nella procedura principale il giudice avesse stabilito che il debitore non è insolvente<sup>381</sup>. La procedura principale aperta in Francia infatti era la procedura di *sauvegarde* (procedura di salvaguardia), la quale non è basata né sull'insolvenza del debitore né sul suo spossessamento<sup>382</sup> ma che è tuttavia inclusa tra le procedure francesi all'allegato A sin dall'entrata in vigore del regolamento. La Corte lussemburghese ha inizialmente ribadito che l'art. 27 dispone in maniera palese che, dietro determinati requisiti, è possibile aprire in un altro Stato membro una procedura secondaria «senza che in questo altro Stato sia esaminata l'insolvenza del debitore»<sup>383</sup>. Successivamente ha risposto al quesito c) sopra posto ritenendo che «per quanto riguarda i criteri che consentono di constatare in concreto l'esistenza [di una situazione di insolvenza], [il regolamento] rinvia, senza fornire una definizione della nozione di insolvenza, al diritto nazionale. Ne consegue che l'apertura di una procedura principale richiede la previa verifica da parte del giudice competente dello stato di insolvenza del debitore alla luce del suo diritto nazionale»<sup>384</sup>. Ne deriva dalla risoluzione della Corte di giustizia che, ai fini del riconoscimento di una decisione di apertura di una procedura di insolvenza, per gli Stati membri non sarà possibile poter anche solo dubitare del possesso o meno dei quattro requisiti di cui all'art. 1 da parte di

---

<sup>380</sup> Sentenza della Corte di giustizia europea, Prima sezione, 22 novembre 2012, causa C-116/11, *Bank Handlowy w Warszawie SA, PPHU «ADAX»/Ryszard Adamiak contro Christianapol sp. z o.o.*

<sup>381</sup> Si veda *ivi*, par. 24. Al giudice polacco infatti veniva richiesta l'apertura di una procedura secondaria a carico di un debitore, *Christianapol*, assoggettato a procedura principale francese. In Francia era stata aperta una procedura di *sauvegarde*, che in base al diritto francese avrebbe lo scopo di «favorire la riorganizzazione dell'impresa per consentire il proseguimento della sua attività economica, il mantenimento dei posti di lavoro e la riduzione del debito» (*Ivi*, par. 16).

<sup>382</sup> Così **B. WESSELS**, *International Insolvency Law*, cit., par. 10511f.

<sup>383</sup> Si veda Corte di giustizia, *Bank Handlowy*, cit., par. 65.

<sup>384</sup> Si veda *ivi*, par. 68.



detta procedura. Per il riconoscimento di quest'ultima basterà soltanto che sia elencata negli allegati, in virtù del fatto che gli Stati membri si sono già espressi sul suo possesso dei requisiti di cui all'art. 1 nel momento in cui hanno votato in Consiglio a maggioranza qualificata per l'inclusione.

## CAPITOLO 3

### Giudizi conclusivi e prospettive di modifica

#### *3.1 Un bilancio sull'applicazione del regolamento nel decennio trascorso*

Dalla sua entrata in vigore nel 2002 il regolamento ha sicuramente impresso una svolta positiva alle gestione delle insolvenze in ambito transfrontaliero europeo, superando la precedente situazione in cui la differenza tra le norme di diritto internazionale privato dei singoli Stati membri non era in grado di risolvere eventuali conflitti di legge e di superare le divergenze tra le diverse norme sostanziali<sup>385</sup>. La sua introduzione ha infatti fissato, per la prima volta nell'Unione europea, un corpo di norme comuni sulle procedure di insolvenza che regoli la competenza giurisdizionale ad aprire tali procedure, la legge applicabile e il riconoscimento delle decisioni delle corti competenti<sup>386</sup>.

Inoltre pur non avendo lo scopo di uniformare le normative interne dei diversi Stati membri il regolamento per lo meno ha sicuramente fornito uno stimolo per questi ultimi all'aggiornamento delle proprie normative concorsuali. A titolo di esempio al momento dell'entrata in vigore del regolamento la legge fallimentare italiana non conosceva la figura del curatore provvisorio, figura invece già presente in alcuni ordinamenti come ad esempio quello inglese e irlandese e pertanto pienamente riconosciuta e prevista dal regolamento. Nel 2006 invece la riforma del diritto fallimentare<sup>387</sup> ha sostanzialmente introdotto questa figura prevedendo la possibilità di richiedere dei provvedimenti conservativi antecedenti la dichiarazione di fallimento, di cui all'ottavo comma dell'art. 15 l.f. Per questo genere di provvedimenti l'articolo non prevede esplicitamente la nomina di un curatore provvisorio, tuttavia la prassi che si è instaurata a partire dalla riforma è giunta a prevedere lo sposessamento anticipato del debitore e la nomina di un soggetto con poteri praticamente analoghi a quelli di un curatore<sup>388</sup>.

Come si è avuto modo di illustrare nel precedente capitolo il giudizio complessivo fornito dalla maggior parte della dottrina sul regolamento è positivo, tuttavia non sono mancate le critiche sulle questioni più importanti quali la definizione della nozione di

---

<sup>385</sup> Si veda **M. VIRGÓS, E. SCHMIT**, *Report*, cit., par. 7.

<sup>386</sup> Si veda **D. BANAHAN**, *Cross Border Insolvency*, cit., p. 9.

<sup>387</sup> Avvenuta con il D.Lgs. n. 5/2006.

<sup>388</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 90.

centro degli interessi principali, la gestione del *forum shopping*, la gestione dei gruppi di imprese, il momento in cui si ritiene aperta la procedura e il rapporto tra l'art. 1 e gli allegati.

A giudizio di chi scrive è possibile individuare più cause compresenti all'origine delle problematiche appena elencate: una causa risiede nella difficoltà congenita ad alcuni di questi concetti, un'altra risiede nella formulazione già obsoleta di altri, un'ultima deriva da una non sufficientemente chiara formulazione dei concetti da parte del legislatore europeo. Ad esempio riguardo alla definizione di COMI e alla gestione del *forum shopping*, la congenita difficoltà del legislatore europeo nel cercare di formulare un concetto di centro degli interessi principali che fosse sufficientemente ampio da comprendere qualsiasi debitore, fonte di discussioni dottrinali e di molteplici decisioni della Corte di giustizia<sup>389</sup>, è stata anche fonte di maggiori dubbi e questioni quando l'evolversi della libertà di stabilimento ha reso il COMI un mezzo obsoleto per il contrasto del *forum shopping*, richiedendo ulteriori integrazioni da parte della Corte di giustizia<sup>390</sup>. Trova invece origine nella già obsoleta formulazione iniziale del regolamento il problema dell'insolvenza per gruppi societari e la loro esclusione dal suo ambito di applicazione. La mancanza di chiarezza ha sollevato questioni riguardo al momento di apertura della procedura e riguardo al rapporto tra gli allegati e l'art. 1, sollevando motivi di contestazione fra gli Stati membri e richiedendo il rimando alla Corte di giustizia<sup>391</sup>.

A onor del vero anche diverse corti degli Stati membri hanno contribuito a non consolidare le interpretazioni di alcuni concetti come intese dal regolamento o come interpretate dalla Corte di giustizia, com'è successo ad esempio in seguito alla sentenza *Eurofood*, dove il reiterato utilizzo dell'*head office functions approach* quale criterio di individuazione del COMI non ha permesso che si consolidasse l'interpretazione del termine fornita dalla Corte lussemburghese. Questo comportamento diffuso può sicuramente essere interpretato come la volontà da parte degli Stati membri di superare

---

<sup>389</sup> Ci si riferisce alle sentenze *Eurofood* e *Interedil*, cit.

<sup>390</sup> Ci si riferisce alle sentenze *Staubitz-Schreiber* e *Interedil*, cit. Sulla manipolabilità del concetto di COMI in relazione al fenomeno del *forum-shopping* si veda **D. BANAHAN**, *Cross Border Insolvency*, cit., p. 45; **F.M. MUCCIARELLI**, *Not Just Efficiency*, cit., pp. 188 ss.; **F.M. MUCCIARELLI**, *The Unavoidable Persistence of Forum Shopping in European Insolvency Law*, novembre 2013, p. 7, reperibile all'indirizzo web <http://www.ssrn.com>; **W.G. RINGE**, *Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation*, cit., p. 26.

<sup>391</sup> Ci si riferisce anche qui alla vicenda e alla sentenza *Eurofood*.

la formulazione obsoleta che loro stessi avevano concordato e formulato sia nelle convenzioni precedenti sia nel regolamento come entrato in vigore<sup>392</sup>.

In commento alle sentenze della Corte di giustizia e soprattutto in vista della revisione programmata del regolamento *ex art. 46*, di cui si avrà modo di illustrare lo sviluppo nel prossimo paragrafo, la dottrina ha presentato numerose proposte sia riguardo alla modifica del contenuto già presente nel regolamento sia riguardo a nuovi elementi da inserire, al fine di raggiungere in maniera più efficace gli obiettivi cardine del regolamento stesso. I prossimi sottoparagrafi presenteranno le aree di intervento su cui più Autori soprattutto negli ultimi anni hanno formulato delle proposte di modifica oppure di inserimento di nuove nozioni nel corpo normativo del regolamento.

Oltre ai singoli contributi di alcuni Autori si ritiene interessante menzionare una recente iniziativa ad opera dell'associazione INSOL Europe<sup>393</sup>, la quale in vista della relazione che la Commissione europea era tenuta a presentare al Parlamento e al Consiglio *ex art. 46* entro il 2012, nello stesso anno ha presentato alla Commissione un documento contenente delle proposte che rappresentano l'opinione diffusa dei professionisti europei del settore su quali temi rilevanti dovrebbero essere modificati od inclusi, e su come materialmente andrebbe cambiato il testo del regolamento<sup>394</sup> (in seguito *INSOL EU Proposals*).

### 3.1.1 Questioni di intervento e modifica

#### Il criterio del COMI

Non poteva non essere al centro delle proposte d'intervento il criterio del COMI, alla luce delle numerose questioni che ha sollevato per la sua difficoltà interpretativa e per la sua diretta influenza sul fenomeno del *forum shopping*. Infatti già soltanto la natura fattuale del concetto stesso richiede un'analisi caso per caso al fine di localizzare

---

<sup>392</sup> Con le parole di **B. WESSELS**, *The Place of the Registered Office*, cit., p. 190, «[...] it is up to the Member States to decide whether the time has come to include provisions in the Regulation which deal with insolvency of corporate groups», riferendosi alla regolamentazione dell'insolvenza dei gruppi di imprese.

<sup>393</sup> L'associazione di professionisti del settore si occupa in generale dello studio, della valutazione e dello sviluppo di argomenti di interesse comune a livello europeo legati all'insolvenza, trattandoli anche con istituzioni europee e Stati membri. Si veda il sito ufficiale <http://www.insol-europe.org>.

<sup>394</sup> Si veda *Revision of the European Insolvency Regulation – Proposals by INSOL Europe*, INSOL Europe, 2012, reperibile all'indirizzo web <http://www.insol-europe.org/technical-content/revision-of-the-european-insolvency-regulation-proposals-by-insol-europe/>.

correttamente il centro degli interessi principali del debitore, metodo che però indebolisce la certezza del foro competente per i creditori. Con l'evolversi del concetto di libertà di stabilimento la già delicata situazione iniziale è diventata ancora più complicata, profilandosi la possibilità per i debitori di trasferire il proprio COMI anche nel periodo antecedente l'apertura della procedura. Questo comportamento, etichettabile come *forum shopping*, se da un lato ha permesso ad alcuni debitori di beneficiare di normative in materia concorsuale più efficienti ed efficaci ai fini del risanamento o anche solo della liquidazione, dall'altro lato ha incoraggiato comportamenti meramente opportunistici per beneficiare di legislazioni che offrirono più tutela al debitore, a scapito delle pretese creditorie e a scapito della loro diritto alla prevedibilità del foro competente<sup>395</sup>.

Lasciando al paragrafo successivo le proposte relative alla gestione del *forum shopping*, l'opinione generale che si era venuta a creare riguardo alla definizione del concetto di COMI, prima della sentenza *Eurofood*, riteneva che mancasse del tutto nel regolamento una chiara definizione del concetto, e ulteriormente che nemmeno il «considerando» 13 forniva una definizione vera e propria<sup>396</sup>. Anche riguardo alla sentenza *Eurofood* si è ritenuto che quest'ultima avesse aggiunto all'incerta situazione di partenza soltanto la parziale chiarificazione che la presunzione semplice possa essere superata soltanto da elementi oggettivi e riconoscibili da parte dei terzi, e che non bastasse a superare la presunzione il fatto che una società madre controlli le scelte gestionali della controllata debitrice<sup>397</sup>.

---

<sup>395</sup> Si veda **F.J. GARCIMARTÍN**, *The review of the Insolvency Regulation: Hybrid procedures and other issues*, in One day international conference *The future of the European Insolvency Regulation*, 28 aprile 2011, Amsterdam, The Netherlands, p. 136. Come illustrato dall'Autore la questione del *forum shopping* a livello europeo può rivelarsi un'arma a doppio taglio: se infatti da un lato il comportamento di ricerca di una normativa sull'insolvenza più efficiente può portare gli Stati membri ad un miglioramento di efficienza della propria normativa interna per rimanere competitivi, comportamento definibile con il termine inglese 'race to the top', dall'altro lato il comportamento opportunistico rischia di portare gli Stati membri ad offrire una normativa competitiva non tanto più efficiente quanto più opportunisticamente conveniente, portando ad un'inversa 'race to the bottom'.

<sup>396</sup> Si veda **G. MOSS, C.G. PAULUS**, *The European Insolvency Regulation – the case for urgent reform*, in *Insolvency Intelligence*, 2006, vol. 19, n. 1; **F. PERSANO**, *Contestuali procedure d'insolvenza in ambito europeo*, cit.; **L. BACCAGLINI**, *Il caso Eurofood*, cit., p.124.

<sup>397</sup> Si veda **G. MOSS**, *Jurisdiction Issues*, cit., p. 34; **T. BACHNER**, *The Battle over Jurisdiction in European Insolvency Law*, cit., p. 315; **P. DE CESARI**, *L'onere della prova del "centro degli interessi principali del debitore"*, in *Fallimento*, 2009, n. 1, pp. 65 ss., par. 2.

Al fine di una più certa e immediata individuazione del centro degli interessi principali di un debitore alcuni Autori<sup>398</sup> avevano proposto un ‘approccio tipologico’, basato su un’ampia lista di fattori rilevanti la cui presenza in maggioranza in un determinato luogo determinasse la diretta individuazione del COMI di un debitore. In effetti la Corte di giustizia nella sentenza *Interedil* fornisce questo approccio per il superamento della presunzione semplice della sede statutaria, senza tuttavia fornire un’elencazione vera e propria degli elementi rilevanti e limitandosi a ritenere tali «[...] tutti i luoghi in cui la società debitrice esercita un’attività economica e quelli in cui detiene beni, a condizione che tali luoghi siano visibili ai terzi»<sup>399</sup>.

Se le critiche finora illustrate riguardano principalmente la definizione di COMI per le persone giuridiche, maggiore chiarezza è stata anche richiesta per l’individuazione del COMI delle persone fisiche, in particolare ritenendosi di alcun aiuto il «considerando» 13<sup>400</sup>. Infatti come già visto nel paragrafo del precedente capitolo relativo all’art. 3 le uniche interpretazioni utili al fine di determinare il COMI di un debitore persona fisica sono venute dalla dottrina.

Tra le *INSOL EU Proposals* riguardanti il COMI sicuramente quella di maggior rilievo consiste nel prevedere all’art. 2 del regolamento una definizione finalmente chiara ed esaustiva di ‘centro degli interessi principali’<sup>401</sup>. La definizione proposta mantiene la presunzione semplice della sede statutaria, aggiungendo però due chiare fattispecie di prova contraria a detta presunzione:

- a) nel caso in cui le funzioni operative tipiche di una sede centrale<sup>402</sup> siano svolte in uno Stato membro diverso da quello della sede statutaria. Inoltre questo diverso Stato membro dovrà essere riconoscibile da parte dei creditori presenti e potenziali come il luogo in cui dette funzioni operative tipiche di un *head office* sono svolte<sup>403</sup>;

---

<sup>398</sup> Si veda **A. MAZZONI**, *Cross-border insolvency of multinational groups of companies*, cit., par. 7.

<sup>399</sup> Si veda Sentenza della Corte di giustizia, *Interedil srl*, cit., par. 52.

<sup>400</sup> Si veda **G. MOSS**, *Jurisdiction Issues*, cit., p. 36; **B. WESSELS**, *Revision of the EU Insolvency Regulation: What type of facelif?*, in One day international conference *The Future of the European Insolvency Regulation*, 28 aprile 2011, Amsterdam, The Netherlands, p. 96.

<sup>401</sup> Si veda *Revision of the European Insolvency Regulation*, cit., p. 29.

<sup>402</sup> Nel testo in lingua originale definite ‘*operational head office functions*’.

<sup>403</sup> Si ritiene che questa prima fattispecie rispecchi in maniera fedele il contenuto della sentenza della Corte di giustizia, *Interedil*, cit., par. 59. A differenza della risoluzione della Corte tuttavia la proposta in commento specifica il rapporto che sussiste tra la localizzazione delle funzioni tipiche di una sede centrale e la riconoscibilità da parte dei terzi (creditori), rappresentanti delle due opposte impostazioni dottrinali dell’*head office functions approach* e del *contact with creditors approach*. Il testo specifica

- b) nel caso in cui la società sia una mera *holding* all'interno di un gruppo societario e le funzioni tipiche di una sede centrale siano svolte in un altro Stato membro. Anche in questa seconda possibile prova contraria il diverso Stato membro dovrà essere riconoscibile da parte dei creditori presenti e potenziali come il luogo in cui dette funzioni operative tipiche di un *head office* sono svolte<sup>404</sup>.

In entrambi i casi sarà possibile localizzare in detto altro Stato membro diverso da quello della sede statutaria il centro degli interessi principali del debitore.

Tuttavia il solo fatto che le scelte economiche e le decisioni di una società siano o possano essere controllate da una società madre localizzata in un altro Stato membro, diverso dallo Stato membro in cui è localizzata la sede statutaria della società figlia, non permette di ritenere che il centro degli interessi principali di questa società controllata vada localizzato in detto altro Stato membro<sup>405</sup>.

A giudizio di chi scrive la proposta di definizione del COMI risulta sufficientemente chiara ed esaustiva al fine di rendere chiaro sia il rapporto tra presunzione semplice e prova contraria sia quali elementi possono essere forniti per detta prova contraria. Si era infatti visto nel precedente capitolo come le corti nazionali negli anni abbiano più volte confuso il rapporto sequenziale tra presunzione e prova contraria, a volte considerando quest'ultima come il criterio vero e proprio, piuttosto che come un'eccezione. L'utilizzo del termine «*except that*» nella definizione proposta dovrebbe così chiarire la sequenzialità del processo di localizzazione del COMI<sup>406</sup>. Inoltre l'elencazione tassativa

---

infatti che il requisito della riconoscibilità da parte dei terzi non è soltanto un ulteriore fattore necessario a determinare il luogo in cui vengono svolte le funzioni operative di una sede centrale: esso costituisce un secondo ulteriore *test* da applicare oltre a quello delle *operational head office functions*. Si veda *Revision of the European Insolvency Regulation*, cit., p. 34.

<sup>404</sup> Questa seconda fattispecie di superamento della prova contraria fa preciso riferimento alle *holding* pure, che non svolgono alcuna attività sostanziale eccetto quella di detenzione di partecipazioni nelle società controllate. Si veda *Revision of the European Insolvency Regulation*, cit., pp. 34 ss.

<sup>405</sup> Questa previsione altro non è che l'inclusione nella definizione di COMI del limite al superamento della presunzione di cui alla sentenza della Corte di giustizia, *Eurofood*, cit., par. 36.

<sup>406</sup> D'accordo con l'impostazione sequenziale della proposta di INSOL Europe anche **S.L. BUFFORD**, *Revision of the European Union Regulation on Insolvency Proceedings – Recommendations*, Penn State Law Research Paper 2-2014, 20 gennaio 2014, p. 56, reperibile all'indirizzo web <http://www.ssrn.com>. Lo stesso testo delle *Proposals* specifica che il criterio delle funzioni operative tipiche di un *head office* (*operational head office functions*) è inteso a definire le due fattispecie in cui possa essere fatta eccezione alla presunzione semplice della sede statutaria, senza sostituirsi alla presunzione come criterio. Si veda *Revision of the European Insolvency Regulation*, cit., p. 32. Il testo include anche una lista di quali funzioni e caratteristiche operative vadano considerate come tipiche di una sede centrale, ossia:

- la gestione interna e le decisioni strategiche e finanziarie;
- la rilevanza della sede nelle relazioni contrattuali con i dipendenti;
- la rilevanza della sede per i fornitori;

delle due possibili prove contrarie dovrebbe fornire maggiore certezza per i creditori di dove sia effettivamente localizzato il COMI, evitando che le corti degli Stati membri utilizzino criteri non oggettivi.

La proposta introduce inoltre una definizione di COMI per le persone fisiche, ritenendo che il COMI di detti soggetti debba corrispondere con il luogo di residenza abituale, tuttavia nel caso di professionisti il COMI dovrà corrispondere con l'ufficio professionale principale o il luogo principale nel quale viene svolta la professione.

### La gestione del *forum shopping*

Si è già avuto modo di vedere nel precedente capitolo come il contrasto al *forum shopping*, tra gli obiettivi alla base del regolamento stesso, si sia dovuto basare in gran parte sulla discrezionalità delle corti degli Stati membri richieste dell'apertura di una procedura a carico di un debitore che ha trasferito il proprio COMI, nel silenzio del regolamento stesso. Se infatti la questione sul trasferimento successivo alla domanda di apertura è stata presto risolta, in quanto oggetto della prima sentenza della Corte di giustizia che riguardava il regolamento<sup>407</sup>, la questione riguardante il trasferimento antecedente alla domanda di apertura non è stata risolta fino al 2011. In quell'anno infatti la sentenza *Interedil* ha aggiunto che i trasferimenti di COMI antecedenti la domanda di apertura sono da ritenersi validi, purchè siano effettivi<sup>408</sup>.

Si è tuttavia già avuto modo di illustrare anche come a parere di molti Autori la soluzione prospettata dalla Corte di giustizia non elimina il *forum shopping* abusivo, poichè il solo criterio dell'effettività del trasferimento non basta a contrastarlo<sup>409</sup>.

Tra le INSOL Europe *Proposals* riguardanti il fenomeno del trasferimento del COMI, anche chiamato *COMI shift*, la modifica proposta all'art. 3 sembra essere semplice e altrettanto efficace per il contrasto di comportamenti abusivi<sup>410</sup>. La soluzione utilizza un criterio oltretutto già noto al legislatore italiano, cioè la non rilevanza del trasferimento avvenuto nell'anno antecedente alla domanda di apertura<sup>411</sup>. Il criterio richiede anche

---

- la rilevanza della sede per debiti (inclusi debiti tributari), immobilizzazioni e/o mezzi di produzione.

<sup>407</sup> Si veda sentenza Corte di giustizia, *Staubitz-Schreiber*, cit., par. 29.

<sup>408</sup> Si veda sentenza Corte di giustizia, *Interedil*, cit., par. 56.

<sup>409</sup> Si veda il par. 2.1.3 sul trasferimento del COMI e il *forum shopping*.

<sup>410</sup> Si veda *Revision of the European Insolvency Regulation*, cit., pp. 38 ss.

<sup>411</sup> Per quanto riguarda il legislatore italiano ci si riferisce al secondo comma dell'art. 9 l.f., il quale appunto prevede la non rilevanza del trasferimento avvenuto entro l'anno dalla dichiarazione di



che con il trasferimento il debitore abbia lasciato insoddisfatti i crediti venuti in essere nel periodo di stabilimento nello Stato membro di provenienza. Prendendo l'esempio di un debitore che non abbia mai trasferito prima il proprio COMI, questo significa che se detto debitore trasferisce il proprio COMI nell'anno antecedente la domanda di apertura della procedura senza lasciare debiti pregressi, il trasferimento avrà rilevanza, e sarà dunque competente all'apertura di un'eventuale procedura la corte dello Stato membro in cui si è trasferito. La proposta aggiunge inoltre due alternative deroghe all'irrilevanza del trasferimento prevista, in base alle quali il trasferimento assume invece rilevanza:

- a) nel caso in cui i creditori precedenti insoddisfatti abbiano tutti accettato in forma scritta che il debitore trasferisca il proprio COMI;
- b) nel caso in cui il debitore sia una società o una persona giuridica e abbia trasferito il proprio COMI prima dell'anno antecedente la domanda di apertura della procedura.

Si ritiene questa proposta valida ed efficace nel contrasto al fenomeno del *forum shopping* abusivo, permettendo invece pratiche di COMI *shift* che siano convenienti anche per i creditori e incentivando così gli Stati membri ad una incentivante *race to the top*<sup>412</sup>. Infatti la finestra temporale dell'annualità dovrebbe essere un arco di tempo sufficientemente ampio da non permettere in maniera agevole ad un debitore opportunistico di prevedere quando sia meglio trasferirsi per propria convenienza. Il previsto soddisfacimento dei debiti venuti in essere nel COMI antecedente al trasferimento oppure l'alternativo consenso scritto di tutti i creditori hanno la duplice qualità di vietare i trasferimenti abusivi a scapito dei creditori e allo stesso tempo permettere invece trasferimenti che vadano a beneficio di tutto il ceto creditorio. Ciò renderebbe possibili anche situazioni in cui i creditori stessi, all'unanimità, propongono al debitore trasferimenti di COMI in giurisdizioni più favorevoli sia a questi sia al ceto creditorio, ad esempio perché la normativa di arrivo sarà più efficace ed efficiente nella gestione della situazione di crisi. Si rende evidente così come questa proposta potrebbe

---

fallimento, mentre nel regolamento l'annualità inizia a ritroso dalla domanda di apertura, non dalla dichiarazione di apertura della procedura.

<sup>412</sup> Si veda nota 406. Detta proposta rappresenta il bilanciamento fra l'affidamento che i creditori pongono nei confronti della normativa concorsuale alla quale sarà soggetto il debitore, nel momento in cui sorge il credito, e il buonsenso in base al quale questo affidamento su una particolare normativa non può durare per sempre: passato un determinato tempo il diritto alla certezza dei creditori dovrà essere compensato dalla libertà del debitore di scegliere un'altra normativa concorsuale attraverso il proprio trasferimento. Si veda *Revision of the European Insolvency Regulation*, cit., pp. 42 ss.

addirittura incalzare la già citata *race to the top* delle normative concorsuali degli Stati membri ancora più di quanto la incerta situazione precedente permetteva.

In commento alla proposta, il testo di INSOL Europe espone alcune critiche che sono state sollevate nei confronti di questo test sulla tempestività del trasferimento, anche chiamato ‘*look-back period test*’. È stato infatti giudizio di alcuni che non ci sia alcun fondamento oggettivo che permetta di determinare quanto a ritroso debba estendersi questo *look-back period*<sup>413</sup>. Inoltre alcuni hanno ritenuto che il criterio, richiedendo l’unanimità dei creditori, difficilmente raggiungibile, non permette di distinguere tra *forum shopping* abusivo e non abusivo, poichè la capacità di negare il trasferimento è a capo di tutti i creditori, non a capo della loro maggioranza o del ceto creditorio considerato nel suo complesso. INSOL Europe ha risposto a queste critiche ritenendo che sia difficile utilizzare un criterio che accerti l’abusività del trasferimento, se non utilizzando mezzi soggettivi e peraltro difficilmente formalizzabili. Volendo considerare ai fini della questione anche i diritti dei creditori diventa ancora più difficile determinare se il trasferimento sia abusivo oppure no, poichè i trasferimenti, pur potendo favorire alcuni creditori, potrebbero danneggiarne altri<sup>414</sup>.

Un’altra importante critica si è appellata al fatto che un *look-back period* violerebbe la libertà di stabilimento. L’associazione ha correttamente risposto alla critica ritenendo che nè gli artt. 49 e 54 del TFUE nè alcuna giurisprudenza della Corte di giustizia precludono l’utilizzo di un simile criterio: questo infatti non limiterebbe il trasferimento del COMI e la libertà di stabilimento<sup>415</sup>. A giudizio di chi scrive l’associazione intende rispondere ritenendo che un *look-back period* non violi la libertà di trasferimento perchè quest’ultimo non rende inefficace il trasferimento, ma stabilisce soltanto quale sia il foro competente ad aprire la procedura, senza in alcun modo intaccare la validità del trasferimento. Questo varrà anche per il consenso unanime dei creditori, per cui si ritiene che se anche un solo creditore sia contrario al trasferimento egli non potrà impedire al debitore di usufruire della libertà di stabilimento, ma potrà soltanto far valere il proprio diritto di vedere il debitore soggetto alla legge concorsuale che inizialmente aveva previsto, comunque ferma restando la validità del trasferimento.

---

<sup>413</sup> Si veda *ivi*, p. 43.

<sup>414</sup> *Ivi*.

<sup>415</sup> *Ivi*.

Si ritiene infine che questo criterio del trasferimento tempestivo permetta di quantificare temporalmente il requisito dell'abitudine di cui al «considerando» 13, requisito che si era nel precedente capitolo avvalorato come criterio di contrasto al fenomeno abusivo del *forum shopping*. Questo perchè l'annualità considerata, pur potendo sembrare una soluzione semplicistica, dovrebbe rappresentare un arco temporale oltre al quale si ritiene che il nuovo COMI abbia assunto quella caratteristica di abitudine tale da ritenere che il debitore conduca i propri interessi principali nel luogo di trasferimento.

### Sulle procedure secondarie

Riguardo alle procedure secondarie è stato fatto notare come l'attuale impostazione del regolamento non promuova una 'cultura del risanamento'<sup>416</sup>, dal momento che il combinato disposto degli attuali art. 2, lett. c), art. 3, par. 3, e art. 27 prevede che le procedure secondarie possano essere soltanto procedure di liquidazione di cui all'allegato B. Unica eccezione è quella di cui all'art. 34, par. 1, che prevede la possibilità di chiudere la procedura secondaria attraverso un piano di risanamento, un concordato o una misura analoga. Tuttavia detta eccezione sembra non supportare abbastanza delle pratiche di risanamento<sup>417</sup>.

A riguardo tra le *INSOL Europe proposals* si propone di eliminare l'ultimo periodo di cui all'art. 3, par. 3, in base al quale le procedure secondarie sarebbero obbligatoriamente delle procedure di liquidazione. Motivo di tale eliminazione starebbe appunto nella superflua e controproducente limitazione imposta: non c'è alcun motivo per cui le procedure secondarie non possano anche essere delle procedure di risanamento. Questa considerazione porterebbe così anche all'eliminazione dell'attuale allegato B contenente le procedure di liquidazione, rinominando l'attuale allegato C come allegato B<sup>418</sup>.

### Comunicazione e cooperazione

Si è già visto nel capitolo 2 come l'art. 31 del regolamento obblighi il curatore della procedura principale e i curatori delle procedure secondarie a un'informazione reciproca e tempestiva. Più Autori hanno tuttavia lamentato l'insufficienza di questa previsione,

---

<sup>416</sup> Si veda **B. WESSELS**, *Revision of the EU Insolvency Regulation*, cit., p. 95.

<sup>417</sup> Si veda *ivi*.

<sup>418</sup> Si veda *Revision of the European Insolvency Regulation*, cit., pp. 10, 36, 137.

richiedendo che venga aumentato e specificato il grado di cooperazione e comunicazione<sup>419</sup>. Sarebbe infatti necessario che il regolamento specificasse meglio quali siano i doveri di cooperazione e comunicazione in capo alle corti investite dalle procedure e in capo ai curatori.

Per quanto riguarda la comunicazione tra curatori il regolamento non elenca in maniera specifica quali siano gli obblighi in questione, diminuendo la consapevolezza di queste figure su quali siano i propri doveri<sup>420</sup>.

Oltre a non specificare gli obblighi che intercorrono tra i curatori, il regolamento non impone in capo ai curatori alcun obbligo di informazione delle altre corti su quali siano gli sviluppi fondamentali delle procedure in corso negli altri Stati membri. In particolare il giudice della procedura principale dovrebbe essere informato degli sviluppi delle procedure secondarie, così da prendere in considerazione questi sviluppi per le future azioni nella procedura principale. Specularmente risulta utile anche ai giudici delle eventuali procedure secondarie conoscere degli sviluppi della procedura principale<sup>421</sup>.

Del tutto mancante risulta essere anche l'obbligo di cooperazione e comunicazione tra corti, che ad oggi è assolto soltanto in base al principio di cooperazione giudiziaria nello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia<sup>422</sup>. Ad esempio l'esperienza pratica tra Stati Uniti e Canada ha invece dimostrato come la comunicazione e cooperazione tra corti contribuisca in maniera efficace allo sviluppo delle procedure parallele, permettendo un'efficiente distribuzione del lavoro tra le corti<sup>423</sup>.

### Sulla tassatività degli allegati

Sulla scorta di opinioni di diversi Autori, si era sostenuto nel precedente capitolo il sistema a liste chiuse degli allegati, il quale impone che le modifiche nel tempo di procedure degli Stati membri possano rientrare nella sfera applicativa del regolamento soltanto attraverso la procedura di modifica prevista all'art. 45.

---

<sup>419</sup> Si veda **B. WESSELS**, *Revision of the EU Insolvency Regulation*, cit., p. 98; **S.L. BUFFORD**, *Revision of the European Union Regulation*, cit., pp. 24 ss., reperibile all'indirizzo web <http://www.ssrn.com>.

<sup>420</sup> Si veda **B. WESSELS**, *Revision of the EU Insolvency Regulation*, cit.

<sup>421</sup> Si veda **S.L. BUFFORD**, *Revision of the European Union Regulation*, cit., p. 26. L'Autore propone inoltre la programmazione di conferenze periodiche tra gli organi delle procedure per un aggiornamento dei relativi stati di avanzamento.

<sup>422</sup> Si veda **B. WESSELS**, *Revision of the EU Insolvency Regulation*, cit.

<sup>423</sup> Si veda **S.L. BUFFORD**, *Revision of the European Union Regulation*, cit., p. 27.

È stato tuttavia fatto notare come il sistema attuale funziona in maniera efficace soltanto se gli Stati membri richiedono la modifica degli allegati in concomitanza con la riforma delle proprie procedure nazionali, al fine di una immediata inclusione delle stesse nel sistema del regolamento. Sulla base di dati esperienziali è stato però fatto notare come invece la richiesta di modifica degli allegati avvenga soltanto sei o addirittura dodici mesi da quando è avvenuta la riforma del diritto interno, dando vita ad un vuoto normativo che è potenziale fonte di dubbi interpretativi<sup>424</sup>.

A riguardo le *INSOL Europe Proposals* riformulano l'attuale impostazione del regolamento al fine di rendere più chiari gli attuali riferimenti e rimandi della definizione «procedura di insolvenza», di cui all'art. 2, par. 1. Questa definizione infatti da un lato fa riferimento all'art. 1, par. 1, mentre dall'altro lato rimanda all'allegato A, così da non rendere chiaro e immediato il rapporto sussistente tra art. 1 e allegati. L'associazione di professionisti allora propone una nuova definizione che esponga più chiaramente il fatto che le procedure di cui all'allegato A sono il fattore determinante ai fini dell'applicazione o meno del regolamento<sup>425</sup>. La nuova definizione esplica così il significato di «procedura di insolvenza» ritenendo che siano tali le procedure elencate nell'allegato A, rimuovendo completamente il riferimento all'art. 1, par. 1 per detta definizione<sup>426</sup>.

### 3.1.2 Elementi da introdurre

#### Insolvenza dei gruppi di imprese<sup>427</sup>

Tra gli elementi da introdurre nel regolamento europeo è sicuramente prioritaria la gestione delle insolvenze dei gruppi di imprese, poiché sembra che per gli Stati membri

---

<sup>424</sup> Si veda **B. WESSELS**, *Revision of the EU Insolvency Regulation*, cit., p. 94.

<sup>425</sup> Si veda *Revision of the European Insolvency Regulation*, cit., p. 35.

<sup>426</sup> Si veda *ivi*, p. 29.

<sup>427</sup> Successivamente all'entrata in vigore del regolamento è proseguito anche il lavoro del Gruppo V dell'UNCITRAL nel campo dell'insolvenza, e proprio nel 2010 è stata approvata nel corso della trentottesima sessione la terza parte della Guida Legislativa iniziata nel 2004. Questa parte della guida si occupa esclusivamente di proporre nuove regole che permettano di risolvere i problemi derivanti dall'insolvenza dei gruppi di imprese a livello nazionale e a livello transnazionale. In particolare la terza sezione di questa parte della Guida Legislativa si occupa in maniera specifica dell'ambito transnazionale, promuovendo il riconoscimento delle procedure estere e alcune forme di cooperazione tra le corti di diversi Stati. Si veda **A. MAZZONI**, *Cross-border insolvency of multinational groups of companies*, cit., par. 1.

i tempi siano sufficientemente maturi per formulare delle norme comuni che disciplinino questi casi di insolvenza, e anche perché non sembrerebbe possibile ritardare ulteriormente un intervento a riguardo<sup>428</sup>. Oltre a ciò alcuni casi di insolvenza di rilevanti gruppi di imprese multinazionali hanno mostrato come l'attuale contenuto del regolamento non basti ai fini di una loro gestione efficace ed efficiente<sup>429</sup>.

La situazione ottimale sarebbe quella in cui di fronte alle necessità di efficienza e di mantenimento del valore economico sia possibile effettuare un risanamento transnazionale attraverso uno stretto coordinamento. Per raggiungere un simile obiettivo alcuni Autori hanno proposto di rafforzare e ampliare all'interno della legge concorsuale di ogni Stato membro il ruolo di due forti principi: l'autonomia privata e il principio di maggioranza (*majority rule*). Il primo valore infatti sta assumendo negli ultimi anni un ruolo sempre maggiore in molte procedure riformate nelle diverse normative concorsuali, prevedendo la possibilità per i creditori e più in generale per gli *stakeholders* di intervenire nelle scelte gestorie della procedura aperta. Il secondo principio risulta ancillare e regolatore del primo, poiché le scelte gestorie demandate all'autonomia privata sono prese a maggioranza delle classi creditorie, dando così più peso ad un interesse diffuso rispetto a singoli interessi. L'inclusione di questi due valori all'interno del regolamento, insieme ad uno stretto coordinamento tra le corti investite delle diverse procedure del gruppo, permetterebbe così di poter risanare un intero gruppo societario a livello europeo, quando lo si ritenga necessario<sup>430</sup>.

INSOL Europe dedica un intero capitolo delle proprie *Proposals* al tema dei gruppi di imprese, per il quale afferma che servono regole di coordinamento tra le diverse procedure di insolvenza aperte e serve prevedere la possibilità di includere nel regolamento la possibilità di attuare piani di risanamento di gruppo<sup>431</sup>.

In linea generale l'impostazione di questo capitolo delle *Proposals* sembra proporre un sistema bipartito di possibilità che prevede la gestione coordinata delle diverse entità di gruppo oppure la gestione completamente accentrata del gruppo. La scelta di una

---

<sup>428</sup> Già il *Report* Virgós-Schmit, datato 1996, sembrava prospettare al par. 76 un intervento prossimo nella regolamentazione dell'insolvenza dei gruppi di imprese. Tuttavia il successivo regolamento entrato in vigore è andato controcorrente alle aspettative degli anni precenti, mancando un'idea comune da parte degli Stati membri sulla gestione di questo genere di insolvenze e del riparto della giurisdizione. Si veda anche G. MOSS, T. SMITH, *Commentary*, II ed., cit., par. 8.93.

<sup>429</sup> Si veda A. MAZZONI, *Cross-border insolvency of multinational groups of companies*, cit. Si veda inoltre i già citati casi *Daisytek*, *Eurofood* nonché i casi successivi a quest'ultimo.

<sup>430</sup> Si veda *ivi*.

<sup>431</sup> Si veda *Revision of the European Insolvency Regulation*, cit., p. 13.

possibilità piuttosto che dell'altra dovrebbe dipendere dalla entità del valore perso qualora il patrimonio del gruppo venga liquidato separatamente e non come un *unicum*<sup>432</sup>. Il punto di partenza sarebbe quello attualmente previsto dal regolamento: tutte le società del gruppo andranno trattate come entità giuridiche separate l'una dall'altra. Nella maggior parte dei casi, per una gestione efficace ed efficiente delle diverse società del gruppo, sarà sufficiente prevedere un determinato livello di coordinamento, che mantenga tuttavia la separazione delle identità giuridiche; questa dovrebbe quindi essere la prima possibilità gestoria, la più comune. Nelle situazioni invece in cui non sia possibile suddividere il patrimonio di gruppo tra le varie società che ne fanno parte, a causa della forte integrazione tra i *business* delle diverse entità, una vendita separata causerebbe la realizzazione di un attivo inferiore al valore unitario del gruppo, e ciò a detrimento dei creditori. Soltanto per questo genere di eccezione sarà possibile optare per la seconda possibilità gestoria, effettuando un consolidamento sostanziale<sup>433</sup> dell'intero gruppo, che verrà perciò considerato come un'entità unica.

In termini pratici la prima possibilità intende permettere un efficace e sufficiente coordinamento equiparando i poteri del curatore della società madre nei confronti delle società figlie ai poteri del curatore della procedura principale nei confronti delle procedure secondarie<sup>434</sup>. Questo significa che si applicheranno anche alle procedure principali delle società controllate delle norme simili a quelle di cui agli artt. 27 e ss. del regolamento sulle procedure secondarie<sup>435</sup>. Con riguardo alla seconda possibilità di consolidamento sostanziale in termini pratici andranno chiuse le procedure principali delle società controllate, e la corte investita della procedura della società madre sovrintenderà la procedura consolidata dell'intero gruppo. Detta corte dovrà decidere se optare per la prima opzione di coordinamento o per la seconda di consolidamento sostanziale.

---

<sup>432</sup> Si veda *ivi*, pp. 91 ss.

<sup>433</sup> Dal termine inglese *substantive consolidation*. Questa è una procedura di fusione del patrimonio di due o più società insolventi in un'unica società da liquidare o ristrutturare secondo la legge concorsuale applicabile. La separazione delle entità societarie viene meno, e vengono riuniti i patrimoni, i passivi societari e la distribuzione degli attivi. Si veda **S.L. BUFFORD**, *Revision of the European Union Regulation*, cit., p. 35.

<sup>434</sup> Si ricorda infatti che considerare entità giuridiche autonome le diverse società del gruppo porta a qualificare tutte le procedure aperte delle società che ne fanno parte come procedure principali.

<sup>435</sup> Si veda *ivi*, p. 93. Più in particolare come esplicito nell'art. 44 delle *Proposals*, il liquidatore della procedura della controllante avrà i poteri di cui agli artt. 29 lett. a), 31, 31 lett. a), 33, 34 e 37 (del regolamento modificato dalle *Proposals*).

### Elementi ulteriori

Tra le varie proposte è stato suggerito di istituire un registro delle insolvenze online, facilmente accessibile dalla rete internet, al fine di implementare la cooperazione giudiziaria e la conoscenza immediata delle diverse procedure aperte in tutta l'Unione europea. Questo infatti permetterebbe di evitare che le corti degli Stati membri aprano procedure principali in capo a debitori per i quali sono già state aperte procedure principali in altri Stati membri<sup>436</sup>. Pur non formulando una proposta vera e propria anche INSOL Europe nelle proprie *Proposals* ritiene opportuno che si crei un singolo registro delle insolvenze accessibile a tutti gli Stati membri<sup>437</sup>.

Ulteriori questioni per le quali è stata richiesta un'implementazione del regolamento riguardano le procedure di risanamento e le procedure c.d. ibride.

Per le procedure di risanamento è stato fatto notare come nel processo di nascita e prima implementazione del regolamento non fosse nella mente del legislatore europeo una vera e propria cultura del risanamento<sup>438</sup>, con particolare riferimento al risanamento di gruppi di imprese. A ragione di ciò INSOL Europe dedica il capitolo VI delle *Proposals* ad un *European Rescue Plan*, cioè un piano di risanamento europeo<sup>439</sup>. Questo piano consisterebbe in un insieme di norme sostanziali sull'adozione del piano stesso, senza tuttavia sostituirsi ad alcuna legislazione degli Stati membri riguardante il risanamento.

Per le procedure ibride<sup>440</sup> è stato chiesto di amplificare anche ad esse l'ambito di applicazione del regolamento, data la sempre maggiore implementazione di questa tipologia di procedure "pre-insolvenza" in molti Stati membri. Negli ultimi due decenni infatti molti ordinamenti hanno subito un cambiamento di impostazione, poichè da un lato si sono sempre più sviluppate delle prassi negoziali volte a valorizzare l'autonomia privata nella soluzione delle crisi di impresa, dall'altro lato è aumentata la propensione per la conservazione dell'impresa e per la valorizzazione del suo patrimonio

---

<sup>436</sup> Si veda **B. WESSELS**, *Revision of the EU Insolvency Regulation*, cit., p. 97.

<sup>437</sup> Si veda *Revision of the European Insolvency Regulation*, cit., p. 73.

<sup>438</sup> Si veda **B. WESSELS**, *Revision of the EU Insolvency Regulation*, cit., p. 95.

<sup>439</sup> Si veda *Revision of the European Insolvency Regulation*, cit., pp. 101 ss.

<sup>440</sup> Sono dette ibride quelle procedure che si collocano tra gli accordi di ristrutturazione stragiudiziali e le procedure giudiziali formali, combinando così i vantaggi dell'una e dell'altra forma di risanamento o di insolvenza. Solitamente queste procedure andranno sancite da una corte o da un ufficiale amministrativo e saranno vincolanti anche per i creditori di minoranza. Si veda **F.J. GARCIMARTÍN**, *The review of the Insolvency Regulation*, cit., p. 129.



«dinamico»<sup>441</sup>. Per questa tipologia di procedura il regolamento dovrebbe infatti determinare quale corte sia giurisdizionalmente competente per sancire la procedura, a quale normativa nazionale questa debba riferirsi e quali siano le condizioni al verificarsi delle quali la procedura verrà riconosciuta negli altri Stati membri<sup>442</sup>.

La proposta comune sia per le procedure di risanamento che per le procedure ibride consiste nella modifica dei requisiti *ex art. 1*, ampliandoli al fine di una più estesa applicazione del regolamento anche a queste tipologie di procedure<sup>443</sup>.

Ulteriore questione riguarda il fatto che il regolamento considera le procedure di insolvenza soltanto con un'ottica interna all'Unione europea, senza trattare i rapporti con medesime procedure aperte in altri Stati *extra UE*. Ci sono infatti più situazioni in cui una efficiente cooperazione e comunicazione anche con corti di paesi non facenti parte dell'Unione europea permetterebbe un migliore risanamento o liquidazione della situazione debitoria<sup>444</sup>; questo porterebbe inoltre a migliorare ulteriormente il funzionamento del mercato interno<sup>445</sup>. La proposta proveniente da più parti consiste nell'inclusione all'interno del regolamento del sistema previsto nella Legge Modello dell'UNCITRAL. Questo infatti permetterebbe di armonizzare le previsioni dei diversi Stati membri in merito al riconoscimento e ai rapporti con procedure concorsuali aperte al di fuori dell'Unione europea<sup>446</sup>.

---

<sup>441</sup> Si veda **P. FAZZINI, M.M. WINKLER**, *La proposta di modifica del regolamento sulle procedure di insolvenza*, in *Dir. Comm. Int.*, 2013, vol. 1, pp. 141 ss., par. 3.1.

<sup>442</sup> Si veda *ivi*, pp. 131 ss.

<sup>443</sup> Si veda *ivi*, p. 33; *Revision of the European Insolvency Regulation*, cit., pp. 25 ss.

<sup>444</sup> Si veda **S.L. BUFFORD**, *Revision of the European Union Regulation*, cit., p. 19.

<sup>445</sup> Si veda *Revision of the European Insolvency Regulation*, cit., p. 109.

<sup>446</sup> Si veda *ivi*, p. 110.

## ***3.2 La revisione programmata e la procedura legislativa ordinaria di modifica in corso***

### ***3.2.1 La risoluzione del Parlamento europeo e l'avviamento della procedura legislativa ordinaria***

Passate in rassegna le diverse proposte venute dalla dottrina nel corso degli ultimi anni, è possibile confrontarle con i documenti ufficiali provenienti dai diversi organi dell'Unione europea, che sulla scorta dell'art. 46 del regolamento stanno portando a compimento l'iter legislativo di modifica dello stesso.

In merito allo sviluppo di una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, l'art. 81 del TFUE prevede che il Parlamento europeo e il Consiglio adottino misure in tale ambito secondo la procedura legislativa ordinaria<sup>447</sup>. Tale articolo specifica dunque come eventuali modifiche al regolamento debbano seguire questa procedura legislativa, dal momento che la base giuridica del regolamento, cioè gli artt. 61, lett. c), e 67, par. 1, del TCE, rientra nell'ambito dell'attuale art. 81 TFUE<sup>448</sup>. Coerentemente con il tipo di procedura legislativa da adottare, l'art. 46 del regolamento specifica come la relazione che la Commissione doveva presentare al Parlamento e al Consiglio entro il 1° giugno 2012 poteva se

---

<sup>447</sup> La procedura legislativa ordinaria è quella procedura legislativa dell'Unione europea di cui agli artt. 289, par. 1, e 294 TFUE che inizia con una proposta elaborata dalla Commissione e rivolta al Parlamento e al Consiglio dei ministri europeo. Il Parlamento, che in altre tipologie di procedure legislative è chiamato ad esprimere soltanto un parere, in questa procedura legislativa deve adottare al pari poi del Consiglio una «posizione in prima lettura», trasmettendola successivamente al Consiglio. Se quest'ultimo approva la posizione del Parlamento, l'atto viene adottato nella formulazione proposta dal Parlamento. Se invece il Consiglio non approva la posizione del Parlamento in prima lettura, esso adotta a sua volta la propria posizione divergente in prima lettura, trasmettendola al Parlamento europeo e aprendo così la seconda fase del procedimento, cioè la «seconda lettura». Il Parlamento avrà così tre mesi per pronunciarsi e per produrre tre differenti scenari a seconda della posizione presa: può approvare in maniera esplicita o implicita la posizione del Consiglio, può bocciarla a maggioranza dei propri membri oppure può proporre emendamenti alla posizione del Consiglio, sempre a maggioranza dei propri membri. I primi due casi pongono fine al procedimento, adottando definitivamente l'atto nel primo caso o non adottandolo nel secondo. Nel terzo caso in cui il Parlamento proponga emendamenti alla posizione del Consiglio in prima lettura, il testo emendato andrà trasmesso al Consiglio e alla Commissione. Gli emendamenti potranno allora essere approvati oppure non approvati dal Consiglio entro tre mesi, e nel secondo caso la non approvazione richiede allora la convocazione di un comitato di conciliazione. Detto comitato ha il compito di riunire i membri del Consiglio e del Parlamento europeo per giungere ad un accordo entro sei settimane, passate le quali il non raggiungimento di detto accordo determinerà la non adozione dell'atto in questione. Nel caso contrario in cui si giunga ad un accordo, questo verrà trasmesso al Parlamento e alla Commissione, che avranno un termine di sei settimane per approvare o meno l'adozione dell'atto. Si evince da questo tipo di procedura come il buon esito della stessa dipenda dalla volontà concorde sia del Parlamento europeo sia della Commissione. Si veda **R. ADAM, A. TIZZANO, Lineamenti di diritto dell'Unione europea**, cit., pp. 181 ss., 415.

<sup>448</sup> Sulle procedure normative dell'Unione europea si veda *ivi*, pp. 165 ss.

necessario essere corredata da proposte di modifica, proposte che avrebbero così iniziato l'iter della procedura legislativa ordinaria.

Anche in vista di questa scadenza e della possibilità di proposta da parte della Commissione, il Parlamento europeo ha rivolto a quest'organo una risoluzione<sup>449</sup> riguardante le procedure di insolvenza nel contesto del diritto societario dell'UE, adottandola il 15 novembre 2011. Con tale atto il Parlamento ha inteso chiedere alla Commissione di presentare una o più proposte in materia di insolvenza societaria e allo stesso tempo di proporre alcuni ambiti di intervento sui quali sviluppare queste proposte. Tuttavia è bene specificare che questa iniziativa del Parlamento non è stata formulata soltanto in vista della possibile modifica del regolamento *ex art. 46*, dal momento che si muove anche sul diverso livello di riforma della normativa interna degli Stati membri<sup>450</sup>.

Con riguardo alle questioni riguardanti il regolamento i «considerando» di questa risoluzione riprendono alcuni dei temi affrontati dalla dottrina e sui quali è stato richiesto un intervento di modifica o di inserimento, come ad esempio l'adozione di misure per prevenire l'abuso del *forum shopping*<sup>451</sup>, l'obsolescenza del regolamento su alcune questioni delicate già nel momento di entrata in vigore<sup>452</sup>, la necessità di una cultura del risanamento<sup>453</sup>, l'insolvenza dei gruppi societari, il loro risanamento<sup>454</sup> e l'utilizzo di un registro delle insolvenze<sup>455</sup>. Il nucleo delle proposte del Parlamento è rappresentato dall'allegato alla risoluzione, il quale contiene le raccomandazioni particolareggiate su specifici ambiti che possano servire da indirizzo per la Commissione, suddivisi in quattro parti<sup>456</sup>. Se la «Parte 1» è quella rivolta in particolare

---

<sup>449</sup> Si veda *Risoluzione del Parlamento europeo del 15 novembre 2011 sulle raccomandazioni alla Commissione sulle procedure d'insolvenza nel contesto del diritto societario dell'UE*, 2011/2006(INI), in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, 31 maggio 2013, C 153 E. Secondo l'art. 225 TFUE il Parlamento europeo può infatti richiedere alla Commissione, in questo caso attraverso una risoluzione, «di presentare adeguate proposte sulle questioni per le quali reputa necessaria l'elaborazione di un atto dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati».

<sup>450</sup> Si veda **P. DE CESARI, G. MONTELLA**, *Il Parlamento europeo e il diritto dell'insolvenza*, in *Fallimento*, Ipsoa, vol. 8, 2012, pp. 1006 ss.

<sup>451</sup> Si veda *Risoluzione del Parlamento europeo del 15 novembre 2011*, cit., «considerando» B.

<sup>452</sup> Si veda *ivi*, «considerando» F.

<sup>453</sup> *Ivi*, «considerando» I e ss.

<sup>454</sup> *Ivi*, «considerando» P e ss.

<sup>455</sup> *Ivi*, «considerando» R.

<sup>456</sup> La «Parte 1» tratta l'armonizzazione di aspetti specifici del diritto societario e del diritto fallimentare, affinché la Commissione sviluppi delle proposte di direttiva di armonizzazione di alcuni aspetti connessi all'apertura delle procedure di insolvenza, all'insinuazione al passivo dei crediti, alle azioni revocatorie,

a promuovere una riforma del diritto interno degli Stati membri, le successive parti trattano delle proposte di modifica del regolamento, con rilievo sul tema dei gruppi societari.

Tra le raccomandazioni della «Parte 2» vengono riprese alcune quesizioni che erano già state sollevate dalla dottrina, tra le quali l'ampliamento dell'ambito di applicazione del regolamento alle procedure ibride, la ridefinizione del criterio del COMI per il contrasto al *forum shopping* abusivo e l'introduzione di un obbligo di cooperazione fra i giudici. Con riguardo alla raccomandazione sulla definizione del COMI il Parlamento propone l'inserimento di una definizione formale sul modello della formulazione del «considerando» 13, che si basi sulla riconoscibilità oggettiva da parte dei terzi e che consideri ulteriori elementi quali il luogo in cui si svolgono le attività principali dell'impresa, l'ubicazione dei beni, il centro delle attività operative o di produzione e l'ambiente di lavoro dei dipendenti<sup>457</sup>.

Tra le raccomandazioni della «Parte 3» dedicata ai gruppi di imprese il Parlamento considera una proposta flessibile, a seconda che il gruppo societario sia accentrato o decentrato. Nel primo caso l'approccio dovrebbe accentrare l'intera procedura<sup>458</sup> del gruppo nello Stato membro in cui è situata la sede operativa del gruppo, prevedendo anche la designazione di un curatore fallimentare unico e tutelando i creditori nazionali nonché i lavoratori locali prevedendo l'istituzione di un comitato di difesa e rappresentanza degli interessi di questi soggetti.

La proposta di istituzione di un registro unionale delle insolvenze di cui alla «Parte 4» della risoluzione sembra quella in concreto più facilmente attuabile, appoggiandosi allo sviluppo di una piattaforma informatica già esistente. Assodata infatti la necessità che il registro in questione sia facilmente accessibile in qualsiasi Stato membro e che il mezzo

---

ai requisiti richiesti per la qualifica e l'operato del curatore e ai piani di risanamento. Per un commento a questa parte si veda **DE CESARI, MONTELLA**, *Il Parlamento europeo e il diritto dell'insolvenza*, cit.

<sup>457</sup> Questa proposta di definizione riprende in parte quanto già stabilito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Interdil* al par. 52, sentenza oltretutto che ha preceduto questa risoluzione del Parlamento soltanto di qualche settimana. Si veda **DE CESARI, MONTELLA**, *Il Parlamento europeo e il diritto dell'insolvenza*, cit. Si ritiene tuttavia che, al pari della sentenza *Interdil*, questa risoluzione non permetta in alcun modo di contrastare il fenomeno del *forum shopping* abusivo, non essendo sufficiente la sola riconoscibilità da parte dei terzi per evitare comportamenti opportunistici da parte dei debitori.

<sup>458</sup> In questo passo oltretutto la risoluzione del Parlamento non utilizza con chiarezza il termine procedura principale, potendo infatti intendere con essa la procedura principale in senso tecnico di cui all'attuale art. 3 oppure la procedura principale di fatto, in quanto aperta a carico della società capogruppo (la corretta interpretazione sembra propendere per questa seconda opzione). Si veda **DE CESARI, MONTELLA**, *Il Parlamento europeo e il diritto dell'insolvenza*, cit.

più adatto a tale scopo sia Internet, l'Unione europea possiede già un portale web ufficiale dedicato all'informazione sui sistemi giudiziari europei e alla semplificazione dell'accesso alla giustizia, cioè il 'portale europeo della giustizia elettronica'<sup>459</sup>. Il parlamento propone così di utilizzare questa piattaforma per la pubblicazione delle informazioni rilevanti sulle procedure di insolvenza aperte negli Stati membri<sup>460</sup>.

### 3.2.2 La proposta di modifica della Commissione europea

Tra i punti del Programma di Lavoro della Commissione europea per il 2012 è stata prevista anche un'approfondita valutazione della necessità di riformare il regolamento, al fine di sviluppare delle regole sull'insolvenza transfrontaliera più efficienti e di includere in queste anche i gruppi di imprese<sup>461</sup>. Una simile riforma rientrerebbe inoltre nel campo della "Giustizia per la Crescita" prevista nel Piano di Azione della Commissione per implementare il Programma di Stoccolma<sup>462</sup>.

In vista di una possibile riforma del regolamento la Commissione europea ha lanciato nel marzo del 2012 una consultazione pubblica, riguardante l'ammodernamento delle norme europee che regolano le situazioni di insolvenza e rivolta a imprese, professionisti, autorità giudiziarie, autorità pubbliche, creditori, accademici e qualsiasi altro soggetto con esperienze nel campo dell'insolvenza transnazionale<sup>463</sup>. La Commissione ha poi illustrato gli esiti di questa consultazione nella proposta di modifica successivamente stilata, che sintetizza le posizioni prevalenti nelle diverse aree di intervento<sup>464</sup>.

---

<sup>459</sup> Si veda l'indirizzo web <https://e-justice.europa.eu>.

<sup>460</sup> Alla data di stesura di questo lavoro il portale europeo della giustizia elettronica ha già in realtà pubblicata una pagina dedicata ai registri fallimentari. Tuttavia la pagina in questione non espone un registro unico europeo ma rimanda agli indirizzi web dei registri fallimentari nazionali, dei quali molti non ancora tradotti in inglese e pubblicati soltanto in lingua nazionale o non ancora predisposti, come nel caso dell'Italia. Si veda l'indirizzo web [https://e-justice.europa.eu/content\\_insolvency\\_registers-110-it-it.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_insolvency_registers-110-it-it.do?member=1).

<sup>461</sup> Si veda la *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Commission Work Programme 2012 – Delivering European renewal*, COM(2011) 777 final, Bruxelles, 15 novembre 2011, vol. 1/2, par. 2.2.

<sup>462</sup> Si veda la pagina dedicata alla consultazione pubblica, di cui si parlerà nel proseguo, attuata dalla Commissione in vista della revisione del regolamento all'indirizzo web [http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/120326\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/120326_en.htm).

<sup>463</sup> Si veda *Giving honest businesses a second chance: Commission proposes modern insolvency rules*, in *European Commission Press Release*, IP/12/1354, Strasburgo, 12 dicembre 2012.

<sup>464</sup> Si veda la *Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio relativo alle procedure d'insolvenza*, Commissione europea, COM(2012) 744 final, Strasburgo, 12 dicembre 2012, p. 4. Le questioni e le relative opinioni

Le successive proposte di modifica elaborate dalla Commissione sono state coerenti con i risultati emersi dalla consultazione, sia negli ambiti di intervento sia negli interventi richiesti. Infatti il 12 dicembre 2012 la Commissione ha avviato la procedura legislativa ordinaria<sup>465</sup> presentando la propria proposta di modifica del regolamento, che si muove su cinque direttrici fondamentali:

- i) il campo di applicazione del regolamento;
- ii) la competenza giurisdizionale;
- iii) la gestione delle procedure secondarie;
- iv) la pubblicità delle procedure anche per l'insinuazione dei crediti;
- v) la gestione dei gruppi societari.

Il centro focale della proposta riguarda l'efficienza della procedura di insolvenza, contemplata ora con l'obiettivo specifico di garantire la ristrutturazione dell'impresa, quando possibile<sup>466</sup>. La Commissione ritiene di poter aumentare l'efficienza della procedura e di sviluppare una cultura europea del risanamento rafforzando quattro principi: la certezza del diritto<sup>467</sup>, la pubblicità delle procedure<sup>468</sup>, il coordinamento e la cooperazione<sup>469</sup>, l'autonomia privata all'interno della procedura<sup>470</sup>.

---

raccolte nella consultazione riguardano necessità quali l'estensione dell'ambito di applicazione del regolamento alle procedure ibride, la revisione della definizione di COMI anche rispetto al fenomeno del *forum shopping* abusivo, l'aumento del coordinamento tra procedura principale e procedure secondarie, la pubblicità delle decisioni di apertura delle procedure e la gestione efficiente dei gruppi di imprese. Quindi sia le domande della consultazione sia le relative opinioni rispecchiano le questioni e le posizioni sollevate negli anni precedenti da numerosa dottrina.

<sup>465</sup> Il codice della procedura legislativa ordinaria per la modifica del regolamento è 2012/0360(COD). Per qualsiasi informazione relativa all'iter legislativo in corso si veda l'indirizzo web <http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2012/0360%28COD%29&l=en#technicalInformation>.

<sup>466</sup> Si veda **P. FAZZINI, M.M. WINKLER**, *La proposta di modifica del regolamento*, cit., par. 2.

<sup>467</sup> Ottenuta precisando il concetto di COMI, prevedendo nuove regole per i gruppi societari, attribuendo precisi diritti ai creditori e attribuendo maggiori poteri ai curatori. Si veda *ivi*.

<sup>468</sup> Con la duplice finalità di diffondere notizia delle decisioni di apertura delle procedure e di portare i creditori a conoscenza di modalità e termini di insinuazione dei loro crediti nelle procedure estere aperte. Si veda *ivi*.

<sup>469</sup> Maggior coordinamento e cooperazione tra le autorità investite delle procedure di insolvenza, nonché conferimento di maggiori poteri al curatore della procedura principale nei confronti delle procedure secondarie. Si veda *ivi*.

<sup>470</sup> Ottenuta lasciando ai soggetti coinvolti la libertà di stabilire le finalità e le modalità di gestione della procedura nell'ambito della *lex concursus*, promuovendo l'uso di buone prassi, accordi e protocolli. Si veda *ivi*.

### Campo di applicazione del regolamento

In merito all'ampliamento dell'ambito di applicazione del regolamento, la proposta chiede di includere anche le procedure ibride, intese come quelle procedure che non comportano la nomina di un curatore e lo spossessamento del debitore, ma in cui i beni e gli affari di quest'ultimo sono soggetti al controllo o alla sorveglianza di un giudice<sup>471</sup>. Tale ampliamento dovrebbe avvenire modificando l'art. 1 dell'attuale regolamento, in cui si prevederebbe sia l'applicazione alle procedure concorsuali giudiziarie o amministrative, e non più soltanto alle procedure di insolvenza, sia l'applicazione anche alle procedure provvisorie o di ristrutturazione. Oltre all'originario requisito dello spossessamento e della nomina di un curatore nell'articolo viene aggiunto il requisito alternativo della sorveglianza o del controllo del giudice dei beni e degli affari del debitore, senza che quest'ultimo sia spossessato e senza che venga nominato un curatore<sup>472</sup>. Questo significa che il campo di applicazione del regolamento non interesserebbe soltanto le procedure in cui il debitore è spossessato e in cui è nominato un curatore, ma anche quelle in cui lo spossessamento e la nomina di un curatore non avvengono, purchè sussista il controllo del giudice sul debitore rimasto in possesso dei propri beni. La Commissione quindi propone di introdurre in questo articolo anche un riferimento esplicito alle procedure in cui tipicamente il debitore non subisce lo spossessamento, cioè le procedure ibride e anche alcune tipologie di procedure di ristrutturazione del debito e con finalità di salvataggio, in base all'obiettivo di implementazione di una cultura europea del risanamento e del recupero<sup>473</sup>. L'introduzione di questa seconda alternativa nel campo di applicazione del regolamento ha portato la Commissione anche alla modifica dell'art.2, lett. b), al fine di definire quale soggetto rivesta la figura di curatore nelle due alternative. La peculiarità della

---

<sup>471</sup> Si veda *Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1346/2000*, cit., p. 6.

<sup>472</sup> Si veda *ivi*, p. 19, par. 21.

<sup>473</sup> Si veda *Giving honest businesses a second chance*, cit. La proposta prevede inoltre l'inserimento di un nuovo «considerando» 9-bis, in base al quale si ritiene opportuno «estendere il campo d'applicazione del presente regolamento a procedure che promuovono il salvataggio del debitore economicamente valido, per aiutare le società solide a sopravvivere e dare una seconda opportunità agli imprenditori. Il regolamento andrebbe in particolare esteso alle procedure di ristrutturazione del debitore nella fase di pre-insolvenza, a quelle che mantengono in carica la dirigenza esistente e alle procedure di remissione del debito di consumatori e lavoratori autonomi. Non comportando necessariamente la nomina di un curatore, è opportuno che queste procedure siano disciplinate dal presente regolamento se si svolgono sotto il controllo o la sorveglianza di un giudice [...]». Si veda *Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1346/2000*, cit., p. 15, par. 7.

modifica sta nell'attribuzione di tale veste anche al debitore, nel caso in cui rimanga in possesso dei propri beni, per cui nel caso in cui non avvenga alcuno spossessamento e non venga nominato un curatore, il debitore non spossessato rivestirà la figura del "curatore" secondo il regolamento<sup>474</sup>.

La Commissione specifica come la proposta di modifica dell'art. 1 non alteri tuttavia il meccanismo in base al quale una procedura concorsuale, per poter rientrare nell'ambito di applicazione del regolamento, deve essere elencata nell'allegato A e deve essere compito degli Stati membri richiederne l'inserimento. Al contrario per evitare qualsiasi dubbio interpretativo ha modificato il binomio finora esistente tra l'art. 1, par. 1 e l'art. 2, lett. a), precisando al primo articolo che «[l]e procedure di cui al presente paragrafo sono elencate nell'allegato A»<sup>475</sup>. A riguardo la Commissione propone comunque un'ulteriore implementazione del sistema attuale, introducendo un meccanismo con cui questo organo dovrà verificare se una procedura concorsuale nazionale di cui si chiede l'inserimento risponde effettivamente alle condizioni previste all'art. 1, garantendo così che l'allegato A contenga soltanto le procedure che rispettano le norme del regolamento<sup>476</sup>. La soluzione consiste nella modifica dell'attuale art. 45, prevedendo che alla Commissione sia conferito il potere di adottare atti delegati al fine di modificare gli allegati A e C<sup>477</sup>. A ciò il nuovo articolo aggiunge che gli Stati membri, per poter modificare l'allegato A, devono notificare alla Commissione le norme nazionali che

---

<sup>474</sup> Si veda *Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1346/2000*, cit., p. 20, par. 21.

<sup>475</sup> Si veda *ivi*, p. 19, par. 21. Con le parole del nuovo «considerando» 9, «[...] [l]'allegato A contiene l'elenco tassativo di queste procedure. Nella misura in cui una procedura nazionale figura nell'elenco, si applicherà il presente regolamento senza che i giudici di un altro Stato membro debbano procedere all'ulteriore esame del rispetto delle condizioni ivi stabilite». Si veda *ivi*, p. 15, par. 6. Ritengono che la proposta della Commissione confermi la preminenza dell'allegato A per le procedure soggette al regolamento anche **R. DAMMANN, V. BLEICHER**, *French Perspective on the Modernization of the European Regulation n° 1346/2000 on Insolvency Proceedings*, in *INSOL World*, 2013, *Second Quarter*, p. 16.

<sup>476</sup> Si veda *ivi*, p. 6. Con le parole del modificato «considerando» 31, «[i]l presente regolamento dovrebbe comprendere allegati che specificano in particolare le procedure concorsuali nazionali rientranti nel suo campo d'applicazione. Al fine di consentire il rapido adattamento del regolamento alle modifiche pertinenti del diritto fallimentare nazionale degli Stati membri, dovrebbe essere delegato alla Commissione il potere di adottare atti delegati conformemente all'articolo 290 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea riguardo alle modifiche degli allegati. Prima di adottare un atto delegato che modifica l'elenco delle procedure nazionali negli allegati, la Commissione deve verificare se la procedura notificata soddisfa i criteri definiti nel presente regolamento. Nella preparazione e nell'elaborazione degli atti delegati la Commissione dovrebbe provvedere alla contestuale, tempestiva e appropriata trasmissione dei documenti pertinenti al Parlamento europeo e al Consiglio». Si veda *ivi*, p. 18, par. 18.

<sup>477</sup> Si veda *ivi*, p. 33, par. 47.



intendono includere negli allegati, accompagnate da una breve descrizione, affinché quest'organo dell'Unione possa verificare il rispetto delle condizioni di cui all'art. 1 prima dell'inclusione. Quest'ultima proposta dovrebbe servire a risolvere le questioni esposte nel precedente capitolo riguardo alla tassatività degli allegati e al relativo meccanismo di funzionamento. A giudizio di chi scrive l'espressa previsione di un controllo da parte della Commissione dovrebbe inoltre dare maggiore coerenza ai requisiti posseduti dalle procedure elencate nell'allegato A. In questo modo infatti si garantirebbe che le procedure inserite non siano semplicemente quelle di cui si richiede l'inserimento, e che sono passate al vaglio di una votazione a maggioranza in Commissione *ex art. 45*, ma che siano quelle per le quali la Commissione ha espressamente verificato la sussistenza dei requisiti *ex art. 1*. L'unico dubbio lasciato irrisolto dalla proposta della Commissione riguarda il caso in cui le norme nazionali già incluse nell'allegato A subiscano delle modifiche sostanziali, per cui non è previsto nessun obbligo di richiesta di modifica degli allegati o nessun obbligo di controllo o revisione da parte della Commissione.

### Competenza giurisdizionale

In riferimento all'ampiamente discusso criterio del COMI e alle proposte di parte della dottrina di sostituirlo con la sola sede statutaria<sup>478</sup>, la Commissione propone innanzitutto di mantenere l'impostazione e la definizione originaria, poiché garantisce che ci sia un legame effettivo tra corte competente e centro degli interessi principali del debitore<sup>479</sup>. Utilizzare come criterio giurisdizionale la sola sede statutaria non assicurerebbe infatti l'effettività di questo legame<sup>480</sup>. A giudizio di chi scrive infatti la libertà di stabilimento permette al debitore di avere la propria sede statutaria in un luogo completamente scollegato dal luogo in cui è effettivamente svolta l'attività d'impresa, o dove sono localizzati gli interessi principali o dove avviene il contatto con i creditori.

---

<sup>478</sup> **H. EIDENMÜLLER**, *A New Framework for Business Restructuring in Europe: The EU Commission's Proposals for a Reform of the European Insolvency Regulation and Beyond*, in *ECGI Working Paper Series in Law - Working Paper no. 199/2013*, European Corporate Governance Institute, marzo 2013, pp. 13 ss.; **F.M. MUCCIARELLI**, *Optimal allocation of law-making power over bankruptcy law in "federal" and "quasi-federal" legal systems: is there a case for harmonizing or unifying bankruptcy law in the E.U.?*, in *Law & Economics Research Paper Series – Working Paper no. 11-28*, NYU Center for Law, Economics and Organization, settembre 2011, pp. 49 ss.

<sup>479</sup> Si veda *Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1346/2000*, cit., p. 6.

<sup>480</sup> Si veda *ivi*.

Con la sola sede statutaria la competenza giurisdizionale verrebbe in questi casi attribuita alla corte di uno Stato membro che come unico legame con il debitore ha una sede statutaria ivi registrata. La Commissione si mostra così determinata a mantenere in capo al COMI la dovuta flessibilità per la sua individuazione, e ciò in sintonia con la precedente risoluzione del Parlamento europeo<sup>481</sup>.

La proposta della Commissione prevede allora di ampliare e meglio esplicitare il criterio del COMI, introducendo innanzitutto una disposizione per l'individuazione del COMI delle persone fisiche<sup>482</sup>. Per questa tipologia di debitori si ricorre a due criteri, a seconda che il debitore persona fisica eserciti o meno un'attività economica indipendente e/o sia un professionista. In caso affermativo si utilizzerà il criterio del «*place of business*», mentre per i soggetti che non esercitano attività economica indipendente e che non sono professionisti si ricorrerà al criterio della residenza abituale. Diversamente dal criterio di COMI per le persone giuridiche questa proposta non permette di provare l'esistenza di una situazione diversa, stabilendo invece una coincidenza assoluta tra il COMI e il luogo degli affari o di residenza abituale. Così facendo la Commissione sembra prediligere per i debitori persone fisiche la certezza per i creditori, sacrificando il collegamento territoriale dell'attività economica<sup>483</sup>.

Con riguardo alle persone giuridiche, per la presunzione semplice della sede statutaria si richiede l'eliminazione dell'attuale tredicesimo considerando e l'introduzione di un nuovo «considerando» 13-*bis* che chiarisca le circostanze in cui può essere superata la presunzione semplice della sede statutaria, utilizzando la soluzione che la Corte di giustizia ha previsto nelle sentenze *Eurofood* e *Interedil*<sup>484</sup>.

---

<sup>481</sup> Si veda **P. FAZZINI, M.M. WINKLER**, *La proposta di modifica del regolamento*, cit., par. 3.2.1.

<sup>482</sup> Si veda *Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1346/2000*, cit., p. 21, par. 22.

<sup>483</sup> Si veda **P. FAZZINI, M.M. WINKLER**, *La proposta di modifica del regolamento*, cit., par. 3.2.1.

<sup>484</sup> In base al nuovo considerando «[s]i presume che il “centro degli interessi principali” di una società o altra persona giuridica si trovi nel luogo della sua sede statutaria. Tale presunzione deve poter essere superata se l'amministrazione centrale della società è situata in uno Stato membro diverso da quello della sede statutaria e una valutazione globale di tutti gli elementi rilevanti consente 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. Per converso, non deve essere possibile superare tale presunzione laddove gli organi direttivi e di controllo di una società si trovino presso la sua sede statutaria e le decisioni di gestione di tale società siano assunte, in maniera riconoscibile dai terzi, in detto luogo». Si veda *Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1346/2000*, cit., p. 16, par. 10,11; **G. MOSS**, *Reforming the EC Regulation on Insolvency Proceedings 1346/2000 – UK Perspective*, in *INSOL World*, 2013, *Second Quarter*, p. 14; **R. DAMMANN, V. BLEICHER**, *French Perspective on the Modernization of the European Regulation*,

In merito al fenomeno del *forum shopping* si è visto nel precedente capitolo come un giudice possa sostanzialmente aprire una procedura anche senza valutare la propria competenza giurisdizionale in base al criterio del COMI, dal momento che la semplice attuazione di una misura cautelare nei confronti del debitore che ne comporti lo spossessamento e la nomina di un curatore implica il venire in essere del momento di apertura della procedura, *ex art. 2, lett. f)* ed *ex* sentenza della Corte di giustizia nel caso *Eurofood*, par. 58. Si è anche visto come questo lasci impossibilitato il giudice realmente competente ad aprire la procedura principale, poiché 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<sup>485</sup>. La proposta intende allora migliorare il quadro procedurale per l'accertamento della competenza giurisdizionale ad avviare una procedura, introducendo un nuovo art. 3-*ter* che impone al giudice di esaminare d'ufficio la questione della propria competenza prima di aprire la procedura di insolvenza, e dunque anche prima di concedere misure cautelari che spossessino il debitore e nominino un curatore, poiché verrebbero considerate decisioni di apertura<sup>486</sup>. L'eventuale decisione di apertura dovrà inoltre specificare su quale base si fonda detta competenza, cioè se sull'art. 3, par. 1 o sull'art. 3, par. 2. Queste previsioni dovrebbero in tale maniera evitare esami di competenza superficiali e aperture sbrigative, volte al solo fine del debitore opportunisto di assicurarsi l'apertura di una procedura in una giurisdizione sprovvista di competenza ma a lui favorevole<sup>487</sup>.

È opinione di chi scrive che questa soluzione proposta per il contrasto al fenomeno del *forum shopping* completi le misure sviluppate a riguardo dalla sentenza *Interedil*, in base alle quali si ritiene valido il trasferimento di sede statutaria avvenuto

---

cit., p. 14; **F.M. MUCCIARELLI**, *The Unavoidable Persistence of Forum Shopping in European Insolvency Law*, cit., p. 8.

<sup>485</sup> Si veda il «considerando» 22.

<sup>486</sup> Si veda *Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1346/2000*, cit., p. 7; p. 22, par. 23. A riguardo la proposta prevede anche l'inserimento di un nuovo «considerando» 12-*bis*, in base al quale «[p]rima di aprire la procedura d'insolvenza, il giudice competente deve verificare d'ufficio se il centro degli interessi principali o la dipendenza del debitore sono effettivamente situati entro la sua giurisdizione. Qualora le circostanze del caso diano adito a dubbi quanto alla competenza del giudice, questi deve richiedere al debitore ulteriori prove a sostegno delle sue asserzioni e se del caso dare ai creditori l'opportunità di esprimersi sulla questione della competenza. Inoltre, i creditori devono avere accesso a mezzi di ricorso effettivi contro la decisione di apertura della procedura d'insolvenza». Si veda *ivi*, p. 16, par. 9.

<sup>487</sup> Si veda *ivi*, p. 7.

antecedentemente la domanda di apertura della procedura, a meno che detto trasferimento sia fittizio<sup>488</sup>. L'esame d'ufficio da parte del giudice in oggetto alla proposta dovrebbe permettere di determinare se il trasferimento antecedente la domanda di apertura sia fittizio o meno prima dell'eventuale avvio di un'istruttoria, o addirittura dell'apertura della procedura. La soluzione sembra tuttavia risolvere soltanto il caso particolare di trasferimento fittizio di COMI, lasciando invece senza risposta i dubbi già sollevati nel precedente capitolo riguardo al trasferimento sì effettivo, ma avvenuto poco prima della presentazione della domanda di apertura, per il quale si era personalmente appoggiata la tesi che utilizzava il requisito dell'abitudine del COMI come soluzione ai trasferimenti abusivi<sup>489</sup>. Anche INSOL Europe nelle proprie proposte aveva previsto il criterio dell'annualità antecedente la domanda di apertura della procedura come criterio di risoluzione per i trasferimenti antecedenti, sia effettivi sia fittizi. La soluzione della Commissione non risolve nemmeno il dubbio riguardante la possibilità, sulla scorta di quanto previsto dalle normative di alcuni Stati membri, tra cui quella italiana al secondo comma dell'art. 9 l.f., di fissare un termine *a quo* dalla data della domanda oltre il quale i trasferimenti di COMI non sono opponibili al fine di determinare la competenza, anche se intervenuti prima della domanda stessa<sup>490</sup>. Così il giudice a cui viene richiesta l'apertura di una procedura dovrà esaminare *ex officio* la propria competenza in merito ad un trasferimento di COMI avvenuto nell'imminenza della richiesta di apertura, valutando l'efficacia o meno di questo trasferimento alla luce della sentenza *Interedil*. Tuttavia si troverà anche a dover interpretare la propria normativa nazionale sul citato termine *a quo*, alla luce di una normativa europea che invece nulla prevede a riguardo<sup>491</sup>. Tale mancata regolamentazione non rende quindi

---

<sup>488</sup> O, con le parole della Corte, «a meno che la presunzione introdotta dall'art. 3, n. 1, del regolamento non sia superata dalla prova che il centro degli interessi principali non ha seguito il cambiamento di sede statutaria». Si veda sentenza della Corte di giustizia, *Interedil*, cit., par. 56.

<sup>489</sup> Sull'insufficienza e validità del criterio della riconoscibilità da parte dei terzi per il contrasto al *forum shopping* si veda anche **F.M. MUCCIARELLI**, *The Unavoidable Persistence of Forum Shopping in European Insolvency Law*, cit., pp. 9 ss.

<sup>490</sup> Si veda **P. FAZZINI, M.M. WINKLER**, *La proposta di modifica del regolamento*, cit., par. 3.2.2.

<sup>491</sup> Più Autori hanno comunque fatto presente come ci siano stati relativamente pochi casi di *forum shopping* ritenuto abusivo, con trasferimenti solitamente verso il Regno Unito ma anche verso la Francia. È stato inoltre fatto presente come in pratica i trasferimenti di COMI avvenuti sono stati nella maggior parte dei casi a favore dei creditori, e abbiano creato una competizione tra legislazioni di tipo *bottom-up*. Si veda **G. MOSS**, *Reforming the EC Regulation on Insolvency Proceedings 1346/2000*, cit., p. 12; **F. FRITZ**, *Report on the EIR revision proposals by the European Commission, from the German point of view*, in *INSOL World*, 2013, *Second Quarter*, p. 18.

agevole l'attività interpretativa del giudice adito alla luce del diritto europeo e inoltre contrasta con il principio di certezza del foro competente.

Il par. 2 di questo nuovo art. 3-ter precisa che, nel caso in cui la procedura d'insolvenza sia aperta a norma del diritto nazionale in assenza della decisione di un giudice, il curatore nominato dovrà sostituirsi ad esso nell'obbligo di verificare la competenza del proprio Stato di apertura. Da questo paragrafo si deduce indirettamente come la Commissione intenda ampliare il campo di applicazione del regolamento ben oltre alle sole procedure ibride e pre-insolvenza, estendendosi anche nel campo dell'autonomia privata. Ciò risulta chiaro anche dalla lettura congiunta di questo paragrafo con il sostituito «considerando» 10, in base al quale «Le procedure d'insolvenza non richiedono necessariamente il coinvolgimento di un'autorità giudiziaria; il termine “giudice”, nel presente regolamento, dovrebbe essere inteso in senso ampio, in modo da ricomprendere persone o organi legittimati dal diritto nazionale ad aprire procedure di insolvenza. Perchè si applichi il regolamento, le procedure [...] dovrebbero [...] essere ufficialmente riconosciute e avere efficacia giuridica nello Stato membro in cui è aperta la procedura di insolvenza»<sup>492</sup>. Come si avrà modo di vedere nel prossimo paragrafo il Parlamento non si è trovato d'accordo con l'allargamento del campo di applicazione a procedure che non presentino il requisito della decisione di una corte.

Infine questo nuovo articolo al par. 3 prevede che venga conferito a tutti i creditori stranieri il diritto di impugnare la decisione di apertura estera, e che venga loro assicurata l'informazione sull'apertura di detta procedura anche grazie alle proposte sulla pubblicità della stessa. L'esplicita previsione che dà diritto ai creditori stranieri il diritto di impugnare la decisione di apertura è stata inserita poichè, se da un lato alcuni Stati membri come l'Inghilterra prevedono già questa possibilità, dall'altro alcune giurisdizioni non permettono o rendono difficile per i creditori fare una simile impugnazione<sup>493</sup>. In tale maniera i creditori avranno la certezza di poter ricorrere in qualsiasi altro Stato membro qualora lo ritengano necessario.

---

<sup>492</sup> Si veda *Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1346/2000*, cit., pp. 15 ss., par. 8.

<sup>493</sup> Si veda **G. MOSS**, *Reforming the EC Regulation on Insolvency Proceedings 1346/2000*, cit., p. 12.

### Pubblicità della procedura e insinuazione dei crediti

Oltre a quanto sopra previsto per rendere più efficienti e meno onerosi i conflitti di giurisdizione e per agevolare i creditori esteri, la Commissione propone che sia resa obbligatoria la pubblicazione di determinate informazioni minime riguardanti la procedura di insolvenza in un registro elettronico, gratuitamente e pubblicamente accessibile<sup>494</sup>. Tale registro elettronico dovrebbe prevedere un sistema di interconnessione dei registri nazionali e, come proposto dal Parlamento europeo nella propria risoluzione, la piattaforma prescelta per creare questa rete informativa è il portale europeo della giustizia elettronica. Le informazioni minime variano in base al tipo di procedura, principale o secondaria: in generale le informazioni minime dovrebbero comprendere l'indicazione del giudice che ha aperto la procedura e la data di apertura; in particolare per le procedure principali andrebbe pubblicata la data di chiusura della procedura stessa, il tipo di procedura, il debitore, il curatore nominato e il termine per l'insinuazione dei crediti. A tal fine viene proposto di inserire nel regolamento gli artt. 20-*bis*, 20-*ter*, 20-*quater* e 20-*quinqes*, che impongono, nel momento di apertura di qualsiasi procedura principale o secondaria, l'obbligo di tenuta dei registri fallimentari e dispongono quali informazioni minime registrare, affinché vengano interconnesse nel portale europeo della giustizia elettronica, il quale fungerà come punto di accesso elettronico per il pubblico<sup>495</sup>.

L'obiettivo di queste modifiche sta nel voler evitare che l'inadeguata o non tempestiva informazione tra autorità nazionali diverse determini inutili duplicazioni di procedure aperte. Inoltre permette di non prolungare l'incertezza circa la sussistenza della giurisdizione del giudice che ha aperto la procedura. Evitando la duplicazione di procedure aperte e il venire in essere di conflitti di giurisdizione, questo registro risulta

---

<sup>494</sup> Si veda *Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1346/2000*, cit., p. 9. La proposta prevede l'obbligo di pubblicazione soltanto per le società, per i lavoratori autonomi e per i liberi professionisti, esclusi dunque i debitori persone fisiche come i consumatori. Si prevede l'inserimento di un nuovo «considerando» 29-*bis* il quale prevede che «[p]er migliorare l'informazione dei creditori e dei giudici coinvolti ed evitare l'apertura di procedure parallele gli Stati membri devono pubblicare in un registro elettronico accessibile al pubblico le informazioni pertinenti relative a casi d'insolvenza transfrontalieri. Per facilitare l'accesso di creditori e giudici domiciliati o situati in altri Stati membri a tali informazioni, è necessario che il presente regolamento disponga l'interconnessione dei registri fallimentari». Si veda *ivi*, p. 18, par. 17.

<sup>495</sup> Si veda *ivi*, pp. 23 ss., par. 29.

poi uno strumento ben più economico e rapido dell'impugnazione delle sentenze nelle procedure nazionali<sup>496</sup>.

La commissione propone la modifica dell'art. 40 affinché si inserisca un nuovo paragrafo 3, che preveda l'utilizzo di un modulo standard da pubblicare sul portale europeo della giustizia elettronica denominato "Avviso di procedura di insolvenza", tradotto in tutte le lingue ufficiali dell'Unione e trasmesso nella lingua ufficiale dello Stato di apertura<sup>497</sup>.

Con particolare riguardo all'insinuazione dei crediti la Commissione intende rendere questa azione più agevole riservando ai piccoli creditori stranieri tre disposizioni<sup>498</sup>:

- a) introduzione di due moduli standard tradotti in tutte le lingue ufficiali dell'UE: uno per informare dell'apertura della procedura da inviare ai creditori e l'altro per l'insinuazione vera e propria;
- b) riconoscimento ai creditori stranieri di un termine minimo di 45 giorni, a seguito della pubblicazione dell'avviso di apertura della procedura d'insolvenza nel registro fallimentare, per l'insinuazione del proprio credito, a prescindere dai termini per l'insinuazione previsti dalla normativa nazionale;
- c) nessun obbligo di farsi rappresentare da un legale per poter insinuare il proprio credito nella procedura straniera.

Queste tre disposizioni sono inserite nel regolamento attraverso la modifica degli artt. 39 e 41, che nella proposta prevedono appunto la non necessità della rappresentanza da parte di un legale, la possibilità di utilizzo di un modulo standard per l'insinuazione denominato "Insinuazione dei crediti" e il diritto ad un termine per l'insinuazione non inferiore a 45 giorni<sup>499</sup>.

---

<sup>496</sup> Si veda **P. FAZZINI, M.M. WINKLER**, *La proposta di modifica del regolamento*, cit., par. 3.4.

<sup>497</sup> Si veda *Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1346/2000*, cit., pp. 29 ss., par. 42 (b). Il diritto all'informazione previsto per i creditori è ribadito dalla Commissione con l'inerimento di un nuovo «considerando» 21-bis, per cui «[è] essenziale che i creditori che hanno la residenza abituale, il domicilio o la sede nell'Unione siano informati dell'apertura della procedura d'insolvenza relativa all'attivo del loro debitore. [...] I moduli standard disponibili in tutte le lingue ufficiali dell'Unione dovrebbero agevolare i creditori che intendono insinuare i loro crediti nelle procedure aperte in un altro Stato membro». Si veda *ivi*, pp. 17 ss., par. 15.

<sup>498</sup> Si veda *ivi*, p. 9.

<sup>499</sup> Si veda *ivi*, p. 29, par. 41; pp. 30 ss., par. 43.

## Procedure secondarie

Le proposte della Commissione riguardanti le procedure secondarie mirano a rendere più efficiente la gestione del patrimonio del debitore che abbia una dipendenza in un altro Stato membro. Fino ad oggi dette procedure potevano essere aperte senza che fossero necessari ulteriori requisiti oltre a quello della presenza di una dipendenza. Questa mancanza di validi motivi e la relativa apertura di procedure secondarie anche ove non indispensabile ha spesso reso difficile o inefficiente la gestione del patrimonio da parte della procedura principale. Infatti l'apertura di queste procedure può in alcuni casi aumentare inutilmente i costi di gestione, che vanno a sommarsi a quelli della procedura principale e ne diminuiscono l'efficienza<sup>500</sup>; in altre situazioni la loro apertura potrebbe portare al fallimento di eventuali piani di risanamento in atto nella procedura principale, poiché ad oggi il regolamento richiede che le procedure secondarie siano procedure liquidatorie<sup>501</sup>. Infine anche nel caso in cui l'apertura di una procedura secondaria renda più efficiente la gestione del patrimonio del debitore, l'obbligo di cooperazione è stato finora soltanto in capo ai curatori, non essendoci alcuna previsione di doveri in capo ai giudici delle corti adite.

Per tali molteplici ragioni le modifiche proposte prevedono innanzitutto due casi in cui non viene permessa l'apertura di procedure secondarie<sup>502</sup>. Il primo è il caso in cui il giudice a cui viene richiesta l'apertura di una procedura secondaria può rifiutare tale richiesta o rinviare la decisione, su istanza del curatore della procedura principale<sup>503</sup>. Il metro di giudizio dovrebbe risiedere nella tutela o meno degli interessi dei creditori locali che l'apertura di una procedura secondaria permetterebbe. Tale caso viene

---

<sup>500</sup> L'efficienza sarebbe mantenuta soltanto nei casi in cui i benefici economici e sociali derivanti dall'apertura di una procedura secondaria superano i costi di gestione della procedura stessa, oppure quando questi costi di gestione sono comunque inferiori ai costi che la procedura principale dovrebbe sostenere per gestire anche il patrimonio e gli *stakeholders* della dipendenza.

<sup>501</sup> Salvo quanto previsto dall'art. 34, che dipende però dalle normative nazionali e non da una possibilità espressamente prevista dal regolamento.

<sup>502</sup> La Commissione a riguardo intende inserire anche un nuovo «considerando» 19-*bis*, in base al quale «[l]e procedure secondarie d'insolvenza possono tuttavia intralciare l'efficiente gestione dell'attivo. Pertanto, il giudice che dispone l'apertura della procedura secondaria deve, su istanza del curatore, poter rinviare o rifiutare l'apertura qualora detta procedura non sia necessaria ai fini della tutela degli interessi dei creditori locali. Ciò si verifica, in particolare, se il curatore acconsente, mediante impegno avente effetti giuridici vincolanti sul patrimonio, a trattare i creditori locali come se fosse stata aperta la procedura secondaria e ad applicare le regole sul grado dei crediti vigenti nello Stato membro in cui è stata chiesta l'apertura della procedura secondaria nel ripartire i beni che si trovano in quello Stato membro. È necessario che il presente regolamento dia facoltà al curatore di assumere tale impegno». Si veda *Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1346/2000*, cit., p. 16, par. 12.

<sup>503</sup> Si veda *ivi*, p. 7.



previsto nel regolamento con l'inserimento di un nuovo art. 29-*bis*, rubricato "Decisione di aprire una procedura secondaria", che dispone l'obbligo in capo al giudice della dipendenza di informare il curatore della procedura principale, la possibilità di intervento di quest'ultimo e il suo diritto ad opporsi all'apertura<sup>504</sup>. Il secondo è il caso in cui il curatore della procedura principale si impegna nei confronti dei creditori della dipendenza ad assicurare loro un trattamento nel quadro della procedura principale pari a quello di cui avrebbero goduto se fosse stata aperta la procedura secondaria, assicurando cioè il rispetto della determinazione e del grado originario dei loro crediti al momento del riparto dell'attivo nella procedura principale. Questa seconda opzione introduce così delle procedure che sono state definite "procedure secondarie sintetiche", e riprendono il metodo di gestione che alcune corti degli Stati membri hanno attuato *sua sponte* nell'applicazione del regolamento in alcuni casi di insolvenza transfrontaliera con presenza di dipendenze<sup>505</sup>. L'inclusione delle procedure secondarie sintetiche nel regolamento è proposta attraverso la sostituzione all'art. 18 di un nuovo paragrafo 1, che preveda tale possibilità di impegno da parte del curatore della procedura principale<sup>506</sup>.

La Commissione ha invece previsto la possibilità di aprire delle procedure secondarie nel caso in cui ciò faciliti la gestione di casi complessi, efficientando la gestione del patrimonio del debitore<sup>507</sup>. Il giudice adito all'apertura sarà comunque prima tenuto a sentire il curatore della procedura principale, per valutare le conseguenze di questa apertura e per venire al corrente di eventuali piani di risanamento in programma nella

---

<sup>504</sup> Si veda *ivi*, pp. 26 ss., par. 34.

<sup>505</sup> Si veda *ivi*, p. 8. La proposta della Commissione si rifà in particolare ai già citati casi *Collins & Aikman*, *MG Rover* e il caso *Nortel Networks*. Si veda **P. FAZZINI, M.M. WINKLER**, *La proposta di modifica del regolamento*, cit., par. 3.3; **G. MOSS**, *Reforming the EC Regulation on Insolvency Proceedings 1346/2000*, cit., p. 12; **R. DAMMANN, V. BLEICHER**, *French Perspective on the Modernization of the European Regulation*, cit., p. 16; **F.M. MUCCIARELLI**, *Not Just Efficiency*, cit., p. 187. Nel caso *Nortel Networks* gli amministratori incaricati dalla High Court del Regno Unito hanno chiesto ad altre corti degli Stati membri di stipulare un accordo in base al quale avrebbero dovuto avvisarli nel caso in cui venisse richiesta l'apertura di una procedura secondaria per qualsiasi delle società del gruppo Nortel. L'intento degli amministratori era quello di poter risanare con successo l'intero gruppo Nortel, chiedendo alle corti straniere la possibilità di essere informati e di esprimere la propria opinione sull'apertura di eventuali procedure secondarie, che avrebbero potuto rendere più difficoltoso il risanamento. Le richieste andarono a buon fine e le corti estere accettarono l'accordo e la richiesta di coordinamento. Si veda **A. THOMANDER, K. KHOLOD**, *Pan-European Insolvency Cooperation: Re Nortel Networks SA and other companies [2009] EWHC 206 (Ch)*, in *International Corporate Rescue*, 2009, vol. 6, n. 3.

<sup>506</sup> Si veda *Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1346/2000*, cit., p. 23, par. 28.

<sup>507</sup> Si veda *ivi*, p. 8.

procedura principale. A complemento di quest'obbligo il curatore della procedura principale avrà inoltre facoltà di contestare la decisione di apertura della procedura secondaria. La proposta intende quindi inserire nel regolamento un meccanismo discrezionale, utile non soltanto ad evitare l'instaurazione di procedure secondarie a detrimento dell'impresa, ma anche a favorire la negoziazione di accordi. Così le procedure secondarie non saranno più considerate come un male necessario del regolamento, bensì come un'opportunità<sup>508</sup>.

Viene inoltre richiesto dalla proposta che si abolisca il requisito del carattere liquidatorio delle procedure secondarie, ampliando invece la possibilità di apertura a qualsiasi genere di procedura che le normative nazionali prevedono, comprese quelle di risanamento<sup>509</sup>.

La proposta mira infine a migliorare il coordinamento tra procedure estendendo l'attuale obbligo di cooperazione in capo ai curatori anche ai giudici coinvolti nelle procedure. A detta della Commissione una maggior cooperazione anche tra i giudici dovrebbe essere determinante per la riuscita di una ristrutturazione<sup>510</sup>. Per rendere più esplicito l'obbligo di cooperazione e comunicazione che deve intercorrere tra tutte le autorità rilevanti nella gestione delle procedure concorsuali, cioè i giudici e i curatori, la proposta mira a sostituire l'attuale art. 31 e ad inserire due nuovi artt. 31-*bis* e 31-*ter*<sup>511</sup>. Il primo di questi tre articoli riguarderebbe espressamente l'obbligo di collaborazione tra curatori, il secondo l'obbligo di collaborazione tra giudici e il terzo l'obbligo tra le due figure di curatori e giudici.

---

<sup>508</sup> Si veda **P. FAZZINI, M.M. WINKLER**, *La proposta di modifica del regolamento*, cit., par. 3.3.

<sup>509</sup> Si veda *Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1346/2000*, cit..

<sup>510</sup> Si veda *ivi*. L'oggetto della proposta è riassunto dal nuovo «considerando» 20, per il quale « [I]e procedure principali e secondarie di insolvenza possono contribuire a un efficace realizzo dell'attivo soltanto se vi è coordinamento tra tutte le procedure pendenti. Il presupposto essenziale a tal fine è una stretta collaborazione tra i diversi curatori e giudici coinvolti, in particolare attraverso un sufficiente scambio di informazioni. Per garantire il ruolo dominante della procedura principale d'insolvenza, il curatore della medesima dovrebbe disporre di diverse possibilità d'intervento nelle procedure secondarie d'insolvenza contemporaneamente pendenti, avendo in particolare la facoltà di proporre un piano di ristrutturazione o un concordato oppure di chiedere la sospensione del realizzo dell'attivo nelle procedure secondarie». Si veda *ivi*, p. 17, par. 13.

<sup>511</sup> Si veda *ivi*, pp. 27 ss., par. 35, 36.

## Insolvenza dei gruppi societari

Nella proposta riguardante la gestione dei gruppi societari la Commissione intende mantenere come base l'approccio dell'attuale regolamento, ribadito anche dalla Corte di giustizia nel caso *Eurofood*<sup>512</sup>, per cui le società facenti parte del gruppo saranno innanzitutto considerate come singole entità giuridiche<sup>513</sup>. L'implementazione dell'approccio consiste nella previsione di regole di coordinamento simili a quelle già previste e proposte per i rapporti tra procedura principale e procedure secondarie<sup>514</sup>. Così si impone ai curatori e ai giudici coinvolti nelle insolvenze delle società del gruppo di cooperare: i curatori dovranno assolvere a questo obbligo scambiandosi informazioni, elaborando congiuntamente un piano di salvataggio o di riorganizzazione e utilizzando se possibile dei protocolli; i giudici dovranno scambiarsi informazioni, coordinare la nomina dei curatori e approvarne gli eventuali protocolli<sup>515</sup>.

La Commissione intende inoltre attribuire a ciascun curatore il diritto di prendere parte alle altre procedure delle società del gruppo, il diritto di essere in esse sentito, il diritto di chiederne la sospensione e il diritto di proporre dei piani di ristrutturazione alle corti e al comitato dei creditori di queste.

Nel caso di gruppi societari altamente integrati la proposta intende mantenere l'attuale prassi adottata da molteplici corti nazionali, per cui il COMI di tutte le società può essere localizzato in un unico luogo, tipicamente il COMI della società madre, accentrando in detta giurisdizione tutte le procedure del gruppo<sup>516</sup>.

---

<sup>512</sup> Si veda Sentenza della Corte di giustizia, *Eurofood*, cit., par. 30.

<sup>513</sup> Si veda *Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1346/2000*, cit., p. 9.

<sup>514</sup> Si veda *ivi*, p. 10. Il principio è riassunto con l'inserimento di un nuovo «considerando» 20-bis, per cui «[è] necessario che il presente regolamento garantisca la gestione efficiente delle procedure d'insolvenza relative a società diverse che fanno parte di un gruppo di società. Nel caso in cui siano state aperte procedure d'insolvenza per varie società dello stesso gruppo, tali procedure devono essere opportunamente coordinate. Ai vari curatori e giudici coinvolti dovrebbe pertanto incombere lo stesso obbligo di cooperare e comunicare tra loro che vige per curatori e giudici coinvolti nella procedura principale e nelle secondarie relative allo stesso debitore [...]». Si veda *ivi*, p. 17, par. 14.

<sup>515</sup> Si veda *ivi*, p. 10.

<sup>516</sup> Si veda *ivi*. Si ritiene tuttavia che ciò sarà possibile non in maniera automatica, ma la localizzazione dei diversi COMI dovrà ovviamente rispettare i requisiti di superamento della presunzione semplice elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e ribaditi dalla proposta stessa della Commissione. Il rispetto dei requisiti è ribadito anche dal nuovo «considerando» 20-ter: « [I]'introduzione di norme sull'insolvenza di gruppi societari non deve limitare la possibilità del giudice di avviare, in un'unica giurisdizione, la procedura d'insolvenza per varie società appartenenti allo stesso gruppo, qualora ritenga che il centro degli interessi principali di queste società si trovi in un solo e medesimo Stato membro. In simili situazioni, il giudice deve avere la facoltà di nominare, ove opportuno, lo stesso curatore per tutte le procedure in questione». Si veda *ivi*, p. 17, par. 14.

Riassumendo, la Commissione propone per i gruppi societari due soluzioni in alternativa possibili. La prima consiste in una semplice conduzione autonoma delle singole procedure aperte per le società del gruppo, per le quali sussisterà comunque uno stretto obbligo di coordinamento tra giudici e curatori. Questi ultimi potranno inoltre adoperarsi affinché venga elaborato e attuato un piano di salvataggio o di riorganizzazione. La seconda alternativa permette di accentrare tutte le procedure delle società del gruppo in un unico luogo e davanti ad un solo giudice, nel caso in cui ovviamente vengano rispettati i necessari requisiti di giurisdizione. La differenza tra le due alternative è dunque che nel primo caso le molteplici procedure saranno assoggettate ad altrettante giurisdizioni, mentre nel secondo caso una sola giurisdizione sarà competente per le molteplici procedure.

Il punto di partenza sviluppato dalla Commissione per la creazione di precise regole per i gruppi societari parte dall'inserimento nell'art. 2 di tre nuove definizioni di "gruppo societario", di "società madre" e di "società controllata", ove per il secondo termine viene ripresa la definizione di "impresa madre" di cui all'art. 1 della Settima direttiva 83/349/CEE del Consiglio del 13 giugno 1983 basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato e relativa ai conti consolidati<sup>517 518</sup>. Il fulcro della proposta sul tema consiste nell'inserimento di un nuovo capitolo IV-*bis* al regolamento, riguardante l'insolvenza delle società facenti parte di un gruppo societario<sup>519</sup>. Prendendo spunto dagli artt. 31, 31-*bis* e 31-*ter* riguardanti i rapporti tra procedura principale e procedure secondarie, la Commissione impone simili obblighi di cooperazione e comunicazione anche tra curatori e giudici coinvolti nelle procedure delle società del gruppo agli artt. 42-*bis*, 42-*ter* e 42-*quater*. L'ultimo art. 42-*quinquies* compreso in questo nuovo

---

<sup>517</sup> Si veda *ivi*, pp. 20 ss., par. 21, art. 2, lett. (i), (j). Per la definizione di società madre la lett. (j) prevede che sia tale «la società che

i) ha la maggioranza dei diritti di voto degli azionisti o soci in un'altra società ("società controllata"), oppure

ii) è azionista o socia della società controllata e ha il diritto di

aa) nominare o revocare la maggioranza dei membri dell'organo di amministrazione, direzione o vigilanza della società controllata, oppure

bb) esercitare un'influenza dominante sulla società controllata in virtù di un contratto stipulato con tale società o di una clausola dello statuto di quest'ultima.»

<sup>518</sup> Si veda Settima direttiva 83/349/CEE del Consiglio del 13 giugno 1983 basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato e relativa ai conti consolidati, in *GU* n. L 193, 18 luglio 1983, pp. 1-17, reperibile all'indirizzo web [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu), ricerca per numero CELEX: 31983L0349. La proposta di riferirsi a questo articolo della Settima direttiva per la definizione di società madre è venuta anche dalle *INSOL Europe Proposals*, si veda p. 95, par. V.9.

<sup>519</sup> Si veda *ivi*, pp. 31 ss., par. 45.

capitolo dedicato elenca invece i poteri dei curatori delle procedure del gruppo sopra esposti.

Riguardo alla proposta della Commissione sui gruppi societari alcuni Autori si sono espressi negativamente sulla mancanza di un criterio di COMI particolare per i gruppi insolventi, distinto dal criterio previsto per le singole entità societarie e per le persone fisiche<sup>520</sup>. Gli Autori ritengono infatti più opportuno introdurre un E-COMI che determini il centro degli interessi principali dei gruppi societari con criteri simili al COMI, ma con la diversa impostazione per cui andrebbe localizzato un solo centro degli interessi principali per l'intero gruppo. Parallelamente al COMI, l'E-COMI dovrebbe inoltre basarsi sulla presunzione semplice per cui detto centro di gruppo si presume coincidere con la sede statutaria della società madre<sup>521</sup>. L'individuazione del centro degli interessi principali di tutte le società del gruppo nello stesso luogo, presumibilmente la sede della controllante, permetterebbe così il consolidamento a livello europeo delle diverse procedure<sup>522</sup>. Tuttavia è anche stato fatto notare come la creazione di un E-COMI "artificiale" può generare notevoli inefficienze e procedure costose, in cui la gerarchia di diritti del ceto creditorio prevista dalla legge concorsuale di uno Stato membro finirebbe per confliggere con i diversi diritti dei creditori esteri, poichè diversamente protetti negli altri Stati membri<sup>523</sup>.

### 3.2.3 Prima lettura del Parlamento europeo

Oltre un anno dopo l'adozione della proposta da parte della Commissione il Parlamento europeo è finalmente giunto alla prima lettura della proposta il 5 febbraio 2014, approvando sessantanove emendamenti alla proposta di regolamento<sup>524</sup>.

---

<sup>520</sup> Si veda **P. FAZZINI, M.M. WINKLER**, *La proposta di modifica del regolamento*, cit., par. 3.5; **S.L. BUFFORD**, *Revision of the European Union Regulation*, cit., pp. 44 ss. Il criterio di centro degli interessi principali di un gruppo societario viene chiamato "E-COMI" (*Enterprise Center of Main Interests*), o "G-COMI" (*Group Center of Main Interest*).

<sup>521</sup> Si veda **P. FAZZINI, M.M. WINKLER**, *La proposta di modifica del regolamento*, cit.; **S.L. BUFFORD**, *Revision of the European Union Regulation*, cit., p. 46.

<sup>522</sup> Si veda **F. FRITZ**, *Report on the EIR revision proposals by the European Commission, from the German point of view*, cit., pp. 19 ss.

<sup>523</sup> Si veda *ivi*.

<sup>524</sup> Si veda *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 5 febbraio 2014 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio relativo alle procedure di insolvenza, COM(2012)0744 – C7-0413/2012 – 2012/0360(COD)*, Strasburgo, 5 febbraio 2014, P7\_TA(2014)0093, reperibile all'indirizzo web <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0093+0+DOC+XML+V0//IT>. La risoluzione legislativa del Parlamento è stata adottata con 589 voti

In linea generale il Parlamento mantiene immutate le aree di intervento proposte dalla Commissione, apportando tuttavia alcune modifiche soprattutto sulla questione dei gruppi di imprese, per la quale il Parlamento introduce addirittura elementi ulteriori rispetto a quelli proposti dalla Commissione.

#### Campo di applicazione del regolamento

Riguardo al campo di applicazione del regolamento il Parlamento accoglie la proposta di un suo ampliamento, volendo anch'esso che sia esteso alle procedure prefallimentari e ibride, e che sia meglio sviluppata una cultura europea del risanamento. Ad esempio all'art. 1 viene implementata la proposta della Commissione prevedendo espressamente che le procedure che possono essere avviate prima dell'insolvenza dovranno mirare a evitare la liquidazione, imponendo un obbligo di scopo alle procedure prefallimentari che possono rientrare nel regolamento<sup>525</sup>. Questa prima lettura del Parlamento tuttavia intende delimitare questa estensione prevedendo l'intervento dell'autorità giudiziaria anche per queste nuove procedure rientranti nel campo di applicazione del regolamento. Il testo della Commissione intendeva infatti modificare il «considerando» 10 e l'art. 3-ter, par. 2, affinché fosse possibile l'apertura di una procedura d'insolvenza anche senza la decisione di una corte, purchè tale procedura extragiudiziale fosse ufficialmente riconosciuta e avesse efficacia giuridica nello Stato membro di apertura<sup>526</sup>. Il Parlamento ha così integralmente soppresso sia il decimo considerando sia l'art. 3-ter, par. 2, ritenendo necessario un minimo controllo da parte di una corte almeno nella fase di apertura della procedura<sup>527</sup>.

Si è poi già visto come la Commissione abbia modificato la definizione di curatore di cui all'art. 2, definendo tale non soltanto il soggetto o l'organo nominato da una corte per prendere possesso dei beni oggetto di spossessamento del debitore, ma anche il debitore, nel caso in cui rimanga in possesso dei propri beni sotto il controllo del giudice. Per evitare probabilmente confusione nell'applicazione delle norme del regolamento che coinvolgono la figura di curatore, il Parlamento ha invece modificato la proposta della Commissione fornendo due distinte definizioni per le due figure del

---

favorevoli, 69 contrari e 19 astenuti. Si veda l'indirizzo web

<http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1336395&t=d&l=en>.

<sup>525</sup> Si veda *ivi*, emend. 13.

<sup>526</sup> Si veda il precedente paragrafo.

<sup>527</sup> Si veda *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 5 febbraio 2014*, cit., emend. 4, 31.

curatore nominato con lo spossessamento e del debitore non spossessato. La modifica definisce all'art. 2, lett. b), il "curatore dell'insolvenza" come qualsiasi persona od organo con la funzione, anche provvisoria, di amministrare, parzialmente o totalmente, o liquidare i beni dei quali il debitore è spossessato, mentre definisce alla nuova lett. b-bis) il "debitore non spossessato" come il debitore nei confronti del quale è stata aperta una procedura di insolvenza che non implica il trasferimento dei pieni diritti e doveri di amministrazione dei suoi beni in capo ad un curatore, lasciandogli un controllo almeno parziale sui suoi beni e affari<sup>528</sup>. Il Parlamento quindi non intende confondere le due figure di curatore e di debitore non spossessato, prevedendo anzi la possibilità che le due figure siano compresenti: nel caso in cui il debitore non spossessato mantenga un controllo soltanto parziale, il nuovo curatore dell'insolvenza potrebbe nella medesima procedura amministrare parzialmente quella porzione di beni dei quali il debitore è spossessato. Viene dunque emendata quella sorta di equiparazione che la Commissione aveva proposto per il curatore e il debitore non spossessato.

Per quanto riguarda la proposta di introduzione di un meccanismo più preciso per la modifica degli allegati il Parlamento ha accolto in pieno l'impostazione proposta dalla Commissione, per cui qualsiasi modifica dell'allegato A dovrà essere richiesta alla Commissione, la quale dovrà verificare il rispetto delle condizioni di cui all'art. 1 da parte della procedura di cui si chiede la modifica. La prima lettura del Parlamento tuttavia si spinge oltre, integrando l'importante vuoto che la Commissione aveva lasciato riguardo alla mancata regolamentazione dei casi in cui non nuove procedure, ma procedure già incluse negli allegati subiscono modifiche sostanziali. Il Parlamento ha infatti introdotto all'art. 45 un nuovo par. 2-bis in base al quale «[g]li Stati membri notificano alla Commissione le eventuali modifiche sostanziali riguardanti le norme nazionali in materia di procedure di insolvenza. La Commissione valuta se le norme modificate rispettano le condizioni di cui all'articolo 1 e, in caso affermativo, modifica l'allegato A mediante atto delegato»<sup>529</sup>. Si ritiene che questa previsione introdotta ponga in capo agli Stati membri che riformano nella sostanza le proprie norme e procedure, quasi sicuramente già incluse nell'allegato A, un obbligo di notifica alla Commissione, la quale valuterà appunto se le norme così riformate continuano a rispettare i requisiti fissati all'art. 1.

---

<sup>528</sup> Si veda *ivi*, emend. 17, 18.

<sup>529</sup> *Ivi*, emend. 67.

### Competenza giurisdizionale

Riguardo all'ambito della competenza giurisdizionale e della definizione di centro degli interessi principali la prima modifica del Parlamento che desta attenzione riguarda l'attenuazione del valore della sede statutaria nella localizzazione del COMI. Il nuovo «considerando» 13-*bis* inserito nella proposta della Commissione riprendeva integralmente l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia sul metodo di localizzazione del COMI nel caso *Interedil*. L'ultimo periodo del considerando riprendeva anche il valore di presunzione sostanzialmente assoluta che la Corte lussemburghese attribuiva alla sede statutaria, nel caso in cui in essa si trovassero gli organi direttivi e di controllo e venissero in essa prese le decisioni di gestione della società, in maniera riconoscibile dai terzi. Il Parlamento ha invece soppresso questa ultima previsione, lasciando quindi possibile superare la presunzione della sede statutaria anche quando in essa si trovino gli organi direttivi e di controllo e in essa vengano assunte, in maniera riconoscibile dai terzi, le decisioni di gestione<sup>530</sup>.

Per la spinosa questione del *forum shopping* si è visto come la proposta della Commissione non fornisca una soluzione completa al fenomeno, nel caso in cui il trasferimento avvenga nel periodo di poco antecedente all'apertura della procedura. Infatti la proposta riprende anche in questo caso quanto affermato nella sentenza *Interedil*, lasciando possibili trasferimenti in prossimità della proposizione di una domanda di apertura, potenzialmente abusivi, purchè siano effettivi. L'opinione del Parlamento sul tema sembra in parte più attenta ai casi di trasferimento sì effettivo ma repentino e dunque potenzialmente abusivo, fissando all'art. 3, par. 1, un periodo sospetto di tre mesi antecedenti l'apertura di una procedura di insolvenza o di una procedura provvisoria, entro i quali un eventuale trasferimento del luogo in cui il debitore esercita la gestione dei suoi interessi in maniera abituale e riconoscibile dai terzi non permetterà di localizzare in questa nuova sede il COMI<sup>531</sup>. Si è già visto nei precedenti paragrafi come soprattutto INSOL Europe avesse proposto l'introduzione di un periodo sospetto, anche se ben più esteso e a partire a ritroso dalla domanda di apertura, non dall'apertura vera e propria della procedura come previsto dal Parlamento. A giudizio di chi scrive la soluzione prevista in questa prima lettura sembra voler mediare tra la necessità di dissuadere le parti dal trasferire i procedimenti giudiziari e la

---

<sup>530</sup> *Ivi*, emend. 6.

<sup>531</sup> *Ivi*, emend. 27.



libertà di stabilimento, ove quest'ultima incarnerebbe anche la possibilità di implementare una concorrenza *bottom-up* tra normative concorsuali dei diversi Stati membri. Questa nuova disposizione risulta dunque interpretabile in tale maniera: il debitore risulta in linea di principio libero di usufruire della propria libertà di stabilimento, scegliendo la giurisdizione e la normativa nazionale ritenuta più adatta alla propria attività, tuttavia tale libertà assumerà una connotazione abusiva nel caso in cui venga esercitata nei tre mesi antecedenti la decisione di apertura di una procedura di insolvenza o di una procedura provvisoria<sup>532</sup>. Se per la proposta della Commissione era evidente che non ci fosse l'intenzione di risolvere la questione del trasferimento di COMI abusivo, questo emendamento 27 del Parlamento è sì una soluzione, ma del tutto superflua e inefficace. Dal punto di vista dei creditori e dei relativi crediti sorti *ante* trasferimento non si capisce come possano essere sufficienti soltanto tre mesi ai fini di una loro tutela. Enfatizza tale dubbio il fatto che il termine si calcoli a ritroso non dalla richiesta di apertura della procedura, ma dal successivo momento di apertura della stessa. L'impressione è che l'intenzione sia quella di dare maggiore rilevanza alla libertà di stabilimento rispetto alla tutela dei creditori, ma non si capisce come mai il Parlamento abbia adottato questo inefficace termine *a quo*, invece di riprendere integralmente la posizione della Commissione.

#### Publicità della procedura e insinuazione dei crediti

Per quanto riguarda la proposta di un registro elettronico delle insolvenze il Parlamento accoglie appieno l'impostazione della Commissione, adottando inoltre alcuni emendamenti che ne implementano il corretto funzionamento.

Innanzitutto si intende aggiungere nel nuovo art. 20-*bis* il numero del registro delle società e l'indirizzo della sede statutaria come ulteriori informazioni per le società, da includere tra quelle presenti nei registri fallimentari che gli Stati membri saranno tenuti

---

<sup>532</sup> Questo emendamento del Parlamento modifica anche la decisione della Corte di giustizia nella sentenza *Staubitz-Schreiber*, la quale prevedeva che non fossero validi ai fini della competenza giurisdizionale i trasferimenti di COMI successivi alla proposizione di una domanda di apertura, poichè il momento rilevante per la localizzazione del COMI era appunto il momento di proposizione della domanda di apertura. Invece in base a questo emendamento il momento rilevante per la localizzazione del COMI sarà quello antecedente i tre mesi dal momento in cui è aperta la procedura. Ad esempio, se la domanda di apertura viene formulata prima dei tre mesi antecedenti l'apertura ma sempre prima di questi tre mesi il debitore trasferisce effettivamente il proprio COMI, lo Stato di destinazione sarà quello in cui andrà localizzato il COMI e sarà lo Stato fornito di competenza giurisdizionale.

a rendere accessibili via internet<sup>533</sup>. Riguardo invece al diritto di impugnazione della decisione di apertura in capo ai creditori esteri, la prima lettura del Parlamento introduce maggiore chiarezza nei metodi in cui è possibile azionare tale diritto. Il par. 3 dell'art. 3-ter infatti fissa un termine per tale impugnazione di tre settimane, a decorrere dal momento in cui l'informazione relativa alla data di apertura della procedura di insolvenza viene resa accessibile tramite pubblicazione nel registro informatico europeo<sup>534</sup>. È così fissato per i creditori esteri un termine unico di impugnazione per qualsiasi procedura di ogni Stato membro. Si ritiene che uniformare i termini di impugnazione discostandosi dai termini previsti dalle diverse normative nazionali permette così una più facile impugnazione da parte dei creditori esteri, senza che questi debbano necessariamente conoscere nel dettaglio la normativa dello Stato di apertura e senza doversi appoggiare a un legale<sup>535</sup>.

#### Procedure secondarie

Per la proposta di modifica del sistema delle procedure secondarie la prima lettura del Parlamento contiene degli emendamenti che ne specificano meglio il meccanismo di funzionamento. Ad esempio si è visto come la Commissione proponga che il curatore della procedura principale possa *ex art. 18, par. 1*, adottare procedure secondarie sintetiche, al fine di evitare l'apertura di procedure secondarie, in cui si impegna cioè a rispettare nella procedura principale i diritti nella ripartizione e i diritti di prelazione di cui avrebbero goduto i creditori locali, qualora fosse stata aperta una procedura secondaria. Il Parlamento concretizza nella pratica l'assunzione di tale impegno imponendo che il curatore dell'insolvenza specifichi le ipotesi di fatto sulle quali si fonda l'impegno, su quale sia nel concreto il sistema di priorità e di grado nella ripartizione dei crediti locali per cui il curatore dell'insolvenza si assume l'impegno, e ciò dovrà avvenire a norma della legislazione che disciplina le procedure secondarie. Per giustificare la non apertura della procedura secondaria dovrà inoltre specificare nel proprio impegno il valore dell'attivo distribuibile nell'ambito della procedura secondaria sintetica, le opzioni disponibili per realizzare tale valore, la percentuale di creditori nella procedura principale partecipanti alla procedura secondaria e i costi da

---

<sup>533</sup> *Ivi*, emend. 36, il quale introduce una nuova lettera *d-bis*).

<sup>534</sup> *Ivi*, emend. 32.

<sup>535</sup> Si veda anche quanto già proposto dalla Commissione a riguardo.

sostenere in caso di apertura della procedura secondaria<sup>536</sup>. Così la possibilità offerta al curatore dell'insolvenza della procedura principale di non fare aprire procedure secondarie, che potrebbero portare ad inefficienze e inutili aumenti di costo delle procedure, viene ponderata con l'assunzione da parte dello stesso di un impegno preciso e dettagliato, che necessita di una solida motivazione che confronti i costi di apertura dell'eventuale procedura secondaria con il valore dell'attivo da essa ricavabile. Questa nuova previsione si ricollega e viene confermata anche dall'emendamento dell'art. 29-*bis*, par. 2, ove il Parlamento specifica che il curatore dell'insolvenza della procedura principale può obbligare il giudice locale a rinviare o rifiutarsi di aprire una procedura secondaria, qualora egli presenti prove sufficienti a dimostrare che tale apertura non è necessaria ai fini della tutela degli interessi dei creditori locali, e abbia assunto l'impegno di cui sopra<sup>537</sup>. Al fine di controbilanciare questo forte potere posto in capo al curatore dell'insolvenza della procedura principale, il Parlamento intende inoltre inserire un nuovo paragrafo 2-*bis*) nell'art. 29-*bis*, in cui si pone in capo ai creditori locali un diritto di impugnazione della decisione di rinvio o di rifiuto di apertura della procedura secondaria entro tre settimane dalla pubblicazione di questa decisione nel registro informatico europeo<sup>538</sup>.

Specularmente un simile diritto di impugnazione è posto in capo al curatore dell'insolvenza della procedura principale nel caso in cui venga aperta una procedura secondaria, per cui al par. 4 dell'art. 29-*bis* si obbliga a notificare immediatamente la decisione di apertura della procedura secondaria al curatore dell'insolvenza della procedura principale, il quale avrà tre settimane dal ricevimento di questa notifica per poterla impugnare<sup>539</sup>.

### Gruppi societari

L'attività del Parlamento di emendamento e di revisione della proposta della Commissione si è in particolare focalizzata sul tema dell'insolvenza dei gruppi di imprese, come è possibile desumere da questa prima lettura. Infatti su tale argomento il

---

<sup>536</sup> Si veda *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 5 febbraio 2014*, cit., emend. 35.

<sup>537</sup> Si veda *ivi*, emend. 43.

<sup>538</sup> *Ivi*, emend. 44. Tale diritto e il relativo termine sono medesimi a quelli sempre in capo ai creditori locali, esteri, per l'impugnazione dell'apertura di una procedura principale.

<sup>539</sup> E, ove le circostanze lo giustifichino, il giudice che dispone l'apertura della procedura secondaria può ridurre tale termine a un minimo di una settimana dalla ricezione della notifica. Si veda *ivi*, emend. 47.

Parlamento non ha soltanto modificato la proposta o aggiunto alcuni emendamenti secondari, ma si è decisamente spinta oltre il sistema che la Commissione ha elaborato prevedendo una serie di nuovi emendamenti che introducono una nuova procedura ben più ambiziosa: la procedura di coordinamento di gruppo.

Preannuncia l'introduzione di questa procedura il nuovo «considerando» 20-*bis-bis*, che ne motiva l'inserimento nel regolamento da parte del Parlamento: «[l]'introduzione di una procedura di coordinamento di gruppo dovrebbe [...] rafforzare la ristrutturazione di un gruppo e/o delle sue società grazie a una gestione coordinata flessibile delle procedure di insolvenza. [...] [Detta procedura] non dovrebbe essere vincolante per le singole procedure quanto piuttosto fungere da riferimento per le misure da adottare nell'ambito di tali procedure»<sup>540</sup>.

Le norme che regolano questa procedura sono inserite nei nuovi artt. 42-*quinqüies-bis* e ss., lasciando come substrato normativo la proposta di stretto coordinamento avanzata dalla Commissione. L'art. 42-*quinqüies-bis* dispone che la procedura di coordinamento di gruppo ha origine dall'iniziativa dei curatori dell'insolvenza delle diverse società del gruppo, i quali possono promuoverne l'apertura dinanzi a qualunque giudice che sia competente ad aprire una procedura di insolvenza riguardante una società del gruppo<sup>541</sup>. Le condizioni affinché il giudice adito dell'apertura della procedura di coordinamento di gruppo sia competente all'apertura sono che la procedura a cui fa capo tale giudice sia ancora in corso, e che le società del gruppo aventi il COMI nello Stato membro del giudice adito svolgano funzioni essenziali all'interno del gruppo stesso. Quali funzioni siano considerate essenziali all'interno del gruppo è oggetto della nuova lett. j-*bis*) dell'art. 2:

- i. «prima dell'apertura di una procedura di insolvenza relativa a una società facente parte del gruppo, la capacità di adottare e fare applicare decisioni di importanza strategica per il gruppo o per le sue parti;  
oppure

---

<sup>540</sup> Si veda *ivi*, emend. 11. Nella propria risoluzione il Parlamento ha inoltre previsto un nuovo «considerando» 20-*ter* che spinge i singoli Stati membri a introdurre disposizioni sull'insolvenza di gruppi societari di propria competenza giurisdizionale. Si veda *ivi*, emend. 12.

<sup>541</sup> *Ivi*, emend. 60.

- ii. l'importanza economica all'interno del gruppo, presumibile quando una o più società del gruppo apportano un contributo al bilancio consolidato totale e al fatturato consolidato pari almeno al 10%»<sup>542</sup>.

Questo combinato disposto mira dunque ad assicurare che la procedura di coordinamento di gruppo venga aperta nello Stato membro, e di fronte al giudice competente, della società che svolga all'interno del gruppo funzioni essenziali, e in capo alla quale sia in corso una procedura di insolvenza.

Per risolvere eventuali conflitti di giurisdizione tra giudici aditi per l'apertura di una procedura di coordinamento di gruppo, il par. 2 dello stesso articolo attribuisce due livelli di risoluzione, per cui al primo livello la competenza per l'apertura viene attribuita al giudice dello Stato membro in cui sono svolte le «funzioni di maggiore rilevanza all'interno del gruppo stesso»<sup>543</sup>. Nel caso in cui non sia possibile individuare il luogo in cui sono svolte dette funzioni maggiormente rilevanti il secondo livello di risoluzione prevede che la procedura di coordinamento di gruppo vada aperta dal giudice adito per primo in ordine temporale, sempre che rispetti i due requisiti tassativi del par. 1 sopra illustrato<sup>544</sup>.

L'apertura di una procedura di coordinamento di gruppo mira a sviluppare tre funzioni, elencate al nuovo art. 42-*quinquies-ter*:

- a) formulare raccomandazioni di tipo procedurale e di merito per la conduzione coordinata delle procedure di insolvenza aperte nel gruppo;
- b) fornire una figura di mediatore nelle controversie tra due o più curatori dell'insolvenza di società del gruppo;
- c) elaborare un piano di coordinamento di gruppo le cui misure rispondano ad un approccio integrato alla risoluzione delle situazioni di insolvenza delle società del gruppo<sup>545</sup>.

L'implementazione di queste funzioni è devoluta ad una nuova figura, cioè il coordinatore di gruppo. La sua nomina è di competenza del giudice che dispone

---

<sup>542</sup> *Ivi*, emend. 26. Sempre all'art. 2 e sempre con riferimento ai gruppi di imprese, il Parlamento ha inoltre modificato la lett. j) aggiunta dalla Commissione, ridefinendo il termine "società madre" come «[...] la società che controlla una o più società controllate. Una società che redige un bilancio consolidato per il gruppo conformemente alla direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio è considerata una società madre». Si veda *ivi*, emend. 25.

<sup>543</sup> *Ivi*, emend. 60. Allo scopo di tale individuazione il paragrafo impone anche un obbligo di comunicazione e coordinamento tra i giudici aditi conformemente all'art. 42-*ter*.

<sup>544</sup> *Ivi*.

<sup>545</sup> Si veda *ivi*, emend. 61.

l'apertura della procedura di coordinamento di gruppo, e deve avere un carattere di indipendenza rispetto alle società del gruppo coinvolte e ai relativi creditori<sup>546</sup>. Egli avrà il compito di formulare raccomandazioni affinché le procedure di insolvenza del gruppo vengano condotte in maniera coordinata, di fungere da mediatore nelle controversie tra curatori e di elaborare il piano di coordinamento.

L'articolo, oltre ad esporre le funzioni e i doveri del coordinatore, elenca al par. 2 i diritti in capo a questa figura, come ad esempio il diritto di essere ascoltato e coinvolto in qualunque procedura del gruppo, il diritto di richiedere informazioni anche solo potenzialmente utili ai curatori delle diverse procedure del gruppo per il miglior svolgimento dei propri compiti, il diritto di richiedere la sospensione di una delle procedure del gruppo per un periodo massimo di tre mesi nonché il diritto di cessare questa sospensione<sup>547</sup>.

Dal momento che il Parlamento ha previsto la nomina di un coordinatore e l'apertura della specifica procedura di coordinamento, è stata in questa prima lettura soppressa la possibilità che la Commissione aveva previsto per qualsiasi curatore interessato di proporre un piano di risanamento, dal momento che questa possibilità diventa un compito del coordinatore<sup>548</sup>.

Si è visto come il terzo compito del coordinatore, nonché uno dei tre obiettivi della procedura di coordinamento, sia l'elaborazione di un piano di coordinamento di gruppo. Questo piano potrà contenere dei metodi di risoluzione su tre possibili problematiche, cioè sulle misure da adottare per il recupero economico-finanziario del gruppo o di parte di esso, sulla composizione delle controversie infragruppo (ad es. operazioni infragruppo e azioni revocatorie) e sugli accordi tra i curatori dell'insolvenza delle società insolventi del gruppo<sup>549</sup>. Una volta stilato il piano di coordinamento, il coordinatore dovrà presentarlo ai curatori dell'insolvenza delle procedure di gruppo interessate dall'attuazione di questo piano e al giudice della procedura di coordinamento, come previsto dal nuovo art. 42-*quinquies-quater*<sup>550</sup>. I curatori dell'insolvenza potranno prima dell'approvazione formulare delle osservazioni sul piano presentato entro un periodo non superiore ad un mese, fissato dal coordinatore,

---

<sup>546</sup> *Ivi.*

<sup>547</sup> *Ivi.*

<sup>548</sup> Si veda *ivi*, emend. 10, 57, 58.

<sup>549</sup> *Ivi.*

<sup>550</sup> Si veda *ivi*, emend. 62.

mentre il giudice avrà il compito di accertare che il coordinatore abbia rispettato determinati requisiti formali e procedimentali, e in caso di esito positivo approverà il piano presentato dal coordinatore, dando così inizio alla sua attuazione.

La particolarità che il Parlamento ha introdotto con questa procedura e in particolare con il piano di coordinamento è desumibile dal nuovo art. 42-*quinquies-quinquies*, dal quale si desume che detto piano non avrà carattere vincolante per i curatori dell'insolvenza delle società del gruppo soggette a procedura di insolvenza, dal momento che questi, pur avendo il dovere di tenerne conto, potranno discostarsene<sup>551</sup>. Dal tenore dell'articolo si desume che l'aperta procedura di coordinamento interesserà tutte le società del gruppo per le quali sia stata aperta una procedura di insolvenza, ponendo automaticamente in capo a tutti i rispettivi curatori il dovere di tenere conto delle raccomandazioni del coordinatore nonché del piano di coordinamento di gruppo. Anche se il Parlamento non intende rendere vincolante questo piano per i curatori dell'insolvenza, tuttavia li obbliga a fornire agli organi nei confronti dei quali essi sono responsabili secondo la legge dello Stato membro interessato i motivi in base ai quali hanno ritenuto di non doversi attenere al piano. L'importanza di tale obbligo di giustificarsi nei confronti dei soggetti nei confronti dei quali i curatori sono responsabili è sostenuta dal par. 2 dello stesso articolo, in base al quale «[i]l mancato rispetto del paragrafo 1 è considerato una violazione dei doveri del curatore ai sensi della legge dello Stato membro interessato»<sup>552</sup>. Questa previsione porta dunque ad una modifica delle norme di diritto interno degli Stati membri concernenti le responsabilità e i doveri dei curatori aggiungendo questa particolare fattispecie.

Per quanto attiene invece alla responsabilità del coordinatore, il nuovo art. 42-*quinquies-sexies* impone che egli adempia ai propri doveri con la diligenza del buon padre di famiglia e pone sotto la sua responsabilità l'attivo fallimentare interessato dalla procedura di coordinamento di gruppo per i danni ragionevolmente attribuibili a sue violazioni dei doveri di cui sopra. Tale responsabilità per danni andrà accertata secondo la legge dello Stato membro in cui è stata aperta la procedura di coordinamento<sup>553</sup>.

Infine in riferimento alle spese della procedura di coordinamento di gruppo, nonché alla remunerazione del coordinatore, l'art. 42-*quinquies-septies* ritiene che i singoli Stati

---

<sup>551</sup> Si veda *ivi*, emend. 63.

<sup>552</sup> *Ivi*.

<sup>553</sup> Si veda *ivi*, emend. 64.

membri dovranno quantificare per legge i due valori. Il costo totale così quantificato andrà ripartito tra le società del gruppo soggette a procedura di insolvenza al momento dell'apertura della procedura di coordinamento, in proporzione al rapporto tra il valore dell'attivo appartenente alle singole società e il valore dell'attivo consolidato di tutte le società nei confronti delle quali erano state aperte procedure di insolvenza<sup>554</sup>.

In conclusione l'introduzione di questa procedura di coordinamento di gruppo si aggiunge all'impostazione bipartita proposta dalla Commissione, per cui è possibile che le procedure aperte in capo alle società del gruppo restino distinte e sussista soltanto un dovere di coordinamento tra di esse, oppure è possibile accentrare di fronte ad una sola corte nazionale tutte le procedure. Pur essendo in linea teorica applicabile ad entrambe le opzioni, è opinione di chi scrive che la procedura di coordinamento sia volta ad implementare la prima opzione, in cui cioè tra le procedure del gruppo aperte nei diversi Stati membri vige soltanto un dovere di cooperazione e comunicazione. Questa procedura infatti introduce in una simile situazione la figura terza e indipendente del coordinatore, il quale stilerà il piano di coordinamento di gruppo che così fungerà da punto di riferimento per i giudici e per i curatori delle singole procedure, nella loro attività di coordinamento e comunicazione. È opinione di chi scrive che tale procedura di coordinamento permetta di porre per iscritto quale sia lo scopo del coordinamento demandato, mentre la sola proposta della Commissione avrebbe creato una situazione in cui i giudici e i curatori avrebbero sì dovuto assolvere a detto obbligo, ma senza avere un preciso obiettivo o una direzione comune a tutte le procedure, per lo meno sulla carta. Quindi il piano stilato dal coordinatore dovrebbe permettere di indirizzare questa attività di coordinamento attraverso le raccomandazioni in esso contenute, fornendole uno scopo.

Se l'introduzione della procedura di coordinamento da un lato si ritiene permetta di rendere più efficiente ed efficace l'attività di coordinamento e informazione tra le

---

<sup>554</sup> Si veda *ivi*, emend. 65. Volendo proporre un esempio sulla ripartizione delle spese della procedura di coordinamento, si ipotizza un gruppo societario costituito da una società madre Alfa e tre controllate, Beta, Gamma e Delta. In capo alla società madre Alfa e alle controllate Beta e Gamma sono state aperte delle procedure di cui all'allegato A del regolamento, mentre non è stata aperta alcuna procedura in capo alla controllata Delta. Si ipotizza che fosse stata successivamente aperta una procedura di coordinamento nello Stato membro in cui è stata aperta la procedura in capo ad Alfa. Detto Stato membro successivamente calcola che i costi generati nell'ambito della procedura di coordinamento ammontino a 300€. Il valore dell'attivo consolidato delle società Alfa, Beta e Gamma ammonta a 1.000€, di cui i singoli attivi e relativa quota sul valore consolidato sono i seguenti: Alfa = 500€ (50%), Beta = 300€ (30%), Gamma = 200€ (20%). I costi della procedura saranno quindi suddivisi in base alla relativa quota di attivo consolidato: Alfa  $300 \times (50\%) = 150\text{€}$ , Beta  $300 \times (30\%) = 90\text{€}$ , Gamma  $300 \times (20\%) = 60\text{€}$ .



procedure, da un altro punto di vista si ritiene che potrà forse rivelarsi un punto critico il maggior costo che essa genera. Forse è presto per fornire dei giudizi sufficientemente ponderati, tuttavia è possibile ritenere che affinché l'introduzione di questo tipo di procedura sia utile, è necessario che il suo costo sia nella maggior parte dei casi inferiore al beneficio che le diverse procedure del gruppo otterranno dalla sua approvazione. Il Parlamento nella propria prima lettura nulla propone riguardo ad un meccanismo di valutazione dell'utilità o meno in termini economici che derivi dall'apertura di una procedura di coordinamento, dal momento che è soltanto necessario che qualsiasi curatore dell'insolvenza promuova il piano innanzi al giudice competente, che il giudice verifichi il rispetto dei requisiti e infine che questi approvi il piano.

### ***3.3 Conclusioni: verso un'armonizzazione del diritto concorsuale nell'UE?***

Allo stato attuale la procedura legislativa ordinaria di modifica del regolamento è giunta alla fase più critica. Dal momento che il Parlamento ha da poco espresso la propria posizione in prima lettura, perchè l'atto venga definitivamente adottato manca l'approvazione del Consiglio, che chiuderebbe così l'iter legislativo. Il Consiglio ha già in precedenza accolto positivamente la proposta della Commissione, ma è tuttora in fase di discussione del modello di legge. È stato previsto che i ministri riusciranno a giungere ad un accordo generale nella prossima riunione di giugno<sup>555</sup>.

Alla luce delle modifiche al regolamento proposte in questa procedura legislativa si può constatare che l'Unione europea ha nel complesso tenuto conto delle richieste formulate dalla dottrina e dai professionisti del settore, cercando anche di regolamentare le prassi adottate dalle corti di diversi Stati membri in alcune situazioni. L'unico tema su cui l'Unione si è discostata da queste richieste è stato quello del *forum shopping*, per il quale la Commissione e il Parlamento hanno ritenuto di modificare il regolamento secondo una diversa impostazione meno stringente rispetto a quanto era stato auspicato.

---

<sup>555</sup> Si veda *Insolvency: European Parliament backs Commission proposal to give viable businesses a 'second chance'*, European Commission MEMO/14/88, Strasburgo, 5 febbraio 2014, reperibile all'indirizzo web [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-14-88 en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-88_en.htm).

Rimane da affrontare quale argomento conclusivo la possibilità o meno di un'armonizzazione del diritto concorsuale degli Stati membri a livello europeo, nel breve o nel lungo periodo. Nel capitolo I si è già avuto modo di illustrare la constatazione contenuta nel considerando (11) del regolamento, il quale affermava che c'erano notevoli differenze fra i diritti sostanziali, e che ciò valeva soprattutto per i crediti garantiti. È comunque riscontrabile come alcune norme contenute nel regolamento risultino ora essere delle norme sostanziali ormai accettate in tutta l'Unione come regole armonizzate in ogni Stato membro. Ci si riferisce ad esempio all'art. 7, par. 2, sul fatto che l'apertura della procedura di insolvenza nei confronti di un venditore di un bene dopo la consegna di quest'ultimo non costituisce causa di scioglimento del contratto di vendita, oppure l'art. 20 sulla restituzione al curatore del credito di cui il creditore ha ottenuto soddisfacimento dopo l'apertura della procedura e sulla c.d. *hotchpot rule*, gli artt. da 29 a 35 riguardanti le procedure secondarie, l'art. 39 sul diritto di insinuazione dei crediti dei creditori di uno Stato membro, infine l'art. 40 sull'obbligo di informazione dei creditori da parte del giudice dell'apertura della procedura<sup>556</sup>.

A detta di alcuni autori un'armonizzazione a livello europeo permetterebbe la risoluzione di due principali problematiche che sono ancora presenti nel sistema del regolamento, cioè le esternalità negative generate dalle norme interne degli Stati membri e i danni ai creditori derivanti dal *forum shopping* abusivo<sup>557</sup>. Con riguardo alla prima problematica l'applicazione della *lex concursus* dello Stato di apertura ai beni e ai creditori esteri produce esternalità negative che generano inefficienze nella procedura principale; riguardo alla seconda problematica la differenza nelle garanzie offerte ai creditori e nella loro diversa suddivisione in gradi da parte delle normative degli Stati membri fa sì che trasferimenti di COMI abusivi avvengano a danno dei creditori<sup>558</sup>. L'armonizzazione permetterebbe per il primo problema di internalizzare le esternalità negative correggendo le inefficienze, mentre per il secondo problema permetterebbe ai creditori di avere piena certezza della legge concorsuale applicabile, qualsiasi sia lo

---

<sup>556</sup> Si veda **B. WESSELS**, *Revision of the EU Insolvency Regulation*, cit., p. 99.

<sup>557</sup> Si veda **F.M. MUCCIARELLI**, *Not Just Efficiency*, cit., p. 197.

<sup>558</sup> Si veda *ivi*.

Stato membro in cui il debitore si trasferisce anche in prossimità dell'apertura della procedura<sup>559</sup>.

È stato inoltre dimostrato come un'armonizzazione delle normative concorsuali permetterebbe di attrarre maggiori investimenti diretti esteri, poichè la presenza di una normativa concorsuale effettiva, omogenea in tutti gli Stati membri e certa, è un requisito essenziale ricercato dagli investitori diretti esteri per possibili situazioni future di difficoltà finanziarie<sup>560</sup>.

Se da un lato l'armonizzazione permetterebbe di risolvere importanti problematiche e porterebbe molteplici benefici, dall'altro presenta altrettante difficoltà e impedimenti ad un suo sviluppo. Per prima cosa l'armonizzazione delle normative concorsuali dovrebbe quindi portare ad un'armonizzazione anche delle strategie di sicurezza sociale. Tuttavia è stato fatto notare come queste strategie di sicurezza sociale siano state finora competenza esclusiva dei singoli Stati membri, poichè incorporano scelte di una certa rilevanza politica per di più eterogenee, a seconda dello Stato membro considerato. L'omogeneizzazione di queste strategie si scontrerebbe sicuramente con le strategie politiche e di governo dei singoli Stati membri, oltre che con le preferenze stesse della popolazione<sup>561</sup>. Una simile eterogeneità è tuttora presente anche negli interessi dei creditori e nel loro grado riconosciuto dai diversi Stati membri, e il legislatore dell'Unione sembra cosciente del fatto che raggiungere il giusto bilanciamento nella protezione dei diritti dei creditori è complicato<sup>562</sup>. Inoltre nonostante l'esistenza del regolamento in commento e di ulteriori direttive, esistono ancora giurisdizioni degli Stati membri favorevoli al debitore e non orientate invece verso i creditori<sup>563</sup>.

---

<sup>559</sup> *Ivi*. Un'armonizzazione dunque permetterebbe anche di risolvere il problema dei trasferimenti abusivi, poichè il debitore opportunistico non tenterà più di spostare il proprio COMI, dal momento che in qualunque Stato membro intenderà andare troverà la stessa normativa alla quale era sottoposto nello Stato di partenza. Nel caso in cui il debitore non intenda operare un trasferimento opportunistico invece sarebbe comunque legittimato ad operarlo, poichè non minerebbe in alcun modo la certezza dei creditori sulla legge applicabile.

<sup>560</sup> Si veda **D. MOSKVAN, V. VRBOVA**, *Connecting the Dots: Attracting Foreign Direct Investment through Harmonisation of European Insolvency Law*, in *Czech Yearbook of International Law – Regulatory Measures and Foreign Trade*, 2013, vol. IV, par. 3.9.

<sup>561</sup> Si veda **F.M. MUCCIARELLI**, *Not Just Efficiency*, cit., p. 199.

<sup>562</sup> *Ivi*; **D. MOSKVAN, V. VRBOVA**, *Connecting the Dots*, cit., par. 3.10; **R.J. de WEIJS**, *Harmonisation of European Insolvency Law and the Need to tackle two Common Problems: Common Pool & Anticommons*, in *Centre for the Study of European Contract Law – Working Paper Series*, 2011, n. 16, p. 3. Tale constatazione è anche presente nel modificato considerando (11), si veda *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 5 febbraio 2014*, cit., emend. 5.

<sup>563</sup> Tali giurisdizioni sono chiamate *debtor-friendly jurisdictions*, si veda **D. MOSKVAN, V. VRBOVA**, *Connecting the Dots*, cit., par. 3.10.

Anche nel caso in cui sia possibile superare gli ostacoli appena menzionati e armonizzare le normative concorsuali, ci si troverebbe di fronte al problema che ogni Stato membro continuerebbe ad avere le proprie differenze culturali, che porterebbero alla diversa interpretazione e applicazione della legge. Oltre a ciò l'armonizzazione sostanziale della normativa concorsuale non riuscirebbe ad eliminare tutte le differenze tra gli Stati membri, per cui fenomeni come ad esempio il *forum shopping* continuerebbero ad essere comunque presenti a causa di tali differenze.

Volendo fare un'analisi comparata, gli Stati Uniti si prestano come esempio di sistema in cui la normativa concorsuale è di competenza della Federazione, per cui la materia è tendenzialmente uniforme in tutti gli Stati<sup>564</sup>. Anche se la legge concorsuale è uniforme tuttavia gli interessi dei creditori non hanno eguale trattamento in ogni Stato, e in conseguenza di ciò sono presenti anche in tale sistema uniforme fenomeni di *forum shopping*<sup>565</sup>. Si ritiene che questo esempio, per quanto una simile analisi comparatistica sia superficiale, porta a ritenere che l'armonizzazione non sia un mezzo certo per risolvere problematiche come il *forum shopping* o il diverso trattamento dei creditori nei diversi Stati membri europei.

In conclusione, non risulta ad oggi possibile o necessaria una piena armonizzazione, a maggior ragione negli ambiti politicamente rilevanti appena evidenziati. Anche la proposta della Commissione e la risoluzione del Parlamento non contengono importanti armonizzazioni della legge sostanziale, se non per tutelare i creditori esteri e per facilitarne l'insinuazione in procedure aperte in altri Stati membri, dimostrando che l'Unione non ritiene che sia ancora giunto il momento favorevole ad un simile passo, essendo stato dimostrato come non si possa giungere a tale risultato nel breve termine.

Volendo comunque perseguire nel lungo termine l'obiettivo dell'armonizzazione, si ritiene che l'Unione europea possa continuare ad adottare uno strumento di cui si è già servita fin dall'introduzione del regolamento, e che si è rafforzato con il consolidamento della libertà di stabilimento, ossia la già citata competizione *bottom-up*. Ad esempio riguardo al momento di apertura della procedura già la formulazione originaria del regolamento intendeva favorire quelle normative concorsuali che permettevano lo

---

<sup>564</sup> Si veda **F.M. MUCCIARELLI**, *Optimal allocation of law-making power over bankruptcy law in "federal" and "quasi-federal" legal systems*, cit., p. 21.

<sup>565</sup> Si veda **D. BANAHAN**, *Cross Border Insolvency*, cit., p. 34; **F.M. MUCCIARELLI**, *Optimal allocation of law-making power over bankruptcy law in "federal" and "quasi-federal" legal systems*, cit., pp. 23, 25 ss. L'Autore cita il Delaware come Stato in cui confluisce gran parte del *bankruptcy tourism*.

spossestamento del debitore e un controllo sulle azioni dello stesso in tempi il più possibile rapidi<sup>566</sup>. L'intento di spronare gli Stati membri verso una concorrenza al miglioramento è stata ancor più riconosciuta da numerosa dottrina riguardo al *forum shopping* e ai trasferimenti di COMI<sup>567</sup>. Un importante ruolo in questo senso è stato affidato alla libertà di stabilimento, che negli ultimi anni è stata utilizzata come strumento per giustificare e rendere possibili trasferimenti di COMI in giurisdizioni sì potenzialmente favorevoli per il debitore, ma il più delle volte favorevoli anche per i creditori. Pur non palesandolo sembra incarnare questo intento la sentenza *Interedil*, che riguardo al delicato argomento dei trasferimenti in prossimità dell'apertura di una procedura nulla dispone sui comportamenti abusivi, nemmeno in forma di accenno. Sembrano andare nella medesima direzione anche la proposta della Commissione e la risoluzione del Parlamento, ove la prima riprende il contenuto della sentenza *Interedil* senza nulla aggiungere, mentre la seconda mantiene sostanzialmente invariato il sistema, avendo comunque l'accortezza di rendere il più possibile agevole per i creditori originari l'insinuazione nella procedura aperta all'estero dopo un trasferimento. La possibilità dunque che il debitore possa trasferire il proprio COMI anche in vista dell'apertura di una procedura concorsuale, al fine di ottenere per sé ma potenzialmente anche per i creditori una migliore efficienza ed efficacia nella procedura, dovrebbe spronare i diversi Stati membri ad imitare o ravvicinarsi alle normative concorsuali più virtuose. Tale attività di ravvicinamento diventerebbe quindi necessaria per gli Stati membri meno concorrenziali al fine di mantenere la giurisdizione sulle proprie società, sviluppando normative e procedure al passo con i tempi e più efficaci ed efficienti nei risultati, nonchè avendo l'ulteriore conseguenza positiva di attirare maggiori investimenti diretti esteri.

Nell'ipotesi di lungo periodo per cui tale processo concorrenziale tendente al miglioramento porterà ad un sufficiente ravvicinamento delle diverse normative degli

---

<sup>566</sup> E questa intenzione è stata palesata nella vicenda *Eurofood*, dove il sistema fallimentare italiano, che allora non prevedeva alcuna forma di spossessamento e nomina di un curatore antecedenti l'apertura di una procedura, si è trovato sprovvisto di giurisdizione anche per colpa di tale mancanza, in favore invece della giurisdizione Irlandese che già prevedeva queste possibilità. Sulla spinta di questa preferenza da parte dell'UE verso una concorrenza *bottom-up* si è già dimostrato come alcuni Autori (con cui ci si è trovati pienamente d'accordo) abbiano ritenuto che la vicenda *Eurofood* abbia avuto un'influenza sulle successive riforme del diritto fallimentare italiano, le quali hanno guardato caso introdotto, seppur in maniera blanda, la possibilità di spossessamento e nomina di un curatore nella fase prefallimentare.

<sup>567</sup> Si veda ad es. **D. BANAHAN**, *Cross Border Insolvency*, cit., p. 35.

Stati membri, sicuramente quello sarà il momento in cui un processo di armonizzazione potrebbe attuarsi senza ostacoli politico-ideologici insormontabili.

Allo stato attuale non sembra necessaria una integrale armonizzazione, se non per quegli ambiti della legge concorsuale che rientrano in particolari politiche europee o che non si scontrano con particolari resistenze da parte degli Stati membri<sup>568</sup>. Per i restanti ambiti, è opinione di chi scrive che il mantenimento di diversità nelle normative concorsuali rispecchi anche il recente indirizzo dell'Unione europea sulla valorizzazione delle differenze tra i sistemi legali degli Stati membri.

---

<sup>568</sup> Un esempio evidente è quello della protezione dei lavoratori in caso di insolvenza, per cui il Parlamento nella propria prima lettura ha previsto al considerando (11) che «[u]lteriori misure di armonizzazione dovrebbero anche introdurre diritti di prelazione per i lavoratori». Si veda *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 5 febbraio 2014*, cit., emend. 5. Questa indicazione del Parlamento contenuta nella risoluzione è inoltre in linea con la *Direttiva 2008/94/CE del 22 ottobre 2008 relativa alla tutela dei lavoratori subordinati in caso d'insolvenza del datore di lavoro*, reperibile all'indirizzo web [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu), ricerca per numero CELEX: 32008L0094. Si veda anche **F.M. MUCCIARELLI**, *Not Just Efficiency*, cit., p. 182.



## BIBLIOGRAFIA

### Autori

ADAM R., TIZZANO A., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli Editore, 2010;

APICE U. (a cura di), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali – Le altre procedure concorsuali, reati fallimentari, problematiche comunitarie e trasversali, fallimento e fisco*, vol. III, Giappichelli, Torino, 2011;

BACCAGLINI L., *Il caso Eurofood: giurisdizione e litispendenza nell'insolvenza transfrontaliera*, in *Int'l Lis*, 2006, p.123 ss.;

BACCAGLINI L., *Il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza fallimentare straniera in Italia*, Università degli Studi di Trento, 2008;

BACHNER T., *The battle over jurisdiction in European insolvency law*, in *European Company and Financial Law Review*, 2006, Vol. 3, No. 3;

BANAHAN D., *Cross Border Insolvency – COMI Shifts: An Entitlement under EU Fundamental Freedoms?*, in *Católica Dissertations*, n. 6, 2013, p. 11, in [www.fd.lisboa.ucp.pt/research](http://www.fd.lisboa.ucp.pt/research);

BARIATTI S., *L'applicazione del regolamento CE n. 1346/2000 nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2005;

BARIATTI S., *Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di Giustizia: il caso Eurofood*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2007, 1, p. 203 ss.;

BENEDETTELLI M.V., «*Centro degli interessi principali*» del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, in *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2004, 499;

BONELLI F. (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Giuffrè, 2011;

BREALEY R.A., MYERS S.C., ALLEN F., SANDRI S., *Principi di finanza aziendale*, VI ed., McGraw Hill, gennaio 2011;

BUFFORD S.L., *Revision of the European Union Regulation on Insolvency Proceedings – Recommendations*, Penn State Law Research Paper 2-2014, 20 gennaio 2014, p. 56, in <http://www.ssrn.com>;

BUTA G.M. (nota a tribunale di Lucca del 12 settembre 2008), in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 2, 2010, p. 208;

CASTELLANETA M., *L'utilizzo del centro degli interessi principali del debitore come titolo di giurisdizione secondo il regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza*, Consiglio nazionale del notariato, Studi e materiali-Diritto fallimentare, Studio 4-2006/A, pp. 1-2, in <http://www.notariato.it>;

CATALLOZZI P., *Il regolamento europeo e il e il criterio del COMI (centre of main interests): la parola alla corte*, in *Fallimento*, 2006, 11, p. 1249 ss.;

*Circulaire relative à l'entrée en vigueur du règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, in *Bulletin officiel du Ministère de la Justice (Francia)*, n. 89 (1er janvier - 31 mars 2003);



- CORSINI F., *La Corte di giustizia “inventa” una (dimezzata) vis attractiva concursus internazionale*, in *Int'l Lis*, 2009, 2, pp. 65 ss.;
- DAMMANN R., BLEICHER V., *French Perspective on the Modernization of the European Regulation n° 1346/2000 on Insolvency Proceedings*, in *INSOL World*, 2013, *Second Quarter*;
- DAVYDENKO S.A., FRANKS J.R., *Do Bankruptcy Codes Matter? A Study of Defaults in France, Germany and the UK*, in *The Journal of Finance*, aprile 2008, vol. 63, n. 2, pp. 565-608;
- DE CESARI P., *Il trasferimento all'estero della sede legale dell'impresa insolvente*, in *Fallimento*, 2010, 6, 663;
- DE CESARI P., *Procedura principale e procedure territoriali nel diritto dell'Unione Europea*, in *Fallimento*, 2012, 5, p.535 ss.;
- DE CESARI P., MONTELLA G., *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria – Commentario articolo per articolo del regolamento CE n. 1346/2000*, Milano, 2004;
- DE CESARI P., MONTELLA G., *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana – Competenza internazionale e riconoscimento delle decisioni*, in *Fallimento* (monografie), Milano, 2009;
- DE CESARI P., MONTELLA G., *Il Parlamento europeo e il diritto dell'insolvenza*, in *Fallimento*, Ipsoa, vol. 8, 2012, pp. 1006 ss.;
- EIDENMÜLLER H., *A New Framework for Business Restructuring in Europe: The EU Commission's Proposals for a Reform of the European Insolvency Regulation and Beyond*, in *ECGI Working Paper Series in Law - Working Paper no. 199/2013*, European Corporate Governance Institute, marzo 2013;
- FABIANI M., *Gruppi d'impresa ed insolvenza transfrontaliera: spazi residui di forum e law shopping nella disciplina comunitaria*, in *Int'l Lis*, 2004, 2, p. 95 ss.;
- FAZZINI P., WINKLER M.M., *La proposta di modifica del regolamento sulle procedure di insolvenza*, in *Dir. Comm. Int.*, 2013, vol. 1, pp. 141 ss.;
- FRADA DE SOUSA A., *A Europeização do Direito Internacional Privado – Os novos rumos na regulamentação das situações privadas transnacionais na UE*, *Dissertação de Doutoramento*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, [policopiado] Maio 2012, p. 718–733;
- FRITZ F., *Report on the EIR revision proposals by the European Commission, from the German point of view*, in *INSOL World*, 2013, *Second Quarter*;
- van GALEN R., *The European Insolvency Regulation and Groups of Companies*, *INSOL Europe Annual Congress*, Cork, Ireland, 16-18 ottobre, 2003;
- GARCIMARTÍN F.J., *The review of the Insolvency Regulation: Hybrid procedures and other issues*, in *One day international conference The future of the European Insolvency Regulation*, 28 aprile 2011, Amsterdam, The Netherlands;
- GOTTWALD P., *Le insolvenze transfrontaliere: tendenze e soluzioni europee e mondiali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999;

- GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, V ed., Torino, Giappichelli, 2012;
- Guida Pratica Comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione*, a cura dell'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee, 2003, in <http://eur-lex.europa.eu/it/techleg/pdf/it.pdf>;
- HO L.C., *Misunderstanding the Model Law: Re Stanford International Bank*, in *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, Vol. 26, n. 7, 2011, pp. 395 ss.;
- IANNIELLO B., *Il nuovo diritto fallimentare: guida alla riforma delle procedure concorsuali*, Giuffrè, 2006;
- LANDOLFI E., *Mai sentito parlare dell'UNCITRAL?*, articolo web su Diritto.it, marzo 1999, in [http://www.diritto.it/materiali/commerciale\\_internazionale/uncitral.html](http://www.diritto.it/materiali/commerciale_internazionale/uncitral.html);
- MACRI' F., *Trasferimento del centro degli interessi principali e competenza giurisdizionale nel regolamento (CE) 1346/2000*, in *Fallimento*, 2006, 8, p. 907 ss.;
- MAZZONI A., *Cross-border insolvency of multinational groups of companies: proposals for an European approach in the light of the UNCITRAL approach*, *Diritto del Commercio Internazionale*, Giuffrè, fasc. 4, 2010;
- McCORMACK G., *Universalism in insolvency proceedings and the Common Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2012, Vol. 32, No. 2, p. 325 ss.;
- MEROVACH I., *The 'home country' of a multinational enterprise group facing insolvency*, in *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 57, aprile 2008, 427–448;
- MONTELLA G., *Il fallimento del COMI?*, in *Fallimento*, 2010, 1, pp. 59 ss.;
- MONTELLA G., *La Corte di Giustizia e il Comi: eppur (forse) si muove!*, 2012, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);
- MOSKVAN D., VRBOVA V., *Connecting the Dots: Attracting Foreign Direct Investment through Harmonisation of European Insolvency Law*, in *Czech Yearbook of International Law – Regulatory Measures and Foreign Trade*, 2013, vol. IV
- MOSS G., *The Triumph of "fraternité": ISA Daisytek SAS*, International Insolvency Institute, 2008, in [www.iiiglobal.org](http://www.iiiglobal.org);
- MOSS G., *Jurisdiction Issues*, in One day international conference *The future of the European Insolvency Regulation*, 28 aprile 2011, Amsterdam, The Netherlands;
- MOSS G., *Reforming the EC Regulation on Insolvency Proceedings 1346/2000 – UK Perspective*, in *INSOL World*, 2013, *Second Quarter*;
- MOSS G., FLETCHER I.F., ISAACS S. (eds.), *The EC Regulation on Insolvency Proceedings – A Commentary and Annotated Guide*, I ed., Oxford University Press, 2002;
- MOSS G., FLETCHER I.F., ISAACS S. (eds.), *The EC Regulation on Insolvency Proceedings – A Commentary and Annotated Guide*, II ed., Oxford University Press, 2009;
- MOSS G., PAULUS C.G., *The European Insolvency Regulation – the case for urgent reform*, in *Insolvency Intelligence*, 2006, vol. 19;

MUCCIARELLI F.M., *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Giuffrè, Milano, 2010;

MUCCIARELLI F.M., *Optimal allocation of law-making power over bankruptcy law in "federal" and "quasi-federal" legal systems: is there a case for harmonizing or unifying bankruptcy law in the E.U.?*, in *Law & Economics Research Paper Series – Working Paper no. 11-28*, NYU Center for Law, Economics and Organization, settembre 2011;

MUCCIARELLI F.M., *The hidden Voyage of a Dying Italian Company, from the Mediterranean Sea to Albion*, in *European Company and Financial Law Review*, vol. 9, n. 4, 2012, pp. 571-579;

MUCCIARELLI F.M., *Not Just Efficiency: Insolvency Law in the EU and Its Political Dimension*, in *European Business Organization Law Review*, vol. 14, n. 2, giugno 2013, pp. 175-200;

MUCCIARELLI F.M., *The Unavoidable Persistence of Forum Shopping in European Insolvency Law*, novembre 2013, in <http://ssrn.com>;

NISI N., *Centro degli interessi principali e trasferimento della sede statutaria: la Corte di Giustizia dell'Unione Europea torna sul regolamento n. 1346/2000 in materia di insolvenza transfrontaliera*, Liuc Papers n. 246, Serie Impresa e Istituzioni 29, febbraio 2012;

PANZANI L., *La nozione di COMI nella disciplina comunitaria dell'insolvenza transfrontaliera: i casi Interedil e Rastelli*, in *Int'l Lis*, 2012, 1, 31;

PASINI C., *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione: l'esperienza del regolamento (CE) n. 1346/2000*, tesi di dottorato, Dottorato di ricerca in Istituzioni, mercati e tutele, Indirizzo: "Diritto Processuale Civile", Alma Mater Studiorum – Università di Bologna, XXIV ciclo, discussa nell'a.a. 2011/2012, rel. M.A. Lupoi;

PEDERZINI E. (a cura di), *Percorsi di diritto societario europeo*, II ed., Giappichelli, Torino, 2011;

PERSANO F., *Contestuali procedure d'insolvenza in ambito europeo*, in *Fallimento*, 2004, 11, p. 1243 ss.;

*Revision of the European Insolvency Regulation – Proposals by INSOL Europe*, INSOL Europe, 2012, in <http://www.insol-europe.org/technical-content/revision-of-the-european-insolvency-regulation-proposals-by-insol-europe/>;

RINGE W.G., *Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation*, Oxford Legal Studies Research Paper No. 33/2008, Agosto 2008, p. 2, in <http://ssrn.com>;

SCHLAEFER G.F., *Forum Shopping under the Regime of the European Insolvency Regulation*, International Insolvency Studies, The International Insolvency Institute, 2010;

STANGHELLINI L., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia – Le procedure di insolvenza*, Bologna, Il Mulino, 2007;

THOMANDER A., KHOLOD K., *Pan-European Insolvency Cooperation: Re Nortel Networks SA and other companies [2009] EWHC 206 (Ch)*, in *International Corporate Rescue*, 2009, vol. 6, n. 3;

- UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law*, United Nations publication, New York, 2005;
- UNCITRAL, *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, United Nations publication, New York, 2010;
- UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law - Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency*, United Nations publication, New York, 2012;
- UNCITRAL, *Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective*, United Nations publication, New York, 2012;
- UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law - Part four: Directors' obligations in the period approaching insolvency*, United Nations publication, New York, 2013;
- UNCITRAL, *A Guide to UNCITRAL – Basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law*, United Nations, 2013;
- VIRGÓS M., *The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: an Insider's View*, in *Forum Internationale*, marzo 1998, n. 25;
- VIRGÓS M., GARCIMARTÍN F., *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, Kluwer Law International, 2004;
- VIRGOS M., SCHMIT E., *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, doc. Consiglio n. 6500/06/EN, 1996, in <http://aei.pitt.edu/952/>;
- WALTERS A., SMITH A., *Bankruptcy Tourism under the EC Regulation on Insolvency Proceedings: A view from England and Wales*, *International Insolvency Review*, 2009, vol. 19, n. 3, pp. 181-208;
- de WEIJS R.J., *Harmonisation of European Insolvency Law and the Need to tackle two Common Problems: Common Pool & Anticommons*, in *Centre for the Study of European Contract Law – Working Paper Series*, 2011, n. 16;
- WESSELS B., *The Place of the Registered Office of a Company: a Cornerstone in the Application of the EC Insolvency Regulation*, in *European Company Law*, vol. 3, n. 4, agosto 2006, pp. 183-190;
- WESSELS B., *Twenty Suggestions for a Makeover of the EU Insolvency Regulation*, in *International Caselaw Alert*, n. 12-V/2006, 31 ottobre 2006, pp. 68-73;
- WESSELS B., *Cross-border insolvency law in Europe: present status and future prospects*, in *PER/PELJ*, 2008, Vol. 11, No. 1, pp. 68 ss.;
- WESSELS B., *Revision of the EU Insolvency Regulation: What type of facelift?*, in One day international conference *The Future of the European Insolvency Regulation*, 28 aprile 2011, Amsterdam, The Netherlands;
- WESSELS B., *International Insolvency Law*, 3rd ed., 2012;
- WESSELS B., OMAR P., *The European Insolvency Regulation: An Update*, Nottingham-Paris: INSOL Europe, 2010;
- WINKLER M. M., *Le procedure concorsuali relative ad imprese multinazionali: la Corte di giustizia si pronuncia sul caso Eurofood*, in *Int'l Lis*, 2007, 1, p. 15 ss.;

WINKLER M. M., *Eurofood: è davvero finito il periodo di “rodaggio” del Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza?*, in *Dir. comm. Int.*, 2007, 2, p. 527 ss.

### **Atti, normativa e comunicati stampa UE**

*Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in GU n. L 299 del 31/12/1972;

*Regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza*, in GU n. L 160 del 30/06/2000;

*Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in GU n. L 012 del 16/01/2001;

*Risoluzione del Parlamento europeo del 15 novembre 2011 sulle raccomandazioni alla Commissione sulle procedure d'insolvenza nel contesto del diritto societario dell'UE, 2011/2006(INI)*, in GU del 31/05/2013, C 153 E;

*Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Commission Work Programme 2012 – Delivering European renewal*, COM(2011) 777 final, Bruxelles, 15 novembre 2011, vol. 1/2;

*Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio relativo alle procedure d'insolvenza*, Commissione europea, COM(2012) 744 final, Strasburgo, 12 dicembre 2012;

*Giving honest businesses a second chance: Commission proposes modern insolvency rules*, in *European Commission Press Release*, IP/12/1354, Strasburgo, 12 dicembre 2012;

*Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in GU L 351 del 20/12/2012;

*Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 5 febbraio 2014 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio relativo alle procedure di insolvenza, COM(2012)0744 – C7-0413/2012 – 2012/0360(COD)*, Strasburgo, 5 febbraio 2014, P7\_TA(2014)0093;

*Insolvency: European Parliament backs Commission proposal to give viable businesses a 'second chance'*, European Commission MEMO/14/88, Strasburgo, 5 febbraio 2014.

## **Giurisprudenza UE**

### ***Corte di Giustizia dell'Unione europea***

(tutte le sentenze sono reperibili sul sito [www.eur.lex.europa.eu](http://www.eur.lex.europa.eu).)

sentenza 27 settembre 1988, C-81/87, Daily Mail;

sentenza 30 novembre 1995, C-55/94, Reinhard Gebhard;

sentenza 9 marzo 1999, C-212/97, Centros Ltd;

sentenza 5 novembre 2002, C-208/00, Überseering BV;

sentenza 17 gennaio 2006, C-1/04, Susanne Staubitz Schreiber;

sentenza 2 maggio 2006, C-341/04, Eurofood IFSC Ltd;

sentenza 12 settembre 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes plc;

sentenza 12 febbraio 2009, C-339/07, Seagon;

sentenza 21 gennaio 2010, C-444/07, MG Probud Gdynia sp. z.o.o.;

sentenza 20 ottobre 2011, C-396/09, Fallimento Interedil Srl;

sentenza 22 novembre 2012, C-116/11, Bank Handlowy.

## **Sitografia**

NOTA: tutti i siti, gli indirizzi web e i relativi contenuti presenti nel seguente lavoro risultano attivi e sono aggiornati al 31/05/2014 (ultima consultazione).

[www.consilium.europa.eu](http://www.consilium.europa.eu)

<https://e-justice.europa.eu>.

[www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)

[www.europa.eu](http://www.europa.eu)

[www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu)

[www.unictral.org](http://www.unictral.org)