



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza
Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

**LE PROCEDURE LOCALI NEL DIRITTO EUROPEO
DELL'INSOLVENZA**

Relatore:
Prof.ssa Laura Baccaglioni

Laureando:
Kevin Silvestri

Anno Accademico 2016/2017



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza
Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

**LE PROCEDURE LOCALI NEL DIRITTO EUROPEO
DELL'INSOLVENZA**

Relatore:
Prof.ssa Laura Baccaglioni

Laureando:
Kevin Silvestri

Diritto fallimentare - Insolvenza transfrontaliera - Reg. (UE) 2015/848 -
Procedure locali - COMI

Anno Accademico 2016/2017

A Mauro e Dina

INDICE

PROLOGO	I.
PARTE PRIMA: LE ORIGINI DELLE PROCEDURE SECONDARIE	
Capitolo I	
§ 1. Premessa	3
§ 2. Le <i>ancillary proceeding</i> nel <i>common law</i> inglese	5
§ 3. La <i>section 304</i> del <i>Bankruptcy Code</i> statunitense	17
§ 4. Le <i>Hilfsverfahren</i> nel diritto internazionale privato della Confederazione Elvetica	26
Capitolo II	
§ 1. Premessa	31
§ 2. I progetti di Convenzione europea sui fallimenti, i concordati ed altre procedure affini	35
§ 3. La Convenzione europea su taluni aspetti internazionali del fallimento del 1990	42
§ 4. La Convenzione di Bruxelles del 1995	47
§ 5. Dal Trattato di Amsterdam al Regolamento del 2000	56
PARTE SECONDA: IL REGOLAMENTO N. 1346 DEL 2000 E LA SUA APPLICAZIONE	
Capitolo III	
§ 1. Introduzione	63
§ 2. La giurisprudenza sulla nozione di <i>centre of main interest</i>	64
§ 3. Le lacune dei diritti processuali nazionali	76
§ 4. Aspetti procedurali. I conflitti di giurisdizione	85

§ 5. I limiti al riconoscimento: l'art. 25, 3° paragrafo e la clausola di ordine pubblico	93
§ 6. Conclusioni	102
Capitolo IV	
§ 1. Premessa	105
§ 2. Le condizioni per l'apertura di procedure locali: giurisdizione	114
§ 3. <i>Segue</i> : legittimazione attiva	118
§ 4. <i>Segue</i> : il problema dell'interesse alla procedura	132
§ 5. Il rapporto fra procedura principale e secondaria: dovere di cooperazione e poteri del curatore della procedura principale	135
§ 6. La nascita delle procedure secondarie cd. sintetiche	142
§ 7. Conclusioni: il diritto europeo dell'insolvenza alle porte dell'età adulta	146

PARTE TERZA: IL REGOLAMENTO N. 848 DEL 2015

Capitolo V

§ 1. Premessa	151
§ 2. Lavori preparatori e <i>iter</i> legislativo del Regolamento n. 848 del 2015	153
§ 3. Sinossi del Regolamento rifiuto	158

Capitolo VI

§ 1. La competenza giurisdizionale nel <i>recast</i> : aspetti sostanziali	165
§ 2. <i>Segue</i> : aspetti processuali	170
§ 3. Procedure locali: condizioni di apertura	175
§ 4. Le procedure secondarie cd. sintetiche	178

§ 5. Rapporti fra procedura principale e locale	185
---	-----

**PARTE QUARTA: IL FUTURO DELLE PROCEDURE LOCALI NEL DIRITTO EUROPEO
DELL'INSOLVENZA**

Capitolo VII

§ 1. Premessa	191
§ 2. La risoluzione del Parlamento Europeo del 17 ottobre 2011	193
§ 3. Il “nuovo approccio” della Commissione e la Raccomandazione agli Stati membri del 12 marzo 2014	195
§ 4. Dal piano d’azione del 2015 ad oggi	197
§ 5. Conclusioni: verso un <i>bankruptcy code</i> europeo	200

Capitolo VIII

§ 1. Premessa	204
§ 2. Protocolli e concordati nelle procedure d’insolvenza anglo-americane degli anni '90	205
§ 3. Dalla prassi alla teoria: il <i>Cross-boder Insolvency Concordat</i> dell’International Bar Association e i successivi strumenti di <i>soft law</i>	210
§ 4. La situazione in Europa: dalle <i>CoCo Guidelines</i> ai <i>JudgeCo Principles</i>	218

EPILOGO	223
----------------	-----

BIBLIOGRAFIA	227
---------------------	-----

PROLOGO

La materia dell'insolvenza transfrontaliera è stata da sempre segnata dall'irrisolto dibattito sulla migliore fisionomia che una procedura di dimensioni internazionali dovrebbe assumere. Una *querelle*, questa, che vede schierati da una parte i difensori del principio di universalità (che nella letteratura anglofona prende il nome di *universalism*) e i suoi detrattori, che ad esso oppongono il principio di territorialità (*territorialism*). Lo scontro fra queste due filosofie è molto risalente, se si pensa che già nel 1932 così scriveva Pierre Wigny, cosmopolita avvocato di Liegi e *doctor iuris* presso l'Università di Harvard:

Deux conceptions -on peut même dire deux écoles- s'affrontent depuis presque un siècle. Certains pensent qu'une faillite unique doit englober tout le patrimoine du débiteur. Les autres estiment qu'un jugement déclaratif doit intervenir dans chaque Etat où se trouve une partie de l'actif et ne concerne que ces biens.

“*Il faut choisir*”, concludeva Wigny; a quasi un secolo di distanza da quell'articolo apparso sulla *Revue de droit international privé*, tuttavia, l'indecisione regna ancora sovrana, ché l'eterna disputa fra universalità e territorialità non solo non accenna a sopirsi, anzi, sembra guadagnare terreno: ne siano testimonianza i fiumi d'inchiostro versati sulle pagine di importanti *law review* americane a proposito dell'introduzione del *Chapter 15* nel *Bankruptcy Code*, col quale il Congresso ha finalmente recepito la Legge Modello Uncitral. Gli è però che, nel frattempo, il mondo è mutato profondamente, tanto che quei giuristi cui Wigny si riferiva stenterebbero a riconoscerlo. Sono innanzitutto cambiati gli assetti geopolitici: nell'arena internazionale sono infatti comparse organizzazioni internazionali -quali l'Unione Europea- dotate di una legittimazione democratica e di una forza di coesione senza precedenti nella storia della diplomazia. In secondo luogo, la vertiginosa espansione dei commerci internazionali ha mutato irreversibilmente il volto dell'economia capitalistica, sempre più priva di avvincenti legami con un determinato territorio. Infine, l'esponenziale progresso della tecnica ha anch'esso contribuito a cambiare profondamente non solo l'economia, ma anche il *modus operandi* di professionisti, apparati giudiziari ed amministrazioni.

A fronte di tutto questo, mentre le regole che mettono ordine a quella fase critica e spesso inevitabile della vita di ogni commercio che è quella dell'insolvenza hanno perlopiù mantenuto il passo dei tempi, i principi del diritto internazionale fallimentare sono rimasti immutati. Ciò che la persistente tensione fra universalità e territorialità è riuscita a partorire, è un compromesso che in dottrina va sotto il nome di “universalità limitata” (*limited* o anche *controlled universalism*); esso fa perno sull'istituto delle procedure secondarie (o anche “locali” o “ancillari”, a seconda del contesto giuridico), principale oggetto di questo lavoro. Fungendo tali procedure da ponte fra i contrapposti principi che governano le insolvenze transfrontaliere, esse costituiscono il migliore indicatore dello stato della legislazione, della teoria e della prassi nella nostra materia, in quanto, di volta in volta, si prestano ora ad amplificare, ora ad attutire i connotati universalisti o territorialisti di un dato sistema positivo, si tratti di diritto nazionale ovvero internazionale pattizio. A ciò le procedure locali devono anche la loro ambigua natura, ben manifestatasi nel corso della storia più che centenaria dell'istituto.

Alla storia sarà appunto dedicata la prima delle quattro parti di cui questo lavoro si compone: nei primi due capitoli vedremo infatti come le procedure lo-

cali, sorte come *ancillary proceeding* nel *common law* inglese, si siano trasformate, transitando attraverso diversi ordinamenti, da *satellite de la faillite générale* (secondo la celebre espressione di Josephus Jitta) a strumento di rivendicazione della sovranità degli Stati membri nel contesto del sistema universalista messo in piedi dall'allora Comunità Economica Europea.

Il resto del lavoro si concentrerà quindi sul diritto dell'Unione Europea. Nella seconda parte (Capitoli III e IV) si avrà modo di osservare da vicino come le procedure locali abbiano concretamente operato nell'ambito del Regolamento n. 1346 del 2000, erede dell'abortita Convenzione di Bruxelles del 1995. Da un'approfondita analisi delle disposizioni del Regolamento e della relativa casistica risulterà più chiaro come le procedure locali siano servite da contrappeso ad una declinazione del principio di universalità tanto ambiziosa quanto strutturalmente fragile, in quanto poggiante su una troppo debole definizione del criterio giurisdizionale del *centre of main interest*, per di più aggravata da un'inadeguata disciplina processuale. Nel Capitolo IV, poi, la messa a fuoco della prassi delle procedure locali risalterà l'insufficienza della loro specifica disciplina a garantire alla procedura principale una netta posizione di preminenza; spia di questo cortocircuito è stata la creazione di un'inedita configurazione dell'istituto argomento di questo lavoro, nota con il nominativo di *synthetic secondaries*.

Nella parte terza saranno quindi esaminate le novità contenute nel Regolamento n. 848 del 2015, rifusione del testo rimasto in vigore fino al giugno scorso. Vedremo come il legislatore del *recast*, forse eccessivamente assorbito dalla soluzione di questioni di dettaglio, abbia sostanzialmente lasciato intatti i delicati equilibri già tracciati ai tempi della Convenzione del 1995. Per quanto pregevoli si siano rivelate talune novità della nuova disciplina (come ad esempio gli articoli 41 e seguenti concernenti gli obblighi di comunicazione e collaborazione fra gli organi delle procedure principali e secondarie contemporaneamente pendenti), si è infatti persa una preziosa occasione per mettere mano con decisione ad altri profili altrettanto rilevanti, come il contrasto al *forum shopping* pretestuoso.

L'apparente situazione di stallo risultante dal nuovo Regolamento sarà, in conclusione, ricollocata nel più ampio contesto dei più recenti rivolgimenti del diritto europeo dell'insolvenza: nel Capitolo VII si accennerà alle iniziative promosse dal Parlamento e dalla Commissione nel corso dell'ultimo lustro nella direzione dell'armonizzazione dei diritti concorsuali degli Stati membri, il che potrebbe consentire, in un prossimo futuro, il superamento delle premesse di fondo della disciplina vigente, e quindi una più decisa riaffermazione del principio di universalità nei rapporti fra Stati membri. Nel Capitolo VIII, infine, uno sguardo sarà tributato anche allo stato dell'arte nella prassi professionale, ormai da vent'anni impegnata a sviluppare un *modus operandi* improntato ad una più stretta collaborazione e alla diretta comunicazione fra curatele e giudici delle procedure riguardanti un medesimo debitore; vedremo come in Europa tali *best practice* abbiano trovato attenzione solamente in tempi recenti -in particolare attraverso la loro codificazione negli *EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Cooperation Principles & Communication Guidelines* nel 2015-, e come, nell'immediato, il loro approfondimento rappresenti una via obbligata per il buon funzionamento della disciplina vigente.

Prima di incominciare, sento di dover rendere grazie ad alcune persone. In primo luogo, alla Professoressa Laura Baccaglioni. Ricordo che in una delle sue dense lezioni di diritto fallimentare ci ammonì che non saremmo potuti uscire dall'Università di Trento senza conoscere il Regolamento dell'Unione Europea sulle procedure d'insolvenza; colsi l'ammonimento come una sorta di sfida, decidendo seduta stante di farci una tesi di laurea. Imbarcatomi in quest'avventura, ho trovato da parte sua un eccellente supporto, fatto d'immense disponibilità e pazienza e di ottimi consigli, primo fra tutti quello di ritirarmi -se così si può dire- per tre mesi a Londra, nelle biblioteche della Queen Mary University of London, della London School of Economics e dell'Institute for Advanced Legal Studies, ad approfondire l'affascinante tema della *cross-border insolvency*.

Un grazie va poi agli amici, vicini e lontani, compagni di studio e non, che hanno condito di umanità questi intensi cinque anni di studi; uno in particolare all'amico Andrea, la cui vicinanza mi ha molto arricchito come persona.

Un grazie va infine alla mia grande famiglia, infallibile supporto ed ancora alle aspirazioni e alle divagazioni di uno studente troppo spesso "fra le nuvole" ed impareggiabile esempio di quella difficile arte che è il vivere.

A loro dedico quest'indegno frutto dei miei sforzi.

Livigno, settembre 2017

Τί χρή, τί χρή με, δέσποτ', ἐν ξένα ξένον
στέγειν, ἢ τί λέγειν πρὸς ἄνδρ' ὑπόπταν;
φράζε μοι.
τέχνα γὰρ τέχνας ἑτέρας
προὔχει καὶ γνώμα παρ' ὄτω
τὸ θεῖον Διὸς σκῆπτρον ἀνάσσεται.

Sofocle, *Filottete*, vv. 135-140¹

¹ “O re, che debbo mai, che debbo, estraneo sopra estraneo suol / svelare, ascondere di quest'uomo al sospetto? / A me tu dillo / poi che ogni arte supera / l'arte e il sapere di colui / che reggere può lo scettro di re”. Traduzione di Ettore Romagnoli, *Le tragedie di Eschilo e Sofocle*, Bologna, 1959

PARTE PRIMA: ORIGINI DELLE PROCEDURE SECONDARIE

CAPITOLO I

§ 1. Premessa

Quello dell'insolvenza di imprese operanti su scala internazionale è un problema molto antico: in un articolo del 1944, Kurt H. Nadelmann esordiva raccontando la vicenda dello spettacolare fallimento della banca pistoiese della famiglia Ammanati, risolto in maniera provvidenziale dal suo maggior creditore, la Santa Sede.¹ Era l'anno del Signore 1302. Quella storia è stata più volte ripresa da vari autori come *exemplum* della difficoltà di venire a capo di un tale fenomeno;² più di recente (ma oramai già più di quindici anni fa) David Graham si è spinto alla ricerca di altri casi simili a quello, confezionando due begli articoli sulle *insolvent Italian banks* della Londra "prima del tempo di Chaucer", a mo' di omaggio per il centenario della nascita del compianto giurista americano.³

La storia di cui andrò ad occuparmi, invece, è, fatte le debite proporzioni, storia dell'altro ieri: il *recast* del Regolamento del Parlamento e del Consiglio dell'Unione Europea sulle procedure di insolvenza è stato approvato soltanto il 20 maggio del 2015, mentre i suoi diretti predecessori (il regolamento n. 1346 del 2000 e la Convenzione di Bruxelles del 23 novembre 1995) hanno meno di un quarto di secolo di vita. Eppure, anche questi testi normativi, così giovani, hanno alle spalle decenni di storia. Bisogna risalire almeno al 1827, a quando, cioè, il *barrister* Jabez Henry scriveva al collega e amico d'oltreoceano Wheaton pregandolo di inviargli un parere circa un suo *pamphlet* di due anni prima,⁴ intitolato "*Outline of Plan of an International Bankruptcy Code for the Different Commercial States of Europe*". Oltre all'eco dei motivi benthamiani a favore di una codificazione della materia,⁵ è palpabile in tale lavoro l'audacia di un progetto, il quale, tuttavia, non comincerà a muovere i primi passi che più di un se-

¹ NADELMANN, *Bankruptcy Treaties*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1944, p. 58 ss. Commentava quindi l'autore: "Today when a commercial enterprise like the Ammanati Bank becomes bankrupt having creditors and assets in various countries, the creditors are usually not as fortunate as were the clergy in 1302. No institution exists with powers transcending state borders for the collection of foreign debts. If co-operation between courts of various countries is not secured by express agreement, one can rely only upon the comity of nations. In the matter of international bankruptcy, as in other fields, this comity has proved wholly inadequate"

² V. ad es. OMAR, *The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, in *International Company and Commercial Law Review*, 1999, p. 242

³ GRAHAM, *The Insolvent Italian Banks of Medieval London*, in *International Insolvency Review*, 2000, p. 147 ss. (prima parte) e p. 213 ss. (seconda parte)

⁴ OMAR, *Genesis of the European Initiative in Insolvency Law*, in *International Insolvency Review*, 2003, p. 184-185

⁵ "[...] and it would besides enable every man, when trading with a foreigner, to know his risk and remedy". Cit. in OMAR, *op. cit.*

colo dopo.⁶ Sarà solo nell'ottobre del 1959, infatti, che la Commissione delle neonate Comunità europee inviterà i sei Stati fondatori a dare attuazione al programma contenuto nell'art. 220 del Trattato di Roma.

Non era, tuttavia, la prima volta che si tentava di dare concreta attuazione, nei rapporti fra giurisdizioni, al principio di universalità delle procedure d'insolvenza: l'ordinamento inglese, infatti, poteva vantare un'illustre tradizione -come la definisce uno dei maggiori teorici e pratici attuali in materia- "internazionalista".⁷ In questo primo capitolo andrò ad raccontare, con la maggiore sinteticità possibile, dapprima come i giudici inglesi si siano sforzati nel cercare di superare le strettoie imposte dal *common law* al fine di realizzare nel contesto assai peculiare delle insolvenze transfrontaliere il fine ultimo di ogni procedura di soluzione delle crisi d'impresa, cioè l'equa soddisfazione dei creditori. Vedremo, in particolare, come la realizzazione di questo fine sia passata da un lato attraverso l'approfondimento del tema del riconoscimento della procedura straniera, dall'altro tramite l'invenzione delle *ancillary proceeding*, con le quali è stato possibile rimediare alle aporie pratiche di assetti teorici vetusti e poco fruttiferi. Sarà tutto più chiaro nel prosieguo. Come nel diritto inglese, anche in quello americano (e in quello svizzero) le procedure ancillari (*ancillary cases to a foreign liquidation* nel primo, *Hilfsverfahren* nel secondo) saranno elette a strumento principe per la realizzazione dell'universalità della procedura straniera.

Questi tre ordinamenti hanno rappresentato, fino a tempi recenti, l'eccezione nel panorama del diritto fallimentare internazionale (o, *si vis*, del diritto internazionale fallimentare, scelga il lettore!), prevalentemente orientato all'opposto principio di territorialità.⁸ Era inevitabile, dunque, che si guardasse ad essi nel cercare l'ispirazione per la redazione di una convenzione multilaterale. Ma, come vedremo nel secondo capitolo e come cercherò ripetutamente di fare emergere nel corso di tutto il presente lavoro, tali strumenti di diritto pattizio tradiranno lo spirito originario dell'istituto delle procedure secondarie, facendone un subdolo mezzo per la reintroduzione di istanze territorialiste.

Ma vediamo una cosa per volta: è bene partire dai primordi, ossia dal *common law* inglese.

⁶ Per correttezza, va segnalato che, in realtà, convenzioni multilaterali sul tema erano già state concluse nella prima metà del XX secolo: mi riferisco al Trattato sul diritto commerciale internazionale del 1889 (fra Argentina, Bolivia, Colombia e Perù); al Trattato di Montevideo del 1940 (fra Argentina, Paraguay e Uruguay); al cd. Codice Bustamante, allegato alla Convenzione dell'Avana del 1928, di cui erano parte una quindicina di Stati dell'America latina; e alla Convenzione Nordica, conclusa nel 1933 fra le nazioni scandinave. Su questi testi, v. OMAR, *The Landscape of International Insolvency*, in *International Insolvency Review*, 2002, pp. 187-189

⁷ FLETCHER, *Insolvency in Private International Law. National and International Approaches*, Oxford, 2005, p. 17

⁸ Es. la Germania (ovest) prima della sentenza del *Bundesgerichtshof* del 1985, nonché la Svizzera prima dell'entrata in vigore della Legge Federale sul Diritto Internazionale Privato (sulla quale, v. § 3). V. SPAHLINGER, *Sekundäre Insolvenzverfahren bei grenzüberschreitenden Insolvenzen*, Tubinga, 1998, p. 74

§ 2. Le *ancillary proceeding* nel *common law* inglese

Nello sterminato universo dei *case report* inglesi è incredibilmente semplice datare la nascita di un istituto o di una certa regola; o, almeno, fissare una data di convenzione.⁹ Era il 1886 quando il giudice North della Chancery Division della High Court si pronunciava in relazione ad una *winding-up petition* presentata nei confronti di una banca australiana.¹⁰ Dietro istanza di due nobiluomini londinesi la High Court aveva nominato un curatore provvisorio, con poteri limitati alla gestione e realizzazione dell'attivo localizzato in terra inglese. Le parti del procedimento sarebbero dovute ricomparire di fronte al giudice in data successiva per la discussione di ulteriori aspetti della *petition*, senonché nel frattempo un'altra istanza era stata presentata in Australia, un curatore provvisorio nominato e un *winding-up order* emesso. Alla nuova udienza ci si chiedeva, dunque, se un ulteriore *winding-up order*, questa volta da parte del giudice britannico, fosse possibile e necessario. Secondo i *learned judges*, la giurisdizione inglese era fuori discussione, anche perché diversamente un curatore provvisorio non sarebbe stato nominato. Ciò che l'avvenuta dichiarazione di fallimento in Australia poteva comportare, semmai, era la caratterizzazione della procedura inglese come ancillare a quella condotta presso i tribunali dello Stato di *incorporation*. Il *dictum* del giudice North suona come una specie di manifesto:

But I will say this, that I think the winding-up here will be ancillary to a winding-up in Australia, and, if I have the control of the proceedings here, I will take care that there shall be no conflict between the two Courts, and I shall have regard to the interests of all the creditors and all the contributories, and shall endeavour to keep down the expenses of the winding-up so far as is possible.

Conseguentemente, i curatori provvisori venivano promossi a curatori veri e propri, ma data la natura ancillare della procedura così aperta, la sfera dei loro poteri veniva ristretta:

But I think that the liquidator ought not to act without the special directions of the Judge in Chambers, except for the purpose of getting in the English assets and settling a list of the English creditors.

Quello che manca nella motivazione del giudice North, è una compiuta argomentazione giuridica circa la fonte del potere così esercitato e delle ragioni del suo esercizio. Nondimeno, questo sarà un tratto comune a tutte le decisioni

⁹ Spesso accade che si menzioni un determinato caso come prima enunciazione di una determinata regola di diritto o come esordio di un istituto, magari denominando il principio o l'istituto stesso col titolo usualmente adoperato per citare la sentenza; salvo poi accorgersi che, in realtà, qualche altro giudice aveva già deciso alla stessa maniera in precedenza. Un esempio noto: le *Mareva injunction* prendono il nome dal caso *Mareva Compania Naviera SA v International Bulk Carriers SA* (del 1975), benché si ammetta che in realtà tale istituto sia stato "creato" con la sentenza, di qualche mese precedente, *Nippon Yusen Kaisha v Karageorgis*; ragione per cui oggi si preferisce la denominazione *freezing injunction*.

¹⁰ *In re Commercial Bank of South Australia* [1886], 33 Ch. D. 174

che, in seguito, faranno ricorso al nuovo ritrovato giurisprudenziale.¹¹ Il protratto silenzio sul punto non impedirà tuttavia all'istituto di affermarsi nella pratica fallimentare, tanto che, poco più di un secolo più tardi, il *Vice Chancellor* Richard Scott affermerà:¹²

The accumulation of judicial endorsements of the concept of ancillary liquidations have, in my judgment, produced a situation in which it has become established that in an "ancillary" liquidation the courts do have power to direct liquidators to transmit funds to the principal liquidators in order to enable a *pari passu* distribution to worldwide creditors to be achieved. The House of Lords could declare such a direction to be *ultra vires*. But a first instance judge could not do so and I doubt whether the Court of Appeal could now do so.

Le ragioni della nascita e dell'affermazione dell'istituto dell'*ancillary winding-up* sono essenzialmente di duplice ordine: da un lato l'ampiezza della giurisdizione inglese nei confronti dei debitori stranieri, sia persone fisiche che, soprattutto, persone giuridiche. Dall'altro lato -ed è l'aspetto più importante-, vi sono i limiti, piuttosto gravosi, posti dal diritto inglese al riconoscimento delle procedure straniere.

Quanto al primo aspetto, è sufficiente leggere alcune disposizioni dell'*Insolvency Act* del 1986 (che non differiscono, nella sostanza, dalle analoghe disposizioni dei previgenti *Bankruptcy Act*): la *section 265(1)*, concernente la sottoposizione a *bankruptcy* di persone fisiche, richiede che il debitore, al momento della presentazione della *petition*, abbia il proprio domicilio (*domicile*)¹³ in Inghilterra o in Galles, oppure che lo stesso sia ivi fisicamente presente¹⁴ o, ancora, che, in ogni momento nel corso dei tre anni precedenti, costui, in alternativa: a) sia stato "ordinariamente residente" (*ordinarily resident*);¹⁵ b) abbia avuto un luogo di residenza (*place of residence*);¹⁶ c) abbia intrapreso attività economi-

¹¹ *Ex multis: In re Queensland Mercantile Agency Co. Ltd.* [1888] 58 L.T., p. 878; *North Australian Territory Co. Ltd. v. Goldsbrough Mort and Co. Ltd.* [1889] 61 L.T., p. 716; *In re Federal Bank of Australia Ltd.* [1893] 62 L.J.Ch., p. 561; *In re English, Scottish, and Australian Chartered Bank* [1893] 3 Ch., p. 385; *Sedgwick Collins and Co. v. Rossia Insurance Co. of Petrograd* [1926] 1 K.B. 1, p. 13; *In re Vocalion (Foreign) Ltd.* [1932] 2 Ch. 196, p. 207; *In re Hibernian Merchants Ltd.* [1958] Ch., p. 76; *In re Suidair International Airways Ltd.* [1951] Ch., p. 165.

¹² *In re Bank of Credit and Commerce International S.A. (No. 10)* [1997] Ch. 213, p. 247

¹³ La nozione di *domicile* sarà approfondita *infra*

¹⁴ Tale criterio di giurisdizione riprende da vicino quello su cui principalmente si fonda la giurisdizione del giudice civile inglese nei confronti degli individui. Più precisamente, non è tanto la presenza in sé a fondare la *potestas iudicandi* di tale giudice, bensì il completamento della notifica (*service of process*) dell'atto introduttivo del giudizio entro i confini di Inghilterra e Galles. V. *Colt Industries v. Sarlie* [1966] 1 All E.R., p. 673; *Maharanees of Baroda v. Wildenstein* [1972] 2 All E.R., p. 691

¹⁵ *V. Shah v Barnet London Borough Council* [1983] 2 A.C., p. 309. Si tratta di un criterio decisamente poco selettivo: basta una breve permanenza scevra da particolari intenzioni. Smart, *op. cit.*, pp. 39 ss.

¹⁶ SMART, *Cross-Border Insolvency*, Londra, 1998 (2^a edizione), pp. 46 ss.

che (“*has carried on business*”) in Inghilterra o in Galles.¹⁷ Come si vede, il fatto di poter ricorrere, alternativamente, a ciascuno di questi capi conferisce alle corti inglesi significative possibilità di assumere la propria giurisdizione, impregiudicato che le stesse mantengono un certo margine di discrezionalità in ordine al suo concreto esercizio.¹⁸ Altrettanto ampia -con la vistosa eccezione dell'*administration*-¹⁹ è la giurisdizione nei confronti delle società e delle persone giuridiche straniere in genere: dispone infatti la *section 221(5)* dell'*Insolvency Act 1986*²⁰:

The circumstances in which an unregistered company may be wound up are as follows—

- (a) if the company is dissolved, or has ceased to carry on business, or is carrying on business only for the purpose of winding up its affairs;
- (b) if the company is unable to pay its debts;
- (c) if the court is of opinion that it is just and equitable that the company should be wound up.

A ben vedere, questa disposizione non contiene veri e propri titoli di giurisdizione tradizionalmente intesi, cioè come fattori di collegamento fra la persona giuridica e l'ordinamento inglese. Sicché, la *section 221(5)* andrebbe letta in combinato con la giurisprudenza, che pacificamente richiede l'esistenza di una qualche forma di collegamento.²¹

Mi preme di più, tuttavia, approfondire il secondo aspetto, ossia quello della limitata portata del riconoscimento delle procedure straniere, poiché, cre-

¹⁷ SMART, *op. cit.*, pp. 48 ss.

¹⁸ Come è noto, in base alla dottrina del *forum non conveniens* i giudici inglesi possono, discrezionalmente, disporre lo *stay* dell'azione intentata ovvero negare l'autorizzazione al *service of process* nei confronti del convenuto all'estero (condizione indispensabile affinché si radichi la competenza nei confronti di tale soggetto) qualora “*the court is satisfied that there is some other available forum, having competent jurisdiction, which is the appropriate forum for the trial of the action, i.e. in which the case may be tried more suitably for the interests of all the parties and the ends of justice*”, come stabilito da Lord Goff in *The Spiliada* [1986] 3 All E.R., p. 846. Per l'applicazione della *doctrine* nel diritto fallimentare, v. SMART, *op. cit.*, pp. 62 ss.

¹⁹ La *Part II* dell'*Insolvency Act* pare applicarsi, stando alla lettera della *section 221*, alle sole società costituite e registrate in base al *Companies Act 1985*. Per approfondimenti v. SMART, *op. cit.*, pp. 130 ss.

²⁰ L'*Insolvency Act 1986* traccia una netta distinzione fra le *registered company* (il cui *winding up* è disciplinato nella *Part IV*) e le *unregistered company*, cui si applica la *Part IV* nella misura in cui non vi derogano le disposizioni contenute nella *Part V*. Tali ultime società sono tutte quelle che non siano state costituite con il procedimento previsto dal *Companies Act* (giusta la *section 220* dell'*Insolvency Act*).

²¹ Con il passare del tempo l'intensità di tale collegamento richiesta dalla giurisprudenza si è via via attenuata: se all'inizio del secolo scorso si esigeva la presenza di una succursale (*Re Lloyd Generale Italiano*, [1885] 29 Ch. D., p. 219), ora è sufficiente la presenza di attivo unita alla possibilità che dal *winding up order* possa derivare qualche beneficio per i creditori (*Re Compagnia Merabello San Nicholas S.A.* [1973] Ch., p. 75): v. SMART, *op. cit.*, pp. 95 ss., nonché la *rule 155* di Dicey & Morris.

do, grazie ad esso è possibile cogliere quello che è lo spirito genuino dell'istituto delle procedure secondarie.

È necessario un chiarimento preliminare: da continentali, siamo avvezzi a pensare al riconoscimento di una procedura straniera come al riconoscimento della *pronuncia* che quella procedura apre, e dalla quale emanano gli effetti costitutivi disciplinati dalla legge.²² Una simile categorizzazione non appartiene, invece, al diritto internazionale privato del *common law* inglese:²³ scorrendo le pagine del secondo volume di quel monumento che è *The Conflict of Laws* di Albert V. Dicey e John H. C. Morris,²⁴ nel capitolo dedicato alla *bankruptcy* troviamo una dicitura che può suonare bizzarra: *Effect in England of foreign bankruptcy as an assignment of property*.²⁵ A parte l'eterodossia (sempre rispetto ai nostri schemi) della dicitura in sé -mai ci immagineremmo di accostare lo sposessamento ex art. 43 l.f. ad un trasferimento di proprietà-,²⁶ quel che non passa inosservato è l'approccio di fondo totalmente divergente dal nostro: nel riconoscimento della procedura straniera, in Inghilterra, si guarda direttamente ai suoi *effetti*, più che alla *pronuncia* che tali effetti produce. Da ciò deriva una conseguenza capitale: la disciplina delle *foreign bankruptcy* (ma lo stesso vale per le *foreign liquidation*) è questione di *choice of law*, o, come diremmo noi, di legge applicabile. Il che significa: stabilito l'effetto della procedura aperta all'estero, il giudice dovrà ricercare la legge ad esso applicabile.

Di qui, si pone una seconda distinzione, propria solo del diritto inglese, probabilmente: quella fra procedure rivolte a persone fisiche (essenzialmente, la *bankruptcy*) e quelle destinate alle persone giuridiche (*winding-up* e *administration*, in particolare). Le une e le altre producono infatti effetti diversi, per cui differenti saranno le norme di conflitto da applicare al caso concreto.

Cominciamo dalle persone fisiche. La *section 306* dell'*Insolvency Act* prevede che all'*order* pronunciato dalla Corte consegua il *vesting* del patrimonio del debitore in capo al curatore (*trustee in bankruptcy*). Così ragionavano i giuristi inglesi del Settecento: se l'apertura di una procedura straniera comporta il medesimo effetto, occorre domandarsi quale sia la legge applicabile a tale "trasferimento". La norma di conflitto rilevante, ai tempi, era un brocardo di remota

²² DALHUSEIN, *International Insolvency and Bankruptcy*, New York, 1986, vol. I, p. 3-100: "For purposes of recognition and execution of foreign adjudications, bankruptcy is often equated with judgments. This is especially true in civil law countries of French tradition where, as a consequence, the exequatur procedure is made available for the domestication of foreign bankruptcy measures"

²³ V. DALHUSEIN, *op. cit.*, vol. I, p. 3-121. Cfr. SMART, *op. cit.*, pp. 4 (nonché p. 141): "However, in the 1760s [...] the issue was not approached as (what it be today regarded as) a recognition issue. For whilst it is true that the judges looked to the domicile of the debtor, they did so not simply as a basis of recognition but rather in order that they might apply the maxim *mobilia sequuntur personam*".

²⁴ L'ultima edizione (la quindicesima) è del 2016, è curata da Collins Lord di Mapesbury, ed è nota perciò come *Dicey, Morris & Collins*

²⁵ DICEY, MORRIS, *The Conflict of Laws*, Londra, 2000 (13^a edizione), p. 1183. Tale dicitura compare anche in FLETCHER, *op. cit.*, p. 118

²⁶ Perciò chiedo venia al lettore per l'eccesso di virgolette quando, nelle prossime righe, mi riferirò al *trasferimento* del patrimonio del debitore fallito al curatore (in inglese, *vesting*).

origine: *mobilia sequuntur personam*. Tradotto, la legge applicabile alla persona del debitore, cioè la *lex domicilii*, governa le sorti delle cose mobili del debitore, poiché, si presume, tali beni fanno parte del corredo che il debitore porta con sé nei suoi spostamenti.²⁷ Per cui, se la legge della giurisdizione in cui il debitore ha il suo domicilio stabilisce che tutti i suoi beni, ovunque si trovino, siano “devoluti” al curatore per mezzo della dichiarazione di fallimento, ecco il giudice inglese non dovrà che prendere atto di tale “trasferimento”.²⁸

Mentre, nel corso dell'Ottocento, la vigenza della massima in altri settori del diritto internazionale privato veniva messa in discussione,²⁹ giudici, avvocati e curatori impegnati nei fallimenti transnazionali assistevano alle sue infelici conseguenze: da un lato, poiché di *mobilia* trattava, i beni immobili siti in Inghilterra non erano toccati minimamente dagli effetti della procedura straniera, applicandosi, nei loro riguardi, la *lex rei sitae*, cioè la legge inglese;³⁰ dall'altro lato, se era la *lex domicilii* a governare lo spossessamento, ci si chiedeva che cosa ne fosse dei fallimenti dichiarati dai giudici diversi da quelli del luogo di domicilio. Le ricadute pratiche di questo impianto teorico non erano punto soddisfacenti: poiché la nozione di *domicile* era quella propria del *common law* inglese, poteva ben accadere che un debitore, benché fermamente stabilito in un dato luogo con i suoi interessi, relazioni ed affari, non fosse tuttavia domiciliato in quella giurisdizione e che di conseguenza il fallimento ivi legittimamente aperto non fosse “riconosciuto” in Inghilterra.³¹ Inoltre, seppur si fosse superato questo primo ostacolo, il curatore straniero non avrebbe potuto reclamare per la proce-

²⁷ RAEBURN, *Application of the Maxim Mobilia Sequuntur Personam to Bankruptcy in Private International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 1949, p. 178. Più in generale, WOLFF, *Private International Law*, Oxford, 1950 (2^a edizione), pp. 505 ss.

²⁸ Così fu deciso nel misterioso caso *Solomons v. Ross* (del 1764: 1 Hy. Bl., p. 131 nt.; 126 E.R., p. 79). Dico misterioso, poiché le vicende filologiche intorno ad esso sono alquanto intricate: solo grazie alla minuziosa ricostruzione di NADELMANN (*Solomons v. Ross and International Bankruptcy Law*, in *The Modern Law Review*, 1946, pp. 154 ss.) è stato possibile risalire a taluni dettagli della vicenda che nell'unico *report* per lungo tempo disponibile erano appena accennati. Tant'è che la House of Lords in *Galbraith v. Grimshaw*, come vedremo, rifiuterà di applicarlo come precedente in quanto “*scantily reported*” (v. *infra*).

²⁹ A partire da Savigny e Westlake si affermò la distinzione fra trasferimenti di particolari beni mobili (governati dalla *lex situs*) e trasferimenti generali (es. nel caso di successione o, appunto, di *bankruptcy*), per i quali il vecchio brocardo rimaneva in piedi: v. RAEBURN, *op. cit.*, 178 ss.; WOLFF, *op. cit.*, p. 506

³⁰ Così fu deciso in *Waite v Bingley* [1882] 21 Ch. D., p. 674

³¹ Ciò è reso possibile dalle peculiarità della nozione di *domicile* tradizionalmente accolta dal diritto inglese: il suo accertamento muove dalla presunzione di continuità fra il *domicile of origin* (che coincide con quello dei genitori al momento della nascita, v. la *rule 9* di Dicey & Morris; la *probatio* diviene *diabolica* se si rende poi necessario provare anche il domicilio dei genitori) e quello attuale (detto *domicile of choice*), presunzione che può essere vinta con la non facile dimostrazione che all'oggettivo stabilimento in altro luogo si accompagna l'intenzione di stabilirsi in via permanente: v. *Re Fuld's Estate* (No. 3), [1965] All E.R., p. 776; *Udny v. Udny* [1869] L.R. 1 Sc. & Div., p. 441. L'importanza del *domicile of origin* è accresciuta poi dal fatto che l'abbandono del *domicile of choice* comporta normalmente la reviviscenza del primo, salvo che l'acquisizione di un nuovo *domicile of choice* sia dimostrata nella maniera summenzionata. (v. la *rule 13* di Dicey & Morris).

dura che una parte esigua della ricchezza del debitore, data la natura prevalentemente fondiaria della ricchezza ai quei tempi. A partire dalla seconda metà del secolo XIX, dunque, la giurisprudenza cercò di superare questi ostacoli, da un lato ampliando il requisito giurisdizionale oltre il mero *domicile*, dall'altro escogitando strumenti con cui assicurare al curatore straniero anche il controllo sui beni immobili. Si è così passati da decisioni, come quella in *Re Blithman*, in cui la questione del riconoscimento è stata decisa sulla sola base del *domicile* ad altre, a partire da *Re Davidson's Settlements Trusts* del 1873, nelle quali è stato tributato riconoscimento ai fallimenti aperti in giurisdizioni diverse da quelle del *domicile*, ma nei quali il debitore aveva accettato la competenza del giudice presentando egli stesso l'istanza o prendendovi comunque parte senza muovere contestazioni sulla giurisdizione.³² Va segnalato che resta ad oggi un punto controverso quello dell'esistenza di altre basi di riconoscimento, segnatamente la circostanza che il debitore svolga la sua attività nella giurisdizione rilevante (*carrying on business*), la residenza (*residence*) o la semplice presenza di attivo, come accade -lo dirò meglio nel prossimo paragrafo- negli Stati Uniti.³³ Quel che è certo, come concorda la dottrina inglese, è che la materia meriterebbe di essere rivisitata, possibilmente per via legislativa:³⁴ il domicilio e l'accettazione della giurisdizione, da sole, non costituiscono basi sufficienti e finiscono -come commenta Smart-, per favorire il "*fraudulent bankrupt (who runs up debts then flees) over those bankrupt who make every effort to participate in the foreign proceedings and co-operate with the foreign assignee*".³⁵ Quanto al problema dell'amministrazione degli immobili inglesi, la soluzione è stata il frutto di spiccato pragmatismo: se il curatore non può beneficiare dell'*assignment*, può quantomeno domandare al giudice di essere nominato *receiver* dell'attivo immobiliare, e quindi esercitare su di esso ampi poteri di amministrazione.³⁶

³² *Re Davidson's Settlement Trusts* [1873] L.R. 15 Eq., p. 383; *Re Lawson's Trusts* [1896] 1 Ch., p. 175; *Re Burke, King & Terry* [1919], 54 L.Jo., p. 430; *Houlditch v. Donegall* [1834], 2 Cl. 7 F., p. 470

³³ SMART, *op. cit.*, pp. 148-153 e 157 ss.; *Id.*, *Carrying on Business as a Basis of Recognition of Foreign Bankruptcies in English Private International Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1989, pp. 557 ss.

³⁴ Di questa idea è FLETCHER, *op. cit.*, pp. 113 ss., il quale, pur dando mostra di apprezzare il titanico sforzo dell'illustre collega Smart di ricavare altre basi di riconoscimento dalla giurisprudenza, ritiene che solo un inequivoco *restatement* sia in linea con le esigenze di certezza tanto essenziali nella materia che ci occupa.

³⁵ SMART, *op. cit.*, p. 144, ove viene formulato questo esempio: un individuo d'origine neozelandese svolge la sua attività in Francia, ove contrae debiti, dopodiché ripara a Panama. I giudici francesi, giustamente, iniziano una procedura d'insolvenza nei suoi confronti, la quale, tuttavia, non potrà estendersi ai beni inglesi: né la Francia è il luogo di *domicile*, né il debitore ha accettato la giurisdizione francese: stando a Panama non sarà comparso nella procedura (al limite, potrà avere svolto una *limited appearance* al solo scopo di contestare la giurisdizione, il che, va da sé, non implica accettazione della stessa).

³⁶ Come accaduto in *Re Kooperman* [1928] W.N., p. 101 e in *Re Osborn*, [1931-32] B & C.R., p. 189. La *receivership* è una residuale forma di esecuzione di *equity*, in quanto tale invocabile laddove altre modalità di esecuzione non siano possibili. V. ANDREWS, *English Civil Procedure*, Oxford, 2003, pp. 933 ss.

Spostando lo sguardo alle procedure riservate alle persone giuridiche, vediamo che la pronuncia di un *winding-up order* comporta il subentro del curatore (*liquidator*) agli amministratori della società o dell'ente. Filtrata attraverso il prisma del diritto inglese, dunque, l'apertura di una procedura straniera, in questo caso, altro non è che una successione nell'ufficio direttivo e nei relativi poteri. Le conseguenze di tale impostazione sono due: *in primis*, non si ha un passaggio di titolarità di beni come nella *bankruptcy*, né mobili né immobili; in secondo luogo, la legge applicabile a tale fenomeno è quella dell'*incorporation*.³⁷ Il riconoscimento è, in altri termini, tributato alle sole procedure aperte nella giurisdizione ove la società o l'ente è stato costituito e non comporta alcun trasferimento di titolarità sul patrimonio sociale. Quest'ultimo punto non ha dato grosse preoccupazioni: una volta riconosciuto il passaggio di autorità in ordine alla rappresentanza e all'amministrazione sociale, ciò è a rigore sufficiente affinché la curatela disponga dei poteri necessari per l'espletamento del suo ufficio.³⁸ Ma che fossero riconosciute solo le procedure aperte nello Stato di *incorporation*, questo sì ha generato perplessità: ci è chiesti infatti se fosse possibile dare ingresso agli effetti di *liquidation* aperte in uno Stato diverso da quello d'*incorporation*, così come si è dibattuto della soluzione da adottare nel caso in cui vi la società fosse stata "incorporata" più volte in giurisdizioni diverse.³⁹

³⁷ Quello dell'*incorporation* è un principio cardine del diritto internazionale privato di taluni ordinamenti (es. Inghilterra, Paesi Bassi, Stati Uniti), così descritto da RAMMELLOO (*Corporation in Private International Law*, Oxford, 2001, p. 16): "In contrast to the 'real seat' theory, the 'incorporation' theory stands for a subjective proper law test. Pursuant to this theory, the company is governed by the law according to which it is duly established". Alla base di tale principio, vi è l'argomento così descritto da FLETCHER (*op cit.*, p. 139): "Unlike human beings, whose legal personality is inherent and not dependent on any special process of the law itself, a corporation can only exist as a legal person through having undergone a requisite process of formation whereby such grant of a legal persona took effect"; onde la conseguenza per cui: "the formation, existence and dissolution of a corporation are determined by the system of law under which the corporation is alleged to have been formed" (p. 140)

³⁸ Secondo SMART (*op. cit.*, p. 223) mancano precedenti inglesi sul punto: quelli ivi menzionati in nota sono casi sudafricani.

³⁹ Quanto alla prima questione, SMART (*op. cit.*, pp. 168 ss.) riferisce di casi (tutti successivi agli anni '80 del secolo XIX) in cui il riconoscimento è stato concesso su altre basi (es. accettazione della giurisdizione straniera da parte del debitore medesimo): es. *North Australian Territory Co. Ltd. Goldsbrough, Mort and Co. Ltd.* [1889] 61 L.T., p. 716; *Queensland Mercantile and Agency Co. Ltd. v. Australian Investment Co. Ltd.* [1888] 15 R., p. 935 e, più di recente, *Felxtowe Dock and Railway Co. v. United States Lines Inc.* [1989] Q.B., p. 360 (nonostante, di fatto, l'annullamento dei *freezing order* fosse stato poi negato per motivi di ordine pubblico), nonché la *re-organization* americana nella vicenda Maxwell, nella quale l'istanza era stata presentata dal debitore stesso (una società costituita secondo il diritto inglese).

Il fenomeno delle "doppie *incorporation*" può apparire strano, benché si tratti di un'evenienza comune (specie per ragioni fiscali). Il diritto inglese nega questa possibilità, concessa invece da altri ordinamenti (appunto, di paesi considerati *tax haven*); in tale ipotesi, secondo SMART (*op. cit.*, pp. 353 ss.) sarà senz'altro riconosciuta la *liquidation* aperta nello Stato della prima *incorporation*, mentre quella aperta nello Stato della seconda lo sarà solo a condizione che anche il primo Stato permetta una nuova *incorporation* in altra giurisdizione. Poiché il diritto inglese non ammette tale evenienza, accadrà che la società costituita in Inghilterra e quella "re-incorporata" all'estero saranno due soggetti di diritto distinti, il primo senz'altro assoggettabile a *winding up* in Inghilterra, il secondo sia passibile di *winding up* inglese (nelle ipotesi viste *supra*, nt. 20) che di analoga procedura straniera facilmente riconoscibile in Inghilterra.

L'ostacolo maggiore -che resta, ad oggi, insuperato- è, tuttavia, un altro e deriva da un precedente del 1910.⁴⁰ Questo era il caso: un creditore otteneva dalla Court of Session di Edimburgo la condanna del debitore al pagamento di una somma di denaro; la sentenza veniva "registrata" in Inghilterra ai sensi del *Judgments Extention Act* del 1868, dove un *order* di *garnishee nisi* veniva notificato al *debtor debitoris*.⁴¹ Immediatamente dopo, il debitore veniva dichiarato fallito in Scozia. Sorgeva dunque un conflitto tra il curatore scozzese e il creditore: a chi sarebbe spettato il pagamento da parte del *debtor debitoris*? Un *interpleader* giungeva quindi davanti al giudice londinese Ridley, il quale, applicando il diritto scozzese, statuiva in favore del curatore. La Court of Appeal riformava la decisione di primo grado: secondo i giudici Farwell e Buckley, al curatore non era concesso giovare di due disposizioni dei *bankruptcy act* inglese e scozzese a norma delle quali il diritto del curatore sul patrimonio del fallito istituito dal *bankruptcy order* doveva retroagire in danno del *garnishee order*. Il curatore appellava la decisione di fronte alla House of Lords, che il 23 giugno stabiliva l'importantissimo precedente *Galbraith v. Grimshaw*. Dopo tutto quanto è stato detto sopra a proposito del *choice of law approach*, si può intuire quale fosse stato l'argomento del curatore: la questione doveva essere risolta secondo il diritto scozzese, la *lex domicilii*; e poi c'era un illustre precedente, cioè *Solomons v. Ross*, nel quale il diritto del creditore pignorante era stato posposto a quello del curatore straniero. I *lord justice* tuttavia decisero diversamente:

If the attachment is prior in date, then I do not think it will be affected by the title of the trustee in a foreign bankruptcy; and the reason is that a foreign law making the title of the trustee relate back to transactions which the debtor himself could not have disturbed has no operation in England, while the English law as to relation back applies only to cases of English bankruptcy, and therefore the trustee may find himself (as in this case) falling between two stools.

Né il curatore, "caduto fra due sgabelli", poteva poi invocare *Solomons v. Ross*:

And I am not prepared to accept and act upon the case which is scantily reported in the volume of Blackstone's Reports to which we have been referred

Galbraith v Grimshaw ha fatto molto discutere in dottrina, ma è un dato di fatto che, ad oggi, resta un precedente insuperato. Così stando le cose, commenta Smart: "a creditor would be well-advised to move as swiftly as possible to attach those funds prior to any [foreign] insolvency", poiché "a foreign insolvency will not itself deprive an English creditor of 'the fruits of his diligence'". Come a dire: *vigilantibus non dormientibus aequitas subvenit*. Ma non è detto che il curatore straniero sia per forza fra i *dormientes*: per quanto rapido possa essere nell'invocare la protezione del giudice inglese, egli partirà sempre con un notevole handicap rispetto ai creditori, i quali, informati della pendenza di un procedimen-

⁴⁰ *Galbraith v Grimshaw*, [1910] A.C., p. 508, della House of Lords, che riforma [1910] 1 K.B., p. 339.

⁴¹ Praticamente, l'equivalente del nostro pignoramento presso terzi: v. Civil Procedure Rules *part 72*; ANDREWS, *op. cit.*, pp. 927 ss.

to prodromico all'estero, potranno agilmente impoverire il potenziale attivo inglese prima che il curatore sia nominato. Quel che è peggio, è che i curatori stranieri, consci di ciò, desisteranno fin da subito dal muovere contestazioni agli atti di *private diligence* dei creditori, tranne forse che nei casi in cui il valore degli *asset* inglesi sia talmente alto da indurre, perlomeno, ad un tentativo. Se ciò è vero, ne viene che la *par condicio creditorum* finisce con l'essere, nelle insolvenze transfrontaliere, un lusso per pochi.⁴²

Lo scenario si complica ulteriormente se guardiamo al fallimento delle persone giuridiche: il rigoroso *choice of law approach*⁴³ sarebbe qui deteriore per il curatore straniero, poiché la sua nomina non solleva, di per sé, questioni di conflitto fra diritti sul patrimonio. Senonché, fortunatamente, la poca casistica disponibile indica una soluzione diversa, benché non dissimile a quella raggiunta in *Galbraith v. Grimshaw*. La decisione più antica, *Levasseur v. Mason & Barry Ltd.* risale addirittura a diciannove anni prima;⁴⁴ in essa il diritto di un creditore nominato *receiver* fu preferito, *ratione temporis*, a quello di un curatore francese, lasciando intendere che nell'ipotesi in cui l'ordine cronologico delle pronunce di *receivership* e *winding-up* fosse stato invertito, la soluzione sarebbe stata diversa. Le analogie con *Galbraith v. Grimshaw* sono tanto forti, che la manualistica usa citare le due decisioni in coppia. Ne discende che le critiche che si possono muovere all'una, vanno bene anche per l'altra; ma, si badi, non mi riferisco alle sofisticate critiche in punto di diritto, bensì a quelle circa la convenienza pratica di tale soluzione. Quel che è peggio, è che da tali decisioni si ricava un ulteriore principio: che in assenza di una procedura inglese, il curatore straniero non potrà valersi degli strumenti predisposti dall'*Insolvency Act* (in particolare, delle revocatorie), né invocarne le disposizioni, ad es. quelle che impongono l'*automatic stay* delle iniziative individuali dei creditori nei confronti del debitore.

Infine, questa peculiare declinazione dell'universalismo non va di pari passo con il principio di unità del fallimento: se è ben vero che la procedura straniera, a certe condizioni, può spiegare i suoi effetti -almeno, alcuni- sui beni situati in Inghilterra, non è altrettanto vero che per ciò solo il giudice inglese sarà privato della possibilità di avviare una procedura sua.⁴⁵ Incredibilmente, quello che può rappresentare il problema più grosso, contiene in sé un potente antidoto: avviare la procedura inglese può infatti consentire che si applichino le

⁴² Così FLETCHER, *op. cit.*, p. 206. Prosegue l'illustre autore: "*The irony and inequity of such a state of affairs is especially acute where it proves to be the case that the avoidance provisions of both systems of law, where they can be applied, are practically at one in treating the creditors' acts as impeachable at the instance of the liquidator*".

⁴³ Non va dimenticato, poi, che è necessario che il diritto straniero applicabile (*lex domicilii* o *lex societatis*) abbia, per così dire, effetti extraterritoriali: è in altri termini richiesto che i diritti del curatore sul patrimonio siano esercitabili *extra moenia*, cioè anche con riferimento a cespiti patrimoniali siti fuori dai confini della giurisdizione del domicilio o dell'*incorporation*. V. *Alivon v. Furnival* [1834] 1 Cr. M. & R., p. 227, in cui la prova del diritto straniero sul punto è stata ritenuta insufficiente. V. anche *Penn Central Transportation Co.* [1981], 2 F.C., p. 307. Entrambe le sentenze sono riportate e commentate in SMART, *op. cit.*, pp. 220 ss.

⁴⁴ [1891] 2 Q.B., p. 73

⁴⁵ V. *Re Thulin*, [1995] 1 W.L.R., p. 165

disposizioni dell'Insolvency Act; di conseguenza, il curatore inglese, d'accordo con quello straniero, potrà esercitare le revocatorie, paralizzare gli act of diligence dei creditori, distribuire equamente i frutti della liquidazione applicando la hotchpot rule e così via. Certo, il costo di tutto questo sono due procedure a rigore indipendenti l'una dall'altra, le cui strade possono divergere e che, alla fine, possono tramutarsi in un inutile travaglio per i creditori rispetto ai possibili benefici.

Ecco dunque che si spiegano l'origine e lo spirito dell'istituto protagonista di questo lavoro: le procedure secondarie. Nel diritto inglese prendono il nome di *ancillary proceeding*, e sono procedure (perlopiù di *winding-up*) nelle quali, come abbiamo letto in *Re Commercial Bank of South Australia*, i poteri e i compiti del curatore inglese vengono appositamente ristretti al fine da un lato di beneficiare dell'armamentario messo a disposizione dall'Insolvency Act (principalmente, lo *stay* di tutte le iniziative individuali del creditore imposto dalla *section 130(2) e (3)* nonché l'esercizio delle azioni revocatorie previste dalle *section 238- 246*), dall'altro di consentire un ordinato espletamento delle operazioni di liquidazione e distribuzione dell'attivo fallimentare evitando che le questioni inevitabilmente nascenti dalla sovrapposizione di due procedure *full size* assorbano tempo e risorse preziose.⁴⁶

La disciplina dell'istituto è interamente *judge made* e di esso non vi sono menzioni nella legislazione; la casistica al riguardo è particolarmente ampia e disomogenea per cui è difficile tracciare i confini e i contenuti esatti della disciplina: i giudici hanno infatti via via ritagliato tali procedure sulla base del caso concreto, il che se da un lato può inevitabilmente creare un certo senso di confusione, dall'altro ha conferito a tale istituto un'apprezzabile (ed apprezzata) flessibilità.⁴⁷ Un tentativo di descrizione complessiva è tuttavia contenuto nella già citata decisione *In re Bank of Credit and Commerce International S.A.* (B.C.C.I.),⁴⁸ che è dunque bene riportare:

This line of authority establishes, in my opinion, at least the following propositions.

- (1) Where a foreign company is in liquidation in its country of incorporation, a winding up order made in England will normally be regarded as giving rise to a winding up ancillary to that being conducted in the country of incorporation.
- (2) The winding up in England will be ancillary in the sense that it will not be within the power of the English liquidators to get in and realise all the assets of the company

⁴⁶ Che in fondo le procedure ancillari siano state escogitate al preciso scopo di ottenere lo *stay* delle iniziative dei creditori è ammesso da SMART (*op. cit.*, p. 362): "It is perhaps fair to say that the 'ancillary' winding up was little more than an ad hoc solution to this particular problem - a convenient mechanism to preserve the company's assets in statu quo and 'warn off' any predatory creditors." Prosegue poi in nota: "It is probably no coincidence that most of the cases which touch on ancillary winding up concern the earliest stages of the insolvency process. The longer the local insolvency goes on, the less ancillary it seems to become"

⁴⁷ SMART, *op. cit.*, p. 379: "One of the strengths of ancillary winding up is its flexibility. Taking into consideration the working of the foreign liquidation, the English court may confine itself to what might loosely be described as an administrative role, or the English liquidator may co-operate on a more equal footing with the foreign liquidator".

⁴⁸ V. *supra*, nt. 11

worldwide. They will necessarily have to concentrate on getting in and realising the English assets.

- (3) Since in order to achieve a *pari passu* distribution between all the company's creditors it will be necessary for there to be a pooling of the company's assets worldwide and for a dividend to be declared out of the assets comprised in that pool, the winding up in England will be ancillary in the sense, also, that it will be the liquidators in the principal liquidation who will be best placed to declare the dividend and to distribute the assets in the pool accordingly.
- (4) None the less, the ancillary character of an English winding up does not relieve an English court of the obligation to apply English law, including English insolvency law, to the resolution of any issue arising in the winding up which is brought before the court. It may be, of course, that English conflicts of law rules will lead to the application of some foreign law principle in order to resolve a particular issue.

I punti (2) e (3) dipingono quello che è il nucleo forte dell'istituto: le procedure ancillari hanno infatti una portata meramente territoriale e sono perlopiù finalizzate alla realizzazione dell'attivo inglese e alla trasmissione del ricavato alla procedura principale, ove avverrà la sua distribuzione. Il carattere della territorialità è di estrema importanza: se è vero che l'Insolvency Act conferisce alle procedure da esso disciplinate il carattere dell'extraterritorialità, ciò significa che in caso di procedure concorrenti inevitabilmente i rispettivi curatori saranno portati a contendersi tutto l'attivo, in particolare quello sito in Stati diversi da quelli in cui le procedure sono state avviate. Le *ancillary proceeding* mirano proprio a scongiurare tali conflitti al fine di ridurre i costi di procedura e, conseguentemente, di massimizzare la percentuale di realizzo dei crediti ammessi. Quanto alla trasmissione dei proventi della liquidazione (avvenuta tramite il ricorso a *tutti* gli strumenti messi a disposizione del curatore dalla legge fallimentare inglese) alla procedura principale, in esso si sostanzia il fine ultimo del principio di universalità, cioè quello della *par condicio creditorum* proiettata in una dimensione transfrontaliera. In alcuni casi, poi, a tali funzioni se ne sono affiancate altre di carattere prettamente "amministrativo", come ad es. la redazione di una lista di creditori per comodità insinuatisi nella procedura ancillare al fine della sua trasmissione al curatore della procedura principale, assieme a tutte le altre informazioni utili al fine dell'ordinato espletamento della procedura.⁴⁹

Lo schema così delineato ha patito, tuttavia, alcune limitazioni: innanzitutto, come si ricava dal punto (1), la delimitazione della procedura inglese al rango di *ancillary winding-up* è stata operata perlopiù nelle circostanze in cui quella estera fosse stata avviata nello Stato di *incorporation*, e non anche nell'ipotesi inversa in cui il debitore fosse una società formata e registrata secondo le leggi del Regno Unito. La dottrina non ha mancato di criticare tale posizione: poiché la cosiddetta *Delaware syndrome* è fenomeno meno raro di quanto si pensi, non vi sono ragioni cogenti per lasciare che la liquidazione principale av-

⁴⁹ *Re Commercial Bank of South Australia, cit.*

venga sì nello Stato di *incorporation*, ma nel quale è sito tuttavia solo una parte minima dell'attivo, trovandosi questo quasi del tutto in Inghilterra.⁵⁰

È capitato, poi, che il trasferimento dell'attivo sia stato solamente parziale. Smart cita come migliore esempio *Re National Benefit Assurance Co.*,⁵¹ caso canadese (all'epoca della decisione il Canada era ancora parte del Regno Unito) in cui il debitore era una società inglese con attività di modesto rilievo nelle province del *dominion*: il giudice acconsentì alla trasmissione dei frutti della liquidazione previa deduzione delle somme da destinarsi ai creditori che secondo la *lex fori* (i.e. il diritto canadese)⁵² dovevano considerarsi privilegiati ovvero titolari di diritti di garanzia sui cespiti dell'attivo.

Un'ultimo limite, infine, è emerso nella vicenda B.C.C.I.: dopo lunghi ed intensi negoziati, i curatori lussemburghesi e quelli inglesi erano riusciti ad accordarsi sulla distribuzione dell'attivo complessivamente realizzato nelle due procedure; mancava solo il benestare del giudice inglese. Senonché alcuni creditori lamentarono la violazione della disposizione inglese (la *Bankruptcy Rule* 9.10) che ammetteva la compensazione fra le partite contrapposte del fallito e dei creditori: nell'accordo infatti l'operatività della compensazione non era stata considerata in osservanza del diritto fallimentare del Lussemburgo. Secondo il curatore, tuttavia, la larga discrezionalità di cui dispone la corte nel modellare la procedura ancillare permetterebbe, in taluni casi, di derogare anche a disposizioni di natura procedurale quale era ritenuta la summenzionata *Rule* 9.10. La House of Lords fu di tutt'altra opinione: secondo il *Vice Chancellor*, lo "*accumulation of judicial endorsement*" che aveva sopperito alla mancanza di una base legislativa per le *ancillary proceeding* non aveva mai tuttavia permesso che il giudice andasse deliberatamente contro le norme imperative e "di natura sostanziale" (*substantive rules*), quale era quella sulla compensazione:

⁵⁰ In tal senso, SMART, *op. cit.*, pp. 370 e 372, ove si riferisce del caso *Re a Debtor (No. 00359 of 1987)*, [1988], Ch., p. 120, in cui una società costituita in Liberia operava esclusivamente in Inghilterra, ritenuta dalla House of Lords *forum conveniens* (leggi: foro più adatto) per il *winding up* (benché apparentemente non vi si fossero beni!). Più in generale, l'illustre autore elogia, come già accennato, l'estrema flessibilità dell'istituto, aggiungendo che la discrezionalità che le corti si sono via via ritagliate dovrebbe essere esercitata nella migliore maniera per venire incontro alle difficoltà del caso concreto; e così, a pag. 368 dell'opera più volte citata, viene presentato uno spettro di possibilità (approfonditamente discusse nelle pagine successive del testo, alla cui lettura si rimanda) che va dal mero riconoscimento della procedura straniera alla conduzione di una procedura interna "piena", da coordinare in via paritaria con quella straniera (e quindi non secondo un rapporto di ancillarità: es. *Re Macfayden & Co.* [1908] 1 K.B., p. 675), passando per le procedure ancillari "classiche" e per quelle estese, nelle quali viene parzialmente meno il carattere della territorialità (come ad es. in *Lehman Bros Inc. v Phillips: Re Mid East Trading Ltd.* [1998] 1 All. E.R., p. 557, che conferma [1997] 3 All. E.R., p. 481, nella quale al curatore fu concesso un *order* basato sulla *section* 236 dell'*Insolvency Act* volto ad ordinare al debitore, una società libanese, la produzione di taluni documenti depositati a New York)

⁵¹ [1927] 3 D.L.R., p. 289, discussa in SMART, *op. cit.*, p. 361

⁵² Che poi era in larga misura *common law*, per cui non si ponevano, in questo caso, grossi problemi di incompatibilità fra gli ordini di distribuzione dettati dai due ordinamenti. A rigore, le questioni nascenti dalla presenza di creditori privilegiati va decisa, in ciascuna procedura, secondo la *lex fori concursus*, per cui il giudice, prima di acconsentire al rilascio del residuo a beneficio della procedura principale, deve trattenere una somma sufficiente per tacitare i creditori che secondo il diritto inglese debbono essere soddisfatti con preferenza e per saldare le spese della procedura. V. SMART, *op. cit.*, p. 382

But the judicial authority which has established the power of the court to give, in general terms, the direction to which I have referred has certainly not established the power of the court to disapply rule 4.90 or any other substantive rule forming part of the statutory scheme under the Act and Rules of 1986.

La compensazione andava dunque applicata, sicché il curatore inglese avrebbe dovuto dedurre, dalla somma trasferibile in Lussemburgo, un ammontare maggiore, con il quale compensare le partite attive dei creditori-debitori.

Di qui la caratteristica menzionata *sub* (4) proprio nella sentenza *B.C.C.I.*: la procedura ancillare è pur sempre una *winding up* disciplinata dall'*Insolvency Act*, che il giudice deve applicare a meno che deroghe e spazi di discrezionalità non siano ad esso concessi dalla legge stessa ovvero dal *common law*.

A rigore, quest'ultimo non è un limite del solo diritto inglese, bensì un limite di cui inevitabilmente ogni giudice che si trovi dinanzi ad una fattispecie con elementi di estraneità dovrà avere esperienza: non gli sarà consentito di applicare un diritto straniero a meno che la legge stessa non glielo acconsenta. Il che può accadere solo in due modi: o con adeguate norme di conflitto ovvero con la conclusione di una convenzione internazionale.⁵³

§ 3. La *section 304* del *Bankruptcy Code* statunitense

Ai tempi del giudice North la situazione era ben diversa nei giovani Stati Uniti d'America. Mentre negli altri domini di Sua Maestà le corti si erano adeguate alla filosofia di fondo del *common law*,⁵⁴ i giudici americani avevano da subito manifestato una certa ritrosia a riconoscere le procedure d'insolvenza aperte all'estero. Secondo Wessels, una spiegazione di tutto ciò risiederebbe nella difficile dialettica fra federazione e stati federati nella materia dell'insolvenza (e non solo): in effetti non ci si poteva aspettare che la Corte Suprema si mostrasse magnanima nei confronti dei curatori stranieri quando l'ordinamento domestico stesso non presentava una certa coesione interna.⁵⁵ Del resto, l'inte-

⁵³ La dottrina ha concordemente sollevato molte riserve sulle scelte in tema operate dall'ordinamento inglese, incolpando perlopiù la redazione delle rilevanti disposizioni dell'*Insolvency Act*, in cui pressoché mai compare alcun riferimento a diritti stranieri: FLETCHER, *op. cit.*, p. 90, SMART, *op. cit.*, p. 3

⁵⁴ V. FLETCHER, *op. cit.*, pp. 122 ss. (persone fisiche) e p. 207 (società), ove si accenna al diritto australiano e a quello canadese, nonostante in quest'ultimo la mancanza di una disciplina unitaria del diritto internazionale privato a livello federale abbia dato luogo ad una scissione tra l'approccio maggiormente territorialista delle corti del Québec (inserite nella tradizione di *civil law*) e quello universalista delle corti delle altre Province.

⁵⁵ WESSELS, MARKELL E KILBORN, *International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters*, Oxford, 2009, p. 77. La competenza del Congresso a legiferare in materia fallimentare discende dalla *section 8* dell'articolo I della Costituzione. Tale competenza è stata esercitata in maniera disorganica nel corso del XIX secolo con provvedimenti legislativi di vita breve; solo con il *Nelson Act* del 1898 si è avuta una prima disciplina complessiva della materia. Per un'approfondita disamina storica del diritto fallimentare americano fino ai primi del Novecento v. C. WARREN, *Bankruptcy in United States History*, Harvard, 1935

ra materia del riconoscimento dei provvedimenti giudiziari stranieri era (e resta tutt'ora) una delle più controverse del *common law* americano.⁵⁶

Il sistema si regge tutto quanto sulla nozione di *comity* così come definita dalla Corte Suprema nella assai citata sentenza *Hilton v. Guyot*. Il passaggio chiave del *grand arrêt* suona in questi termini:

The extent to which the law of one nation, as put in force within its territory, whether by executive order, by legislative act, or by judicial decree, shall be allowed to operate within the dominion of another nation, depends upon what our greatest jurists have been content to call "the comity of nations." Although the phrase has been often criticized, no satisfactory substitute has been suggested. "Comity," in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and good will, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws.

L'ultimo inciso è significativo: posto che il riconoscimento della decisione straniera non costituisce un atto dovuto bensì la conseguenza dell'esercizio di un potere discrezionale, il giudice Gray menziona i due fattori che le corti americane dovranno soppesare: *international duty and convenience* da una parte, i diritti dei cittadini e di altre persone poste sotto la protezione delle leggi americane dall'altra. È evidente che l'accentuazione dell'uno anziché dell'altro fattore possa portare a risultati contrapposti.

In materia fallimentare ha prevalso, per lungo tempo, l'atteggiamento incline a dar maggior rilievo al secondo fattore.⁵⁷ La decisione inaugurale di tale orientamento è di pochi anni successiva a *Hilton v. Guyot*. Sul finire del 1907, la Corte Suprema udì la contesa fra due creditori di un cittadino prussiano fallito con riguardo ad una somma di denaro depositata presso una banca americana. Il creditore ricorrente di fronte ai sommi giudici, la società tedesca Disconto domandava che fosse dato seguito al *garnishment* ottenuto sulla somma al fine di farla confluire nell'attivo del fallimento aperto in Europa; il resistente, un cittadino americano, invocava la *comity doctrine* del giudice Gray protestando un possibile pregiudizio nei suoi diritti, dal momento che se la somma fosse stata rimpatriata in Germania, egli avrebbe dovuto sobbarcarsi i costi e i rischi di una traversata oceanica per andare ad insinuare il proprio credito nei tribunali del *Reich*. Nell'*opinion* del giudice Day scopriamo un altro elemento a proposito del *comity*:

⁵⁶ Si pensi, ad es., al delicato problema del riconoscimento dei *libel judgment* inglesi, sfociato, nel 2010, nell'adozione, da parte del Congresso, dello S.P.E.E.C.H. Act. Nella casistica v., *ex multis*, *Bachchan v. India Abroad Publications*, (585 N.Y.S. 2 D., 661) deciso dalla Corte Suprema dello Stato di New York

⁵⁷ Del resto, in questo senso deponeva Joseph STORY, l'autore più illustre della materia, più volte citato in *Hilton v. Guyot*. Nei suoi *Commentaries on the Conflict of Laws* (Boston, 1883, p. 575) scriveva: "Besides, national comity requires us to give effect to such assignments only so far as may be done without impairing the remedies, or lessening the securities, which our laws have provided for our own citizens. The rule is: 'Quatenus sine prejudicio indulgentium fieri potest'".

There being, then, no provision of positive law requiring the recognition of the right of the plaintiff in error to appropriate property in the State of Wisconsin and subject it to distribution for the benefit of foreign creditors as against the demands of local creditors, how far the public policy of the State permitted such recognition was a matter for the State to determine for itself.

Dunque, come se già il concetto di *comity* non fosse già sufficientemente vago, a complicare le cose si aggiungeva la regola per cui la definizione dei limiti di *public policy* coinvolti nell'applicazione del *comity* spettava ai singoli Stati. Onde la conclusione obbligata:

In determining that the policy of Wisconsin would not permit the property to be thus appropriated to the benefit of alien creditors as against the demands of the citizens of the State, the Supreme Court of Wisconsin has done no more than has been frequently done by nations and states in refusing to exercise the doctrine of comity in such wise as to impair the right of local creditors to subject local property to their just claims.⁵⁸

Come dicevo, l'orientamento espresso in *Disconto Gesellschaft* è stato pressoché unanimemente seguito dalla giurisprudenza successiva, con qualche strascico fino ai primi anni '80 del secolo scorso.⁵⁹ Ad incoraggiare questo atteggiamento ha certamente contribuito anche l'inconsistente *Rule 119* del nuovo *Bankruptcy Code*, a mente del quale:

When a proceeding for the purpose of the liquidation or rehabilitation of his estate has been commenced by or against a bankrupt in a court of competent jurisdiction without the United States, the court of bankruptcy may, after hearing on notice to the petitioner or petitioners and such other persons as it may direct, *having regard to the rights and convenience of local creditors and other relevant circumstances*, dismiss a case or suspend the proceedings therein under such terms as may be appropriate.⁶⁰

⁵⁸ A questo inciso segue immediatamente la stoccata finale del giudice Day, che oserei definire alquanto beffarda: *"We fail to perceive how this application of a well known rule can be said to deprive the plaintiff in error of its property without due process of law"*. Il ricorrente aveva infatti lamentato la violazione, nei suoi confronti, del quattordicesimo Emendamento, concernente il *due process of law*. Come se il potenziale pregiudizio del cittadino americano potesse in qualche modo assorbire ed affievolire la tutela del diritto ad un equo processo, fra l'altro garantito dalla Costituzione americana anche ai forestieri.

⁵⁹ Es. *In re Berthoud*, 231 F. 529 (S.D.N.Y.) e 238 F. 797 (2nd Circ. 1916). Del contrario orientamento, va menzionata *Canada Southern Railway v. Gebhard*, 109 U.S. 527, del 1883 (quindi precedente a *Hilton v. Guyot*), nella quale, tuttavia, pesano significativamente le particolari circostanze di fatto: la procedura straniera era un concordato disciplinato da speciali leggi canadesi applicabili alle sole entità esercenti il servizio ferroviario (all'epoca attività seconda in importanza, probabilmente, solo alla difesa nazionale); nell'opinione dissenziente del giudice Harlan, poi, sono decisivi taluni profili di diritto costituzionale. Ragion per cui non è difficile comprendere come mai *Gebhard* sia raramente citata come precedente. Per un commento a *Disconto* e *Gebhard*, v. LEE, *Global Finance and Transnational Failure: Comity and the Bankruptcy Code*, in *Banking Law Journal*, 2001, pp. 624 ss.

⁶⁰ Corsivo aggiunto

Ora, se la politica isolazionista mantenuta dagli Stati Uniti nel secondo anteguerra aveva reso tutto sommato accettabile questa posizione, l'ergersi a faro del libero mercato dopo il Secondo conflitto mondiale richiedeva un ripensamento dei vecchi concetti. Ma, come sempre accade, ci volle il trauma di un intricato caso di fallimento bancario internazionale per richiamare l'attenzione di teorici, pratici e politici sul tema.

Il 26 giugno 1974 il *Bundesamt für Kreditwesen* ordinava la liquidazione del maggiore istituto creditizio della Germania occidentale, la Herstatt KGaA. Lo stesso giorno, la Chase Manhattan Bank di New York congelava il conto intestato a Herstatt, sospendendo l'esecuzione di numerosi contratti di scambio di valute straniere scadenti quel giorno. Il 27 giugno l'*Amtsgericht* di Colonia nominava la curatoria. Il conto corrente presso Chase Manhattan cadeva così immediatamente sotto i riflettori: dalla Corte Suprema dello Stato di New York uscirono, lo stesso giorno, diciotto *attachment order* nei confronti delle attività americane di Herstatt. In questa furiosa mischia volta ad accaparrarsi i milioni di dollari depositati presso la banca della Grande Mela voleva gettarsi anche Citibank, creditore chirografario (per un'importante somma in valuta estera del valore pari a dieci milioni di dollari!) che non aveva avuto la necessaria prontezza per domandare un *attachment*, ed al quale, pertanto, non rimaneva altra soluzione che chiedere il fallimento di Herstatt: per l'esecuzione individuale era troppo tardi, mentre invocare il *comity* in favore della procedura tedesca non pareva una via sicura; un *bankruptcy order* avrebbe invece avuto l'effetto di spazzare via tutti gli *attachment* già ottenuti dagli altri creditori e di dar luogo alla distribuzione dell'attivo americano "on a pari passu basis". Il tutto a costo anche di remote prospettive di realizzo, dato che il conto per la conduzione della *bankruptcy* sarebbe pesato tutto quanto sui creditori: in fondo era pur sempre meglio che non ottenere nulla. Il grande assente di questa contesa era il curatore straniero: anch'egli avrebbe avuto tutto l'interesse a mettere le mani sui milioni di dollari depositati presso la banca dei Rockefeller imponendo così ai creditori americani di insinuarsi nel *Konkursverfahren* pendente in Europa; senonché i suoi legali americani ebbero l'accortezza di dissuaderlo: invocare il *comity* per ottenere il riconoscimento della procedura era una partita persa, il cui costo, fra l'altro, sarebbe stato quello di sottomettersi alla giurisdizione newyorkese dando così adito ad iniziative ritorsive da parte dei creditori americani.⁶¹ Le questioni di diritto che si agitarono di fronte alla corte del Southern District si prospettavano di difficile soluzione e le incertezze, da ambo le parti, erano notevoli: i creditori sequestranti temevano che in un eventuale secondo grado gli *attachment* potessero essere annullati sulla base di alcuni precedenti che avevano ritenuto addirittura incostituzionale la procedura di sequestro vigente nello

⁶¹ ...i quali, ad es., avrebbero potuto domandare una *discovery* volta a far emergere l'esistenza di ulteriori cespiti patrimoniali, possibilmente aggredibili da parte dei creditori... e non dal curatore (che avrebbe incontrato più ostacoli rispetto ai primi nel riconoscimento della procedura): cfr. BECKER, *International Insolvency: the Case of Herstatt*, in *American Bar Association Journal*, 1976, p. 1292; NADELMANN, *Rehabilitating International Bankruptcy Law: Lessons Taught by Herstatt and Company*, in *New York University Law Review*, 1977, p. 7 nt. 37. La questione è stata poi risolta, ancora una volta, per via legislativa mercé l'introduzione della *limited appearance* a favore del curatore straniero ad opera della *section 306*.

Stato di New York;⁶² dall'altra, pure il *bankruptcy order* era in bilico, poiché Herstatt era una banca straniera (pertanto esclusa, stando alla lettera del *Bankruptcy Act*, dall'ambito della procedura in questione)⁶³ e per di più era una società in accomandita per azioni, creatura giuridica esotica sulle sponde occidentali dell'Atlantico.⁶⁴ La prospettiva di lunghe contese giudiziarie fece desistere i creditori appellanti dal proseguire il gravame e li portò a tentare un negoziato con Citibank, la quale, d'altro canto, aveva tutto l'interesse a trovare un accordo. I legali di parte americana ed europea, poi, erano coscienti dei rischi posti dal parallelo svolgimento di due procedure fallimentari: innanzitutto, in relazione all'extraterritorialità degli effetti del fallimento predicata da entrambi gli ordinamenti. Da parte americana, si temeva che in considerazione di tale circostanza il giudice newyorkese potesse non già rigettare l'istanza di *bankruptcy*, bensì discrezionalmente sospendere il procedimento, mettendo in forse qualunque speranza di recupero di tutti i crediti statunitensi. Da parte tedesca, l'applicazione della versione americana della *hotchpot rule* frustrava qualunque possibilità di ottenere qualcosa dalla distribuzione nel procedimento americano. Tutti questi fattori indussero le parti interessate a raggiungere un compromesso: l'accordo fu siglato due anni più tardi. La vicenda ebbe sì un lieto fine, ma (come scriverà uno dei legali coinvolti nel caso) portò all'emersione del "*sorry state of the international law of insolvency*".⁶⁵

In considerazione di tali eventi, il Congresso, nel 1978, emendò lo *U.S. Code* (nella parte dedicata al diritto fallimentare) introducendo la *Section 403*. Tale lunga ed articolata disposizione si suddivide in tre *subsection*, che analizzerò partitamente.

Leggendo la rubrica e la prima *subsection*⁶⁶ scopriamo che, più che procedure ancillari, il Bankruptcy Code prevede *cases ancillary to foreign proceedings*: non si tratta quindi di procedure d'insolvenza, per così dire, in miniatura, bensì

⁶² V. la decisione della Corte Suprema in *Fuentes v. Shevin*, 407 U.S. 67 (1972), che aveva bollato di incostituzionalità la legge dello Stato di New York nella parte in cui permetteva l'emana-zione di *attachment order ex parte*, in violazione dell'Emendamento sul giusto processo. BECKER, *op. cit.*, pp. 1291-92; RIMEL, *American Recognition of International Insolvency Proceedings: Deciphering Section 403(c)*, in *Bankruptcy Developments Journal*, 1992, pp. 459-460.

⁶³ Il problema dell'esclusione delle banche straniere dall'ambito applicativo del Bankruptcy Act sarebbe stato affrontato solo un paio di anni dopo in *Israel-British Bank (London) Ltd. v. Federal Deposit Ins. Corp.*, 536 F. 2d 509 (2nd Circ. 1976), con una soluzione poi recepita dal Congresso nella riforma del 1978; v. NADELMAN, *Israel-British Bank (London) Ltd.: Yet Another Transatlantic Crossing*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 1978, pp. 369 ss.; ID., *Rehabilitating (cit.)*, pp. 14 ss.; BOSHKOFF, *United States Judicial Assistance in Cross-border Insolvencies*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 1987, p. 736

⁶⁴ Questa è l'ironica testimonianza di Joseph D. BECKER (*op. cit.*, p. 1293): "*The bankruptcy judge ordered a hearing on these questions, and on November 4, 1974, there could be seen the remarkable spectacle of an American courtroom filled with learned professors and lawyers from Germany present to testify on the true nature of a K.G.a.A. It was rather like listening to testimony on the true nature of the zebra*".

⁶⁵ BECKER, *op. cit.*, p. 1291

⁶⁶ "*A case ancillary to a foreign proceeding is commenced by the filing with the bankruptcy court of a petition under this section by a foreign representative*".

di distinti poteri d'azione esercitabili dal curatore straniero finalizzati all'ottenimento di una situazione di fatto molto simile a quella scaturente da un vero e proprio riconoscimento. Proseguendo nella lettura del disposto, infatti, troviamo elencate le singole pronunce ottenibili da una *bankruptcy court* americana:

[...] the court may:

1. enjoin the commencement or continuation of:
 - A. any action against
 1. a debtor with respect to property involved in such foreign proceeding; or
 2. such property; or
 - B. the enforcement of any judgment against the debtor with respect to such property, or any act or the commencement or continuation of any judicial proceeding to create or enforce a lien against the property of such estate;
2. order turnover of the property of such estate, or the proceeds of such property, to such foreign representative; or
3. order other appropriate relief.

Parafrasando questa seconda *subsection*, così tortuosa nella sua schematicità, si può dire che il catalogo di rimedi così predisposti consente al curatore di proteggere gli *asset* americani dalle iniziative giudiziali individuali dei creditori, ovvero di integrare tali beni (o il loro controvalore) nell'attivo della procedura estera. Non solo: l'elasticità del n.3 ha permesso a taluni curatori audaci e particolarmente creativi di ottenere la micidiale arma della *discovery*.⁶⁷

Si vede, dunque, come in tutti questi casi la *section 304* sia stata invocata per conseguire effetti equivalenti a quelli di un pieno riconoscimento dell'efficacia della procedura straniera. Sicché mi sembra appropriato affermare che la *section 304* rappresenti un surrogato, connotato da un certo pragmatismo nonché da una buona dose di elasticità, del riconoscimento *tout cour* del fallimento aperto all'estero. Se il caso Herstatt si fosse presentato dopo il 1978, il curatore del fallimento tedesco avrebbe avuto a sua disposizione uno strumento con le preziose virtù della flessibilità e, soprattutto, dell'essenzialità e dell'accessibilità: da un lato, infatti, la *section 304* non dà il via ad una *bankruptcy* vera e propria, costosa e difficile da gestire; dall'altro, i rimedi ivi elencati sono facilmente ottenibili, a ciò bastando l'istanza proveniente da un *foreign representative* nominato in una *foreign proceeding*.

Era tutto troppo bello per essere vero: i difetti del nuovo istituto non tardarono infatti a manifestarsi non appena si passò a considerare sia la corretta interpretazione della terza *subsection*, sia la reale incisività ed utilità dei rimedi ottenibili. Osserviamo entrambi i profili.

In primo luogo, la *subsection (c)* elenca i criteri cui i giudici americani debbono attenersi nell'esercizio della discrezionalità in ordine alla concessione del rimedio richiesto dal curatore straniero. Il problema della sua interpretazione è stato, probabilmente, il più dibattuto dalla giurisprudenza e dalla dottrina americane in tema di insolvenza transfrontaliera, se non altro perché strettamente imparentato con la questione, prevalente in epoca anteriore alla riforma del 1978, dell'applicazione della nozione di *comity*. La prima sentenza ad essersi

⁶⁷ Come in *Universal Casualty ibid. Angulo v. Kedsep Ltd*, 29 Bankr. 417 (S.D. Tex. 1983)

occupata della questione è *In re Lineas Aereas de Nicaragua*;⁶⁸ in tale vicenda, il curatore straniero aveva richiesto l'assegnazione dell'attivo americano nonché l'imposizione di uno *stay* generale dei procedimenti pendenti nei confronti del debitore. I motivi dell'accoglimento della prima richiesta sono sintomatici dello stato della prassi coeva: il curatore sapeva benissimo che l'attenzione da sempre prestata dalle corti alla protezione dei creditori americani rendeva necessaria una sorta di compromesso con il giudice, al quale, appunto, fu presentato un *undertaking* in cui si prometteva di non rimuovere l'attivo dagli Stati Uniti e di utilizzarlo per soddisfare i creditori locali. Fu sulla base di questa promessa che la corte distrettuale della Florida accolse l'istanza, quasi a ratifica dell'orientamento consolidato recalcitrante a valorizzare l'aspetto collaborativo del *comity*. Fu più esplicito, invece, il giudizio della corte distrettuale del Michigan in *In re Toga Manufacturing*,⁶⁹ in cui una richiesta volta a sospendere l'esecuzione di un lodo arbitrale statunitense fu respinta sulla base dell'analisi di uno solo dei molteplici fattori elencati nella *subsection (c)*. Come ha evidenziato la dottrina negli anni '90, guardando retrospettivamente a questa intricata stagione giurisprudenziale, un simile atteggiamento protezionista era reso possibile da una considerazione solamente parziale del testo della norma, mercé la quale i giudici davano di volta in volta risalto solamente ad alcuni dei criteri disposti dalla *subsection*. Nello stesso errore cadeva, tuttavia, anche la giurisprudenza più incline a dar seguito alle richieste dei curatori stranieri: leggendo *In re Culmer e Cunard Steamship Co. v. Salen Reefer Services*⁷⁰ vediamo che il fattore che assume maggior peso è quello della "sostanziale somiglianza fra il diritto concorsuale americano e quello straniero", in particolare in tema di ordine di distribuzione. Rispettivamente, i giudici ritennero che l'ordinamento delle Bahamas e quello svedese non fossero "*repugnant to our ideas of justice*". Se ci soffermiamo per qualche secondo a leggere la *subsection (c)* possiamo renderci conto di quale sia la fonte di questa schizofrenia:

In determining whether to grant relief under subsection (b) of this section, the court shall be guided by what will best assure an economical and expeditious administration of such estate, consistent with:

- (1) just treatment of all holders of claims against or interests in such estate;
- (2) protection of claim holders in the United States against prejudice and inconvenience in the processing of claims in such foreign proceeding;
- (3) prevention of preferential or fraudulent dispositions of property of such estate;
- (4) distribution of proceeds of such estate substantially in accordance with the order prescribed by this title;
- (5) comity; and
- (6) if appropriate, the provision of an opportunity for a fresh start for the individual that such foreign proceeding concerns.

Come si vede, i punti (1) e (2) sono in contrasto fra loro, così come i punti (1) e (4). Soprattutto, è stata la menzione del *comity* al punto (5) ad aver alimentato

⁶⁸ 10 B.R., p. 790 (Bankr. S.D. Fla., 1981)

⁶⁹ 28 B.R., p. 165 (Bankr. E.D. Mich., 1983)

⁷⁰ 25 B.R., p. 621 (Bankr. S.D.N.Y., 1982); 773 F.2d 452 (2nd Cir., 1985)

accese discussioni, data l'ambivalenza della nozione: se intesa in senso "protezionistico" (come in *Disconto*), sono chiare sia l'incoerenza rispetto al punto (1), sia la ridondanza con riguardo ai punti (2) e (4); se intesa nella sua accezione più "collaborativa", ecco che il punto (5), invocato da solo, può arrivare ad aprire le porte a qualunque richiesta da parte dei curatori stranieri.

Insomma, la situazione era, per certi aspetti, peggiorata rispetto ai tempi di Herstatt: prima del 1978, almeno, la prospettiva del mancato riconoscimento era pressoché una certezza; negli anni '80, invece, l'esistenza di un maggior margine di successo nell'invocare la *section 304* poteva trarre in inganno;⁷¹ paradossalmente, era più prudente non invocarla, onde evitare di aggravare la voce delle spese di procedura. Per completezza, va detto che l'atteggiamento interpretativo delle corti americane è, tuttavia, mutato nei primi anni '90: a partire dalla sentenza *Gercke*, infatti, i giudici hanno sposato un approccio interpretativo consistente in un *balancing test* più attento da un lato al testo complessivo della norma, dall'altro alle specificità del caso concreto.⁷² Certo, un consistente margine di incertezza permane, ragion per cui la preparazione di una *petition* sulla base della *section 304* è rimasta, anche in seguito, un'attività piuttosto impegnativa, forse troppo in rapporto alle esigenze di speditezza ed economicità sottese alla conduzione di un fallimento.

Veniamo ora al secondo aspetto dei limiti della *section 304*: abbiamo già visto cosa la *section 304* può offrire al curatore straniero; merita, ora, osservare cosa, invece, la *section 304* non può offrire. Innanzitutto, si ricava da una lettura *a contrario* della *subsection (c)*, avvalorata dal disposto della *section 362*, che l'*automatic stay* non consegue immediatamente alla presentazione della *petition* da parte del curatore straniero. Quello che egli potrà ottenere, semmai, sarà la sospensione di azioni giudiziarie di singoli creditori individuati, ma ciò solo al termine di un procedimento non sempre breve: nel frattempo, i creditori potrebbero aver già preso d'assalto gli *asset* americani e averli dispersi in tutto il territorio federale. Secondo una risalente opinione in dottrina, in questa ipotesi i procedimenti ancillari si sarebbero rivelati poco efficaci, poiché le regole di competenza contenute nella *section 1410* avrebbero imposto al curatore di istituire tanti procedimenti fossero gli Stati federati in cui si trovavano i beni o erano pendenti i procedimenti;⁷³ tale ricostruzione è stata, fortunatamente, smentita

⁷¹ Si prenda il caso *Koreag* (130 B.R., p. 705, Bankr. S.D.N.Y., 1991), deciso quasi vent'anni dopo la vicenda Herstatt: le due fattispecie sono molto simili (due banche hanno contratti di scambio di valute; la banca svizzera diviene insolvente; il conto newyorkese della stessa viene attaccato dai creditori americani) ma gli esiti differenti esattamente opposti (in *Koreag* gli *attachment* vengono paralizzati).

⁷² *In re Gercke*, 122 B.R., p. 629 (Bankr. D.C., 1991), sulla quale molto è stato scritto: RIMEL, *op. cit.*, pp. 473 ss.; PALMER, *A Modern Application of Section 304(c) of the Bankruptcy Code*: In *Re Gercke*, in *Journal of International Law & Commerce Regulation*, 1991, pp. 657 ss.

⁷³ BOSHKOFF, *United States judicial assistance in cross-border insolvencies*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 1987, p. 744; GOODMAN, FRIEDMAN, SCHRAG, *Use of United States Bankruptcy Law in Multinational Insolvencies: the Axona Litigation- Issues, Tactics, and Implications for the Future*, in *Bankruptcy Developments Journal*, 1992, p. 23.

ta dalla giurisprudenza.⁷⁴ Il maggior punto di debolezza della *section* 304, però, è un altro: tra i rimedi ottenibili dal curatore straniero non figura quello dell'azione revocatoria, che il più delle volte costituisce il principale mezzo di "finanziamento" delle procedure fallimentari.⁷⁵ L'illustrazione della vicenda *Axona* permette di toccare con mano la gravità del problema: *Axona* era una banca con sede a Hong Kong, ove il 4 marzo 1983 si era aperta nei suoi confronti una procedura di *winding-up*. Negli Stati Uniti *Axona* non possedeva che un modesto conto corrente presso un altro istituto newyorkese, ma i curatori confidavano di poter recuperare all'incirca cinque milioni di dollari tramite l'esercizio di azioni revocatorie contro altre banche. Gli entusiasmi furono subito smorzati dai legali americani, che dubitavano fortemente circa il fatto che fra gli *appropriate relief* di cui alla *section* 304 potessero rientrare le revocatorie di cui alle *section* 547, 548 e 553. Di qui una trovata di geniale banalità: aprire una procedura di *bankruptcy "full scale"*, ricorrendo alla *section* 303(b)(4), la quale consente al curatore straniero⁷⁶ di innescare un *involuntary case*.⁷⁷ Stando alla lettera della *section* 109(a), i presupposti soggettivi erano integrati, bastando, quanto meno, la presenza di *property* nel Nuovo Mondo. Certo, vi erano dei rischi: innanzitutto, che il curatore nominato negli Stati Uniti abbracciasse una politica tutta sua disinteressandosi delle direttive provenienti dal fallimento di Hong Kong, al che non c'era rimedio, poiché difficilmente la corte avrebbe permesso che in capo ai curatori originari si cumulasse anche la funzione di curatore americano; nel caso, invece, in cui il nuovo curatore si fosse lasciato guidare da fuori, vi era d'aspettarsi che i creditori, prima o dopo, ne avrebbero chiesto la revoca. Ma soprattutto, l'ostacolo maggiore stava nel fatto che i frutti delle revocatorie sarebbero inevitabilmente confluiti nell'attivo americano, da distribuirsi nella relativa procedura e secondo l'ordine di priorità della legge statunitense;⁷⁸ il che, se non altro, rappresentava un inutile dispendio di tempo e risorse, senza contare

⁷⁴ *In re Evans*, 177 B.R. 193 (Bankr. S.D.N.Y., 1995), sulla quale v. SCHRAG, WALKER, BLUMBERG, *Cross-border Insolvencies: Plenary Cases and Ancillary Proceedings Involving Foreign Debtors in US Bankruptcy Courts*, in *Business Law International*, 2004, p. 159

⁷⁵ *In re Metzeler*, 78 B.R. 674 (Bankr. S.D.N.Y., 1987). Al limite col 304 si può chiedere al giudice americano di porre nel nulla i sequestri non conclusi: GOODMAN, FRIEDMAN, SCHRAG, *Use of United States Bankruptcy Law (cit.)*, p. 24. D'altro canto, l'esercizio delle revocatorie presso il *forum concursus* avrebbe posto ulteriori complicazioni: si sarebbe innanzitutto dovuta verificare la competenza giurisdizionale del tribunale fallimentare; una volta ottenuta la sentenza, sarebbe poi stato necessario eseguirla negli Stati Uniti, al che si sarebbe posta nuovamente la barriera del *comity* (con poche *chance* di successo, data la stretta connessione con la procedura d'insolvenza straniera).

⁷⁶ V. l'ampia definizione contenuta nella *section* 101(24) del *Bankruptcy Code*: "*duly selected trustee, administrator, or other representative of an estate in a foreign proceeding*". Cfr. SCHRAG, WALKER, BLUMBERG, *op. cit.*, p. 153

⁷⁷ A differenza, come abbiamo visto, dal diritto inglese, che riconosce sì la legittimazione processuale del curatore, ma non gli consente di fare istanza di fallimento in Inghilterra.

⁷⁸ Quest'ultima circostanza, in fondo, non era la più problematica, poiché, come riconoscerà anche la Corte distrettuale di New York, gli ordinamenti americano e di Hong Kong non presentavano, sul punto, che marginali differenze, appartenendo, fra l'altro, entrambi alla famiglia di *common law*

che in tal modo si sarebbe offerta ai creditori più scaltri la *chance* di accaparrarsi, per vie più o meno traverse, più di quanto potesse loro spettare. Onde il suggerimento, da parte degli avvocati americani, di chiedere -una volta terminate le revocatorie- la chiusura della *bankruptcy* in base alla *section 305*, a norma della quale, in sintesi, ricorrendo le condizioni per la concessione di un rimedio ai sensi della *section 304*, la procedura piena poteva essere chiusa a richiesta del curatore straniero: data la sostanziale somiglianza fra il diritto americano e il *common law* applicabile ad Hong Kong in punto di ordine di distribuzione, vi erano buone possibilità che il giudice newyorkese seguisse *In re Culmer* e non ravvisasse, nel caso concreto, un possibile pregiudizio per i creditori americani. A chiusura del cerchio, i curatori avrebbero dovuto, a quel punto, chiedere che fosse loro permesso di far confluire l'attivo americano in quello della procedura "madre", affinché il tutto fosse distribuito nell'ambito di un unico fallimento.

Nella sua linearità, la strategia si rivelava perfetta e di estremo impatto; tanto che un creditore (uno di quelli condannati in revocatoria) protestò vivacemente in tre gradi di giudizio, adducendo finanche motivi di ordine costituzionale.⁷⁹ In effetti lo schema così elaborato aveva un che di elusivo: si trattava, in buona sostanza, di una fusione delle *section 303* e *304*, quasi di un rimedio nuovo elaborato ad arte, al solo scopo di aggirare i limiti imposti dall'una e dall'altra disposizione.⁸⁰ Era una questione giuridica tutt'altro che semplice e soprattutto inedita, per cui era inevitabile che i giudici coinvolti sanzionassero la bontà dello schema rimanendo ancorati alla lettera della legge. Quello che è certo, è che con la vicenda *Axona* la *section 304* si dimostrava un istituto poco adatto alla gestione dei casi più complessi, per i quali tuttavia l'alternativa delle procedure piene rimaneva sempre un rimedio sproporzionato.⁸¹

§ 4. Le *Hilfsverfahren* nel diritto internazionale privato della Confederazione Elvetica

La lezione della *section 304*, prima ancora che in America, è stata colta in Europa. La versione più avanzata dell'istituto delle procedure ancillari, infatti, la troviamo nel diritto internazionale privato svizzero (*rectius*, della Confedera-

⁷⁹ 170 B.R., p. 801 (Bankr. S.D.N.Y., 1994), 186 B.R., p. 814 (Bankr. S.D.N.Y., 1995), 93 F 3d, p. 1042 (Corte Suprema)

⁸⁰ Tant'è che in dottrina si è parlato di *section shopping*: es. SCHRAG, WALKER, BLUMBERG, *op. cit.*, p. 152

⁸¹ Non che non si siano registrati successi nel coordinamento di due procedure piene: il caso *Maxwell* ne è un esempio, seppur molto peculiare. Le riflessioni successive intorno alle procedure ancillari hanno portato all'elaborazione della Legge Modello Uncitral e alla sua implementazione nel Bankruptcy Code attraverso la formulazione del novello *Chapter 15*. Se ne parlerà nella Parte IV di questo lavoro.

zione Elvetica).⁸² Nella Legge Federale sul Diritto Internazionale Privato del 18 dicembre 1989 (“LDIP”, che citerò nella versione ufficiale in lingua italiana)⁸³ troviamo infatti un intero capitolo (l’undecimo) dedicato al diritto fallimentare, composto di soli dieci articoli. In precedenza, quella dell’insolvenza transfrontaliera era stata materia di dominio della giurisprudenza, la quale si era mostrata fedelissima alla teoria territorialista.⁸⁴ L’opposto principio, più consono alle esigenze della moderna economia *sans frontières*, è stato invece adottato dal legislatore del 1989, seppur, anche qui, con rilevanti temperamenti.

Il punto di partenza è l’art. 166, 1° co., a norma del quale:

Il decreto straniero di fallimento pronunciato nello Stato di domicilio del debitore è riconosciuto in Svizzera su istanza dell’amministrazione straniera del fallimento o di un creditore se:

- a. è esecutivo nello Stato in cui è stato pronunciato
- b. non sussiste alcun motivo di rifiuto giusta l’articolo 27; e
- c. lo Stato in cui è stato pronunciato concede la reciprocità.

Oggetto di riconoscimento è, innanzitutto, il *decreto* straniero di *fallimento*: tale riconoscimento, stando alla lettera, sarebbe riservato alle sole procedure di carattere liquidatorio; in realtà, la norma di chiusura del capitolo, l’art. 175, estende parte delle disposizioni che ora osserveremo alle procedure concordatarie. Dal punto di vista dogmatico, la disciplina del riconoscimento è costruita intorno al decreto di fallimento, ed è pertanto declinata come *exequatur* di una pronuncia straniera, a differenza, come abbiamo visto, di quanto accade in *common law*. L’immediata conseguenza di tale ricostruzione è l’applicazione, salve le norme speciali contenute nel capitolo undecimo, delle disposizioni generali sul riconoscimento dei provvedimenti giudiziari stranieri, sia di quelle procedurali

⁸² Questo puntiglio non si deve al fatto che, appunto, si stia trattando di Svizzera: gli è che la Legge sul Diritto Internazionale Privato del 1987 è stata la prima ad aver dettato una disciplina comune in tema, dal momento che questa branca del diritto era stata lasciata per secoli alla mercé dei singoli Cantoni; infatti, le convenzioni bilaterali siglate nel corso dei secoli XVIII e XIX erano state concluse perlopiù dai Cantoni singolarmente, anche fra loro: NADELMANN, *Bankruptcy Treaties*, cit., pp. 62 ss.

⁸³ Reperibile nella banca dati all’indirizzo <https://www.admin.ch/gov/it/pagina-iniziale/diritto-federale/raccolta-sistematica.html>

⁸⁴ Cfr. SPAHLINGER, *Sekundäre Insolvenzverfahren bei grenzüberschreitenden Insolvenzen*, Tübinga, 1998, p. 220 e dottrina ivi citata (nt. 200); DUTOIT, *Droit international privé suisse: Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Basilea, 2016 (5ª edizione), pp. 747 ss.

che di quelle sostanziali; fra queste ultime, si staglia l'art. 27 LDIP, il quale detta i motivi ostativi al riconoscimento.⁸⁵

Le condizioni cui l'ingresso della procedura straniera è sottoposto sono l'esecutività del "decreto" straniero, l'assenza -come accennato- di motivi ostativi ex art. 27 e la reciprocità, per cui la decisione d'apertura, pur definitiva e non contraria all'ordine pubblico, non verrà riconosciuta se pronunciata in uno di quegli Stati in cui ferreo impera il principio di territorialità. Non è difficile vedere come, nella pratica, tale ultimo requisito sia particolarmente restrittivo.⁸⁶ Il campo di selezione si restringe ulteriormente in ragione di un'ulteriore condizione, e cioè quella per cui il fallimento straniero dev'essere pronunciato dal giudice competente secondo i criteri vigenti nel diritto elvetico, ossia dal giudice dello Stato in cui il debitore persona fisica ha il suo "domicilio" (*Wohnsitz* in tedesco, *domicile* in francese), ovvero di quello in cui la società *de qua agitur* ha la sua sede (*Sitz, siège*).⁸⁷ Tale regolazione è coerente e simmetrica con quella dettata in relazione agli effetti del fallimento svizzero: universale nel caso di apertura presso il domicilio o la sede,⁸⁸ territoriale laddove in Svizzera il debitore possiede solamente una "succursale" (*Niederlassung, succursale*). In tale ultima ipotesi, infatti, sarà celebrato un *Niederlassungskonkurs*, limitato ai soli beni della

⁸⁵ "1. Non è riconosciuta in Svizzera la decisione straniera il cui riconoscimento sia manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico svizzero.

2 La decisione straniera non è inoltre riconosciuta qualora una parte provi che:

a. non è stata citata regolarmente, né secondo il diritto del suo domicilio né secondo il diritto della sua dimora abituale, eccetto che si sia incondizionatamente costituita in giudizio;

b. la decisione è stata presa in violazione di principi fondamentali del diritto procedurale svizzero, segnatamente in dispregio del proprio diritto d'essere sentita;

c. una causa tra le stesse parti e sullo stesso oggetto è già stata introdotta o decisa in Svizzera, ovvero precedentemente decisa in uno Stato terzo, sempreché per tale decisione siano adempiti i presupposti del riconoscimento.

3 Per altro, la decisione straniera non può essere riesaminata nel merito".

⁸⁶ In tema, v. HANISCH, *Internationale Insolvenzrechte des Auslandes und das Gegenrecht nach Art. 166 Abs. 1 IPRG*, in *Swiss Review of International & European Law*, 1992, pp. 3 ss., in cui sono passati in rassegna gli ordinamenti di sedici nazioni europee e non (più il gruppo omogeneo di ordinamenti sudamericani legati dal Trattato di Montevideo e dal Codice Bustamante -v. nt. 1-) per verificare il concreto funzionamento della condizione di reciprocità. Inoltre, v. WESSELS, *Is Switzerland Opening up for Cross-border Insolvency?*, in *Insolvency Intelligence*, 2012, pp. 121 ss., in cui si commenta una recente decisione della Corte Suprema Federale, la quale ha adottato un particolare approccio (detto *ergebnisorientiert*, cioè "orientato agli effetti") nell'interpretazione della condizione di reciprocità.

⁸⁷ Art. 166 LDIP. Tale condizione non consente perciò di riconoscere alcuna delle procedure d'insolvenza aperte negli Stati Membri dell'UE nei confronti di debitori il cui c.o.m.i. si trovi nel territorio dell'Unione; le quali, suppongo, costituiscono la porzione più consistente di procedure alle quali si chiedi di applicare l'art. 166 LDIP.

⁸⁸ Arg. ex art. 197 della legge federale sull'esecuzione e sul fallimento (LEF) dell'11 aprile 1889: "1 Tutti i beni pignorabili spettanti al debitore al momento della dichiarazione di fallimento formano, *dovunque si trovino*, un'unica massa destinata al comune soddisfacimento dei creditori".

succursale situati in Svizzera e riservato ai soli crediti la cui *causa petendi* riposi su un rapporto intrattenuto con detta succursale.⁸⁹

Ben diverso, invece, è il procedimento delineato dagli artt. 170 ss., che in letteratura prende il nome di *Hilfskonkurs* o *Hilfsverfahren*, espressioni traducibili con “Procedura concorsuale ausiliaria” o “ancillare”. Il procedimento è avviato per mezzo dell’istanza del curatore straniero o di un creditore rivolta al riconoscimento del decreto straniero. Ottenuto il riconoscimento, si apre in Svizzera un fallimento “ridotto”, della cui apertura, cioè, si producono tutti gli effetti, ma il cui scopo, essenzialmente, è quello di soddisfare i creditori nell’ordine stabilito dal diritto svizzero. Innanzitutto, possono giovare del fallimento ausiliario i creditori menzionati all’art. 172: i creditori garantiti da “pegno” e quelli privilegiati purché -questi ultimi- residenti in Svizzera. Nella remota ipotesi in cui, a seguito di tale distribuzione, residuasse dell’attivo, su di esso potranno valersi tutti gli altri creditori secondo l’ordine stabilito dal piano di riparto straniero.⁹⁰ Nella sostanza, tuttavia, la distribuzione del residuo nella procedura straniera avviene anch’essa secondo i canoni elvetici, poiché il piano straniero deve preliminarmente superare un ulteriore procedimento di delibazione, nel quale il giudice è chiamato ad accertare che le ragioni dei creditori domiciliati in Svizzera siano state tenute “adeguatamente in conto”.⁹¹ Nel caso in cui la “graduatoria” (così è denominato il piano di riparto nella terminologia giuridica ticinese) non fosse riconosciuta, l’art. 174 dispone che si faccia luogo a distribuzione nella procedura ausiliaria e secondo i canoni del diritto svizzero. In pratica, i risultati non sono molto diversi in entrambi i casi.

Da questa brevissima descrizione emerge un istituto piuttosto ostico, difficile da invocare e piuttosto limitato negli scopi. Non ne vanno però dimenticati i pregi: rispetto alla *section* 304, il bilanciamento fra l’incisività di uno strumento procedurale quale il fallimento e l’essenzialità indispensabile per realizzare nel miglior modo il principio di universalità è meglio definito, poiché con le *Hilfsverfahren* il curatore straniero è ammesso ad avvalersi di tutto l’arsenale necessario per dare concretezza alla *par condicio creditorum* senza con ciò appesantire eccessivamente la voce dei costi di procedura.

Certo, i requisiti della giurisdizione e della reciprocità concorrono senza dubbio ad alzare l’asticella. Ma una cosa va detta a favore del legislatore svizzero: una disciplina unilaterale in tema di insolvenza transfrontaliera, avulsa da

⁸⁹ Art. 166, 2° comma LDIP, che rinvia all’art. 50, 1° co. della Legge federale sulla esecuzione e sul fallimento (LEF) dell’11 aprile 1889. Cfr. SPAHLINGER, *op. cit.*, pp. 219 e 225

⁹⁰ Art. 174 LDIP

⁹¹ Art. 173 LDIP: “1. Tacitati i creditori giusta l’articolo 172 capoverso 1, l’eventuale saldo è messo a disposizione dell’amministrazione straniera del fallimento o dei creditori legittimati.

2. Il saldo può essere messo a disposizione soltanto se la graduatoria straniera è stata riconosciuta.

3. Per il riconoscimento della graduatoria straniera è competente il tribunale svizzero che ha riconosciuto il decreto straniero di fallimento. Il tribunale esamina in particolare se tale graduatoria tenga adeguatamente conto dei crediti di persone domiciliate in Svizzera. Questi creditori devono essere sentiti”. Non sono mancate le critiche a quest’ultimo requisito procedurale: v. SPAHLINGER (*op. cit.*, p. 229) e dottrina ivi citata.

qualsiasi cornice legislativa di respiro internazionale, non può spingersi oltre se non vuole rinunciare alla sua coerenza interna.⁹² Tale affermazione sarà più chiara leggendo il prossimo capitolo, che è infatti dedicato al diritto internazionale.

⁹² Cfr. TUNG, *Is International Bankruptcy Possible?*, in *Michigan Journal of International Law*, 2001, p. 52: “Bankruptcy law’s wholesale purview means that recognition of a foreign proceeding effects the wholesale import of another state’s regime for deciding sensitive policy issues. Political judgments about local asset disposition and allocation of local losses from the foreign firm’s demise are left in the hands of a foreign court. Universalism effectively requires a state’s pre-commitment to wholesale deferral to other states’ various prescriptions for financial distress. This is no small request”. A proposito della reciprocità, osserva poi Fritz JUENGER in un chiarissimo articolo (*The Recognition of Money Judgments in Civil and Commercial Matters*, in *American Journal of Comparative Law*, 1988, pp. 7-8): “The term ‘comitas’, which 17th century Dutch authors introduced into the vocabulary of private international law, reflects the idea that deference to foreign law promotes the mutual concerns of sovereigns. Transposing this idea to the realm of judicial decisions, whatever sacrifice of sovereignty recognition might entail, could be justified as the price to be paid for inducing foreign courts to give extraterritorial effect to the forum’s judgments. Or, put negotiatively, by insisting on reciprocity courts and legislatures could retaliate against those states whose recognition practices were overly restrictive”.

CAPITOLO II

§ 1. Premessa

Ripercorrere la storia delle procedure secondarie ci ha permesso di notare uno dei problemi con cui i sostenitori dell'universalismo si trovano spesso a doversi confrontare, ossia quello della sua difficile realizzazione concreta. Di ciò sono palpabile segno i limiti insormontabili che via via i legislatori e i giudici britannici, statunitensi e svizzeri hanno tracciato all'ingresso degli effetti delle procedure d'insolvenza straniera. Non per questo è tuttavia legittimo affibbiare a questi ordinamenti l'etichetta di territorialisti: il principio di territorialità, nella sua forma più pura, erige un muro alle procedure estere (e talora finanche ai creditori forestieri),⁹³ mentre, come si è visto, gli ordinamenti esaminati nel precedente capitolo hanno messo in campo lodevoli sforzi (tanto a livello teorico quanto, soprattutto, pratico) per abbattere tali barriere. Si dà il caso, però, che a un singolo ordinamento, preso isolatamente, non si possa domandare più di un certo quantitativo di deferenza nei confronti della legge straniera.

Questo è vero, in generale, qualora venga in gioco il riconoscimento di decisioni straniere, che è sottoposto a determinate condizioni ed eccezioni;⁹⁴ ma lo è ancora di più qualora la decisione delibanda è quella che inaugura una procedura concorsuale. Le ragioni di ciò attengono alle peculiarità di tale branca del diritto. Come ha scritto uno dei più convinti scettici dell'universalismo in una fine ed articolata analisi:⁹⁵

Bankruptcy by its nature is a much more drastic type of legal proceeding than a simple civil suit between private parties [...] Bankruptcy [...] has wholesale effects. It provides for the comprehensive restructuring of a firm and every legal relationship between the firm and its creditors and other interested parties.

Prosegue l'autore, citando peraltro uno dei padri della Convenzione CE del 1995:⁹⁶

Moreover, bankruptcy law is "meta-law". In remaking the firm, bankruptcy law overrides contract-, property-, and other legal rights that exist outside of bankruptcy

⁹³ Sono esemplari di tale tendenza gli ordinamenti dell'America latina, nei quali la soddisfazione dei creditori stranieri, quando non siano esclusi dalla procedura, è subordinata a quella dei creditori locali; ragion per cui le convenzioni concluse in quelle regioni prevedevano la possibilità di aprire molteplici procedure concorrenti, le cui caratteristiche, tuttavia, in nulla rispecchiano quelle delle procedure secondarie. V. Nadelmann, *Bankruptcy Treaties, cit.*, pp. 68 ss.

⁹⁴ Cfr. JUENGER, *The Recognition of Money Judgments in Civil and Commercial Matters*, in *American Journal of Comparative Law*, 1998, pp. 3 ss.

⁹⁵ TUNG, *Is International Bankruptcy Possible?*, in *Michigan Journal of International Law*, 2001, p. 47. Cfr. ID., *Fear of Commitment in International Bankruptcy*, in *George Washington International Law Review*, 2001, pp. 555 ss.

⁹⁶ *Is International Bankruptcy Law Possible?*, *cit.*, p. 47. L'espressione "meta-law" è di Manfred BALZ (*The European Union Convention on Insolvency Proceedings*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 1996, pp. 485-86), *chairman* del gruppo di lavoro che ha redatto la Convenzione del 1995 (v. *infra*, § 7).

E tutto ciò con riferimento ad una vasta platea di soggetti interessati:

The firm's operations will typically be modified as well, or even liquidated piecemeal [...] The proceeding will affect not only creditors, equity holders, and employees, but also customers, suppliers, and taxing authorities, among others.⁹⁷

Di conseguenza:

With these wholesale effects, each state's bankruptcy regime embodies its own myriad social policies. Each state has its favored creditors, whose recoveries take priority over the general body of creditors. More generally, states take differing approaches to resolving corporate financial distress and may have divergent views concerning the appropriate goals and methods for a bankruptcy system

Ragion per cui non erra chi afferma che “*Each State naturally prefers its own set of policy choices to those of other States*”. Precisa quindi Tung, con particolare riferimento alle insolvenze di dimensione transfrontaliere:

Especially with the bankruptcy of a multinational firm, which is likely to involve assets and liabilities of significant value, states may feel a significant stake in having their own laws apply, especially within their borders. A multinational bankruptcy is likely to have widespread effects in the states in which the firm does business or owns property.

Conclude quindi l'insigne studioso:

Because of these drastic effects and significant social policy implications, states may understandably be reluctant to defer to foreign bankruptcy regimes. Each state will be disinclined to recognize and give local effect to edicts of foreign courts applying foreign bankruptcy law.⁹⁸

Come dargli torto? È sufficiente menzionare alcuni dei casi visti in precedenza per avere la riprova di tali affermazioni. Nella vicenda della *Bank of Credit Commercial International*, ben seimila creditori, fra banche e correntisti, erano interessati all'applicazione della *rule 4.90* sulla compensazione: coloro il cui credito eccedeva quanto dovuto alla società fallita, si sarebbero visti liquidare complessivamente sessanta milioni di dollari statunitensi in applicazione della legge inglese, mentre in base al diritto del Lussemburgo (le cui disposizioni furono in larga misura incorporate nel *pooling agreement*) non solo non avrebbero ricevuto nulla, ma sarebbero rimasti collettivamente debitori nei confronti della B.C.C.I. per tre milioni di dollari; d'altro canto, coloro che invece presentavano un conto in rosso, avrebbero dovuto pagare alla massa, al netto dei dividendi distribuiti dal curatore, seicentoquarantaquattro milioni giusta il diritto inglese, e

⁹⁷ TUNG, *op. ult. cit.*, p. 47

⁹⁸ TUNG, *op. ult. cit.*, p. 48

settecentosedici milioni in applicazione di quello del Granducato.⁹⁹ Onde la riluttanza della *High Court* a privare i creditori insinuatisi nella procedura britannica dei benefici di una regola, quella contenuta nella *rule* 4.90, espressione di una precisa *policy* dell'ordinamento inglese:

"Bankruptcy set-off [...] affects the substantive rights of the parties by enabling the bankrupt's creditor to use his indebtedness to the bankrupt as a form of security [...] is *mandatory and self-executing* and results, as of the bankruptcy date, in only a net balance being owing"¹⁰⁰

Negli Stati Uniti, la giurisprudenza ascrivita dalla dottrina al *Territoriality approach* (ma lo stesso può dirsi, *a contrario*, delle coeve decisioni di carattere universalista) aveva finito per elevare la diversità (o, specularmente, la sostanziale somiglianza) delle regole sostanziali (in particolare, quelle concernenti l'ordine di distribuzione dell'attivo) degli ordinamenti coinvolti a criterio principe per la concessione (o meno) dei rimedi previsti dalla *section* 304.¹⁰¹ E così, anche una *injunction* chiesta dal curatore straniero per bloccare le iniziative predatorie dei creditori americani poteva essere vista dal giudice come un inaccettabile ostacolo al giusto esercizio dei diritti garantiti dalle leggi americane; si prenda il caso *Toga*: la società creditrice (stabilita in Michigan), non sarebbe stata in grado di ricevere quanto stabilito nel lodo arbitrale se fosse stata costretta ad insinuarsi nella procedura canadese, nella quale infatti il suo credito sarebbe regredito al rango di *unsecured credit* (anziché giovare del *security interest* riconosciutogli dalla legge degli Stati Uniti). Infine, anche le onerosi condizioni imposte dalla legge svizzera sul diritto internazionale privato possono interpretarsi come una sorta di protezione contro l'importazione di *policy* concorsuali incompatibili con quelle seguite dall'ordinamento elvetico, tanto in tema di privilegi dei creditori quanto, innanzitutto, di giurisdizione.¹⁰²

Ed invero, quello dei titoli di giurisdizione esorbitanti, considerando la vastità e la profondità degli effetti prodotti da una dichiarazione di fallimento, diventa un problema ancora più acuto che nell'ordinaria *litigation* civile e commerciale transfrontaliera. Problema che, come gli altri di cui si è fatta menzione sopra, richiedono dunque di essere definiti dagli Stati sovrani all'interno di una

⁹⁹ *In re B.C.C.I.* [1997] Ch., pp. 236 ss. I conti menzionati nella sentenza possono così riassumersi: a) \$300 milioni complessivi a favore di soggetti a loro volta debitori per \$150 milioni in totale; stimata una percentuale di realizzo del 40%, applicandosi la compensazione l'attivo da distribuire a detti creditori sarebbe di \$60 milioni; senza compensazione, invece, le somme dovute dalla procedura (il 40% di \$300 milioni, cioè \$120 milioni) sarebbero superate da quelle dovute alla massa (*i.e.*, \$ 150 milioni);

b) \$765 milioni complessivi dovuti dai creditori "in rosso", ai quali spetterebbero in tutto \$121 milioni. Applicandosi la compensazione, alla massa spetterebbero \$644 milioni; senza compensazione, il curatore distribuirebbe ai creditori non più \$48,4 milioni (il 40% di \$121 milioni), sicché la massa rimarrebbe debitrice per ben \$716,6 milioni

¹⁰⁰ *Stein v. Blake* [1996] A.C., pp. 243, 251 e 255

¹⁰¹ *V. retro*, cap. I, § 2

¹⁰² TUNG, *Is International Bankruptcy Possible?*, *cit.*, p. 49: "Assertion of expanded judicial jurisdiction enables a state's courts to export social policy to other states. The jurisdictional test for recognition of foreign judgments can be understood as a mechanism to deter such ambitions"

cornice normativa comune e speciale; vale a dire, per mezzo di un trattato internazionale.

I primi moderni strumenti di diritto pattizio in materia risalgono alla seconda metà del XVII secolo;¹⁰³ ne sono seguiti altri in buon numero per tutto il secolo XIX e fino alla metà del XX.¹⁰⁴ In tutti questi trattati un blocco di regole è invariabilmente presente, ossia quello relativo alla ripartizione della competenza giurisdizionale fra i giudici degli Stati contraenti. Un'adeguata disciplina della giurisdizione, infatti, costituisce la chiave di volta di un sistema ispirato all'idea di universalità ed unità della procedura: distribuendo la giurisdizione fra gli Stati contraenti fissano i compiti che ciascuno di questi dovrà svolgere. Uno Stato solo avrà in carico lo svolgimento della procedura, la quale spiegherà i suoi effetti su tutti i beni del debitore situati negli altri Stati contraenti. Questi ultimi, dal canto loro, dovranno adempiere agli obblighi concordati e fissati nel trattato al fine di assicurare tutta l'assistenza occorrente al giudice di fronte al quale si celebra il fallimento -nonché gli altri organi della procedura, primo su tutti il curatore-.

L'importanza dei criteri giurisdizionali non si arresta qui: dal *forum*, infatti, dipende anche la *lex* applicabile, poiché i giudici di ciascuno Stato saranno tenuti a dare applicazione al proprio diritto; solo per tramite di esso sarà possibile, per eccezionali fattispecie caratterizzate da peculiari nessi con un ordinamento straniero, applicare leggi di altri Stati.¹⁰⁵

Dato il suo peso sul funzionamento del gioco, la scelta circa i criteri di giurisdizione risulta tanto fondamentale quanto tragica: a seconda di quale Stato condurrà il gioco, cambieranno, fra le altre cose, il novero di soggetti fallibili e di quelli legittimati a proporre la relativa istanza, la definizione dei presupposti oggettivi per l'apertura della procedura, le caratteristiche e i poteri dei curatori e degli altri organi, le modalità di insinuazione, i presupposti per l'esercizio delle azioni revocatorie, la possibilità di esercitare la compensazione, le gerarchie distributive dell'attivo liquidato. Non credo siano necessari altri esempi, oltre a quelli sopra riportati, per dimostrare quanto tutte queste tematiche tocchino corde sensibili di politica giuridica, economica e finanche sociale.¹⁰⁶ Una soluzione a questa impasse potrebbe essere, a questo punto, tentare l'armonizzazione di tali regole sostanziali, in base a direttive politiche condivise, ammesso che il contesto istituzionale in cui gli Stati coinvolti si trovano ad interagire glielo permetta.

¹⁰³ Una convenzione fra alcune province degli odierni Paesi Bassi reca la data del 1679, v. NADELHANN, *op. cit.*, p. 62

¹⁰⁴ *Ivi*, pp. 62 ss.

¹⁰⁵ Tale coincidenza fra *forum* e *lex* prende il nome di *Gleichlauf* presso gli autori germanofoni.

¹⁰⁶ NIGRO, VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2014 (3^a edizione): "Forse è eccessivo dire che le discipline delle crisi rappresentano un 'complemento della politica industriale': è sicuro, però, che l'approccio ai problemi dell'impresa in crisi e la loro soluzione sono particolarmente sensibili all'evoluzione del sistema economico, si concreti tale evoluzione in cambiamenti strutturali o in situazioni congiunturali".

Ebbene, nelle pagine che seguono vedremo come tutte queste tensioni abbiano segnato l'evoluzione verso la disciplina comunitaria oggi vigente, ossia il Regolamento n. 1346 del 2000; noteremo come da un lato l'indeterminatezza di cui è circondata la regolamentazione della giurisdizione e dall'altro le resistenze degli Stati contraenti all'unificazione parziale di talune regole sostanziali abbiano condannato al fallimento e all'oblio i progetti di Convenzione elaborati nel corso degli anni '70 ed '80. Vedremo quindi come, per tramite della Convenzione promossa dal Consiglio d'Europa nel 1990, si sia giunti all'inserimento dell'istituto delle procedure secondarie dapprima nella Convenzione di Bruxelles del 1995, quindi nel Regolamento del 2000, che della Convenzione rappresenta una sostanziale riproduzione.

Ma -e questo è il punto- incontreremo, osservandone la disciplina positiva, un tipo di procedura secondaria totalmente differente, negli scopi e nella struttura, rispetto non solo a quello contenuto nella Convenzione del 1990, ma anche -e soprattutto- al suo modello originale, ricostruito nel capitolo precedente.

§ 2. I progetti di Convenzione europea sui fallimenti, i concordati ed altre procedure affini

All'indomani della nascita della Comunità economica europea gli Stati membri si mossero immediatamente per aggiungere un importante tassello alla costruzione del mercato comune, ossia un efficiente sistema di cooperazione fra i giudici degli Stati membri (allora soltanto sei) nella materia civile e in quella commerciale. La base giuridica di tale iniziativa era costituita dall'art. 220 del Trattato di Roma, il quale invitava i contraenti ad avviare fra loro

“negoziati intesi a garantire, a favore dei cittadini: [...] la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali”.

A parte la laconicità della sua formulazione (che tuttavia non impedì ai negoziatori di accordarsi su materie diverse ed ulteriori rispetto al solo riconoscimento delle decisioni)¹⁰⁷, la scelta dello strumento della tradizionale convenzione tra Stati stava a significare che le istituzioni delle Comunità (in particolare il Consiglio) non potevano occuparsi direttamente della materia;¹⁰⁸ sicché l'art. 220, più che costituire una base giuridica in senso proprio, indicava agli Stati membri

¹⁰⁷ La Convenzione di Bruxelles del 1968, infatti, tratta non solo del riconoscimento delle decisioni ma anche della competenza giurisdizionale, che, del resto, è un tema pregiudiziale rispetto a quello del riconoscimento

¹⁰⁸ In ogni caso, anche la previsione di una specifica competenza in capo al Consiglio avrebbe mutato di poco la situazione, dal momento che era prevalente, nell'originario Trattato in vigore, allora in vigore, la prescrizione del voto all'unanimità, come nel caso dell'art. 100, dedicato all'armonizzazione delle legislazioni per l'instaurazione del mercato interno. L'eccezionale ricorso al voto a maggioranza, nei casi previsti, era poi di fatto ostacolato dal Compromesso di Lussemburgo (adottato, peraltro senza formale sanzione, per chiudere la crisi istituzionale passata alle cronache col nome di “crisi della sedia vuota”), in forza del quale ciascuno Stato poteva opporre un sostanziale veto invocando il pregiudizio di interessi superiori di sovranità nazionale. V. ADAM, TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2010 (2ª edizione), pp. 78 e 79

una direzione da seguire nel completamento del sistema inaugurato con tanto entusiasmo due anni prima.

Il gruppo di lavoro fu immediatamente costituito e si mise subito all'opera; era in progetto una monumentale convenzione che coprisse l'intera materia civile e commerciale, inclusa quella della crisi dell'impresa. Ben presto, tuttavia, ci si rese conto di quanto la meta fosse troppo ambiziosa e raggiungibile solo mediante un'adeguata suddivisione del lavoro. La commissione incaricata di redigere la bozza di convenzione dovette scindersi presto in due sottocommissioni, l'una impegnata sul fronte dell'insolvenza, l'altra su tutto il resto.

Fu quest'ultimo gruppo, presieduto dal belga Paul Jénard, a completare per primo il suo compito: la Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale fu varata a Bruxelles il 27 settembre 1968. Da essa rimanevano escluse talune materie, elencate dall'art. 1: lo stato e la capacità delle persone fisiche, il regime patrimoniale fra coniugi, i testamenti e le successioni,¹⁰⁹ la sicurezza sociale, l'arbitrato e, naturalmente, i fallimenti, i concordati e le procedure affini. Apprendiamo dalla relazione esplicativa stilata da Jénard che i procedimenti tagliati fuori dalla Convenzione erano quelli

“basati sulla cessazione dei pagamenti, l'insolvenza del debitore o la sua impossibilità di ottenere credito, e comportanti il coinvolgimento delle autorità giudiziarie tanto ai fini della liquidazione coattiva e concorsuale, tanto per la semplice supervisione”

con esclusione dunque dei procedimenti nascenti da composizioni o concordati extragiudiziali.¹¹⁰ Maggiori difficoltà si sarebbero manifestate, negli anni successivi, con riguardo all'individuazione delle procedure affini, indicate nel rapporto come “le procedure che nascono direttamente dal fallimento”. Esempio, a tal proposito, fu il caso *Gourdain c. Nadler* (C-133/78): un curatore esperiva vittoriosamente la cd. azione di completamento del passivo contemplata dall'art. 99 della legge fallimentare francese del 1967, a tenore del quale un amministratore (tale anche solo *de facto*) poteva essere condannato dal giudice fallimentare a pagare di tasca propria i debiti sociali e, se del caso, essere dichiarato fallito prescindendo dai presupposti oggettivi e soggettivi ordinariamente richiesti. Po-

¹⁰⁹ Queste materie sono state disciplinate, rispettivamente dal Regolamento del 29 maggio 2000, n. 1347 e dal Regolamento del 4 luglio 2012, n. 650. Il primo dei due è stato poi subito abrogato dal Regolamento del 27 novembre 2003, n. 2201, entrato in vigore il 1° gennaio 2005.

¹¹⁰ G.U.C.E. C 59 del 5 marzo 1979, pp. 11 e 12

teva una sentenza simile giovare del regime di riconoscimento ed *exequatur* predisposto dalla Convenzione di Bruxelles?¹¹¹

Ma torniamo alla gestazione della Convenzione sul fallimento: i lavori della sottocommissione, presieduta dai magistrati francesi Jean Noël e Jacques Lecomte, approdarono ad una bozza preliminare di Convenzione soltanto nel 1970. Comprensibilmente: il testo che ne uscì era particolarmente lungo ed articolato, constando di ben ottantadue articoli suddivisi in otto capitoli, cui si aggiungevano due allegati contenenti, rispettivamente, una legge uniforme e le relative riserve. Infine, un protocollo ed un ulteriore allegato specificavano talune disposizioni della Convenzione.

L'idea di fondo che permea il progetto è quella dell'unità ed universalità della procedura.¹¹² L'intero edificio poggia sugli articoli 2, 33 e 50; recita il primo:

“Le procedure specificate in questa Convenzione, laddove aperte in uno degli Stati contraenti, spiegano pieni effetti negli altri Stati contraenti ed ostano all'apertura di ogni altra procedura in tali Stati”.

A norma del secondo, poi, gli effetti della procedura investono “l'intero patrimonio del debitore situato negli Stati membri”. Infine, l'art. 50, completato dall'art. 54 sul versante degli effetti esecutivi, sancisce l'automatico riconoscimento delle decisioni rese nella procedura.

Come anticipato, la realizzazione dell'unità della procedura passa in primo luogo attraverso una rigorosa disciplina della competenza giurisdizionale, sia nella fissazione dei relativi criteri, sia nella soluzione dei conflitti positivi o negativi di giurisdizione.

Per aprire la procedura d'insolvenza, al giudice è data la possibilità di invocare ben tre ordini di titoli di giurisdizione: innanzitutto, la presenza, nel territorio dello Stato di appartenenza, del luogo principale di affari del debitore, inteso come “luogo di usuale amministrazione dei suoi interessi” (eventualmente coincidente, salvo prova contraria, con la sede statutaria, nel caso in cui il debitore sia persona giuridica). In secondo luogo, egli può basarsi sulla presenza di uno stabilimento laddove si diano le seguenti due ipotesi: a) l'ubicazione del luogo principale di affari in uno Stato terzo; b) la collocazione di tale luogo in uno Stato contraente, nel quale tuttavia risulti impossibile aprire la procedura a

¹¹¹ La risposta della Corte fu negativa: “*Per risolvere la questione sollevata dal giudice nazionale si deve quindi accertare se un'azione del genere di quella contemplata dall'art. 99 della legge francese tragga il proprio fondamento giuridico dal diritto fallimentare come interpretato con riferimento alla Convenzione*”. E considerata l'esclusiva legittimazione del curatore ad esperire tale azione, la competenza funzionale del giudice fallimentare nonché la sua intima funzione di avvantaggiare il complesso dei creditori attingendo dal patrimonio dell'amministratore, concluse la Corte: “*Si deve quindi considerare come pronunciata nell'ambito di un fallimento o di un procedimento affine, ai sensi dell'art. 1, 2° comma della Convenzione, la decisione del genere di quella del giudice civile francese [...] che condanna i dirigenti di fatto di una persona giuridica a versare una determinata somma alla massa del fallimento*”. Il testo della sentenza, assieme a quello delle conclusioni dell'Avvocato Generale Reischl, è agevolmente reperibile nel sito della Corte di Giustizia: <http://curia.europa.eu>.

¹¹² JORIO, *Il fallimento nel diritto comunitario*, in *Digesto delle discipline privatistiche - sezione commerciale* - V, Torino 1990.

cagione dall'assenza, alla stregua della *lex fori*, dei presupposti soggettivi. Infine, il giudice può fondare la propria giurisdizione su qualsiasi altro criterio previsto dalla *lex fori* laddove, analogamente all'ultima ipotesi esaminata: a) negli Stati contraenti non si trovi nemmeno uno stabilimento; b) negli Stati contraenti ove si trovi un luogo principale di affari o uno stabilimento, le disposizioni sui presupposti soggettivi ostino all'apertura della procedura.¹¹³ A questi criteri si debbono poi aggiungere quelli dettati con riguardo ai soci illimitatamente responsabili e agli amministratori, nonché al concorso di giurisdizione fra lo Stato membro in cui il luogo principale di affari o lo stabilimento si trovavano meno di sei mesi prima dell'istanza e lo Stato in cui si trovino in quest'ultimo momento.

Oltre che per la sua eccessiva complessità, un sistema così composto prestava il fianco a numerose critiche per altri aspetti. Innanzitutto, i tanti (troppi) criteri di giurisdizione non erano adeguatamente definiti;¹¹⁴ tale problema era poi aggravato dal fatto che, trattandosi il testo di uno strumento di diritto internazionale pattizio, mancava una corte dalla quale i giudici degli Stati contraenti potessero farsi guidare nell'interpretazione della Convenzione. Onde era inevitabile che sarebbero presto sorti accesi conflitti di giurisdizione, viepiù inaspriti dal farraginoso meccanismo di soluzione predisposto dagli articoli 15 e 16, dedicati l'uno ai conflitti positivi giurisdizione, l'altro ai conflitti negativi. Quanto ai primi, l'art. 15 prevede al suo primo comma un diritto di precedenza a favore dei giudici dotati di giurisdizione "prevalente" (es. il giudice del luogo principale di affari rispetto a quello della dipendenza), consistente nell'obbligo per i giudici in posizione recessiva di sospendere il procedimento ovvero di declinare la giurisdizione; nel caso di giurisdizioni concorrenti, il secondo comma adotta invece la regola della prevenzione, secondo la quale è riconosciuta priorità alla procedura aperta per prima. Per i conflitti negativi, l'art. 16 detta una soluzione soltanto parziale, contemplando la sola ipotesi di declinatoria, per così dire, reciproca, lasciando al giudice investito per secondo la possibilità di spogliarsi della giurisdizione a favore di qualunque altro giudice, purché diverso da quello *a quo*. A completamento del meccanismo, gli articoli 51 e 52 declinano le regole della primazia del giudice *potior in iurisdictione* e della prevenzione fra decisioni di giudici *pares* nel momento del riconoscimento. Questa disciplina fu bersaglia-

¹¹³ Emerge da quest'ultimo rinvio ai criteri dettati dagli ordinamenti nazionali la finalità non dichiarata di estendere al massimo grado l'ambito di applicazione della Convenzione, con inclusione finanche delle fattispecie in cui il debitore e la sua attività presentino collegamenti più stretti con ordinamenti di Stati terzi. Di qui il feroce commento di FLETCHER (*The Proposed Community Convention in Bankruptcy and Related Matters*, in LIPSTEIN (a cura di), *Harmonisation of Private International Law by the E.E.C.*, Londra, 1977, p. 124): "[...] the EEC will be open to the charge that it is "egocentric", "xenophobic" and aggressively protectionist; a charge which already bears some credibility in relation to the European Judgments Convention in its policy of applying rules of "excessive jurisdiction" against non-Community subjects in an insidious and discriminatory matter". Nel citare la Convenzione di Bruxelles del 1968, l'autore sembra voler fare riferimento a quei casi in cui nei confronti di domiciliati in Stati terzi erano stati applicati proprio criteri quei giurisdizioni esorbitanti che l'art. 3 della Convenzione aveva bandito al fine di proteggere i domiciliati nella Comunità (come ad es. quello contenuto nel famigerato art. 14 del *Code Civil* francese)

¹¹⁴ FLETCHER, *Insolvency in Private International Law. National and International Approaches*, Oxford, 2005, p. 350: "Although each version of the Draft supplied a definition of the expression as meaning "the place where the debtor usually administers his main interests", this appears only to raise a whole series of further questions".

ta dalle taglienti obiezioni degli studiosi, in particolare dell'inglese Ian Fletcher, che fece notare come, così congegnata, la Convenzione avrebbe finito per innescare un perverso meccanismo di "*race to court*", deleterio tanto per la posizione del debitore e per le sue relazioni coi creditori, quanto per il ponderato accertamento in concreto del requisito giurisdizionale, per di più privo di una chiara definizione legislativa.¹¹⁵

In base alle riflessioni svolte nella premessa, è possibile risalire al perché di tanta complessità: il quesito circa quale Stato dovesse, di volta in volta, aggiudicarsi la conduzione dell'unica procedura dispiegante effetto in tutto il territorio delle Comunità doveva rimanere irrisolto. Alla vaghezza del dato positivo avrebbe dovuto sopperire la concreta attività interpretativa dei giudici nazionali. Peccato che costoro, laddove la Convenzione fosse entrata in vigore, sarebbero stati lasciati soli, senza una guida interpretativa, trascinati nella furiosa mischia innescata dalle istanze incrociate di debitori e creditori (nonché di altre autorità nazionali di volta in volta legittimate in base alla *lex concursus*), ognuno interessato all'applicazione di norme concorsuali differenti.

Sarebbe stato possibile perlomeno attutire l'esplosività del conflitto giurisdizionale così innescato livellando le principali differenze presenti nei sei ordinamenti aderenti alle Comunità europee. Sicché un timido tentativo di uniformazione fu intrapreso attraverso una proposta di legge uniforme, contenuta nell'Allegato I. In esso si trovano gli embrioni di una comune disciplina in tema di azioni revocatorie e periodi sospetti (art. 4), di compensazione (art. 5), riserva di proprietà (art. 6), nonché di dichiarazione di fallimento degli amministratori (o gestori *de facto*) di società e di altre persone giuridiche nel caso in cui svolgano una propria attività d'impresa facendosi scudo con la società, disponendo del relativo patrimonio come cosa propria e gestendola in conformità ai propri esclusivi interessi (artt. 1 e 2). Ebbene, gli Stati contraenti avrebbero avuto l'obbligo di recepire, entro un dato termine, tale legge uniforme nei propri ordinamenti; senonché un'eccessiva prudenza suggerì ai redattori di prevedere, nell'Allegato II, una lunga serie di riserve che i singoli contraenti avrebbero potuto apporre alle disposizioni testé menzionate, di fatto trasformando l'obbligo di cui all'art. 76 in un semplice invito. Non li si poteva biasimare: se non era stato possibile mettere d'accordo i negoziatori sulla disciplina della giurisdizione, come si poteva pretendere di imporre loro una disciplina sostanziale unificata? Disciplina la quale, come fece osservare Nadelmann, si sarebbe fra l'altro applicata anche ai casi di rilevanza puramente "interna", nei quali, cioè, non fosse-

¹¹⁵ FLETCHER, *Harmonisation of Jurisdictional and Recognition Rules: The Istanbul Convention and the Draft EEC Convention*, in ZIEGEL (a cura di), *Current Developments in International and Comparative Insolvency Law*, Oxford, 1995, p. 123. Impietosa, poi, è l'osservazione contenuta nella pagina seguente a proposito dell'art. 52, 2° co., il quale prevede che, in caso di apertura concomitante della procedura ad opera di due Corti con giurisdizione concorrente, sia preferita quella la cui denominazione sia precedente in ordine alfabetico: "*Probably not since the Law of Citations has any more bizarre example of mechanical jurisprudence, in total abnegation of legal science, been seriously proposed for adoption as a rule of law*".

ro stati presenti elementi di fattispecie contenenti momenti di collegamento con un ordinamento straniero.¹¹⁶

Fini col prevalere, perciò, un approccio internazionalprivatistico, ossia orientato all'inclusione di norme di conflitto uniformi. In una disciplina dedicata alle insolvenze transfrontaliere, tali norme erano in parte inevitabili, specie per evitare che in talune circostanze di maggiore delicatezza le parti coinvolte non vedessero il loro rapporto con il debitore disciplinato da una legge diversa da quella sulla cui applicazione avessero riposto il loro affidamento. Posta come regola la *lex concursus* (artt. 18 e 19), l'art. 36, ad es., rinvia, per gli effetti dell'apertura della procedura sui contratti di lavoro, alla *lex contractus*; l'art. 37, invece, rende applicabile la *lex situs*, in luogo della *lex concursus*, per la determinazione degli effetti della procedura con riguardo ai contratti di locazione; l'art. 38 si occupa dei contratti di compravendita, e così via. Il cruccio più grosso per i redattori, tuttavia, fu quello di scegliere la legge applicabile alla distribuzione dell'attivo; allo scopo di proteggere l'affidamento delle parti e, allo stesso tempo, di presentare agli Stati contraenti una disciplina politicamente accettabile, i redattori tessero una disciplina di una complessità tale che il rischio di errori ed incertezze era così alto da rendere del tutto irrealizzabile il primo degli obiettivi summenzionati. Gli articoli da 40 a 46 prevedono infatti un'articolata costruzione in base alla quale l'attivo complessivo presente nel territorio degli Stati contraenti viene frazionato in tanti sotto-attivi quanti sono gli Stati coinvolti, e ad ognuno dei quali vengono applicate le regole sulle cause legittime di prelazione e sull'ordine dei privilegi vigenti nel territorio in cui i beni di riferimento si trovano; nel procedere alla distribuzione dell'attivo, perciò, i curatore avrebbero dovuto comporre un *patchwork* di normative nazionali, applicandole ai rispettivi *sub-estate*. In tale operazione, tuttavia, si sarebbe dovuto considerare un numero impressionante di variabili: la natura speciale o generale del privilegio; in quest'ultima ipotesi, regole diverse avrebbero poi trovato applicazione secondo che l'ammontare di credito coperto dal privilegio fosse lo stesso in più Stati ovvero che ciascun ordinamento prevedesse percentuali di copertura differente. *Last but not least*, i curatori, infine, avrebbero dovuto, per ogni sotto-massa, ordinare i privilegi secondo la *lex rei sitae*, aggiustando di conseguenza le proporzioni già arduamente calcolate secondo le citate disposizioni. Insomma, il prezzo di scartare la più lineare -ma politicamente insostenibile, in mancanza di una disciplina armonizzata- soluzione dell'applicazione esclusiva della *lex concursus* fu quello di produrre una normativa "*of fiendish complexity*".¹¹⁷

Sulle restanti disposizioni dell'articolato di progetto non conviene, in questa sede, soffermarsi. Esse riguardano la giurisdizione del giudice della procedura d'insolvenza per le azioni nascenti da essa (articolo 17, che rappresenta l'anello di congiunzione con la Convenzione di Bruxelles del 1968), gli effetti della procedura, immediati o subordinati all'effettuazione di speciali pubblicità

¹¹⁶ Casi sui quali la Convenzione, pensata per un contesto prettamente transnazionale, non era tagliata: NADELMANN, *Clouds over International Efforts to Unify Rules of Conflict of Laws*, in *Law and Contemporary Problems*, 1977, p. 63

¹¹⁷ FLETCHER, *Conflict of Laws and European Community Law*, Amsterdam, 1982, p. 233. Invero, il tema dell'unificazione delle regole concernenti la distribuzione dell'attivo fu considerata dal gruppo di lavoro, ma abbandonata non appena se ne notò la complessità.

(articoli da 20 a 27), le funzioni e i poteri degli organi (articoli da 28 a 32), gli effetti della procedura nei confronti della persona del debitore (articolo 47), il procedimento di opposizione alla procedura (*rectius*, al suo riconoscimento: articoli da 55 a 60), l'esecuzione all'estero delle decisioni rese nella procedura (articoli da 61 a 69) ed altri aspetti secondari.

Una nuova bozza vide la luce nel 1973 per adattare il testo di quella precedente alla mutata situazione istituzionale delle Comunità, che in quell'anno accoglievano tre nuovi Stati membri, cioè Grecia, Spagna e Regno Unito.¹¹⁸ L'allargamento delle Comunità richiedeva quindi che il contenuto della Convenzione tenesse in conto le divergenze di un numero maggiore di ordinamenti, il che nondimeno non rappresentò un motivo di scoramento per il gruppo di lavoro, dato che sempre più si avvertiva la necessità di uno strumento convenzionale in materia.¹¹⁹

L'ultimo progetto fu terminato nel 1979, ma la sua pubblicazione, per oscuri motivi, non avvenne prima del 1982. La rotta seguita dal gruppo di lavoro non mutava, nonostante in questo testo si trovino alcune innovazioni di rilievo, come l'abbattimento di una buona parte della legge uniforme, ridotta a soli tre brevi articoli (sempre soggetti a possibilità di riserva) su compensazione, riserva di proprietà e *praesumptio muciana*. La novità più importante sta, tuttavia, nell'attribuzione alla Corte di Giustizia della competenza a pronunciarsi, dietro rinvio pregiudiziale da parte dei giudici nazionali, sull'interpretazione della Convenzione.¹²⁰

Rimaneva ferma, tuttavia, l'impostazione di fondo, ossia la stretta aderenza al modello dell'unità e dell'universalità della procedura. Quello che stava cambiando era però lo scenario circostante, poiché in quegli anni alcuni legislatori mettevano mano ad importanti riforme, ispirate in buona misura da concezioni innovative del ruolo delle procedure d'insolvenza. Basti ricordare l'introduzione nell'ordinamento francese, durante il biennio 1984-1985, di strumenti di rilevazione tempestiva della crisi d'impresa, di meccanismi di *réglement amiable* e, soprattutto, della procedura di *redressement judiciaire*, che presenta ca-

¹¹⁸ La reazione di quest'ultimo fu particolarmente critica, come si percepisce dal corposo rapporto del *Cork Committee*, nel quale erano passati in rassegna i singoli articoli della bozza e ne era valutato l'impatto sulla legislazione nazionale. OMAR, *Genesis of the European Initiative in Insolvency Law*, op. cit., p. 152

¹¹⁹ In questo senso, HUNTER, *The Draft EEC Bankruptcy Convention: A Further Examination*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1976, p. 310. *Contra*, sebbene per motivi diversi, LEW, *EEC Draft Convention on Bankruptcy*, in *New Law Journal*, 1975, p. 628 e FARRAR, *The EEC Draft Convention on Bankruptcy and Winding Up: A Progress Report and Evaluation*, in *Journal of Business Law*, 1977, pp. 320-337. Secondo Lew, la strada maestra rimaneva quella dell'unificazione, rispetto alla quale una disciplina di stampo internazionalprivatistico non costituiva un'alternativa accettabile. Per Farrar, invece, lo stesso sforzo di giungere ad uno strumento internazionale dell'uno o dell'altro tipo era, in fondo, inutile, data l'esiguità della prassi delle insolvenze transfrontaliere.

¹²⁰ Artt. 70 ss. A differenza che nella Convenzione di Bruxelles del 1968, non tutti i giudici nazionali erano abilitati ad investire la Corte con il rinvio pregiudiziale, spettando tale possibilità solamente a quelli indicati nell'art. 71, praticamente alle corti di vertice di ciascun sistema giudiziario, contro le decisioni delle quali non fosse ammesso ricorso (le Cassazioni italiana, francese e belga, la *House of Lords* inglese e così via).

ratteristiche antitetiche al tradizionale fallimento già nella sua funzione, ossia quella di risanare l'impresa mantenendo intatti, per quanto possibile, i livelli occupazionali.¹²¹ Appena un anno più tardi, il Regno Unito introdusse la nuova procedura di *Administration*, che, come avremo modo di vedere, si distingue per una certa flessibilità, molto apprezzata dai pratici delle insolvenze transfrontaliere.

A fronte di tali novità, il compromesso ricercato nel progetto di Convenzione tanto più mostrava la corda quanto più irrealistico diventava il disegno di armonizzazione od unificazione dei diritti concorsuali nazionali. La distanza fra i vari ordinamenti si era ormai fatta troppo grande per potersi parlare di unità ed universalità di procedura e, ancor più, di legge uniforme. Il progetto, sostanzialmente immutato nel corso degli anni, cominciava ad accusare una certa obsolescenza; i lavori si erano ormai protratti per quasi un quarto di secolo e la spinta iniziale si era esaurita. Il gruppo di lavoro rimase in carica fino al 1985, dopodiché il sipario sul progetto calò silenziosamente.

§ 3. La Convenzione europea su taluni aspetti internazionali del fallimento del 1990

Mentre, dunque, i progetti della Comunità europea, frutto di oltre vent'anni di lavoro, languivano sotto i colpi del dissenso politico e accademico, un'altra organizzazione prendeva le redini dell'iniziativa: il Consiglio d'Europa. Pare che i comuni membri delle due organizzazioni avessero rilanciato il progetto in questa diversa sede già alla fine degli anni '70. Ad ogni modo, nel giugno del 1980 il Comitato per la cooperazione giuridica diede ad una commissione di esperti l'incarico di studiare il tema e proporre delle vie da percorrere per giungere ad una soluzione condivisa. La Comunità europea non rimase estranea al progetto, bensì partecipò ai lavori in qualità di osservatore. Dopo circa tre anni, la commissione di esperti stilò una bozza preliminare, che fu presentata al Consiglio dei Ministri nel 1984. L'*iter* negoziale subiva, a questo punto, uno stallone per via dei dissensi fra i rappresentanti degli Stati membri sul contenuto della bozza. I negoziati non ripartirono prima del 1987. Finalmente, nel febbraio del 1990 il Consiglio dei Ministri approvò il testo definitivo che fu aperto all'adesione ad Istanbul il 5 giugno.¹²²

Nella manualistica ricorre l'affermazione per cui la Convenzione di Istanbul avrebbe per prima sancito, in uno strumento convenzionale, la regola dell'universalità limitata.¹²³ Non per mancare di rispetto a chicchessia, ma l'affermazio-

¹²¹ Art. 1 della *loi* del 25 gennaio 1985: "*Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif. Le redressement judiciaire est assuré selon un plan arrêté par décision de justice à l'issue d'une période d'observation. Ce plan prévoit, soit la continuation de l'entreprise, soit sa cession*". Nel sistema inaugurato da tale legge, il ricorso alla *liquidation* è visto come *extrema ratio*, come si legge nel seguito della disposizione: "*La liquidation judiciaire peut être prononcée sans ouverture d'une période d'observation lorsque l'entreprise a cessé toute activité ou lorsque le redressement est manifestement impossible*".

¹²² OMAR, *Genesis of the European Initiative in Insolvency Law*, cit., pp. 155-157

¹²³ V. ad es. NIGRO, VATTERMOLI, *op. cit.*, p. 39

ne è imprecisa. Nella Convenzione, infatti, non si trova alcuna disposizione che consenta l'apertura di una sola procedura universalmente riconosciuta. Un simile approccio, che aveva già portato al naufragio dei progetti comunitari, era a maggior ragione improponibile nell'ambito del Consiglio d'Europa, al quale partecipava un numero di Stati doppio rispetto a quello delle Comunità. Tantomeno appariva realistico proporre una Convenzione di diritto uniforme. I redattori adottarono quindi un'altra strategia: preso atto della prevalenza, nei rapporti fra gli Stati, del principio di territorialità e delle numerose strettoie al riconoscimento delle procedure straniere, era necessario, quanto meno, temperare le conseguenze negative di tale situazione intervenendo su "certi aspetti" delle insolvenze transnazionali (come recita il titolo stesso della Convenzione), ossia quello dell'esercizio *extra moenia* dei poteri del curatore e quello della parità di trattamento dei creditori locali e stranieri nelle procedure nazionali. I temi, spinosissimi, del riconoscimento delle decisioni e della legge applicabile non furono toccati; il secondo, del resto, non richiedeva di essere trattato, dal momento che a ciascuna procedura si sarebbe applicato il rispettivo diritto nazionale.¹²⁴

Al fine di concepire uno strumento proponibile, i redattori trassero ispirazione dall'esistente e finirono per presero a modello la *section 304* del Bankruptcy Code da un lato e lo *Hilfsverfahren* svizzero dall'altro, giustapponendoli all'interno di una disciplina poggiante su regole di competenza giurisdizionali comuni.¹²⁵

Conviene partire proprio da queste ultime. Già dalle loro lettura, infatti, è possibile cogliere il differente approccio di questa Convenzione rispetto a quella promossa dalle Comunità Europee. È eloquente la rubrica dell'art. 4, che si riferisce testualmente a criteri di giurisdizione internazionale *indiretta*. I progetti di convenzione comunitaria contenevano invece titoli di giurisdizione diretta ed avevano, perciò, lo scopo di distribuire, fra i giudici degli Stati contraenti, la giurisdizione ad aprire l'unica procedura ammessa; il ricorso a criteri diversi non sarebbe stato possibile, poiché al di fuori dei casi previsti dalla Convenzione, il giudice investito dell'apertura della procedura avrebbe dovuto semplicemente dichiararsi incompetente. Nella costruzione della Convenzione di Istanbul, invece, i criteri di cui all'art. 4 non vanno a sostituirsi a quelli previsti dalle leggi na-

¹²⁴ Il minimalismo della Convenzione è ancora più evidente se si tiene conto, infine, che essa si applica alle sole procedure liquidatorie elencate nell'Allegato A (fra le quali, il nostro fallimento), con esclusione dunque degli strumenti di recente messi a punto (o recuperati) da taluni legislatori sull'onda della nuova filosofia del *corporate rescue*. A dette procedure tuttavia, l'art. 29 rende applicabile quanto meno il Capitolo IV della Convenzione.

¹²⁵ VOLKEN, *Cross-Border Insolvency: Co-operation and Judicial Assistance*, in *Forum Internazionale*, 1993 (n. 29), p. 26.

zionali, bensì ad aggiungersi;¹²⁶ essi fungono da discriminazione fra le procedure alle quali la Convenzione è applicabile e quelle che da essa sono escluse: solo nelle procedure aperte nel rispetto di tali criteri (nonché dei requisiti di cui al precedente art. 3)¹²⁷ i curatori si possono giovare dei poteri ad essi conferiti dalla Convenzione. Una qualche affinità fra questo testo e i progetti precedenti la si può trovare, piuttosto, nella scelta dei criteri di giurisdizione e nella loro formulazione “a cascata”: in primo luogo è posto il centro degli interessi principali (*centre of main interest*); in subordine, il luogo di stabilimento (*establishment*), invocabile a condizione che la legislazione dello Stato contraente ove si trovi il centro degli interessi principali non permetta (anche per ragioni legate ai presupposti soggettivi) l’apertura della procedura, ovvero che detto centro si trovi nel territorio di uno Stato terzo.¹²⁸ Si riproduce parzialmente il complesso sistema dei progetti comunitari, dei quali condivide la sola finalità di estendere in massima misura l’applicazione della Convenzione.

Al curatore nelle procedure aperte in conformità alle disposizioni del Capitolo I, i Capitoli II e III si premurano quindi di fornire un’adeguata gamma di poteri da esercitare fuori dai confini della propria giurisdizione, indipendentemente dal riconoscimento della procedura ad opera degli altri Stati. Il Capitolo II, ispirato dalla *section 304* del *Bankruptcy Code*, concepisce una serie di prerogative su singoli cespiti patrimoniali, quali misure protettive (da esercitarsi, in particolare, in pendenza dell’apertura della procedura) e atti di amministrazione, gestione e liquidazione dei beni del debitore (incluso il potere di trasferire beni), purché posti in essere in osservanza della *lex rei sitae*, giusta l’art. 10. Il successivo art. 11 prevede però che l’esercizio di questi ultimi rimanga sospeso per due mesi a decorrere dall’effettuazione della pubblicità prevista all’art. 9 (per dar modo ai creditori di produrre contestazioni), e in ogni caso laddove al giudice di quello Stato sia stata richiesta l’apertura di una nuova procedura, la quale, se avviata, è in grado di precludere definitivamente al curatore l’esercizio *extra moenia* dei suoi poteri. Non è dunque difficile tracciare un pur velato parallelo con la *section 304(a)* americana, benché da un lato gli art. 8 e 10 siano più precisi nel definire le singole misure disponibili al curatore (per altro senza la necessaria intermediazione del giudice locale), e dall’altro fra dette misure non vi figurino lo *stay* delle iniziative dei creditori.

A tal fine, il curatore dovrà invocare le disposizioni del Capitolo III, nel quale troviamo, per la prima volta in una convenzione fra Stati, le procedure secon-

¹²⁶ V. i punti 25 e 26 del rapporto esplicativo: “25. *The Convention thus does not compel States to incorporate into their domestic law the rules in Article 4 governing competence. Where, however, a court or authority is asked to apply the Convention, it is not bound to do so unless the bankruptcy decision relied on was given by a court or authority which was competent for the purposes of Article 4.* 26. *Since it is indirect competence that is involved, the court or authority of a Party will be competent if it meets the requirements of paragraph 1, even if the court, in accordance with that Party’s law, based its competence on other criteria such as official place of residence*”. Il testo della Convenzione e del Rapporto si trovano, in lingua inglese o francese, all’indirizzo <http://www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/136>

¹²⁷ Segnatamente, l’efficacia della decisione d’apertura nello Stato d’apertura e la sua non contrarietà all’ordine pubblico dello Stato nel quale il curatore intenda agire

¹²⁸ Art. 4, 2° co. Il 3° co. applica la regola della prevenienza alla risoluzione dei conflitti positivi di giurisdizione nascenti dal ricorso al criterio dell’*establishment*

darie, modellate sulla scorta degli articoli 166 e seguenti della legge svizzera sul diritto internazionale privato. La Convenzione di Bruxelles, come vedremo, attingerà direttamente alla Convenzione di Istanbul; nondimeno, i connotati assunti da tali procedure nell'uno e nell'altro testo sono molto differenti. Già nelle prime battute della relazione esplicativa alla Convenzione di Istanbul, infatti, troviamo espressa l'idea per cui tale istituto costituisce uno strumento alternativo ai singoli poteri previsti dal Capitolo II, destinato in particolare alla gestione e alla liquidazione di complessi patrimoniali di maggiore entità.¹²⁹ Da tale caratteristica emerge più nettamente l'analogia con le *Hilfsverfahren*: di esse il curatore dovrà servirsi per mettere le mani sull'attivo estero, benché in alternativa ai meno dispendiosi strumenti di cui al Capitolo II, alternativa non concessa dal d.i.p. elvetico.

In base all'art. 17, il ricorso a tali procedure è possibile sia negli Stati in cui si trovi uno stabilimento, sia in quelli ove si trovino dei beni del debitore. La legittimazione a chiederne l'apertura spetta in primo luogo al curatore, come sancito dall'art. 20, quindi a tutti gli altri soggetti legittimati dalla legge regolatrice della procedura.

Per il curatore, i vantaggi discendenti dal ricorso a questo strumento sono evidenti: è impedita l'apertura di procedure nazionali indipendenti e svincolate da quella principale, nelle quali non troverebbero posto i pur deboli meccanismi di coordinamento previsti dagli articoli 25, 26 e 27, consistenti in obblighi di reciproca informazione fra i curatori, di consultazione del curatore della procedura principale in caso di chiusura di quella secondaria, nonché nel potere di veto a questi riconosciuto sull'adozione, in seno a quest'ultima, di una soluzione concordataria.

Quanto ai creditori, resta impregiudicata la loro legittimazione a richiedere l'apertura di una procedura indipendente e non disciplinata dalla Convenzione.¹³⁰ Talune caratteristiche delle procedure secondarie, tuttavia, sono volte ad incentivare, anche da parte dei creditori, il ricorso a questo strumento. I creditori privilegiati, infatti, possono trovare piena soddisfazione delle loro ragioni non meno che in una comune procedura nazionale; ed anzi, è nell'art. 21 che si coglie che la finalità tipica delle procedure secondarie (anch'essa

¹²⁹ Punto 2. *"When a debtor declared bankrupt in one state has assets in one or more other states, the Convention offers two possibilities:*

– it allows liquidators to exercise, in countries other than the one in which the bankruptcy was opened, certain powers conferred upon them as liquidators (Chapter II);

– it allows and organises the opening of secondary bankruptcies (Chapter III).

The use of one or the other of the possibilities can depend on the amount of the assets situated in the other State. The impact of the measures to be taken can indeed be different depending on whether it concerns a bank account or an establishment of the debtor.

A liquidator who has started the necessary formalities for exercising his powers under Chapter II may have to face a request of a creditor for the opening of a secondary or other local bankruptcy or may, himself, consider at a later stage that the number of creditors or the amount of the assets justify a local bankruptcy and, as a result, the opening of a secondary bankruptcy".

¹³⁰ Come risulta, indirettamente, dal già citato art. 11 e dall'art. 16. Quest'ultimo richiede per l'apertura di una procedura secondaria che in quello Stato già non sia stata aperta autonomamente alcuna procedura d'insolvenza. In tale situazione, l'art. 28 consente al curatore soltanto di richiedere che l'attivo non distribuito sia trasferito alla procedura principale, e non anche che la procedura nazionale già aperta si converta in procedura secondaria (come accade, invece, nella Convenzione di Bruxelles)

mutuata dal modello elvetico) è proprio quella della soddisfazione dei creditori “preferenziali” (da individuarsi secondo la definizione dettata dalla medesima disposizione)¹³¹, seguita, se del caso, dalla devoluzione dell’attivo residuo alla procedura principale (art. 22), ivi da spartirsi fra tutti gli altri creditori secondo parità.¹³² Tutti gli altri creditori, invece, potranno giovare della simultanea insinuazione nelle due procedure (nonostante l’eventuale decorso dei termini per l’insinuazione tempestiva in quella principale)¹³³ e la partecipazione alla pari coi creditori già insinuati nella procedura principale sull’attivo residuo dalla distribuzione nella procedura secondaria.¹³⁴

Si può facilmente notare, dunque, come le procedure secondarie della Convenzione di Istanbul siano lungi dal costituire un limite alla procedura principale, rappresentandone, anzi, un vantaggioso complemento e potenziamento.

Nel Capitolo IV, infine, troviamo importanti disposizioni sul trattamento dei creditori stranieri (che in larga misura sono state riprese, parola per parola, nel Regolamento del 2000), come l’art. 30 sul dovere d’informazione e l’art. 31 e il diritto di insinuare il credito trasmettendone la richiesta nel rispetto di semplici formalità. Un’ulteriore, fondamentale, regola in tema si trova però fuori dal Capitolo IV, nell’art. 5, ed è quella che in gergo è conosciuta come *hotchpotch rule*. Essa, impedendo ai creditori di sfruttare a proprio esclusivo vantaggio la parallela pendenza di più procedure contro uno stesso debitore, costituisce infatti un necessario presidio della *par condicio creditorum*.¹³⁵

In conclusione, il titolo della Convenzione ne riassume bene lo spirito cauto e realistico, frutto della consapevolezza che un buon compromesso tra il bisogno di uno strumento convenzionale in materia e le legittime resistenze degli Stati a cedere il controllo su un aspetto tanto sensibile della vita economica non poteva passare che attraverso l’abbandono dell’aspirazione all’unità e all’universalità. Nondimeno, come se ciò non fosse bastato, i redattori operarono un’ulteriore e rovinosa concessione, inserendo nell’art. 40 *-in cauda venenum-* la possibilità di apporre riserve all’applicazione di entrambi i Capitoli II e III.

Ciononostante, la Convenzione di Istanbul non è entrata in vigore. Il Consiglio d’Europa aveva invitato i suoi membri ad aderirvi, ma solo il piccolo e tor-

¹³¹ “*Claims enjoying a right to preferential payment or a security over land or other property, public law claims and claims arising from the operation of an establishment of the debtor or from employment in the Party where the secondary bankruptcy is opened [...]*”

¹³² Art. 24: “*Creditors in the main bankruptcy who are entitled to receive a dividend from assets coming from the secondary bankruptcy shall be treated equally, regardless of any privileges or other exceptions to the principle of equality between creditors provided by the law of the main bankruptcy*”

¹³³ Si v. il combinato disposto degli artt. 20 e 23

¹³⁴ Art. 23, 2° co.: “*Without prejudice to the provisions of Article 21, the claims mentioned in paragraph 1 may participate in a dividend only on assets remaining in the secondary bankruptcy transferred under the conditions laid out in Article 22*”

¹³⁵ Art. 5: “*A creditor who has received part payment in respect of his claim in a bankruptcy opened in one Party may not participate in a dividend for the same claim in a bankruptcy opened with regard to the same debtor in another Party, so long as the dividend received by the other creditors in the bankruptcy opened in that other Party is less than the dividend he has already received*”

mentato Stato di Cipro ha, ad ora, provveduto alla ratifica. Le ulteriori due ratifiche necessarie per l'entrata in vigore non sono mai arrivate, e c'è ormai da aspettarsi che mai giungeranno.¹³⁶ Almeno a livello accademico le reazioni furono più rassicuranti. A parte gli accesi entusiasmi di qualche commentatore¹³⁷ e la più fredda cautela di altri¹³⁸ (nonché le immancabili critiche su aspetti puntuali)¹³⁹, in generale l'iniziativa fu salutata con favore per il fatto di costituire un compromesso accettabile e un primo passo verso una più approfondita regolazione internazionale dell'insolvenza.¹⁴⁰ Perlomeno, l'adozione di questo testo dimostrò che una Convenzione in materia era, dopotutto, un obiettivo non irraggiungibile. Di questo furono ben coscienti i partecipanti del Consiglio Europeo di San Sebastian del 1989 e i membri del Comitato dei Rappresentanti Permanenti del 1990, che decisero di tentare un nuovo negoziato sulla base, anche questa volta, dell'art. 220 del Trattato di Roma.

§ 4. La Convenzione di Bruxelles del 1995

Nel 1990, dunque, il gruppo di lavoro venne ricostituito e già nei primi mesi dell'anno seguente fu in grado di pubblicare una bozza preliminare di Convenzione.¹⁴¹ Abbandonata l'aspirazione all'unità e all'universalità della procedura che aveva contraddistinto i progetti precedenti, il gruppo, guidato da Manfred Balz, mirò a spostare su un terreno diverso le inevitabili concessioni alle ritrosie degli Stati sovrani; scartata (giustamente) la soluzione delle riserve, le quali avrebbero impedito al sistema di funzionare, non restava che seguire la strada già tracciata dalla Convenzione di Istanbul, cioè inserire nel tessuto normativo l'istituto delle procedure secondarie. La bozza definitiva arrivò nel 1994. Approvata dal Consiglio, la Convenzione fu siglata e aperta all'adesione a Bruxelles il 23 novembre 1995. La relazione d'accompagnamento, firmata dal Professor Miguel Virgòs e dal Magistrato lussemburghese Etienne Schmitt, uscì pochi mesi dopo.¹⁴²

Il testo, composto da cinquantacinque articoli e tre allegati, risente in larga misura dell'influenza dello sfortunato strumento del Consiglio d'Europa, il che

¹³⁶ Un prospetto dello *status* delle ratifiche è consultabile all'indirizzo citato in nt. 15

¹³⁷ DANIELE, *Les problemes internationaux de la faillite: heur et malheur du projet de convention communautaire*, in *Cahiers de droit Européen*, 1987, pp. 512 ss.

¹³⁸ RAMACKERS, *Reflexions critiques sur la Convention Européenne relative a certains aspects internationaux de la faillite*, in *La Semaine Juridique*, giugno 1993, pp. 279–280

¹³⁹ FLETCHER, *International Insolvency: A Case for Study and Treatment*, in *International Lawyer*, 1993, pp. 429 ss. Lo studioso fa osservare come l'assenza nel quadro istituzionale del Consiglio d'Europa di un giudice guida nell'interpretazione della Convenzione (ruolo che nell'Unione Europea, come è noto, è svolto dalla Corte di Giustizia) rappresenti un potenziale problema, in particolare, nell'applicazione dei criteri di giurisdizione di cui all'art. 4.

¹⁴⁰ OMAR, *op. cit.*, p. 157

¹⁴¹ OMAR, *Genesis of the European Initiative in Insolvency Law*, *op. cit.*, p. 158

¹⁴² Il *report* Virgòs-Schmit, come avremo modo di osservare nel secondo Capitolo, avrà una certa fortuna nella prassi applicativa del Regolamento come strumento di ausilio all'interpretazione

risalta già dalla formulazione di molte disposizioni e dalla definizione di taluni concetti.¹⁴³ Oltre alle procedure secondarie, troviamo infatti disciplinati molti profili inediti rispetto ai progetti degli anni '70 e '80 e che solo nella Convenzione del 1990 avevano trovato una prima sistemazione, come il diritto di tutti i creditori di essere individualmente informati di ogni procedura aperta e di insinuarsi (articoli 39 e seguenti). Nondimeno, come ho anticipato nel paragrafo precedente, quella di Bruxelles rappresenta un ritorno all'originaria filosofia universalista, seppur in una versione notevolmente attenuata. È per questo che, a mio avviso, è più corretto vedere in questa Convenzione (e non in quella di Istanbul) la prima attuazione, in uno strumento di diritto internazionale pattizio, del principio dell'universalità limitata.¹⁴⁴

Ma vediamo più da vicino le disposizioni salienti.

L'art. 1 segna l'ambito di applicazione della Convenzione combinando una definizione generale delle procedure d'insolvenza con il rinvio all'allegato A contenuto nel successivo art. 2 (dedicato alle definizioni), secondo una discutibile tecnica normativa già fatta propria dalla Convenzione di Istanbul. Infatti, a parte le incongruenze fra la definizione generale e l'allegato,¹⁴⁵ non è difficile immaginare le incertezze interpretative che possono nascerne in concreto: si possono nutrire dubbi, infatti, sulla natura tassativa o esemplificativa dell'elencazione, così come si può essere portati ad escludere dall'ambito di applicazione della Convenzione quelle procedure che, pur elencate negli allegati, in concreto non soddisfino le caratteristiche richieste dalla definizione. Simili dubbi, più o meno seri od oziosi, potevano essere troncati del tutto recuperando la più saggia scelta operata nei progetti preliminari di limitarsi ad un rinvio alle procedure tassativamente indicate nell'allegato.¹⁴⁶ Tanto più che la definizione di procedura con-

¹⁴³ Come, primi fra tutti, i concetti di *centre of main interest* ed *establishment*

¹⁴⁴ Per una panoramica della Convenzione di Bruxelles, v. BALZ, *Cross-border insolvency and the EU Draft Convention*, in *International Financial Law Review*, 1994, pp. 17 ss.; ID., *The European Union Convention on Insolvency Proceedings*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 1996, pp. 485 ss.; CARBONE, *Il c.d. fallimento internazionale tra riforma italiana del d.i.p. e normativa di diritto uniforme*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1998, pag. 633; FLETCHER, *The European Union Convention on Insolvency Proceedings: an Overview and Comment, with U.S. Interest in Mind*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 1997, pp. 25 ss.; GUZZI, *La convenzione comunitaria sulle procedure di insolvenza: prime osservazioni*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1997, pp. 901 ss.; JOHNSON, *The European Union Convention on Insolvency Proceedings: a Critique of the Convention's Corporate Rescue Paradigm*, in *International Insolvency Review*, 1996, pp. 80 ss.; KAYSER, *A Study of the European Convention on Insolvency Proceedings*, in *International Insolvency Review*, 1998, pp. 95 ss.; MCKENZIE, *The EC Convention on Insolvency Proceedings*, in *European Review of Private Law*, 1996, pp. 181 ss.; OMAR, *The case for a European Convention in insolvency*, in *International Company and Commercial Law Review*, 1996, pp. 163 ss.; PROTO, *Le procedure concorsuali nella comunità europea*, 1995, pp. 1169 ss.; SCHOLLMAYER, *The New European Convention on International Insolvency*, in *Bankruptcy Developments Journal*, 1997, pp. 421 ss.; ZAMPERETTI, NODARI, *Verso l'armonizzazione comunitaria del diritto fallimentare: lo stato dell'arte*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1997, pp. 607 ss.

¹⁴⁵ Mentre l'art. 1, infatti, applica la Convenzione "alle procedure concorsuali che comportano il parziale o totale spossessamento del debitore e la nomina di un curatore", troviamo nell'Allegato A procedure che non collimano con la definizione, come il nostro concordato preventivo o il *redressement judiciaire* francese, che, a rigore, non prevedono lo spossessamento del debitore

¹⁴⁶ V. l'art. 1 del progetto del 1970

corsuale è già controversa in molti diritti nazionali, fra cui il nostro;¹⁴⁷ *a fortiori* lo diviene in questo contesto, e scaricare sulla Corte di Giustizia un compito che spetterebbe ai legislatori non può avere come conseguenza che un inutile dispendio di energie.¹⁴⁸

Nell'art. 3 troviamo invece l'intera disciplina della giurisdizione, notevolmente semplificata rispetto ai vecchi progetti di convenzione, nei quali, come abbiamo visto, la materia in questione occupava un intero Titolo di una dozzina di articoli. Innanzitutto, non troviamo più la pletora di competenze alternative che stavano alla base anche della scarna Convenzione di Istanbul, bensì due soli poli contrapposti: il *centre of main interest (c.o.m.i.)* e l'*establishment*. Tali criteri, fatta giustizia di quello basato sulla semplice presenza di beni, sono destinati a rimpiazzare quelli esistenti negli ordinamenti nazionali, almeno nei rapporti fra gli Stati contraenti e nell'ambito di applicazione della Convenzione. Ambito che già per questo risulta ridimensionato, potendo la procedura "universale" (qui denominata "principale") essere aperta solo nel caso in cui il *c.o.m.i.* si trovi nel territorio di uno Stato contraente, e solo in esso; nel caso contrario, non potendoci più avvalere del criterio sussidiario dell'*establishment*, come nel vecchio art. 4 della bozza del 1970, si potrebbe ricorrere ai soli criteri stabiliti dall'ordinamento nazionale, ma solo per aprire una procedura alla quale la Convenzione non sarebbe applicabile.

La conseguenza principale di questa notevole semplificazione è la quasi totale scomparsa della disciplina sui conflitti di giurisdizione. Non che l'eliminazione delle competenze concorrenti sia di per sé in grado di evitare il problema, che, anzi, tipicamente si verifica quando più giudici siano in discordia sulla concreta applicazione di un stesso criterio. La soluzione che la Convenzione offre si coglie leggendo fra le righe dell'art. 3 (e dell'art. 16), il quale accoglie, sostanzialmente, il criterio della prevenienza: la giurisdizione spetta al giudice che si pronuncia per primo e la cui decisione si impone, per effetto del riconoscimento previsto dall'art. 16, agli altri giudici; i quali potranno aprire una procedura secondaria, sempre che abbiano la competenza per farlo. E quanto al concorso di procedure secondarie, il problema non si dà, poiché la Convenzione ne ammette la contemporanea pendenza in più Stati. Questo è, però, un risultato interpretativo non scontato, che ha richiesto del tempo per affermarsi presso i giudici nazionali; tornerò sul punto nel prossimo Capitolo.

Complessivamente, la disciplina della giurisdizione ne uscì di molto migliorata; con i cestinati progetti di Convenzione, tuttavia, il testo del 1995 condivide un solo, esiziale difetto: i criteri di giurisdizione, ancora una volta, mancano di una stringente definizione. Questo era vero in particolare per il titolo di compe-

¹⁴⁷ La mente corre immediatamente, per es., alla controversa natura degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati di risanamento. Limitandoci, in questa sede, alla manualistica istituzionale, si vedano NIGRO, VATTERMOLI, *op cit.*, p. 415 e BONFATTI, CENSONI, *Lineamenti di Diritto Fallimentare*, Padova, 2013, pp. 224 e 230, i quali concordemente escludono, per gli uni e gli altri, che si tratti di procedure concorsuali, e che sia loro applicabile l'art. 111 l.f. in tema di pre-deduzione (peraltro espressamente disciplinata, dall'art. 182-quater, con riferimento agli accordi di ristrutturazione).

¹⁴⁸ Azzarderei l'ipotesi che pure la disposizione in questione sia stata volutamente lasciata incerta, al solo scopo di evitare che il negoziato saltasse proprio su questo specifico punto.

tenza più importante, ossia il *centre of main interest*, che invece almeno l'*establishment* trova una sua scarna delimitazione nell'art. 2, lett. h).¹⁴⁹

Non si è trattato certamente di una svista: la definizione della giurisdizione non era solo (né tanto) un problema di tecnica legislativa, ma anche (e prima di tutto) una questione politica: ancora una volta, alla giurisdizione si accompagnava la legge applicabile, secondo la cardinale regola del *Gleichlauf*.¹⁵⁰ L'art. 4 fissa infatti il criterio residuale della *lex fori concursus*, sia riferita alle procedure principali che a quelle secondarie, derogata con riguardo a specifiche fattispecie dagli articoli seguenti.¹⁵¹ In particolare, merita osservare come, sulla scorta delle pesanti condanne da parte della dottrina al complesso sistema delineato nelle bozze degli anni '70, la scelta della legge applicabile alla distribuzione dell'attivo liquidato cada sulla *lex concursus*. Un brandello della vecchia disciplina viene conservato solo in relazione agli "*special rights of preference*" della bozza, qui ridenominati *rights in rem* ("diritti reali dei terzi") e disciplinati dall'art. 5. L'individuazione di tali diritti è affidata alla *lex rei sitae* nel rispetto dei criteri dettati dal 2° e dal 3° paragrafo.¹⁵²

Conviene riportare i primi tre paragrafi dell'art. 5 per esteso:

"1. L'apertura della procedura di insolvenza non pregiudica il diritto reale del creditore o del terzo sui beni materiali o immateriali, mobili o immobili, siano essi beni determinati o universalità di beni indeterminati variabili nel tempo di proprietà del debitore che al momento dell'apertura della procedura si trovano nel territorio di un altro Stato membro.

2. I diritti di cui al paragrafo 1 sono, in particolare, i seguenti:

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

3. È assimilato a un diritto reale il diritto, iscritto in un pubblico registro e opponibile a terzi, che consente di ottenere un diritto reale ai sensi del paragrafo 1".

La disposizione è di per sé alquanto sibillina; vengono in ausilio le indicazioni del rapporto Virgòs-Schmit, che si possono riassumere in questi termini: il bene oggetto del diritto sarà sì ricompreso nell'attivo della procedura principale, ma gli effetti di questa non potranno impedire al titolare di esercitare le preroga-

¹⁴⁹ "Qualsiasi luogo di operazioni in cui il debitore esercita in maniera non transitoria un'attività economica con mezzi umani e con beni".

¹⁵⁰ V. *supra*, "Premessa"

¹⁵¹ Ad es., l'art. 10, che in tema di effetti della procedura sui contratti di lavoro pendenti rinvia alla legge dello Stato contraente applicabile a tali contratti; oppure l'art. 15, che richiede l'applicazione della *lex fori* nel determinare gli effetti della procedura sulla pendenza dei processi relativi a beni o diritti dei quali il debitore sia stato spossessato

¹⁵² A questa complessa disciplina è dedicato lo scritto di GARRIDO, *Some Reflections on the EU Bankruptcy Convention and its Implications for Secured and Preferential Creditors*, in *International Insolvency Review*, 1998, pp. 79 ss., che rispecchia in buona misura il rapporto esplicitivo.

tive riconosciutegli dalla *lex rei sitae*, come quella di avviare una procedura esecutiva individuale.¹⁵³ Al curatore della procedura principale, dunque, non resterebbero che due possibilità. La prima, di svincolare i beni dal diritto pagando “fuori sacco” il titolare creditore.¹⁵⁴ La seconda, di avviare una procedura secondaria, sempre che nello Stato in cui il bene si trova vi sia anche un *establishment*.¹⁵⁵

Le procedure secondarie, quindi, tornavano buone anche per rimediare a questa obbligata frattura nel principio di universalità (appunto, l'impermeabilità di tali diritti agli effetti della procedura principale), secondo una logica, se si vuole, simile a quella delle procedure ancillari di cui alla Convenzione Istanbul, le quali erano, appunto, deputate proprio alla soddisfazione dei creditori “preferenziali”.

L'art. 16 apre il Capitolo II, dedicato al riconoscimento della decisione d'apertura e agli effetti di tale riconoscimento, con particolare enfasi sui poteri del curatore. Conviene dar brevemente conto di tali disposizioni partendo dalla procedura principale. Questa, infatti, è destinata a produrre i suoi effetti (disciplinati dalla *lex concursus*) in tutti gli Stati contraenti, sicché in ognuno di essi il curatore (debitamente provata la sua nomina ai sensi dell'art. 19) sarà legittimato ad esercitare, nel rispetto della *lex fori*, i poteri ad esso conferiti dalla *lex concursus*, ivi incluso il potere di prelevare i beni dallo Stato in cui si trovano. Il riconoscimento della procedura, poi, comporta automaticamente l'obbligo per i creditori di restituire al curatore quanto ricevuto in seguito all'apertura (art. 20, 1° paragrafo)¹⁵⁶, nonché il divieto di pagare il debitore spossessato, fatto salvo il caso di pagamento in buona fede (art. 24). Sulla buona fede, in particolare, viene ad incidere la pubblicità della procedura disciplinata dagli articoli 21, 22 e

¹⁵³ Questo dualismo tra il *bene* e il *diritto* insistente sul bene risulta dal Paragrafo 99 del rapporto: “Article 5 states that the proceedings shall not affect rights in rem in respect of assets located in other Contracting States and not that the proceedings shall not affect assets located in another State. As main proceedings are universal (ex. Article 3(1)) they encompass all the debtor's assets. This is important if the value of the security is greater than the value of the claim guaranteed by the right in rem. The creditor will be then obliged to surrender to the estate any surplus of the proceeds of sale”.

¹⁵⁴ Prosegue il Paragrafo 99: “Without affecting the economic value of the right or its immediate realisability, it [l'art. 5, ndr] also gives the liquidator the power to decide on the immediate payment of the claim guaranteed, and thus avoid the loss in value that certain assets could suffer when they are realised separately”.

¹⁵⁵ Paragrafo 98: “The rule does not “immunize” rights in rem against the debtor's insolvency. If the law of the State where the assets are located allows these rights in rem to be affected in some way, the liquidator (or any other person empowered to do so) may request secondary insolvency proceedings be opened in that State if the debtor has an establishment there. The secondary proceedings are conducted according to national law and allow the liquidator to affect these rights under the same conditions as in purely domestic proceedings”

¹⁵⁶ Il secondo paragrafo di tale disposizione contiene invece la *hotchpotch rule*: “Perché, sia garantita la parità di trattamento dei creditori, il creditore che, in una procedura di insolvenza, abbia recuperato una quota del proprio credito, partecipa ai riparti effettuati in un'altra procedura soltanto allorché i creditori dello stesso grado o della stessa categoria abbiano ottenuto in tale altra procedura una quota equivalente”

23.¹⁵⁷ L'art. 25, poi, completa l'art. 16, estendendo il riconoscimento automatico alle altre decisioni rese dal giudice competente nel corso della procedura e quelle relative alla chiusura, incluse le misure cautelari rese nella fase prodromica nonché tutte le decisioni "nascenti direttamente dalla procedura e strettamente collegate ad essa". Quest'ultimo inciso sembra rinviare alla nozione di "procedure affini" di cui all'art. 1 della Convenzione di Bruxelles del 1968, nel significato individuato dalla Corte di Giustizia e dal Rapporto Jénard, la cui posizione rimane peraltro incerta, mancando nella Convenzione presente una norma come quella contenuta nell'art. 17 del progetto del 1970 che le assoggettava alla giurisdizione del giudice fallimentare; anzi, qui è lo stesso art. 25 ad ammettere che altri giudici possano avere giurisdizione su di esse. Per la loro esecuzione, nonché per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni diverse da quelle menzionate, la norma rinvia testualmente alla citata Convenzione di Bruxelles, in particolare al procedimento di *exequatur* ivi regolato.

Le disposizioni sul riconoscimento si applicano, in linea generale, anche alle procedure secondarie, alle quali è dedicato il secondo paragrafo dell'art. 17: *"Gli effetti della procedura [secondaria] 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 consentito"*. Il primo periodo, sostanzialmente, impone ai giudici degli altri Stati contraenti di riconoscere gli effetti della procedura secondaria sui beni in essa ricompresi, ad es. impedendo che l'adempimento di un credito incluso nell'attivo della procedura secondaria (in base alle norme di localizzazione di cui all'art. 2, lett. g) vada ad appannaggio della procedura principale. Il secondo periodo contiene, seppur formulata in negativo, un'eccezione al principio di territorialità. Parafrasando, i creditori che in base ad un concordato concluso nella procedura principale abbiano rinunciato ad una parte delle loro pretese, vedranno operare la loro rinuncia anche in relazione ai beni compresi nella procedura secondaria; ché altrimenti, questi potrebbero rifarsi sui tali beni per recuperare quella parte di credito alla quale, nel concordato, avevano rinunciato.¹⁵⁸

Il riconoscimento e il dispiegarsi degli effetti della procedura principale incontra, nel sistema della nuova Convenzione, un duplice limite.

¹⁵⁷ In breve, è previsto che il curatore possa richiedere che alla decisione di apertura della procedura principale sia data adeguata pubblicità negli altri Stati contraenti tanto nella forma della pubblicazione (disposta in base alle leggi ivi in vigore) quanto in quella dell'annotazione in pubblici registri immobiliari e di commercio. È poi previsto che, a talune condizioni, tale pubblicità possa essere resa obbligatoria dalle legislazioni degli Stati contraenti. Quanto al pagamento del *debitor debitoris*, dispone l'art. 24, 2° paragrafo che se avvenuto in seguito all'effettuazione di tale pubblicità esso debba presumersi, salvo prova contraria, effettuato in mala fede. L'infelice collocazione sistematica delle disposizioni sulla pubblicità è segno di come l'importanza di tali adempimenti sia stata sottovalutata dai redattori della Convenzione, della quale invece dovettero accorgersi ben presto i pratici trovandosi ad applicare il Regolamento del 2000. Se ne riparlerà a tempo debito.

¹⁵⁸ Un bel commento di questa disposizione (e in generale, di tutto il meccanismo delle procedure secondarie nel Regolamento) lo si trova nel chiarissimo contributo di Ricci, *Le procedure locali previste dal regolamento CE n. 1346/2000*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2003, pp. 906-907, dal quale ho tratto, sintetizzandoli, gli esempi.

In primo luogo, l'art. 26, anche se in maniera del tutto laconica e generica ripropone la classica clausola dell'*ordre publique*.¹⁵⁹ L'abbandono dell'apprezzabile specificazione contenuta nell'art. 56 del progetto del 1970 non si spiega altrimenti, al pari della contorta definizione dell'ambito d'applicazione della Convenzione, che in chiave politica;¹⁶⁰ come dire che i rappresentanti degli Stati, per raccogliere il necessario consenso sul punto, abbiano deliberatamente omesso di definire il concetto per scaricarne la responsabilità sulla Corte di Giustizia. Il che, anche questa volta, ha comportato non pochi problemi nell'applicazione pratica, come avremo modo di vedere.

L'altro limite è rappresentato dalle procedure secondarie, cui è dedicato il III Capitolo, ma la cui disciplina complessiva risulta da varie disposizioni sparse in tutta la Convenzione. È d'uopo un chiarimento preliminare: nel testo in esame non trova posto una singola specie di procedure secondarie, come nella Convenzione di Istanbul, bensì due: le procedure secondarie propriamente dette e le procedure indipendenti. Le prime sono quelle aperte a seguito dell'avvenuto riconoscimento, negli altri Stati contraenti, della procedura principale; le seconde sono invece quelle che, eccezionalmente, possono essere aperte prima di tale momento. Per chiarezza, conviene prendere a prestito la terminologia adoperata da un illustre autore, Edoardo Flavio Ricci, che distingueva nel *genus* delle procedure *locali* (o *territoriali*) fra procedure *indipendenti* e *secondarie*.¹⁶¹

La disciplina dei due tipi di procedure, dicevo, si ricava da un complesso di disposizioni disordinato ed irto di rinvii, del quale il Capitolo III rappresenta solo una parte. Conviene schematizzarla:

- Sono procedure *locali secondarie* tutte le procedure avviate in seguito all'apertura della procedura principale; l'art. 3 (e il ridondante art. 27) impongono che tali procedure abbiano natura liquidatoria, cioè che figurino tra le procedure elencate nell'allegato B;
- Ai fini della loro apertura (ed è questo l'unico tratto originale dell'art. 27, che, altrimenti, non fa che ribadire quanto già contenuto nell'art. 3) non è richiesto che il giudice investito dell'istanza accerti il presupposto oggettivo, ovvero che il debitore sia insolvente. Non è una regola nuova, poiché già contenuta nella Convenzione di Istanbul;
- Le legittimazione a richiederne l'apertura spetta al curatore della procedura principale nonché a tutti i soggetti cui la legittimazione sia riconosciuta dalla *lex concursus* (art. 29);

¹⁵⁹ Art. 26: "Ogni Stato contraente può rifiutarsi di riconoscere una procedura d'insolvenza aperta in un altro Stato contraente ovvero di eseguire una decisione resa nell'ambito di tali procedure qualora gli effetti del riconoscimento o dell'esecuzione siano manifestamente contrari all'ordine pubblico di quello Stato, in particolare ai suoi principi fondamentali o ai diritti e alle libertà costituzionalmente garantiti degli individui"

¹⁶⁰ L'art. 56 del progetto del 1970, infatti, elencava nel suo paragrafo 2 una serie di circostanze nelle quali non era dato ricorrere all'eccezione di ordine pubblico, fra le quali l'ipotesi in cui la procedura in contestazione fosse stata aperta da un giudice asseritamente privo di giurisdizione.

¹⁶¹ RICCI, *Le procedure locali previste dal regolamento CE n. 1346/2000*, cit.

- Sono procedure locali indipendenti, invece, quelle che, nei casi di cui all'art. 3, 4° paragrafo, possono essere aperte in anticipo rispetto alla procedura principale;
 - Ai sensi della disposizione da ultimo citata, l'apertura di tali procedure è possibile: a) nel caso in cui nello Stato ove si trovi il *c.o.m.i.* non siano soddisfatte le condizioni richieste dalla legge per l'apertura di una procedura d'insolvenza; ovvero b) nel caso in cui l'istanza sia richiesta da determinati creditori;
 - Alle procedure *locali indipendenti*, l'art. 36 rende applicabile una sola parte del Capitolo III, nel caso in cui alla loro apertura segua l'inizio di una procedura principale, il cui curatore, ai sensi dell'art. 37, è dato il potere di chiedere la conversione della procedura locale non liquidatoria in procedura liquidatoria;
- Ferme queste differenze, la restante disciplina è comune ai due tipi di procedura: la giurisdizione spetta al solo giudice dello Stato contraente in cui si trovi una dipendenza, ammesso che il *c.o.m.i.* si trovi in un altro Stato contraente o che ivi abbia già avuto inizio una procedura principale.

Alcune disposizioni risentono dell'influenza della Convenzione del 1990: lo scarno art. 31 sui doveri di cooperazione e comunicazione fra i curatori delle procedure contemporaneamente pendenti; l'art. 35 sul trasferimento alla procedura principale di quanto eventualmente residuo dalla distribuzione nel corso della procedura locale. Altre rappresentano lo sviluppo di soluzioni soltanto affacciate nel testo precedente, come ad es. il diritto d'insinuazione dei creditori in ogni procedura, che a mente dell'art. 32 può essere esercitato anche dai rispettivi curatori, in rappresentanza dei "propri" creditori. Quanto all'ingerenza nella procedura locale del curatore di quella principale, al semplice veto alla chiusura della procedura secondaria mediante concordato si aggiunge la legittimazione del curatore a richiedere egli stesso una soluzione in tal senso. Una novità di rilievo è contenuta nell'art. 33, che consente al curatore di ottenere, a certe condizioni, la sospensione delle operazioni di liquidazione dell'attivo nella procedura secondaria.

Orbene, le procedure locali così delineate costituiscono un limite all'operare della procedura principale, dal momento che, come recita l'art. 17, la decisione che apre quest'ultima produce negli altri Stati membri gli effetti previsti dalla *lex concursus* fintantoché non sia aperta una procedura secondaria, i cui effetti, a mente dell'art. 3, sono limitati ai beni situati nel territorio dello Stato contraente in cui sia aperta. Per rendere visivamente l'idea, immagina il lettore la mappa di un grande territorio costellato da numerose enclaves, da tante cittadelle fortificate quante sono le procedure locali aperte, ognuna delle quali governata dal proprio diritto concorsuale (e dalle norme uniformi di conflitto). I beni rinchiusi entro le loro mura costituiranno gli attivi di tali procedure e all'interno di quei fortili l'ingresso del curatore della procedura principale non sarà più ammesso, se non negli angusti limiti previsti dal Capitolo III.

L'immagine delle fortificazioni, per quanto *naïf*, ben esprime, secondo me, quello che è il carattere distintivo di questo istituto (nella sua reinterpretazione operata dal legislatore comunitario), *id est* l'autonomia, l'indipendenza rispetto alla procedura principale. Mentre nel *common law* inglese e in quello americano, nel diritto svizzero e, da ultimo, nella Convenzione di Istanbul tali procedure erano elette a strumento principe per evitare i rovinosi effetti di una territorialità scoordinata, nella Convenzione che ci occupa esse rappresentano piuttosto

una riemersione di tale territorialità. Oltre che per il fatto di presupporre due situazioni di partenza antitetiche (tante procedure territoriali nel modello “tradizionale”; una procedura universale in quello della Convenzione del 1995), i due tipi di procedura secondaria o locale differiscono per un aspetto importante: quelle della Convenzione di Bruxelles sono interamente rette dal diritto dello Stato in cui si aprono (salvo i limitati profili considerati dalle norme di conflitto); quelle della Convenzione di Istanbul, invece, presentano una disciplina comune, sia pur rudimentale, che ne connota fortemente le finalità. Forse è anche per questa loro caratteristica che tale Convenzione non è mai entrata in vigore: gli Stati contraenti avrebbero dovuto fare i conti con un tipo di procedura del tutto inedito, le cui aporie si sarebbero manifestate nel momento dell’incontro con le discipline nazionali.

Da questo punto di vista, invece, la Convenzione di Bruxelles rappresenta un ulteriore omaggio alla sovranità degli Stati. Eppure, è un dono sapientemente servito, poiché accompagnato da quel principio di universalità ed unità che fin dagli ormai lontani anni '60 aveva rappresentato uno scomodo invitato di pietra. Tale concessione, da un lato, fu la necessaria contropartita della provvidenziale eliminazione della possibilità di apporre riserve. Dall’altro, non bisogna dimenticarlo, si trattava di una scelta obbligata, dal momento che, negli ultimi quindici anni, nuovi Stati membri erano entrati a far parte delle Comunità; e queste non potevano più permettersi procrastinare la conclusione della Convenzione concedendosi il lusso (e l’errore) di perseverare nella rigida posizione negoziale dei decenni precedenti.

L’accidentato ed estenuante cammino iniziato nel 1959 giungeva dunque al termine il 23 novembre 1995, “*a remarkable date*”,¹⁶² com’ebbe a scrivere qualcuno. E in quei giorni pareva davvero che si sarebbe potuto voltare pagina ed incominciare un nuovo corso della storia dell’integrazione giudiziaria europea.

Furono, ancora una volta, le dinamiche politiche a scompigliare le carte: gli Stati membri della neonata Unione Europea avevano tempo fino al 23 maggio 1996 per ratificare la Convenzione, e quasi tutti vi avevano provveduto immanentemente. Solo il Regno Unito avrebbe invece lasciato scadere rovinosamente il termine. Si è speculato molto sulle motivazioni di tale contegno. La versione più accreditata vuole che il governo *tory* al tempo in carica perseguisse una strategia di sistematico ostruzionismo alle iniziative di Bruxelles, motivata, fra le altre cose, dalla crisi della cd. mucca pazza.¹⁶³ Secondo un’altra versione, pare fosse stata l’inclusione di Gibilterra nell’ambito territoriale d’applicazione della Convenzione a destare perplessità.¹⁶⁴ Ad ogni modo, anche la reazione della dottrina inglese fu più fredda che non di quella di altri paesi, in particolare per la mancata inclusione dell’*administrative receiver* nell’Allegato A.¹⁶⁵

¹⁶² BORCH, *EU Convention on Insolvency Proceedings: A Major Step Forward*, in *International Business Lawyer*, 1996, p. 224

¹⁶³ *Going Mad*, in *The Economist*, 25 Maggio 1996

¹⁶⁴ OMAR, *Genesis of the European Initiative in Insolvency Law*, op. cit., p. 161

¹⁶⁵ DAHAN, *The European Convention on Insolvency Proceedings and the administrative receiver: a missed opportunity?*, in *Company Law*, 1996, pp. 181 ss.

Le sorti della Convenzione, a quel punto erano incerte; le sterili discussioni che ne scaturirono si spensero presto, sopraffatte dai più importanti avvenimenti dell'anno successivo.

§ 5. Dal Trattato di Amsterdam al Regolamento del 2000

Il 1997 fu infatti l'anno del Trattato di Amsterdam, attraverso il quale gli Stati sovrani misero a punto talune modifiche nella direzione di una più solida integrazione già segnata dal precedente Trattato di Maastricht. Di particolare importanza, ai nostri fini, sono i nuovi articoli 61 e 65 del Trattato di Roma, che segnano la comunitarizzazione dell'intera materia della cooperazione giudiziaria civile. Il disposto dell'ultimo articolo prevede infatti l'inclusione tra "le misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile che presenti implicazioni transfrontaliere [...] per quanto necessario al corretto funzionamento del mercato interno" quella del "miglioramento e della semplificazione del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale", precedentemente prevista dall'art. 220. L'ambito della cooperazione giudiziaria viene poi esteso alla "promozione della compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di competenza giurisdizionale" nonché alla "eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri". Oltre, in particolare, a quest'ultimo punto, è significativa la previsione di cui all'art. 67, che per la predetta materia prescrive, sia pure per un periodo transitorio di cinque anni, la deliberazione del Consiglio all'unanimità, su proposta della Commissione o su iniziativa di uno Stato membro e previa consultazione del Parlamento europeo.

Nonostante fosse ancora possibile ricorrere all'art. 220 (nel frattempo divenuto art. 263), fu sulla base del nuovo art. 65 che si decise di ripartire. Tale base giuridica richiedeva pur sempre che i rappresentanti degli Stati membri, riuniti nel Consiglio deliberassero all'unanimità; nondimeno, tre Stati membri, nel corso dei negoziati per il Trattato di Amsterdam, avevano ottenuto la facoltà di *opt-out* nella materia che ci occupa, e fra questi vi era il Regno Unito. Sicché l'art. 65 appariva come la via più semplice per giungere finalmente al varo di uno strumento sull'insolvenza transfrontaliera.

L'iniziativa partì il 26 maggio 1999 dai governi tedesco e finlandese, i quali sottoposero al Consiglio il testo già siglato a Bruxelles quattro anni prima, con l'ovvia esclusione del Capitolo relativo alla competenza della Corte di Giustizia.¹⁶⁶ La procedura per la sua adozione fu, pertanto, molto rapida: il Consiglio sottopose la proposta al Comitato Economico Sociale il 22 luglio dello stesso anno e ne ricevette il parere "ampiamente favorevole" il 26 gennaio 2000.¹⁶⁷ Anche il Parlamento debitamente consultato, suggerì alcuni ritocchi di dettaglio all'inizio di maggio.¹⁶⁸ Il testo era dunque pronto per l'approvazione, che inter-

¹⁶⁶ La proposta si trova nella G.U.C.E. C 221 del 3 agosto 1999, p. 8

¹⁶⁷ G.U.C.E. C 75 del 15 marzo 2000, p. 1

¹⁶⁸ G.U.C.E. C 346 del 4 dicembre 2000, p. 80

venne nel corso della 2266esima sessione del Consiglio “Giustizia e Affari interni” il 29 maggio.

I documenti appena menzionati meritano qualche osservazione. Il parere del Comitato Economico Sociale è di grande interesse, poiché coglie e sintetizza il senso della scelta operata dal Consiglio di riprendere letteralmente la Convenzione del 1995 (punto 1.1): la volontà di accelerare l’attuazione di tale Convenzione (3.1.1) richiedeva che si scendesse agli inevitabili compromessi, del resto più accettabili che non “una totale assenza di regolamentazione” (4.1). Nei restanti passaggi il Parere, che ho appena descritto come “ampiamente favorevole”, contiene una lunga serie di riserve, concernenti in particolare proprio le procedure locali. Ad esse è dedicato l’intera sezione 3.4, nella quale il Comitato

“deplora il fatto che il regolamento previsto non sancisca semplicemente il principio di unicità e di universalità del fallimento nell’ambito dell’Unione europea”,

detto principio visto come

“innegabilmente la soluzione più adatta a garantire l’uguaglianza dei creditori nonché l’organizzazione rapida e razionale della liquidazione”.

Le procedure locali, insomma, sono viste come un inutile fattore di complicazione (3.4.3), nonché un serio impedimento alla “possibilità di risanare con successo la situazione di un’impresa in difficoltà” (3.4.4).

Un altro profilo di criticità concerne l’assenza di norme uniformi volte a eliminare “le distorsioni derivanti dalle differenze tra le legislazioni nazionali”, anche tramite la semplice “fissazione di obiettivi comuni per tutti gli Stati membri”, in particolare con riguardo alla rapidità delle procedure (3.3).

Al punto 3.6, il Comitato esprime la speranza in un imminente aggiornamento delle disposizioni della Convenzione di Bruxelles del 1968 relative all’*exequatur*, richiamate per coerenza anche nel regolamento, nella direzione di una loro semplificazione.

Nonostante tutte queste riserve, il Comitato dimostra di apprezzare la proposta di regolamento, se non altro come

“una tappa sulla strada dell’elaborazione di disposizioni più complete ed ambiziose”,

attraverso le quali declinare in maniera più convinta il principio di universalità. Osserva a tal proposito il Comitato, che

“se si può ammettere l’impossibilità di realizzare un tale sistema a livello mondiale, la situazione è diversa nel caso dei paesi dell’Unione europea i quali formano un mercato unico, concetto che di per sé dovrebbe escludere ogni idea di fallimento secondario”.

Come si è visto, il parere è, in realtà, sostanzialmente negativo; al contempo, il Comitato dimostra di non dimenticare come nella situazione contingente non fosse possibile evitare di scegliere uno dei due corni del dilemma: varare una disciplina incompiuta o non averne affatto.

Quanto ai pochi e marginali emendamenti suggeriti dal Parlamento, uno in particolare merita di essere menzionato: si proponeva di introdurre, nell’art. 29,

lett. b, l'obbligo di pronta comunicazione al curatore delle iniziative dei soggetti legittimati dal diritto nazionale all'apertura di una procedura secondaria. Avremo modo di constatare più avanti come tale aggiunta, apparentemente superflua, sarebbe stata benefica.

Nonostante queste posizioni, solo in parte concordi, del Parlamento e del Comitato Economico Sociale, il Regolamento fu approvato nella versione originariamente proposta. La fretta di giungere al varo di questo tanto atteso strumento era tale che non si considerò nemmeno l'opportunità di correggere alcuni aspetti di dettaglio, come i già citati articoli 29, lett. b e l'art. 1 sull'ambito oggettivo di applicazione.

Il 31 maggio 2002 il Regolamento è entrato in vigore in tutti gli Stati membri dell'Unione, esclusa la sola Danimarca: nel frattempo, la Repubblica d'Irlanda e il Regno Unito avevano dichiarato di voler prendere parte al progetto e di non avvalersi, pertanto, della possibilità di *opt-out*. I rapporti fra Bruxelles e Londra nel frattempo si erano distesi, anche perché dal 1997 il n. 10 di Downing Street ospitava un inquilino del *Labour Party*. Il fatto è non di secondaria importanza: vedremo nelle pagine che seguono come di lì a qualche anno si sarebbe avverata la "profezia" del *Queen's Counsel* Gabriel Moss:

Despite the difficulties, uncertainties and shortcomings in the Regulation, it does seem overall to be far better than the previous situation. Practitioners and judges in the UK have the opportunity to make the Regulation work in harmony with domestic law by a liberal and imaginative interpretation, forsaking any parochial concerns. In particular, the English jurisdiction is held in high esteem throughout the EU *and could well set a lead in the interpretation and application of the Regulation.*¹⁶⁹

¹⁶⁹ Moss, *The Impact of EU Regulation on UK Insolvency Proceedings*, in *International Insolvency Review*, 2002, p. 152

**PARTE SECONDA: IL REGOLAMENTO N. 1346 DEL 2000
E LA SUA APPLICAZIONE**

CAPITOLO III

§ 1. Introduzione

Riassumo il discorso svolto fino a questo punto: le procedure secondarie (*rectius*, le procedure locali, secondo la più precisa terminologia di Ricci), modellate sulla scorta dell'esperienza di altri ordinamenti -oltreché della Convenzione del Consiglio d'Europa del 1990-, sono uno dei fondamentali ingredienti di un'alchimia risultante da decenni di tentativi ed altrettanti insuccessi, finalizzata a comporre un compromesso politicamente accettabile tra universalità e territorialità da parte di attori inseriti sì in un contesto istituzionale del tutto peculiare e -tanto più oggi- privo di paragoni, ma ancora in larga misura legati fra loro dalle logiche tipiche delle relazioni internazionali di stampo tradizionale. Di questo spumoso e a tratti torbido *cocktail* sono poi ingredienti, assieme alle procedure locali, un sistema di disposizioni sulla giurisdizione connotate da una certa vaghezza e duttilità e un dettagliato apparato di norme di conflitto uniformi, dal quale tuttavia è assente la centralissima materia dell'ordine di distribuzione dell'attivo, quasi completamente riassorbita all'interno della *lex concursus*.

Nei due Capitoli che seguiranno agiteremo la provetta e vedremo queste componenti reagire fra di loro: fuor di metafora, ne osserveremo l'applicazione pratica operata dai giudici degli Stati membri nonché da quello incaricato di vigilare sull'uniforme applicazione ed interpretazione dei Trattati e del diritto derivato dell'Unione, ossia la Corte di Giustizia. In altri termini, passerò a considerare come nella prassi dei tribunali si sia tentato di realizzare il tanto agognato principio di universalità.

Incominceremo, nel Capitolo presente, dalle norme sulla giurisdizione, che sono -vale la pena ripeterlo, dacché *gutta cavat lapidem*- la chiave di volta di un sistema improntato all'universalità della procedura.¹⁷⁰ Proprio dall'analisi della casistica, nondimeno, avremo modo di renderci conto come l'affermazione di questo principio sia stata ostacolata da una molteplicità di fattori, e non solo di quelli sopra descritti come componenti essenziali del compromesso politico incarnato dal Regolamento; l'incertezza intorno al preciso significato della nozione di *centre of main interest*, visibile traccia della volontà di non raggiungere una decisione definitiva intorno all'aspetto più delicato del diritto internazionale dell'insolvenza, è stata infatti aggravata da una parte da una vistosissima lacuna del Regolamento (la quale ha fin dagli esordi attirato numerose critiche presso la dottrina), ossia il silenzio sul trattamento da riservare ai gruppi di società; dall'altra, dal fenomeno che in dottrina ha preso il nome di *bankruptcy tourism*, al quale hanno contribuito tanto il sistema di riconoscimento delle decisioni introdotto dal Regolamento, quanto le profonde divergenze esistenti fra ordinamenti talora anche molto simili per ragioni culturali e linguistiche. A tali criticità, se ne sono aggiunte altre sotto il profilo dinamico, ossia in relazione tanto ai cri-

¹⁷⁰ O, con un'altra espressione, "il sole intorno al quale orbitano le procedure d'insolvenza transnazionali": DI SANO, COMI: *The Sun Around Which Cross-Border Insolvency Proceedings Revolve*, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2009, pp. 88 ss. (1^a parte), pp. 127 ss. (2^a parte)

teri di soluzione dei conflitti positivi di giurisdizione (mutuati, a dispetto delle critiche, dai remoti progetti di Convenzione) quanto alle scadenze procedurali per l'apertura delle procedure d'insolvenza, interamente abbandonate al dominio dei legislatori nazionali in ossequio al principio di autonomia processuale degli Stati membri. Il lettore potrà prendere atto di come sia gli angusti spazi riservati al contraddittorio nell'ambito dei procedimenti cd. prodromici, sia l'atteggiamento interpretativo della Corte di Giustizia con riguardo al tema del riconoscimento delle decisioni d'apertura abbiano ingenerato un clima di sospetto intorno alle procedure principali, a momenti comprensibilmente bollate come oppressive da parte dei pratici e degli accademici, che a più riprese hanno preso il partito di talune categorie di creditori.¹⁷¹

La situazione che è risultata da questa casistica ha finito per gettare nel discredito il principio di universalità, fomentando un clima incoraggiante per il fiorire di procedure secondarie; e quindi, per la riemersione di quella territorialità che l'istituto, nella sua foggia originaria, aveva cercato pragmaticamente di superare.¹⁷²

§ 2. La giurisprudenza sulla nozione di *centre of main interest*

Incominciamo dunque dagli aspetti "sostanziali" della giurisdizione, e in particolare dallo studio del fondamento sul quale poggiano le procedure principali: il *centre of main interest* (chiamato, anche nella letteratura non anglofona, con il suo acronimo: c.o.m.i.).

L'esatta definizione di tale criterio ha rappresentato la maggiore occupazione della giurisprudenza e della dottrina in materia; in effetti, il tema è di tale vastità e profondità che la sua puntuale trattazione meriterebbe un lavoro monografico a parte, per cui non farò altro che abbozzare i contorni del problema.

Innanzitutto, il Regolamento, al pari dei progetti di convenzione degli anni '70 ed '80, istituisce un sistema di criteri di giurisdizione diretta, il che comporta che per aprire una delle procedure ricadenti nell'ambito di applicazione del Regolamento, i giudici dell'Unione non potranno fondarsi che su quei criteri comuni, e non su quelli eventualmente previsti dal rispettivo ordinamento nazionale. Laddove le condizioni previste dal Regolamento non siano soddisfatte, essi dovranno dichiarare il proprio difetto di giurisdizione, nel rispetto delle regole pro-

¹⁷¹ MONTELLA, *La procedura secondaria: un rimedio contro il forum shopping del debitore nel Regolamento CE n. 1346/2000*, in *il Fallimento*, 2009, pp. 1299 ss.;

¹⁷² Si vedano le taglienti critiche di LOPUCKI, *Universalism Unravels*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 2005, p. 152: "But the adoption of the EU regulation and the Model Law in some countries suggests that universalism might be able to do a lot of damage before its ultimate, inevitable rejection".

cessuali del foro.¹⁷³ Tuttavia, nei progetti di convenzione i criteri previsti dall'ordinamento nazionale fungevano da titolo residuale, invocabile laddove non fosse possibile ricorrere ai numerosi altri criteri di competenza. Nel Regolamento, invece, sono scomparsi sia il rinvio al diritto nazionale, sia la complessa gerarchia di criteri relativi ad un'unica procedura; oggi, ogni procedura ha un solo fondamento giurisdizionale, istituito e definito esclusivamente dal diritto dell'Unione, il che vuole anche dire che la sua interpretazione sarà guidata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

La nozione di c.o.m.i. si presenta, ad un primo sguardo, molto diversa da quelle, presenti nei progetti di convenzione, di *principal place of business* e di *centre of administration*. In verità, gli articoli 3 di entrambi i progetti già li definivano come "*place where the main interest of the debtor are usually administered*". Sicché il passo successivo, nella Convenzione del 1995, fu quello di sostituire il termine da definire con la sua definizione, il che, tuttavia, non era del tutto risolutivo: infatti, il nuovo *definiendum* necessitava, a sua volta, di una definizione, che, questa volta, non era dato riscontrare nel corpo della Convenzione; venne in soccorso la relazione Virgòs-Schmit, secondo la quale:¹⁷⁴

The concept of centre of main interest must be interpreted as the place where the debtor conducts the administration of his interest on a regular basis and is therefore ascertainable by third parties.

Ci si poteva aspettare che il Regolamento facesse propria tale definizione; il che è avvenuto, seppur in maniera ambigua, poiché il passaggio citato è stato riportato solo nel tredicesimo considerando, e non anche nell'articolato. Dico ambigua, poiché una simile tecnica legislativa pone l'interprete di fronte ad un dilemma: o la definizione è quella, ma allora non si spiega perché il legislatore non l'abbia inserita nell'articolato; oppure non è quella, ma allora non si riesce a giustificare la presenza nei *considerando*.

A complicare ulteriormente le cose vi era poi il peculiare meccanismo logico che l'art. 3 imponeva¹⁷⁵ al giudice di seguire per giungere alla determinazione del c.o.m.i. Tale meccanismo, già proposto nei progetti di convenzione, si

¹⁷³ Sulle quali svilupperò qualche osservazione *infra*, trattando degli aspetti dinamici del problema giurisdizionale. Sulla natura diretta dei criteri di giurisdizione, v. FLETCHER, *Insolvency in International Private Law*, Oxford, 2005 (2^a edizione), pp. 364 e 365, il quale tuttavia lamenta l'incapacità delle disposizioni del Regolamento di esprimere con trasparenza questo principio fondamentale: "*Perhaps this essential principle would have been more clearly conveyed if Art. 3(1) had been drafted so as to declare: 'Subject to this Regulation, only the courts of the Member State within the territory of which the centre of the debtor's main interests is situated shall have jurisdiction to open insolvency proceedings...'*" (p. 365, nt. 70). Significativo il giudizio del giudice Lloyd in *BRAC Rent-A-Car* [2003] 2 All ER 201: "*Thus, according to the literal reading of the regulation, the only test for the application of the regulation in relation to a given debtor is whether the centre of the debtor's main interests is in a relevant member state, and not where a debtor which is a legal person is incorporated*".

¹⁷⁴ Punto 75

¹⁷⁵ E impone tutt'ora, poiché il *recast* non solo l'ha riproposto, ma ne ha addirittura esteso l'ambito applicativo: v. *infra* Parte III

basava su una presunzione semplice di coincidenza fra sede statutaria e c.o.m.i. Già la sua formulazione ne evidenziava un primo limite, ossia l'applicabilità alle sole persone giuridiche;¹⁷⁶ in secondo luogo, non vi era nel Regolamento (e lo stesso vale per il *recast*) alcun suggerimento circa il corretto modo di superare la presunzione, sicché la soluzione non poteva rinvenirsi che nei singoli diritti processuali nazionali.¹⁷⁷

Poste tali coordinate, la giurisprudenza nazionale è molto copiosa e di vario segno; principiando dalla questione del c.o.m.i. delle persone giuridiche, si possono idealmente individuare tre stagioni interpretative: la prima si chiude con la capitale e famosissima sentenza *Eurofood* della Corte di Giustizia; la seconda termina nel 2011 con la sentenza *Interedil*; la terza è quella attuale.

Secondo un'autorevole ricostruzione,¹⁷⁸ prima di *Eurofood* si sono fronteggiati due orientamenti: uno più restio ad ritenere superata la presunzione di coincidenza; l'altro, invece, più incline a dar rilievo ad elementi diversi rispetto al criterio formale della sede statutaria. L'affermazione di quest'ultimo orientamento si fa unanimemente risalire alla sentenza del giudice McGonigal nel caso *Daisytek*.¹⁷⁹ Il gruppo multinazionale *Daisytek*, occupato nell'attività di fornitura di *hardware* informatico, consisteva di numerose società controllate dalla statunitense *Daisytek Inc.*; quest'ultima, insieme alle controllate americane, avevano richiesto l'apertura, nei loro confronti, di una procedura di *reorganization* disciplinata dal *Chapter 11* del *Bankruptcy Code*. Poco dopo, una simile richiesta veniva indirizzata dalle sedici società europee del gruppo nei confronti del *District Registry* di Leeds; tale giudice, il 16 maggio 2003, ne ammetteva quattordici alla procedura di *administration*.¹⁸⁰ Fra di esse, tre erano società con sede in Germania e una in Francia; nei confronti di esse doveva quindi decidersi se gli elementi di fatto, presentati alla corte dagli amministratori istanti, fossero sufficienti per ritenere superata la summenzionata presunzione di coincidenza fra c.o.m.i. e sede statutaria. Lo scopo perseguito con la presentazione di istanze

¹⁷⁶ Hess suggerisce l'applicazione analogica della presunzione agli imprenditori individuali soggetti a qualche forma di registrazione negli Stati in cui svolgono la loro attività: v. A.A.V.V., *External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings*, Vienna-Heidelberg, 2012, p. 108

¹⁷⁷ Sul punto avrò modo di discutere *infra*. Qui si può notare come, in astratto, una simile presunzione possa essere superata o applicando la regola dell'onere della prova (per cui la parte che avrà interesse contrario all'apertura della procedura in quello Stato membro sarà gravato dall'onere di allegare e provare i fatti che smentiscano la coincidenza fra sede statutaria e c.o.m.i.) o riconoscendo al giudice poteri istruttori officiosi finalizzati alla ricerca della verità materiale al di là delle iniziative istruttorie delle parti. È facile notare come nel primo caso, in assenza di adeguati presidi al principio del contraddittorio, certe tattiche di *forum shopping* possano riuscire vittoriose con più facilità.

¹⁷⁸ TORREMANNS, *Coming to Terms with the COMI Concept in the European Insolvency Regulation*, in OMAR (a cura di), *International Insolvency Law: Themes and Perspectives*, Aldershot, 2008, 178 ss.

¹⁷⁹ *Re Daisytek* [2003] B.C.C., pp. 562 ss.; [2004] B.P.I.R., pp. 30 ss.

¹⁸⁰ Ne rimanevano escluse le società con sede in Scozia ed Irlanda del Nord per ragioni di giurisdizione interna (leggi: di competenza territoriale interna).

congiunte da parte di tutte le società del gruppo era chiaro: concentrare in capo ad un unico *pool* di organi (giudice ed *administrator*) la gestione di tutte le distinte procedure relative alle singole società; a tal fine non si poteva che ricorrere, sfruttandone l'ampiezza, al criterio del c.o.m.i., essendo il fenomeno dei gruppi di società completamente ignorato dal Regolamento. L'intuizione giuridica dei richiedenti fu prontamente colta dal giudice McGonigal, che nel valutare se si fosse superata la presunzione di coincidenza (la cui applicazione, *ça va sans dire*, avrebbe portato a rigettare la *petition* delle società tedesche e francesi), diede peso decisivo all'assetto dell'alta amministrazione degli interessi principali delle società (contrapposta al *day-to-day management*), ritenuto sufficientemente stabile e trasparente da collimare con la "definizione" contenuta nel tredicesimo considerando. Il successo dell'approccio sposato dal giudice di Leeds fu notevole in patria: la sentenza *Daisytek* rappresentava il culmine di un filone giurisprudenziale che, in nome del diritto dell'Unione e delle esigenze della prassi, rompeva la secolare fedeltà del *common law* inglese alla *incorporation theory*.¹⁸¹ Nel continente, le reazioni furono eterogenee: se nella vicenda inaugurata dalla sentenza del 16 maggio si registrò una fiera opposizione da parte dei giudici francesi e tedeschi,¹⁸² numerosi professionisti e giudici coinvolti in altri casi di insolvenze di gruppo non mancarono di riprodurre in casa loro quella che Fletcher ha definito "*inventive exploitation of the possibilities inherent in the*

¹⁸¹ Hanno preceduto il caso *Daisytek*: la sentenza in *Enron Directo SA (High Court, Chancery Division, 4 luglio 2002, inedita)*, per riferimenti alla quale v. MOSS, FLETCHER, ISAACS, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A Commentary and Annotated Guide*, Oxford, 2002 (1^a edizione), p. 169, nt. 52; e la sentenza citata *supra* nel caso *BRAC Rent-A-Car*. Sulla bontà di tale approccio, riporto due opinioni contrapposte, entrambe di autori inglesi. Positiva la valutazione di FLETCHER (*op. cit.*, pp. 393 ss.): "*The cases discussed above [Daisytek e il successivo Crisscross, n.d.r.] can be said to have laid the foundation of a "functional" test for locating the COMI that is in keeping with the spirit and purpose of the Regulation, and of its predecessor the 1995 Convention. [...] Prominent in the reasoning of the English courts has been their concern to give due weight to the principle of the protection of creditors' expectations, by seeking to answer the question 'In what jurisdiction should the creditors expect to pursue the assets of the company?' [...] In an age in which the choice of the State of incorporation can be influenced by a variety of factors, including tax considerations, or the desire to take advantage of less exacting conditions for incorporation, or of a more relaxed regulatory regime for companies after formation, the court may have little difficulty in discerning that the functional test of command and control places the COMI in a different location to that of the company's registered office*". Critico, invece, Paul TORREMANS (*op. cit.*, p. 180): "*The English approach looks particularly problematic, mainly because it creates massive amounts of uncertainty. But there is more. The third parties that need to be able to ascertain the place from where the debtor administers its interests cannot only be the creditors. The Insolvency Regulation carefully uses the term third parties as a generic term, where in other places it specifically uses the term creditors. It is therefore for a much wider group of third parties that as a result of the administration of the interests the place must be identifiable as a centre of main interests. [...] In the absence of a fictitious seat or place of incorporation such a wider audience will find it much harder to disregard the seat or place of incorporation, which is used by the (trading) company in its relations with the outside world*".

¹⁸² Come vedremo nei seguenti paragrafi, sia i giudici francesi che tedeschi negarono, almeno in un primo momento, il riconoscimento all'*administration order* del 16 maggio.

new EC-wide regime of insolvency".¹⁸³ Accadde così che alla "*mind of management theory*" fecero ricorso l'*Amtsgericht* di Monaco nella vicenda Hettlage,¹⁸⁴ e l'*Amtsgericht* di Siegen in quella del gruppo Zenith.¹⁸⁵ In Italia, utilizzarono lo "*head office functions test*"¹⁸⁶ tanto il Tribunale di Roma nel caso Cirio¹⁸⁷ quanto il Tribunale di Parma nella vicenda del "*crac Parmalat*".¹⁸⁸

Ed è proprio nella vicenda Parmalat che, il 2 maggio 2006, è intervenuta la prima decisione importante della Corte di Giustizia,¹⁸⁹ la quale, come accennato, ha accolto l'opposto orientamento già seguito, qui e là, da qualche giudice nazionale.¹⁹⁰ In estrema sintesi, questi erano i fatti: il 9 febbraio 2004 la Eurofood IFSC (società di diritto irlandese) veniva ammessa, con decreto ministeriale, alla procedura di amministrazione straordinaria, cui la controllante Parmalat s.p.a. era già stata ammessa il 24 dicembre 2003. Il procedimento giurisdizionale di accertamento dello stato d'insolvenza si svolgeva dinanzi al Tribunale di Parma nella seconda decade di febbraio. Il 23 marzo, tuttavia, la High Court irlandese, già investita da un'istanza di *compulsory winding-up* il 27 gennaio, decideva di non riconoscere la sentenza del giudice italiano ritenendo: a) che la procedura irlandese fosse stata aperta per prima; b) che il c.o.m.i. fosse situato in Irlanda; c) che l'art. 26 giustificasse, in ogni caso, il rifiuto del riconoscimento, in ragione della violazione del diritto di difesa del *provisional liquidator* nominato il giorno stesso della presentazione della *petition*. L'amministratore straordinario di Parmalat ed Eurofood, il dott. Enrico Bondi, impugnava la decisione della

¹⁸³ FLETCHER, *op. cit.*, p. 388

¹⁸⁴ AG München, 5.4.2004 (1501 IE 1276/04), in *Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, 2004, pp. 450 ss. La Hettlage AG & Co. KG aveva sede in Austria, ed era partecipata da una società tedesca ed una con sede nel Liechtenstein; tutta la gestione amministrativa, contabile e quella relativa al processo distributivo era svolta presso la sede della controllante tedesca. La correlata sentenza del LG di Innsbruck dell'11 maggio 2005 (v. INSOL EIR Case Register [2004] EIRCR(A) 173) rappresenta uno dei rari esempi in cui la procedura secondaria sia stata aperta su richiesta del curatore di quella principale.

¹⁸⁵ AG Siegen, 1.7.2004 (25 IN 154/04), in *Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, 2004, pp. 673. La controllante della Zenith-Maschinenfabrik Austria GmbH, con sede e c.o.m.i. in Germania, era stata sottoposta a procedura principale poco meno di un mese prima.

¹⁸⁶ In dottrina denominato anche "*command and control test*".

¹⁸⁷ Trib. Roma, 14 agosto 2003, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, pp. 685 ss.

¹⁸⁸ Sulla vicenda Eurofood, v. immediatamente *infra*. La sentenza del 20 febbraio, tuttavia, perviene alla definizione di c.o.m.i. per tramite del criterio della "sede principale" di cui all'art. 9 l.f., asseritamente analogo al criterio di origine comunitaria. A parte la totale irrilevanza di tale disposizione per la soluzione del caso di specie, viene dato rilievo ad una serie di elementi obiettivamente non riconoscibili da terzi, come la qualità di dipendenti di Parmalat s.p.a. dei soli due amministratori di Eurofood, nonché la circostanza che questi partecipassero alle sedute del c.d.a. a mezzo del telefono (*sic!*). Per la sentenza, v. *Il Fallimento*, 2004, pp. 1265 ss., con nota di PERSANO.

¹⁸⁹ C-341/04, in <http://curia.europa.eu>

¹⁹⁰ v. i casi citati in TORREMANS, *op. cit.*, pp. 178-179

High Court davanti alla *Supreme Court*; questa decideva di interpellare la Corte di Giustizia in ordine, essenzialmente, alla nozione di “decisione d’apertura”, all’ampiezza dell’eccezione di ordine pubblico e, soprattutto, all’interpretazione del criterio del c.o.m.i.¹⁹¹ La questione pregiudiziale relativa al c.o.m.i. suonava così:

Se, laddove:

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

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

c) la società madre, grazie al suo azionariato ed al potere di nominare gli amministratori, è in grado di controllare e di fatto controlla la gestione della controllata,

per determinare il “centro degli interessi principali”, i fattori rilevanti siano quelli menzionati alla lett. b) supra o, invece, quelli menzionati alla lett. c) supra.

Alla questione la Corte rispondeva puntualizzando anzitutto come la nozione di c.o.m.i. fosse propria del Regolamento, affermando, di conseguenza, di avere l’esclusiva responsabilità e competenza a definirne il contenuto (punto 31).¹⁹² Tale contenuto -si legge nel successivo punto 32- trovava chiarimento nel tredicesimo considerando; al quale -sia detto per inciso- si era riferita pure la sentenza inglese *Daisytek*, benché con risultati opposti. Infatti, la Corte di Giustizia, premesso che:

a) il centro degli interessi principali deve essere individuato in base a criteri al tempo stesso obiettivi e verificabili dai terzi;

b) tale obiettività e tale possibilità di verifica da parte dei terzi sono necessarie per garantire la certezza del diritto e la prevedibilità dell’individuazione del giudice competente ad aprire una procedura di insolvenza principale;

c) tale certezza del diritto e tale prevedibilità sono ancora più importanti in quanto determinare il giudice competente significa anche, ai sensi dell’art. 4, n. 1, del regolamento, determinare la legge applicabile.¹⁹³

giunge ad una lapalissiana conclusione:

¹⁹¹ I primi due profili saranno oggetto di analisi nei seguenti paragrafi (rispettivamente, i §§ 11 e 12)

¹⁹² Detto profilo appare scontato; ma qualche autore ha discusso pure la diversa possibilità di ricorrere ad un metodo di stampo “internazionalprivatistico”, consistente cioè nel lasciare che la definizione sia data alla stregua della *lex fori* del giudice ove si trovi la sede statutaria, inteso come unico giudice cui sia possibile presentare un’istanza volta all’apertura di una procedura principale: v. KHAIRALLAH, *The ‘Centre of the Debtor’s Main Interests’: Comments on the Euro-food Judgment of the ECJ*, in RINGE, GULLIFER, THÉRY: *Current Issues in European Financial and Insolvency Law*, Oxford, 2009, pp. 111 ss.

¹⁹³ Punto 33

Ne consegue che, per determinare il centro degli interessi principali di una società debitrice, la presunzione semplice prevista dal legislatore comunitario a favore della sede statutaria di tale società può essere superata soltanto se elementi obiettivi e verificabili da parte di terzi consentono di determinare l'esistenza di una situazione reale diversa da quella che si ritiene corrispondere alla collocazione nella detta sede statutaria.¹⁹⁴

Fino a qui, la motivazione non solleva molti problemi, anche perché non dice molto di più di quanto già non si fosse in grado di evincere da un'attenta lettura del Regolamento. La vera sostanza della decisione è racchiusa, piuttosto, nei due stringati punti successivi.

(35) Ciò potrebbe in particolare valere per una società fantasma, la quale non svolgesse alcuna attività sul territorio dello Stato membro in cui si trova la sua sede sociale.

(36) Per contro, quando una società svolge la propria attività sul territorio dello Stato membro in cui ha sede, il semplice fatto che le sue scelte gestionali siano o possano essere controllate da una società madre stabilita in un altro Stato membro non è sufficiente per superare la presunzione stabilita dal regolamento.

Nel punto 36, in esso è contenuto l'avallo della posizione già assunta dalla *High Court* di Dublino in ordine alla fattispecie *de qua*; peccato che la Corte di Giustizia sia rimasta infilzata dai corni del dilemma posto dalla *Supreme Court*: la formulazione del punto b) della questione pregiudiziale è, in effetti, insidiosa, poiché date le coordinate riferite sopra il rigetto dell'alternativa *sub c)* s'impone di logica; passando metaforicamente fra i corni del dilemma, si sarebbe potuto far ricorso al punto 35 per risolvere la *quaestio facti*, poiché è concretamente possibile (ed anzi, accade spessissimo) che una società controllata non sia altro che una *letterbox*. Ma al di là delle problematiche della vicenda concreta, resta il fatto che l'esilità del punto 35 è sintomo di un morbo che affligge il Regolamento "a monte": il c.o.m.i. non solo non è definito nell'articolato, ma la definizione contenuta nei considerando è fin troppo vaga.¹⁹⁵ E proprio per questo si potrebbe affermare, a discolpa dei giudici di Lussemburgo, che più di tanto un rinvio pregiudiziale non potesse fare, senza portare la Corte a svolgere compiti che spetterebbero, a rigore, al legislatore comunitario. Scavando più in profondità, si può intravedere nella menzione della sola -ed estrema- ipotesi della "società fantasma" e nella congiunta asserzione della supremazia dell'esigenza di prevedibilità della giurisdizione e di certezza delle situazioni giuridiche un velato suggerimento ai giudici nazionali di non ritenere superata la presunzione di coincidenza se non in casi assolutamente *borderline*.

L'angusto "*letterbox test*" proposto dalla Corte di Giustizia pareva mascherare un parziale riavvicinamento all'*incorporation theory*, il che certamente non piacque a coloro che del c.o.m.i. avevano fatto un elastico utensile per la trattazione delle insolvenze di gruppo, sulle quali il Regolamento era del tutto silente. La maggioranza dei giudici nazionali si è dimostrata accomodante nei confronti della prassi, e ha di fatto riproposto l'*head office function test*, pur di-

¹⁹⁴ Punto 34

¹⁹⁵ In questo senso anche MONTELLA, *Il fallimento del COMI?*, in *Il Fallimento*, 2010, pp. 59 ss.

chiarando di rispettare il *dictum* di *Eurofood*.¹⁹⁶ Sicché finì per riaffermarsi la prevalenza di quell'orientamento che, sorto con *Daisytek*, aveva raggiunto il suo apice poco prima della sentenza della Corte di Giustizia nell'*administration* del gruppo Collins & Aikman e in quella della nota casa automobilistica britannica MG Rover: in tutti questi casi la *High Court* aveva stabilito che il c.o.m.i. delle società controllate (la maggior parte aventi la propria sede al di fuori del Regno Unito) si trovasse presso la capogruppo, registrata a Londra in base al *Companies Act*.¹⁹⁷ In seguito, a dispetto della sentenza *Eurofood*, una decisione simile fu quindi raggiunta, circa tre anni più tardi, nel caso *Nortel Networks*;¹⁹⁸ e allo stesso modo si continuò a fare sul continente: in Francia hanno applicato la *mind of management theory* la sentenza del *Tribunal de commerce* di Nanterre del 15 febbraio 2006 nell'*affaire* EMTEC,¹⁹⁹ quella del *Tribunal de commerce* di Parigi del 2 agosto 2006 nella vicenda del gruppo Eurotunnel,²⁰⁰ e, soprattutto, quella del *Tribunal de commerce* di Roubaix-Tourcoing nel caso riguardante il gruppo Illochroma.²⁰¹ Da noi, si segnala in particolare la decisione del Tribunale di Isernia del 10 aprile 2009 concernente la società lussemburghese IT Holding Finance SA, *subholding* di una certa Finpart s.p.a.²⁰² La sentita esigenza di ottenere nella maniera più spedita e meno costosa possibile l'ordinato risanamento di questi grandi gruppi ha tuttavia giocato a sfavore di ampie fasce del ceto creditorio, in particolare delle controllate, che, come vedremo, ha fatto di tutto pur di contrastare le iniziative di amministratori, curatori e, in certi casi, dei creditori più influenti e meglio di altri in grado di tutelarsi a fronte dell'applicazione di una *lex concursus* inaspettata.

Ciononostante, a questo *trend* la Corte di Giustizia ha finito per arrendersi nella sentenza *Interedil*;²⁰³ certo, la fattispecie era molto diversa: non c'era di mezzo un gruppo di società, bensì un'unica società, la quale, anteriormente alla presentazione dell'istanza di fallimento da parte dei creditori, aveva provveduto a trasferire la propria sede legale dall'Italia al Regno Unito. Che le indicazioni fornite in *Eurofood* fossero fonti di incertezza (o, se si vuole, di insoddisfazione),

¹⁹⁶ In questo senso depongono i risultati dell'importante studio statistico di MEVORACH, *Jurisdiction in Insolvency: a Study of European Courts' Decisions*, in *Journal of Private International Law*, 2010, pp. 327 ss.

¹⁹⁷ *Re Collins & Aikman Europe SA*, [2006] EWHC, p. 1343 (Ch). Per il caso Rover, v. L'INSOL EIR Case Register, [2006] EIRCR(A) 277. Su entrambe le vicende, comunque, si tornerà con dovizia di dettagli nel prossimo Capitolo

¹⁹⁸ [2009] EWHC, p. 206 (Ch)

¹⁹⁹ Inedita, INSOL EIR Case Register [2006] EIRCR(A) 222

²⁰⁰ Inedita, INSOL EIR Case Register [2006] EIRCR(A) 143

²⁰¹ Tribunal de commerce de Roubaix-Tourcoing, 21 avril 2008, RG n°2008-106. Inedita. V. INSOL EIR Case Register [2008] EIRCR(A) 342

²⁰² In *Il Fallimento*, 2010, p. 59, con nota di MONTELLA

²⁰³ C-396/09, in <http://curia.europa.eu>. MOSS, "Head office functions" test triumphs in ECJ: *Interedil*, in *Insolvency Intelligence*, 2011, pp. 126 ss.

lo dimostra la formulazione della seconda questione pregiudiziale, con la quale il Tribunale di Bari domanda:

Se la presunzione prevista dall'art. 3, n. 1, del regolamento (...) secondo cui "per le società si presume che il centro degli interessi principali sia, fino a prova contraria, il luogo in cui si trova la sede statutaria", sia superabile sulla base dell'accertamento di un'effettiva attività imprenditoriale nello Stato diverso da quello in cui si trova la sede statutaria della società, oppure, affinché possa ritenersi superata la detta presunzione, sia necessario accertare che la società non abbia svolto alcuna attività imprenditoriale nello Stato ove ha la propria sede statutaria.

L'ultimo inciso rievoca chiaramente il "*letterbox test*"; la sua applicazione, nel caso concreto, avrebbe infatti imposto al giudice italiano di declinare (dopo un intricato *iter* giudiziario di sette anni) la propria giurisdizione a favore di quello inglese, poiché al trasferimento di sede era effettivamente seguita una certa attività in territorio britannico. Nelle sue motivazioni, la Corte affronta il discorso del c.o.m.i. in maniera più generale, riunendo sotto un medesimo capo tre distinti quesiti: a parte l'oziosità della prima questione (circa la natura "autonoma" della nozione di c.o.m.i.: questione già chiaramente risolta in *Eurofood*), la Corte viene a considerare innanzitutto le componenti della definizione di c.o.m.i.: sul punto non si aggiunge molto rispetto ad *Eurofood*, che anzi viene espressamente citata; emerge tuttavia una nuova lettura del tredicesimo considerando (mutuata dalle conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott), secondo la quale il riferimento "al luogo di gestione degli interessi principali" lascerebbe trapelare il privilegio accordato, nell'individuazione del c.o.m.i., alla sede di amministrazione principale.²⁰⁴ Alla luce di ciò, la questione del superamento della presunzione di coincidenza viene decisa in questi termini:

Un superamento della presunzione introdotta dall'art. 3, n. 1, seconda frase, del regolamento è tuttavia possibile quando, *dal punto di vista dei terzi, il luogo dell'amministrazione principale di una società non si trova presso la sede statutaria*. Come stabilito dalla Corte al punto 34 della citata sentenza *Eurofood IFSC*, la presunzione semplice prevista dal legislatore dell'Unione a favore della sede statutaria di tale società può essere superata ove elementi obiettivi e riconoscibili da parte dei terzi consentano di determinare l'esistenza di una situazione reale diversa da quella che si presume corrispondere alla collocazione presso detta sede statutaria.

Impregiudicata la condizione, posta in *Eurofood*, che gli elementi alla base della prova contraria siano obiettivi e riconoscibili da terzi, non si fa più cenno del caso estremo della *ghost company*. Un ritorno alla *mind of management theory*? Parrebbe. Resta in ogni caso irrisolto un nodo: quella della perdurante assenza di più puntuali indici positivi. Sotto questo aspetto, la terza questione pregiudiziale aveva offerto un prezioso *assist* alla Corte per iniziare la stesura di un tanto atteso elenco di fattori utilizzabili per il superamento della presunzione di coincidenza; si chiedeva infatti:

Se l'esistenza, in uno Stato membro diverso da quello ove si trova la sede statutaria della società, di beni immobili della società, di un contratto di affitto relativo a due complessi alberghieri, stipulato dalla società debitrice con altra società, e di un contratto

²⁰⁴ Punto 48

stipulato dalla società con un Istituto bancario siano elementi o fattori sufficienti a far ritenere superata la presunzione prevista dall'art. 3 del regolamento (...) a favore della "sede statutaria" della società

La risposta della Corte sul punto è, a ben vedere, una "non risposta":

In tale contesto, la localizzazione in uno Stato membro diverso da quello della sede statutaria di beni immobili appartenenti alla società debitrice, con riferimento ai quali quest'ultima abbia concluso contratti di affitto, nonché l'esistenza, in questo stesso Stato membro, di un contratto stipulato con un istituto finanziario, circostanze queste richiamate dal giudice del rinvio, *possono essere considerate elementi obiettivi e*, tenuto conto della pubblicità che esse possono presentare, elementi riconoscibili dai terzi. Rimane il fatto che 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 la presunzione introdotta dal legislatore dell'Unione solo a condizione che una valutazione globale di tutti gli elementi rilevanti consenta di concludere che, in maniera riconoscibile dai terzi, il centro effettivo di direzione e di controllo della società stessa, nonché della gestione dei suoi interessi, è situato in tale altro Stato membro.*

Nihil novi sub soli, dunque; l'art. 3, 1° paragrafo, dopo quasi tre lustri di vita, conserva inalterato il suo congenito *handicap*, la sua inidoneità a svolgere l'importantissimo compito riconosciuto dalla stessa Corte di Giustizia di assicurare certezza e prevedibilità alle situazioni giuridiche coinvolte dall'apertura della procedura principale.

Nel caso *Interedil*, poi, emerge un'ulteriore problematica, che tanto ha pesato sulla giurisprudenza relativa al c.o.m.i., ossia quella variamente denominata *forum shopping*, *c.o.m.i. migration* e finanche *bankruptcy tourism*, specie in relazione alle persone fisiche.

Il fenomeno del *forum shopping* è noto e largamente praticato nella *litigation* internazionale, tanto che nessuno ne è più sorpreso come un tempo, ed anzi, la prassi abbonda di tecniche, più o meno efficaci, per contrastarlo.²⁰⁵ Nel diritto concorsuale europeo, la sua esplosione è relativamente recente; se ci soffermiamo un momento sugli effetti del regime introdotto dal Regolamento del 2000, ci accorgiamo che è stato proprio tale atto normativo ad averne decretato l'espansione.²⁰⁶ Il che suona paradossale, se pensiamo a come si fosse espresso il legislatore comunitario nel quarto considerando:

²⁰⁵ Così esordiva Fritz JUENGER in un suo articolo (*Forum Shopping, Domestic and International*, in *Tulane Law Review*, 1989, p. 560): "My topic has a bad name", riecheggiando le affermazioni di Lord Simon di Glaisdale nel caso *The Atlantic Star* (1974, A.C. p. 436), citate qualche pagina più avanti: "*Forum-shopping' is a dirty word; but it is only a pejorative way of saying that, if you offer a plaintiff a choice of jurisdiction, he will naturally choose the one in which he thinks his case can be most favourably presented: this should be a matter neither for surprise nor for indignation*".

²⁰⁶ Tale conclusione è raggiunta anche da MOORE, *COMI Migration: the Future*, in *Insolvency Intelligence*, 2009, p. 26: "*Ironically, the European Regulation -which was introduced partly to prevent forum shopping- has itself become a major tool for just that, and migration is the most recent method of forum shopping*".

E' necessario, per un buon funzionamento del mercato interno, dissuadere le parti dal trasferire i beni o i procedimenti giudiziari da uno Stato ad un altro al fine di ottenere una migliore situazione giuridica («forum shopping»).

I redattori della Convenzione di Bruxelles, evidentemente, avevano ben in mente come taluni titoli di giurisdizione previsti dai diritti degli Stati membri, nella loro eccessiva esorbitanza, permettessero con facilità ai debitori malintenzionati di liberarsi dall'applicazione di una *lex concursus* invisa e di costringere i creditori a seguirli presso lidi per questi ultimi meno ospitali.

Ebbene, con il criterio unico e uniforme del c.o.m.i. l'aspettativa del legislatore era che tali prassi potessero essere finalmente scongiurate. Si sbagliò, anche perché, probabilmente, si dimenticò di considerare quello che era il coevo panorama del diritto concorsuale in Europa: in quasi tutti gli ordinamenti degli Stati Membri erano previsti strumenti di risanamento delle imprese individuali o collettive, ma nessuno tanto flessibile ed efficiente come l'*administration* inglese;²⁰⁷ inoltre, solo alcune legislazioni si curavano di considerare anche il sovraindebitamento delle persone fisiche non esercenti attività di impresa, ed un numero inferiore prevedeva l'istituto dell'esdebitazione.²⁰⁸ Ora, per i debitori intenzionati a servirsi delle più raffinate tecniche di risanamento o ad ottenere una rapida esdebitazione, risultati un tempo di fatto preclusi, il Regolamento calzava a pennello: sarebbe infatti stato sufficiente ottenere l'apertura della procedura nello Stato desiderato per paralizzare le analoghe iniziative dei creditori in patria, poiché così voleva l'art. 16, in nome dell'universalità e (tendenziale) unità della procedura. Sicché sorse presto un folto campionario di tecniche di *c.o.m.i. shift*.

Con riferimento alle persone giuridiche e alle società, abbiamo in primo luogo il trasferimento della sede statutaria. Con una sentenza di poco precedente ad *Eurofood*, tuttavia, la Corte di Giustizia ha sancito l'irrelevanza di tali mutamenti se intervenuti successivamente alla presentazione dell'istanza volta all'apertura della procedura principale.²⁰⁹ Ma anche se realizzata in un momento precedente, questa è una tecnica tutto sommato molto rudimentale, contro la quale lo stesso criterio del c.o.m.i. (finanche nella sua versione estrema del "*letterbox test*") rappresenta un adeguato antidoto, come dimostra, per esempio, la sentenza n. 11398 del 18 maggio 2009 della nostra Corte di Cassazione:²¹⁰ nella specie, la Longeva s.r.l. trasferiva in Spagna la propria sede legale prima che cinque istanze di fallimento pervenissero alla cancelleria del Tribunale di Siena;

²⁰⁷ PATERSON, *Forum Shopping as a Restructuring Tool*, in A.A.V.V., *Debt Restructuring*, Oxford, 2016 (2^a edizione), pp. 106 ss. Secondo l'a., l'*administration* è risultata attrattiva non solo per la sua indubbia flessibilità, ma anche per l'elevato grado di perizia normalmente offerto dai *practitioners* inglesi, ben avvezzi a manovrare complesse procedure di risanamento. Nel caso Scheffacker (sul quale v. *infra*), poi, la maggior parte dei creditori era statunitense, per cui la gestione della procedura nel foro inglese avrebbe permesso una migliore interazione linguistica fra le parti coinvolte.

²⁰⁸ In Italia, per es., l'esdebitazione è stata introdotta solo con la riforma del 2006

²⁰⁹ C-1/04, *Staubitz-Schreiber*, in <http://curia.europa.eu>

²¹⁰ In <http://www.iusexplorer.it>

nel corso del procedimento prodromico il debitore presentava ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione; in sede di regolamento, la Suprema Corte precisava:

decisivo è però il rilievo che, ove al trasferimento all'estero della sede legale della società non abbiano fatto seguito né l'effettivo esercizio di attività imprenditoriale nella nuova sede, né lo spostamento presso di essa del centro dell'attività direttiva, amministrativa ed organizzativa dell'impresa, la presunzione di coincidenza della sede effettiva con la nuova indicata sede legale è da considerarsi vinta

Ci sono tuttavia forme più sofisticate di *forum shopping*, nelle quali non è la sola sede statutaria ad essere trasferita, bensì il luogo riconoscibile di stabile gestione degli interessi principali; in altri termini, in questi casi avviene l'effettivo trasloco del c.o.m.i. stesso. I due casi più citati riguardano due società tedesche, la *Schefenacker* e la *Deutsche Nickel*, impiegate rispettivamente nella produzione di componenti di autovetture e di monete.²¹¹ Lo schema utilizzato in entrambi i casi fu il seguente: la società "trasferenda" fu trasformata in *Kommanditgesellschaft*, soci della quale erano due *new company* di diritto inglese (precisamente, due *limited company*); con il recesso dell'accomandatario si verificava il consolidamento della partecipazione in capo all'accomandante, onde, secondo il diritto tedesco, l'estinzione della società in accomandita e la successione universale nel patrimonio sociale della società inglese, con c.o.m.i. nel Regno Unito.²¹²

Abbiamo poi un'antologia ancora più variopinta di pratiche di *bankruptcy tourism* di persone fisiche, perlopiù esercenti attività professionali. Come anticipato, l'art. 3 non detta per esse una presunzione simile a quella vigente per le società e le persone giuridiche in genere; presunzione che se non contribuisce, come si è visto, a definire meglio il significato del c.o.m.i., quanto meno conferisce al ragionamento del giudice una struttura più definita e, in mancanza di adeguato materiale istruttorio, fornisce una regola residuale di giudizio, favorendo la sede di *incorporation*. Nel caso *Eichler*, un radiologo tedesco trasferì la sua attività nel Regno Unito per ottenere dalle corti inglesi una rapida esdebitazione;²¹³ egualmente, nel caso *Mitterfellner* un altro cittadino tedesco inscenò un trasloco a Hastings, ove sostenne di aver ricevuto una proposta di lavoro.²¹⁴ Nel caso *Benk*, infine, un notaio (sempre di nazionalità tedesca) sostenne di fronte ai giudici inglesi di avere intrapreso una carriera come fotografo sportivo nel Regno Unito pur di convincerli di avere giurisdizione per emettere nei suoi confronti un *bankruptcy order*.²¹⁵

²¹¹ Per una dettagliata discussione dei casi, v. PATERSON, *op. cit.*, nonché MOORE, *op. cit.*, pp. 26 ss. e RINGE, *Strategic Insolvency Migration and Community Law*, in RINGE, GULLIFER, THÉRY, *op. cit.*, pp. 75 ss.

²¹² Una strategia di questo tipo fu utilizzato, senza successo, anche nel caso *Brochier*, sul quale ci soffermeremo oltre.

²¹³ *Eichler* [2007] BPIR, p. 1636

²¹⁴ *Official Receiver v Mitterfellner* [2009] BPIR, p. 1075

²¹⁵ *Sparkasse Hilden Ratingen Velbert v Benk* [2012] EWHC, p. 2432 (Ch)

Ora, l'aver messo in evidenza questi limiti fa comprendere come il ricorso alle procedure secondarie sia stato spesso descritto come efficace rimedio: quanto al profilo della definizione della giurisdizione, basti mettere a confronto la burrasca della giurisprudenza sul c.o.m.i. con la bonaccia di quella sul criterio dello "stabilimento".²¹⁶ Per quanto riguarda il *forum shopping*, tale conclusione è stata tratta da numerosi autori.²¹⁷ Le ragioni del mio dissenso rispetto a tale posizione saranno chiarite a tempo debito, in particolare in sede di analisi approfondita del *recast* e della soluzione ivi proposta al problema, la quale, seppur incompleta, almeno ha indirizzato il problema sulla giusta strada, ossia nel quadro dell'apertura delle procedure principali.

§ 3. Le lacune dei diritti processuali nazionali

Quindici anni di giurisprudenza europea, così drasticamente compressi in poche pagine, non hanno restituito un bilancio lusinghiero; non è però facile dire a chi spettino le maggiori responsabilità dell'incerta situazione creatasi; da una parte abbiamo un legislatore volutamente vago, sapiente nel prediligere la teoria del *siège réel* ma forse eccessivamente ingenuo nel confidare nella ponderatezza del potere giudiziario; dall'altra parte abbiamo quest'ultimo, acefalo a causa della scarsa influenza della Corte di Giustizia e ostaggio degli espedienti di una classe professionale molto sofisticata ed assertiva, che alla bilanciata applicazione di un dato legislativo ermetico ha saputo anteporre le esigenze dei debitori, ostacolate da lacune nel diritto positivo, tanto europeo quanto nazionale. A farne le spese, alla fine, sono stati i creditori, proprio quelli alla cui protezione le direttive contenute nel tredicesimo considerando intendevano spingere il sistema. Ad aggravare la loro posizione (e, conseguentemente, a fare delle procedure locali un rimedio più che appetibile) è intervenuto un ulteriore fattore, per così dire, esterno al Regolamento: il diritto processuale nazionale applicabile (giusta l'art. 4) nella fase di accertamento della giurisdizione per l'apertura della procedura principale.

In via di estrema generalizzazione,²¹⁸ l'accertamento della giurisdizione avviene nell'ambito di un procedimento prodromico che conduce ad un provvedimento (il più delle volte da parte di un organo giurisdizionale) con il quale o si instaura la procedura d'insolvenza vera e propria, ovvero si accerta che mancano le condizioni richieste dalla legge per tale pronuncia (fra le quali vi è, appunto, quella della giurisdizione). Le discipline nazionali dei procedimenti prodromici presentano due principali criticità: quello della realizzazione del con-

²¹⁶ Cfr. Capitolo IV

²¹⁷ MONTELLA, *La procedura secondaria: un rimedio contro il forum shopping del debitore nel Regolamento CE n. 1346/2000*, cit., pp. 1299 ss.; RINGE, *op. cit.*, pp. 105-106.

²¹⁸ Debbo semplificare, poiché gli schemi procedurali previsti dai vari ordinamenti nazionali sono molto eterogenei; talvolta, addirittura, si prevede il coinvolgimento anche (o solo) di autorità amministrative: conscio di ciò, il legislatore europeo ha abbinato al termine "giudice" la definizione: "organo giudiziario o qualsiasi altra autorità competente di uno Stato membro legittimata ad aprire una procedura di insolvenza o a prendere decisioni nel corso di questa" (art. 2, lett. d; corsivo aggiunto)

traddittorio e quello (che del primo è, in fondo, uno sviluppo) della disponibilità di mezzi di impugnazione avverso la decisione di apertura della procedura principale. La possibilità di interloquire sull'oggetto del procedimento, vale a dire l'esistenza condizioni per l'apertura della procedura, trova diversa giustificazione a seconda della posizione del soggetto di volta in volta considerato nei confronti degli effetti prodotti dalla decisione d'apertura. Per il debitore, la giustificazione è evidente: egli è il destinatario di effetti personali e patrimoniali di grande momento prodotti dalla decisione d'apertura. Quanto alla partecipazione dei creditori (e negli ordinamenti di matrice francese, del pubblico ministero), se la legittimazione a presentare istanza o richiesta per l'apertura della procedura sottende un potere d'azione volto alla tutela, rispettivamente, dell'interesse individuale alla soddisfazione del credito o dell'interesse pubblico alla sottoposizione delle imprese in crisi agli strumenti solutori predisposti dall'ordinamento, pare, invece, che l'interesse a contraddire nel procedimento prodromico passi in secondo piano nel momento in cui l'istanza sia presentata dal debitore stesso. Questa asimmetria si presenta in pressoché tutti gli ordinamenti degli Stati Membri; per ragioni d'economia espositiva, osserveremo solo alcune procedure in quattro di essi (Italia, Inghilterra e Galles, Germania, Francia).

Nel nostro fallimento, com'è noto, solo i creditori che hanno presentato l'istanza sono destinatari del decreto di convocazione ex art. 15, 2° comma, e lo stesso vale per il p.m. richiedente. Laddove invece sia il debitore di sua iniziativa "a portare i libri in tribunale", è ben possibile che il procedimento prodromico si risolva *vis-à-vis* tra fallendo e collegio giudicante (o giudice istruttore, secondo un'ormai invalsa prassi *praeter legem*). Perlomeno, secondo certa dottrina i creditori, così come i terzi interessati, potrebbero intervenire volontariamente, sempre che vengano a conoscenza del procedimento.²¹⁹ Tutto ciò accade rego-

²¹⁹ A favore dell'intervento: DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Francesco Galgano, Vol. LXIII, Padova, 2012, pp. 176 ss. ed autori ivi citati, e.g. DE MATTEIS, *Istruttoria prefallimentare: il procedimento*, in CAIAFA (a cura di), *Le procedure concorsuali*, Padova, 2011, p. 53 ss. Scriveva a proposito RICCI (*Lezioni sul fallimento*, I, Milano, 1992, pp. 170-171): "L'esperienza dell'ordinario processo civile ci pone di fronte ad una distinzione di principio tra i terzi e le parti in senso sostanziale. Ai terzi è concesso un intervento, ai sensi dell'art. 105, 2° comma, cod. proc. civ.. Alle parti in senso sostanziale viene invece dedicata attenzione maggiore, perché ci si preoccupa della loro effettiva partecipazione al processo. Se continuiamo ad impiegare il linguaggio più in uso, e chiamiamo "parti in senso processuale" i soggetti che prendono effettiva parte al processo, si può dire che i terzi sono parti processuali semplicemente possibili, mentre le parti in senso sostanziale sono di regola parti processuali necessarie. Ogni principio ha tuttavia le sue eccezioni; ed anche l'ordinario processo civile deroga alla regola, secondo la quale le parti in senso sostanziale devono essere parti anche in senso processuale, ogni qual volta queste parti non siano identificabili *a priori*: qui anche la garanzia del contraddittorio deve cedere in qualche misura alla impossibilità pratica, ed oltre la pura e semplice ammissibilità di un intervento non si può andare. [...] Di tutto ciò si deve tener conto per la comprensione della disciplina positiva, la quale [...] risolve ogni problema sia in ordine alla tutela dei terzi, sia in ordine alla tutela delle parti in senso sostanziale non identificabili *a priori*, mediante una possibilità di intervento. Nessuna norma prevede questo intervento. La ammissibilità di un intervento degli "interessati" risponde tuttavia ad un principio generalmente riconosciuto (sia pure, anche qui, senza il conforto di una norma espressa) nell'ambito dei procedimenti in camera di consiglio, da applicare anche in questa sede. Il termine "interessati" va inteso in senso ampio, comprensivo sia delle parti in senso sostanziale non identificabili *a priori*, sia dei terzi."

larmente anche nel concordato preventivo, poiché, allo stato del diritto vigente, la presentazione della domanda d'ammissione spetta solo al debitore stesso.

La situazione è analoga davanti ad una *county court* inglese (o, in alcuni casi, alla *High Court* di Londra)²²⁰: nel caso in cui la *bankruptcy petition* non sia presentata da uno o più creditori, bensì dal debitore (persona fisica) stesso, l'udienza non sarà preceduta dagli adempimenti notificatori che spettano, invece, ai creditori nell'ipotesi di loro istanza.²²¹ La grande differenza col nostro ordinamento (e probabilmente con tutti gli altri ordinamenti europei) sta nella estrema rapidità con cui il giudice perviene all'emissione di un *bankruptcy order*, tale da impedire materialmente (ammesso che sia giuridicamente possibile)²²² ai creditori di costituirsi parte attiva del procedimento.²²³ La stessa situazione si presenta nell'*administration*, seppur con alcuni aggiustamenti.²²⁴

In Francia, l'unico incombente richiesto al debitore qualora provveda al cd. *depôt de bilan* è la convocazione del *comité d'entreprise*,²²⁵ mentre, viceversa, qualora l'istanza sia presentata da uno o più creditori, l'art. L-631-5 del *Code de Commerce* ne impone la notificazione (*assignation*) al debitore, che deve essere convocato in camera di consiglio (art. L-621-1).

Lo stesso accade nell'ordinamento tedesco: l'istanza del creditore va notificata al debitore, il quale deve essere sentito;²²⁶ quella del debitore (*Eigenantrag*) no. Non solo: il fatto che il § 14, *Absatz 1* preveda che solo l'istanza del creditore debba essere corredata da prove tali da renderla "credibile" (*glaubhaft*), ha portato certa dottrina a dedurre, *a contrario*, che l'istanza del debitore sia "*grundsätzlich ohne weiteres zulässig*".²²⁷

A questo punto è doveroso interrogarsi sulle ragioni di questa asimmetria. Come accennato, la necessità che il debitore sia immediatamente messo in grado di interloquire sull'esistenza delle condizioni affinché sia assoggettato (o comunque ammesso) ad una procedura d'insolvenza sono patenti. Non occor-

²²⁰ *Insolvency Rules*, r. 6.40 (1), in particolare quando il debitore non sia residente in Inghilterra o in Galles

²²¹ Cfr. r. 6.14

²²² Tra le disposizioni delle *Insolvency Rules* concernenti la *bankruptcy*, infatti, non si trova una regola analoga alla r. 2.9 (1) applicabile all'*administration*, per cui, con il permesso della Corte, all'udienza può prendere parte "*any other person who appears to have an interest justifying his appearance*".

²²³ V. r. 6.42 (2): "*The Court may hear the petition forthwith*". Riferisce GOODE (*Principles of Corporate Insolvency Law*, Londra, 1997 (2^a edizione), p. 288, nt.) di (rari) casi in cui i giudici hanno emesso *administration order* addirittura prima ancora della presentazione delle relative istanze, essendo bastata la formale promessa dei difensori (*undertaking*) di presentarla in tempi brevi.

²²⁴ V. r. 6.2, che impone la notifica, fra gli altri, ai soli creditori legittimati a nominare un *administrative receiver*, ad es. in quanto titolari di un *floating charge*.

²²⁵ V. combinato disposto degli artt. L-631-7 e 621-1 cod. comm.

²²⁶ § 14.2 *InsO*

²²⁷ JAUERNIG, *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*, Monaco di Baviera, 1999 (21^a edizione), p. 257

rono altri parole oltre a quelle già pronunciate dalla Corte Costituzionale nella concisa sentenza n. 141 del 1970:

Per la più ampia tutela del debitore sono preveduti, é vero, rimedi, ed in primo luogo l'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, improntati al principio del contraddittorio e diretti, mediante piena cognizione, a verificare la legittimità della sentenza medesima. Tuttavia la gravità delle conseguenze di questa pone l'indefettibile esigenza che il debitore, già nella prima fase processuale in camera di consiglio, informato della iniziativa in corso, possa contrastare, anche in confronto di creditori istanti, con deduzioni di fatto ed argomentazioni tecnico - giuridiche e con l'eventuale ausilio di difensori, la veridicità dell'asserito stato di dissesto e la di lui assoggettabilità alla esecuzione fallimentare.

La sentenza dichiarativa incide, infatti, profondamente nella sfera giuridica soggettiva del fallito, con danni morali e materiali di estrema gravità e talora, in parte o in tutto, irreparabili.

Dopo aver brevemente menzionato gli effetti patrimoniali e personali della dichiarazione di fallimento, osservava quindi il nostro giudice delle leggi:

Ora non può ritenersi che un provvedimento di tale gravità venga legittimamente emanato, come e sia pure non frequentemente in pratica avviene, senza che sia stato udito e ammesso ad esporre le proprie ragioni il soggetto passivo di esso.

Né, allo scopo di assicurare la difesa dell'imprenditore, nei sensi indicati dal precetto costituzionale summenzionato, sembra mezzo sufficiente il contraddittorio differito alla fase di impugnazione.

E ciò in riferimento così alle modalità del particolare procedimento di opposizione fallimentare, come alla disciplina della sentenza dichiarativa di fallimento. A questa l'ordinamento attribuisce efficacia immediatamente esecutiva, non suscettibile di sospensione a seguito dell'atto di opposizione (art. 18, ultimo comma, legge fallimentare), mentre consente la rimozione, ai sensi di legge, degli effetti di essa soltanto, e con inevitabile ritardo, dopo che sia divenuta esecutiva la pronuncia che accolga l'opposizione, e sia avvenuta la cancellazione dal registro dei falliti.

Quanto ai creditori, se è certamente vero che gli effetti che nei loro confronti discendono dall'apertura di una procedura concorsuale non ammontano a tale gravità, non si può tuttavia affermare che per ciò solo la loro posizione sia toccata in maniera trascurabile.²²⁸ Intanto (ma si tratta di un rilievo facilmente superabile), il fatto che la tutela delle ragioni dei singoli creditori sia assoggettata alla regola del concorso (o dell'universalità soggettiva) può essere visto come potenziale pregiudizio da parte del singolo creditore, sicché costui potrebbe avere tutto l'interesse a condividere il suo punto di vista circa l'esistenza dei presupposti per l'apertura della procedura. Ma, come ho anticipato, è sufficiente obiettare che tale interesse trova già sufficiente tutela in strumenti quali (limitandoci al fallimento) il reclamo ex art. 18 nonché nei poteri esercitabili nell'ambito del procedimento di verifica del passivo, che sono espressione del cd. contraddittorio incrociato, alla realizzazione del quale concorre, in primo luogo, il

²²⁸ RICCI (*op.cit.*, pp. 129-130) riunisce debitore, creditori e organi della procedura sotto l'etichetta di parti in senso sostanziale: "[...] quando si parla di 'parti in senso sostanziale' rispetto ad una sentenza costitutiva, ci si riferisce per comune convenzione di linguaggio a tutti i soggetti, in capo ai quali la sentenza fa sorgere nuove situazioni giuridiche"

principio del concorso formale.²²⁹ Tali osservazioni non valgono più laddove si discorra invece del profilo della giurisdizione: il fatto che il giudice di uno Stato Membro anziché di un altro assuma la giurisdizione, come si può facilmente immaginare, non è per nulla indifferente, e le relative conseguenze, proprio in virtù del sistema di riconoscimento introdotto dal Regolamento, possono essere particolarmente incisive. Onde la conclusione per cui qualche spazio di difesa, perlomeno in ordine all'aspetto della giurisdizione, dovrebbe essere concesso prima che giunga la relativa decisione e che essa produca effetto in tutto il territorio dell'Unione. Di contro, si potrebbe ravvisare nel dovere d'accertamento d'ufficio in ordine alla giurisdizione un presidio sufficiente alle ragioni del creditore.²³⁰ Non mi sembra un'osservazione convincente: l'accertamento del giudice, per quanto doveroso, della sussistenza della giurisdizione è pur sempre condizionato dagli elementi istruttori forniti dalle parti, che nei procedimenti che ci occupano sono i soli debitori. Né si può confidare, per ovviare alle inevitabili reticenze del debitore che abbia adottato una strategia di *forum shopping*, in strumenti come i poteri istruttori ufficiosi (negli ordinamenti continentali) o nel dovere di *full and frank disclosure* incombenza nel *common law* inglese su chi proponga un'istanza *ex parte*;²³¹ quanto al primo, infatti, il potere del giudice rimane comunque confinato nell'ambito delle allegazioni di parte, avendo l'abrogazione dell'iniziativa d'ufficio attenuato il carattere inquisitorio pacificamente rico-

²²⁹ A proposito, v. MONTANARI, *Appunti sul processo di fallimento*, Torino, 2015, p. 15: "Tale regola, detta del concorso formale, costituisce una conseguenza necessaria del concorso sostanziale: poiché ogni creditore avverte i concorrenti come antagonisti, egli vanta un interesse ad eliminarli e ridurre così la platea dei soggetti destinati a concorrere sul patrimonio fallimentare".

²³⁰ Il Regolamento è silente sul punto, sicché secondo il BGH (decisioni del 21.6.2007 -IX ZB 51/06- e del 1.12.2011 -IX ZB 232/10-, entrambe reperibili nel sito della Corte: <http://www.bundesgerichtshof.de>) troverebbe applicazione il diritto processuale nazionale, che impone al giudice d'ufficio la propria giurisdizione, senza che le affermazioni pur concordi delle parti sul punto gli siano di vincolo. Il che però non significa che il giudice debba anche supplire d'ufficio alle lacune dell'impianto probatorio delle parti. In questo senso, anche OLG Wien 30.9.2004 (ZIK 2005/27).

²³¹ V. anche FLETCHER, *op. cit.*, p. 382

nosciuto dalla dottrina precedente alla riforma.²³²; quanto al secondo, la violazione del dovere di correttezza da parte del debitore può trovare concreta sanzione solo nell'esperimento di un mezzo d'impugnazione, col quale si contesti la

²³² Si rileggano, in merito, le memorabili pagine di RICCI, *op. cit.*, 170-171, che scindeva il principio inquisitorio in due *species*, il principio inquisitorio "sostanziale" e "formale", il primo conseguenza del carattere officioso del procedimento, il secondo logico sviluppo del primo: "In primo luogo, infatti, il procedimento è dominato dal principio inquisitorio in senso sostanziale: vale a dire dalla regola, in virtù della quale l'autorità giudiziaria può tenere conto anche di fatti non rappresentati dai soggetti, che prendono parte al procedimento [...] Ciò è una conseguenza del carattere officioso del procedimento, perché non avrebbe senso consentire l'inizio di un procedimento d'ufficio, se poi non si concedesse al giudice anche il potere di introdurre nel procedimento i fatti rilevanti per la decisione. [...] In secondo luogo, vige il principio inquisitorio in senso formale, perché il giudice -sia sui fatti che esso abbia allegato nel processo, sia sui fatti allegati da chi vi prende parte - può disporre iniziative istruttorie d'ufficio. Non esiste processo inquisitorio in senso sostanziale, che possa senza gravissima contraddizione sfuggire al principio inquisitorio anche in senso formale; e questa regola generale del processo vale anche per il procedimento per dichiarazione di fallimento". Da queste premesse esplicitamente muove la dottrina maggioritaria per sostenere che, oggi, il ricorso a mezzi istruttori d'ufficio non sia ammesso se non in presenza, quanto meno, di un principio di prova e comunque entro il perimetro assertivo tracciato dalle allegazioni delle parti: v. MONTANARI, *La nuova disciplina del giudizio di apertura del fallimento: questioni aperte in tema di istruzione e giudizio di fatto*, in *Il fallimento*, 2007, pp. 559 ss.; DE SANTIS, *op. cit.*, pp. 230 ss. Per completezza, va segnalato che tale posizione, tuttavia, non è unanimemente accettata: cfr. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, p. 60; CAVALLI, in AMBROSINI, CAVALLI, JORIO, *Il fallimento*, Padova, 2009, p. 139. In Germania, la questione è stata affrontata e risolta in termini analoghi dal BGH nella già menzionata decisione del 1° dicembre 2011: "*Eine Prüfung von Amts wegen bedeutet indes noch nicht eine Ermittlung von Amts wegen. [...] Diese Ermittlungspflicht von Amts wegen setzt jedoch nur dann ein, wenn der Verfahrensstand Anlass für Ermittlungen bietet. Bei der Frage, wann Ermittlungen erforderlich sind, hat das Gericht einen gewissen Beurteilungsspielraum. Das Gericht ist nicht verpflichtet, ohne jeden konkreten Anhaltspunkt 'ins Blaue hinein' Ermittlungen anzustellen sondern nur dann, wenn es aufgrund gerichtsbekannter Umstände oder aufgrund der Angaben der Verfahrensbeteiligten, insbesondere des Antragstellers, hierzu veranlasst wird*".

genuinità e la completezza della ricostruzione unilaterale dei fatti rilevanti ai fini della decisione.²³³

In verità, vi sono ragioni ben più profonde (e largamente condivise) che ispirano questa asimmetria: esse attengono ad esigenze di celerità ed economia processuale (ovvero, con espressione oggi molto in voga, di “ragionevole durata del processo”).²³⁴

Scrivono un celebre autore, a proposito dell'*administration*:²³⁵

“But it is not necessary to advertise the petition or to give notice of it to creditors other than as stated above [es. il titolare di un *floating charge*, in quanto tale avente titolo a nominare un *administrative receiver*, n.d.r.]. This is because speed is essential to the success of the procedure. The period prescribed for service may be abridged so far as

²³³ *Official Receiver v Mitterfellner* [2009] BPIR 1075. Nella specie, la rappresentazione dei fatti rilevanti da parte del debitore istante, in particolare in punto di giurisdizione, era risultata, ad un più attento esame, lacunosa, se non addirittura inesatta e contraddittoria. Per questa ragione, la *High Court*, disponeva l'annullamento della decisione d'apertura, nonostante le inesattezze della rappresentazione fattuale non fossero tali né da indicare che il c.o.m.i. fosse in Germania, né che il debitore non fosse insolvente o che mancassero altre condizioni per l'emissione di un *bankruptcy order*; la Corte infatti applicava un altro principio, quello espresso dal *Lord Justice Ralph Gibson* nel caso *Brink's Mat Ltd v Elcombe* [1988] 1 WLR 1350, secondo il quale “*If material non-disclosure is established the court will be astute to ensure that a plaintiff who obtains [an ex parte injunction] without full disclosure [...] is deprived of any advantage he may have derived by that breach of duty*”. Osservava infatti la *High Court*: “*it must not be forgotten that a bankruptcy order grants protection to a debtor as well as subjecting him to disabilities. It fundamentally affects the rights of creditors, who, in particular on a debtor's petition, are not generally given the opportunity to be heard as they may be in the case of a creditor's petition*”. E ancora: “*This is simply another aspect of the need to uphold the integrity of evidence given to the court, but is especially important in the European context since our procedures are not always readily understood elsewhere, especially in countries where a more inquisitorial approach is adopted towards insolvency proceedings. Finally, the courts must be astute to uphold the integrity of the jurisdictional regime imposed by the EC Regulation on Insolvency Proceedings and the provisions designed to stop improper, as opposed to legitimate, forum shopping*”. Ma v. la critica alla decisione di WALTERS e SMITH, ‘*Bankruptcy Tourism under the EC Regulation on Insolvency Proceedings: A View from England and Wales*, in *International Insolvency Review*, 2010, p. 198, i quali contestano l'assimilazione fra la *bankruptcy petition* e l'istanza *ex parte* volta all'ottenimento di un rimedio cautelare (come la *Mareva Injunction* del caso *Brink's Mat*), in quanto in quest'ultima ipotesi le affermazioni del richiedente sono contenute in un *affidavit* (il che non vale per la *bankruptcy petition*), il che giustificerebbe l'obbligo di *full and frank disclosure*. Insomma, i due commentatori vedono in questa decisione un eccentrico tentativo - del resto comprensibile - arginare un fenomeno foriero di numerosi inconvenienti per la buona amministrazione della giustizia (in termini di risorse economiche, umane, di tempistiche etc.).

²³⁴ Un'altra giustificazione potrebbe rinvenirsi nella natura “confessoria” dell'istanza di autofallimento, sulla quale tuttavia le dottrine dei vari paesi non concordano; se tale impostazione è stata ripudiata ormai da molto tempo da parte della dottrina italiana -v. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996 (3^a edizione aggiornata ed ampliata a cura di R. Vaccarella e F. P. Luiso), p. 69- di essa si possono trovare alcune tracce in opere di autori stranieri; oltre al già citato JAUERNING, *op. cit.*, p. 257, cfr. FLETCHER, *The Law of Insolvency*, Londra, 2002 (3^a edizione), p. 146. : “In most respects the hearing of a debtor's petition is a relatively straightforward matter, as compared to the hearing of a creditor's petition, because by definition the debtor is freely consenting to the making of a bankruptcy order against him” (corsivo mio).

²³⁵ GOODE, *Principles of Corporate Insolvency Law*, Londra, 1997 (2^a edizione), p. 288.

is compatible with ensuring that any person entitled to appoint a receiver has a reasonable opportunity to consider what steps to take... Where the matter is extremely urgent and there is no person entitled to appoint an administrative receiver or such person consents the court will sometimes be prepared to make an order the same day as the petition and without its having been served”.

È quindi un dato condiviso (ed ancor prima, di comune esperienza) che nel fallimento è necessario “far presto”; nondimeno, la storia -più e meno recente- ci insegna che, da un lato, non è sempre possibile “far presto e bene”; dall’altro, che l’ideologia della rapidità è -proprio in quanto ideologia- sufficientemente malleabile per giustificare di tutto, finanche manifeste ingiustizie: per chi l’avesse dimenticato, si ricordi che l’originaria formulazione dell’art. 15 l.f. (così come l’art. 688 del previgente codice di commercio) faceva dell’audizione del debitore un passaggio non necessario del procedimento prodromico proprio per realizzarne la speditezza.²³⁶

A voler ritenere decisive le summenzionate ragioni di celerità, non resta dunque che ripiegare sul rimedio dell’impugnazione della decisione d’apertura. Come dicevo, questo profilo rappresenta uno sviluppo di quello esaminato in precedenza, in quanto la legittimazione ad esperire un mezzo di gravame rappresenta anch’essa una forma di contraddittorio, seppur eventuale e, soprattutto, posticipato. Il guaio, qui, è che non c’è convergenza fra gli ordinamenti europei, quando non vi siano addirittura casi di “schizofrenia” in alcuni di essi. È schizofrenica, ad esempio, la nostra legge fallimentare, molto generosa nel concedere il reclamo contro la sentenza dichiarativa di fallimento,²³⁷ altrettanto avara con riferimento al decreto d’ammissione al concordato preventivo. Certo, i due provvedimenti (e i rispettivi procedimenti) sono molto diversi fra loro; nondimeno, i creditori ne possono risentire sotto molteplici profili (quando la loro sfera giuridica non sia già stata incisa dalla presentazione della domanda d’ammissione). Soprattutto, dal punto di vista del Regolamento, tanto la sentenza dichiarativa di fallimento quanto il decreto d’ammissione al concordato preventivo sono due decisioni d’apertura, e ciò basterebbe, a mio modo di vedere, a parificarne la disciplina, almeno sotto l’aspetto che qui ci occupa. Non mi avventuro nel vasto e delicato terreno dell’esperibilità del ricorso per cassazione ex art. 111, 7° comma Cost. contro il decreto d’ammissione al concordato; mi basta segnalare che le Sezioni Unite -con una decisione ormai non più recente- hanno ritenuto ammissibile un ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro un decreto che rigettava una domanda di concordato. La vicenda riguardava la società belga Gabriel Tricot: il Tribunale di Milano dichiarava il proprio

²³⁶ Sono eloquenti le affermazioni di FURNO (*La confessione delle parti nel processo di fallimento*, in *Diritto fallimentare*, 1938-39, p. 1009, nt. 6) a proposito del codice del 1882: “Nel momento in cui viene a conoscenza dello stato di cessazione dei pagamenti, ciò che maggiormente preme è ‘far presto’. Solo in seguito è possibile, ed anzi necessario pensare anche a ‘far bene’”.

²³⁷ Qualche esempio di “interessati” al reclamo ex art. 18: l’erede del debitore fallito (esempio onnipresente nella manualistica); il creditore che abbia pagato precedentemente alla dichiarazione di fallimento (che rischia quindi di essere assoggettato a revocatoria: Cass. 1 febbraio 1983, n. 861, in *Giustizia civile*, 1984, I, p. 281); il terzo che abbia concluso un contratto col debitore, il quale rischia che il curatore decida di sciogliersi da esso (cit. in FABIANI, *sub art. 18*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di Jorio e Fabiani, Bologna, 2010).

difetto di giurisdizione; il debitore ricorreva per Cassazione e domandava la sospensione del procedimento in Belgio, anch'esso pendente in grado di impugnazione; il giudice belga rigettava la richiesta di sospensione e riformava la decisione di primo grado aprendo la procedura principale. Circa due anni più tardi (*sic!*) la nostra Cassazione dichiarava pertanto inammissibile il ricorso per sopravvenuta carenza d'interesse. Prima di ciò, naturalmente, era necessario decidere sull'ammissibilità stessa di tale ricorso. La motivazione, uscita dalla penna del Consigliere Rordorf, suona così:²³⁸

La soluzione negativa ad un tale quesito, altre volte fornita da questa corte, è dipesa dalla considerazione che il decreto col quale viene dichiarata inammissibile la domanda di concordato preventivo, per difetto delle condizioni di cui alla L. Fall., art. 160, non è un provvedimento autonomo, bensì inscindibilmente connesso alla successiva e consequenziale sentenza dichiarativa di fallimento (ancorché eventualmente non contestuale), onde i vizi del suddetto decreto debbono esser fatti valere mediante la specifica impugnazione cui detta sentenza è soggetta [...]. Ma non si è mancato di soggiungere che, viceversa, la possibilità di proporre ricorso per cassazione, a norma dell'art. 111 Cost., va riconosciuta quando il decreto del tribunale che ha dichiarato inammissibile la proposta di concordato preventivo sia dipeso da ragioni - quali, ad esempio, l'esclusione della qualità di imprenditore commerciale o l'assenza dello stato d'insolvenza - che escludono la consequenziale declaratoria di fallimento [...].

Tale è, appunto, la situazione riscontrabile nel presente caso, perché il tribunale, in conseguenza del ritenuto difetto di competenza giurisdizionale a pronunciarsi sulla domanda di ammissione della richiedente alla procedura di concordato preventivo, non ha ovviamente emesso alcuna sentenza di fallimento. Il provvedimento di cui si tratta, quindi, oltre ad avere intrinseco carattere decisorio, non risulta soggetto ad alcuna altra possibile forma d'impugnazione, giacché la L. Fall., art. 162, comma 1, lo dichiara esente da reclamo. Donde l'ammissibilità del ricorso contro di esso proposto a norma del citato art. 111 Cost..

Tutto bene, dunque? Probabilmente sì; peccato che l'incertezza dovuta alle oscillazioni della giurisprudenza siano ancora più gravi in un contesto internazionale, dove giudici stranieri si trovano spesso ad applicare il nostro diritto costretti a muoversi "a tastoni" nel fumo dei molteplici indirizzi giurisprudenziali. Ne è un esempio la decisione della Cassazione francese nel caso del gruppo Dalle, nella quale il giudice di legittimità, per escludere il ricorso all'art. 26, si è trovato a fingere che il diritto di contestare la giurisdizione nell'opposizione al decreto di omologazione costituisca una garanzia sufficiente per i creditori. Una soluzione chiara ed espresa nella nostra legge fallimentare avrebbe eliminato ogni dubbio ed evitato (non sappiamo se sia accaduto, ma è verosimile che lo sia) che il giudice nominasse un perito in diritto fallimentare italiano per risolvere la questione (questi sì che sono inconvenienti che minano alla speditezza del procedimento!).²³⁹

Uscendo dal Bel Paese, incontriamo innanzitutto l'ordinamento francese e quello tedesco: il primo è particolarmente magnanimo, in quanto dà al debito-

²³⁸ Cass. civ., sez. un., 14 aprile 2008, n. 9743, inedita

²³⁹ Sulla sentenza *Dalle*, v. *infra* § 12

re e al creditore (o al p.m.) istante il rimedio dell'appello, e ai terzi che non siano stati parte del procedimento di primo grado quello della *tierce opposition*.²⁴⁰

La *Insolvenzordnung*, invece, è più severa: contro la decisione d'apertura può rivolgersi solo il debitore, non anche il creditore. Giusta il § 34 Abs. 2, infatti, solo al debitore spetta il rimedio della *sofortige Beschwerde* (reclamo immediato), mentre il diverso mezzo della *weitere Beschwerde*, accessibile anche ai creditori, rimane esperibile solo contro le decisioni del *Landesgericht*, ad es. quelle che annullino la decisione d'apertura (per la quale è invece competente l'*Amtsgericht*).²⁴¹

Nel *common law* inglese, infine, è molto comune ricorrere all'*appeal* contro un *bankruptcy* o un *administration order*, non esistendo, in linea di principio, limitazioni alla legittimazione attiva.²⁴²

Ora, avrebbe non poca ragione chi dicesse che tali variabili, tutto sommato, restano ai margini delle considerazioni strategiche dei debitori intenzionati a cimentarsi nel *forum shopping*; nondimeno, se tale intenzione è particolarmente forte, non è detto che di tale situazione debba tenere conto solo il debitore più sofisticato. L'evenienza non è perciò trascurabile, se non altro perché gli effetti di tali strategie possono rivelarsi a dir poco esiziali per i creditori, a maggior ragione se si pongono a mente i due ulteriori fattori di criticità della disciplina della giurisdizione introdotta dal Regolamento dei quali mi occuperò nei prossimi paragrafi.

§ 4. Aspetti procedurali. I conflitti di giurisdizione.

Il primo dei due fattori evocati è l'approccio interpretativo della Corte di Giustizia in tema di criteri risolutivi dei conflitti positivi di giurisdizione. In generale, le soluzioni astrattamente possibili per dirimere i conflitti che dovessero sorgere tra gli organi investiti del compito di compiere l'accertamento della sussistenza della giurisdizione sono da un lato l'applicazione della regola della litispendenza, con la quale si lascia proseguire il procedimento prodromico aperto per primo, imponendo al giudice adito per secondo o di chiudere quello pendente davanti a sé, ovvero di sospenderlo in attesa di una decisione (definitiva o meno) circa la competenza giurisdizionale da parte del primo giudice;²⁴³ dall'altro lato, è possibile invece permettere che due o più procedimenti prodromici pendano contemporaneamente fino a che uno dei due non si chiuda con una decisione d'apertura della procedura d'insolvenza vera e propria: si tratta della regola della prevenienza, regola di priorità che non ha come suo riferimento l'istanza volta all'apertura della procedura, bensì la decisione di apertura stessa.

²⁴⁰ Per l'appello, v. art. L- 661-1 cod. comm.; per l'opposizione di terzo v. L. 661-7 cod. comm.

²⁴¹ *InsO*, § 7

²⁴² *Insolvency Rules* (1986), r. 6.206-6.214 (sulla *bankruptcy*) e r. 7.47 ss. (sull'*administration*).

²⁴³ Tale criterio è accolto nel "sistema Bruxelles" (art. 29 regolamento Bruxelles I-bis) e in taluni d.i.p. nazionali (per l'Italia, v. l'art. 7 della l. 218/1995)

Il Regolamento (analogamente ai progetti di Convenzione) accoglie quest'ultima soluzione, seppure in maniera, per così dire, obliqua: nessuna sua disposizione, infatti, contempla *expressis verbis* che i conflitti positivi tra procedure principali si risolvano attraverso il criterio della prevenienza; nondimeno, la dottrina è unanime nel ricavare questa soluzione dall'art. 16, che disciplina il riconoscimento automatico delle decisioni di apertura e dei loro effetti.

È piuttosto nella prassi che si è registrato qualche tentennamento, o meglio, una certa dose di confusione. Si prenda il curioso caso deciso dalla *Cour de Cassation* francese il 27 maggio 2014: il *Tribunal de grande instance* di Sarreguemines era stato investito di un'istanza di *liquidation judiciaire* il 16 luglio 2007; nelle more del procedimento, nei confronti del medesimo debitore il *Landesgericht* di Colonia avviava una procedura insolvenza; imponendosi il riconoscimento della decisione d'apertura pronunciata da quest'ultimo giudice, il tribunale francese rigettava l'istanza; in seguito (5 febbraio 2013), il tribunale di Metz rigettava l'impugnazione proposta dal creditore istante, il quale ricorreva alla Corte di Cassazione parigina. A parte il profilo dell'ordine pubblico, il creditore lamentava la mancata applicazione, da parte del giudice d'appello, delle norme francesi sulla litispendenza internazionale, applicazione che, a sua detta, era imposta dall'art. 15 del Regolamento (*sic!*), a mente del quale gli effetti dell'apertura di una procedura d'insolvenza sui processi pendenti sono regolati dal diritto dello Stato membro di fronte al quale i processi stessi si svolgono. Mercé questo contorto percorso logico, il creditore si doleva, in sostanza, del fatto che il tribunale di Sarreguemines, benché adito per primo, non avesse statuito sulla propria competenza ad aprire la procedura principale. La Cassazione, giustamente, ha respinto le argomentazioni del debitore.²⁴⁴

Nella già incontrata vicenda *Tricot*, la Corte d'Appello di Mons (Belgio) aveva respinto la richiesta del debitore fallendo di sospendere il procedimento d'appello in considerazione della contemporanea pendenza in Italia di un ricorso per cassazione avverso un decreto con cui il Tribunale di Milano aveva dichiarato inammissibile una domanda di concordato preventivo per ragioni legate proprio alla giurisdizione.²⁴⁵ Nel rigettare l'istanza del debitore, il giudice belga ha giustamente ricordato come da nessuna disposizione del Regolamento fos-

²⁴⁴ "Mais attendu, d'une part, qu'en présence d'une décision ayant ouvert la procédure principale d'insolvabilité dans un État membre de l'Union européenne et d'une instance en cours devant une juridiction d'un autre État membre en vue de l'ouverture d'une procédure identique à l'égard du même débiteur, le conflit se résout en faveur de la décision d'ouverture déjà intervenue qui doit être internationalement reconnue, et non en fonction des dates respectives de saisine des juridictions ou par application de la loi désignée par l'article 15 du règlement précité, lequel, ne concernant que les instances relatives à un bien ou un droit dont le débiteur est dessaisi, ne vise pas l'instance en ouverture de la procédure; qu'ayant constaté qu'une juridiction de Cologne avait ouvert le 6 novembre 2008 la procédure principale d'insolvabilité de [...] tandis que la demande présentée par celui-ci au tribunal de grande instance de Sarreguemines était en cours d'examen, la cour d'appel, à qui il était interdit d'effectuer la recherche évoquée par la première branche ou d'appliquer les règles françaises sur la litispendance internationale, en a déduit à bon droit que la procédure principale d'insolvabilité ne pouvait plus être ouverte en France". Il corsivo è mio

²⁴⁵ Quest'ultimo ricorso è stato poi deciso con la sentenza n. 9743 del 14 aprile 2008, che vedremo nel dettaglio nel prosieguo.

se possibile desumere un obbligo di sospensione del procedimento nelle date circostanze.

L'adozione del criterio della prevenienza è solitamente giustificata dall'esigenza di contenimento dei tempi della procedura. Scrive Oberhammer:²⁴⁶

Although the application of Art. 27 of the Brussels I Regulation can create substantial procedural delay *in cases where the court first seised lacks jurisdiction but the proceedings on the jurisdictional defence of the respondent are time-consuming*, the identical situation would be catastrophic in insolvency law: in insolvency cases, time is literally money. In order to achieve a coordinated situation out of the chaos of the eve of the opening of insolvency proceedings, the law needs to ensure that proceedings must be opened immediately or at least soon after the application. This is especially true with respect to cases where the restructuring or the sale of a business is on the agenda. Lengthy disputes on jurisdiction before the opening of proceedings preventing the opening of proceedings in other Member States are therefore no option in such a situation

È evidente, nell'inciso in corsivo, il riferimento alle situazioni che scaturiscono dal ricorso all'espedito, ormai classico, dell'*Italian torpedo*, o meglio, ad una sua rivisitazione nell'ambito delle procedure d'insolvenza:²⁴⁷ il debitore, infatti, potrebbe guadagnare tempo (al deliberato fine di occultare i propri beni a detrimento del ceto creditorio) presentando l'istanza ad un giudice più lento la cui giurisdizione appaia incerta, sbarrando così la strada all'iniziativa dei creditori.²⁴⁸ La bontà della regola della prevenienza viene ancora più in risalto se ci si sofferma a considerare una possibile situazione di stallo nascente dall'applicazione dell'opposta regola della litispendenza: il legislatore infatti dovrebbe occuparsi di individuare il momento in cui la sospensione del secondo procedimento venga meno; se a tal fine bastasse una decisione non definitiva, si riproporrebbe nuovamente la questione del coordinamento fra tale procedimento e quello d'impugnazione della decisione con cui il primo giudice avesse declinato la propria giurisdizione; se invece fosse necessaria una decisione definitiva, allora avrebbe ancora una volta ragione Oberhammer a lamentare le pericolose lungaggini procedurali conseguenti.

Nondimeno, è vero anche che l'adozione della regola della prevenienza, di per sé, non è in grado di assicurare maggiore celerità, specie nelle ipotesi in cui la decisione intervenuta per prima fosse costretta nel "collo di bottiglia" dei

²⁴⁶ A.A.V.V., *External Evaluation*, cit., p. 328

²⁴⁷ ...ambito nel quale non sarebbe possibile, tuttavia, valersi delle clausole di elezione del foro, nelle quali l'incipit del nuovo art. 29 del regolamento Bruxelles I-bis individua lo strumento principale per "disinnescare il siluro" -per rimanere nella metafora marina inaugurata da Mario FRANZOSI nel suo articolo *Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo*, in *European Intellectual Property Review*, 1997-

²⁴⁸ ...e magari pure domandare una misura cautelare o in qualche altro modo ottenere il congelamento delle iniziative esecutive o cautelari dei creditori, come avviene da noi con la domanda di concordato preventivo (specie se "in bianco").

gradi di impugnazione, per poi magari essere riformata o annullata.²⁴⁹ Soprattutto, il privilegio riservato alla decisione d'apertura intervenuta per prima può prestarsi ad abusi ad opera del debitore, il quale, in pendenza di una procedura prodromica instaurata dai creditori, potrebbe adire un giudice più rapido e meno selettivo²⁵⁰ (o meno attento) nell'applicazione del criterio del c.o.m.i. al solo fine di ostacolare l'iniziativa dei creditori, i quali saranno obbligati ad impugnare la decisione d'apertura adottata dal secondo giudice (ammesso che abbiano la possibilità giuridica nonché materiale di farlo) ed attenderne la revoca.

Ma torniamo al problema della prevenienza e del riconoscimento. Posto che la precedenza spetta alla procedura aperta per prima, è necessario individuare il momento in cui la procedura principale possa definirsi aperta; e la risposta non è per nulla semplice, poiché gli schemi procedurali previsti dai diversi ordinamenti differiscono ampiamente fra loro. Forse, è per via di questa circostanza che la Corte di Giustizia, nell'onnipresente sentenza *Eurofood*, ha ritenuto di dover fornire una definizione di "decisione d'apertura" propria del Regolamento, autonoma rispetto alle nozioni del diritto nazionale. Il ragionamento della Corte (che riassume le più articolate conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs) si fonda principalmente su due elementi: a) le finalità del Regolamento; b) il ruolo dell'art. 38. Il primo profilo è affrontato nel punto 52 della sentenza, ove si legge:

Come osserva la Commissione delle Comunità europee, al fine di assicurare l'efficacia del sistema istituito dal regolamento è necessario che il principio di riconoscimento previsto dall'art. 16, n. 1, primo comma, dello stesso possa applicarsi appena possibile nel corso della procedura. Il sistema che prevede che possa essere aperta una sola procedura principale, la quale produce i suoi effetti in tutti gli Stati membri nei quali il regolamento è applicabile, potrebbe essere gravemente perturbato se i giudici dei detti Stati, investiti contemporaneamente di domande basate sull'insolvenza di un debitore, potessero rivendicare una competenza concorrente per un periodo prolungato.

L'affermazione è in sé ineccepibile, in quanto esprime un'esigenza di certezza di cartesiana evidenza. Non è accettabile, però, la conclusione che ne se vuole trarre, e cioè che la nomina di un *provisional liquidator* possa ammontare a decisione d'apertura di una procedura principale; come se un provvedimento per sua natura interinale potesse equivalere ad una decisione finale. In merito, le argomentazioni addotte dalla Corte non mi sembrano del tutto convincenti. Innanzitutto, è un forzato sillogismo definire decisione d'apertura la nomina di un *provisional liquidator* per il fatto contingente e puramente empirico (oltreché lapalissiano) che da tale designazione discenda lo spossessamento del debitore:

²⁴⁹ In tal caso, il Regolamento manca di fornire una soluzione uniforme al problema degli effetti della revoca o annullamento della decisione d'apertura (soluzione che sarebbe auspicabile quanto meno nelle ipotesi di revoca o annullamento fondati sul difetto di giurisdizione).

²⁵⁰ Tale descrizione sembra adattarsi perfettamente al giudice inglese investito di una *bankruptcy petition*. Oltre ad essere, infatti, particolarmente inclini ad assumere la giurisdizione, le corti d'oltremarica sono anche molto celeri, poiché un *bankruptcy order* può essere emesso nello stesso giorno in cui viene presentata la relativa *petition*!
Un esempio concreto di deliberato ricorso a tale strategia è offerto dal caso *Fischer*, sul quale mi soffermerò *infra*.

contingente, in quanto il paragrafo (2) della *section 226* del *Companies Act* del 1963 -disposizione immotivatamente obliata nella ricognizione iniziale della normativa nazionale pertinente- dispone che la Corte possa “limitare e restringere i poteri del curatore principale nella decisione che lo nomina”;²⁵¹ empirica, in quanto omette di considerare quella che è la funzione dell’istituto, ossia quello di porre il patrimonio al riparo dalle tentazioni truffaldine del debitore nelle more del procedimento prodromico e di assoggettarlo, perciò, alla custodia di un soggetto al di sopra di ogni sospetto. È a buon diritto, pertanto, che il dott. Bondi ha invocato l’art. 38,²⁵² disposizione dalla collocazione invero infelice, sulla quale la Corte si è espressa in termini non esattamente chiari:

A tale proposito va osservato che l’art. 38 del regolamento deve essere interpretato insieme all’art. 29 dello stesso, 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. Il citato art. 38 prevede così il caso in cui il giudice competente di uno Stato membro è stato investito di una procedura di insolvenza principale, allorché tale giudice, pur avendo nominato un soggetto o un organo per vigilare provvisoriamente sui beni del debitore, non ha ancora ordinato lo spossessamento di quest’ultimo o designato un curatore di cui all’allegato C al regolamento. In tal caso, la persona o l’organo in questione, pur non avendo il potere di avviare una procedura di insolvenza secondaria in un altro Stato membro, può chiedere che siano presi provvedimenti conservativi relativamente ai beni del debitore situati in tale Stato membro. Non è però questo il caso nella causa principale, in cui la High Court ha nominato un «provisional liquidator» previsto nell’allegato C al regolamento, e ordinato lo spossessamento del debitore.

Parafrasando, la Corte sembra dire che l’art. 38 non c’entri nulla. E invece c’entra eccome: ha un senso prevedere che un curatore provvisorio possa esercitare poteri *extra moenia* solo nella misura in cui si postuli che la nomina di un simile organo non costituisca decisione d’apertura della procedura in quanto tale suscettiva di riconoscimento in forza dell’art. 16; se infatti il curatore provvisorio può comportarsi come quello definitivo perché gli effetti della decisione che lo designa si spiegano in tutto il territorio dell’Unione, allora l’art. 38 è un contenitore vuoto, che conferisce al curatore provvisorio poteri *extra moenia*...di cui già gode!

Oltre ad essere concettualmente imprecisa, la soluzione della Corte di Giustizia è inoltre inconveniente dal punto di vista pratico: ammesso (e non concesso) che la nomina di un curatore provvisorio possa bastare per aversi una decisione d’apertura di una procedura principale, ragioni di ortodossia e

²⁵¹ Muovendo dal suesposto sillogismo della Corte, l’affermazione o la negazione della qualità di decisione d’apertura alla nomina del *provisional liquidator* dovrebbe infatti dipendere dall’entità della limitazione dei poteri di costui ad opera del giudice irlandese, che opera discrezionalmente e secondo le necessità del caso concreto.

²⁵² Art. 38: “Allorché, per garantire la conservazione dei beni del debitore, il giudice di uno Stato membro competente ai sensi dell’articolo 3, paragrafo 1, nomina un curatore provvisorio ai fini di garantire la conservazione dei beni del debitore, tale curatore provvisorio è legittimato a chiedere tutti i provvedimenti conservativi per i beni del debitore che si trovano in un altro Stato membro, previsti dalla legge di detto Stato, per il periodo che separa la richiesta dalla decisione di apertura di una procedura di insolvenza”.

giustizia processuale impongono che il giudice accerti la propria giurisdizione; ma abbiamo constatato, trattando del c.o.m.i., che un simile accertamento non è sempre immediato e può richiedere adempimenti istruttori chiaramente incompatibili con il carattere sommario dell'*iter* cautelare.²⁵³ È per una decisione di tale difficoltà, inoltre, che ha senso prevedere un più ampio contraddittorio a favore dei creditori, che possono certamente apportare del materiale utile, specie in relazione al profilo della riconoscibilità, da parte dei terzi (cioè, da parte loro), del c.o.m.i.

Una diversa soluzione al quesito sollevato dal supremo giudice irlandese, poi, avrebbe permesso di indagare l'ulteriore profilo (fatto oggetto d'assorbimento nella decisione della Corte)²⁵⁴ dell'eventuale rilevanza della retroazione -disposta dal diritto irlandese- degli effetti della decisione d'apertura ai fini della determinazione del momento chiave per la risoluzione dei conflitti positivi di giurisdizione. A mio modo di vedere, una risposta nel senso dell'irrelevanza della retroazione sarebbe stata una scelta obbligata, poiché diversamente opinando si sarebbe surrettiziamente reintrodotta la regola - come abbiamo visto, scartata dal legislatore europeo - della litispendenza (venendo infatti a rilevare non il momento di pronuncia della decisione d'apertura, bensì, sostanzialmente, quello della presentazione della domanda).

Una volta che la decisione d'apertura (sia pur non definitiva e quindi suscettibile di essere impugnata e revocata o annullata) sia divenuta efficace secondo la legge dello Stato d'apertura, l'unica *chance* per i giudici di altri Stati di negare ingresso a tale procedura riposa sui motivi di diniego di riconoscimento. Com'è noto, tanto il nostro Regolamento quanto il regolamento Bruxelles I-bis - al pari di altri strumenti di cooperazione giudiziaria civile di origine comunitaria - si fondano sul principio di "reciproca fiducia" (*mutual trust*), che si incarna, innanzitutto, nel divieto di revisione *au fond* della decisione oggetto di riconoscimento ed esecuzione da parte del giudice richiesto; di conseguenza, il mancato riconoscimento non potrà fondarsi che su casi tassativamente indicati (in maniera uniforme per tutti gli Stati membri) dallo strumento regolamentare via via rilevante. Appunto: ogni regolamento in materia elenca le proprie eccezioni al riconoscimento, traccia i propri limiti al principio di reciproca fiducia. A differenza che nel "fratello" Regolamento Bruxelles I-bis, nel nostro regolamento questi

²⁵³ Oserei pure affermare che, in forza dell'impalcatura normativa eretta dal Regolamento, l'accertamento della giurisdizione abbia acquisito pari dignità ed importanza dell'accertamento dei tradizionali presupposti soggettivo ed oggettivo richiesti per l'apertura di una procedura d'insolvenza. La riprova di tale affermazione risiede nel secondo periodo dell'art. 16, 1° paragrafo, ove si debba far luogo al riconoscimento incondizionato della decisione d'apertura anche laddove il debitore, per la sua qualità, non sia assoggettabile ad alcuna procedura d'insolvenza negli altri Stati membri. In forza di tale disposizione può accadere, per esempio, che un individuo esercente una professione intellettuale (in quanto tale non soggetto, almeno fino al 2012, ad alcun tipo di procedura concorsuale italiana) sia assoggettato ad una procedura di *bankruptcy* e che gli effetti personali e patrimoniali di essa si spieghino anche nel nostro paese. Sicché attualmente la "fallibilità" di un soggetto non dipende più solo dalla sua qualità soggettiva (ed oggettiva, cioè il suo trovarsi in uno stato di insolvenza, di crisi, di sovraindebitamento e via discorrendo), bensì anche dall'intensità dei collegamenti con uno dei vari ordinamenti dell'Unione, tali da poter dar luogo, in tali ordinamenti, una procedura principale.

²⁵⁴ V. il punto 59 della sentenza

limiti al *mutual trust* si staglia più in lontananza, non trovando in esso spazio, difatti, tutti quei motivi di non riconoscimento contenuti nell'art. 45 del regolamento n. 1215/2012. In particolare, il grande assente, nel Regolamento n. 1346, è il motivo contenuto nell'art. 45, par. 1, lett. e) del Regolamento Bruxelles I-bis, che impone al giudice richiesto una verifica del rispetto, da parte del giudice della cui decisione si tratta, delle disposizioni in tema di competenza giurisdizionale inderogabile (o esclusiva). La *ratio* di tale omissione è evidente e riposa nella realizzazione dell'universalità (seppur limitata) della procedura; né la disposizione del regolamento n. 1215 sopra enunciata potrebbe essere applicata per analogia, poiché, come è noto, la competenza giurisdizionale inderogabile in tale strumento ha una funzione protettiva nei confronti di talune categorie vulnerabili (lavoratori, consumatori...). Questa soluzione, che emerge abbastanza chiaramente dall'impianto del Regolamento, si lascia ancor più preferire se si pone mente a quanto constatato in precedenza, e cioè che il criterio del c.o.m.i. è già di per sé troppo vago per la funzione che dovrebbe svolgere: lasciare che la questione della sua individuazione nel caso concreto resti aperta a successive valutazioni di diversi giudici pregiudicherebbe oltremodo la realizzazione dell'unità e universalità della procedura, per quanto a ciò già non contribuiscono le procedure locali. Da ciò consegue, come ha chiarito anche la Corte in Giustizia al punto 43 della sentenza *Eurofood*, 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.

Nondimeno, una parte minoritaria della giurisprudenza e della dottrina (specie francesi) ha contestato questa soluzione. In giurisprudenza, abbiamo la decisione (purtroppo inedita) del *Tribunal de commerce* di Pontoise nell'*affaire Daisytek*:²⁵⁵ come abbiamo visto, buona parte delle società europee del gruppo erano state sottoposte ad *administration*, e fra queste vi era la società di diritto francese ISA Daisytek SAS. Nei confronti della stessa società, il giudice francese avviava, una decina di giorni dopo l'*administration order*, una procedura di *redressement judiciaire*, caratterizzata come procedura principale. Gli *administrator* inglesi esperivano una *tierce opposition* contro la decisione d'apertura, domandando che l'*order* del 16 maggio fosse senz'altro riconosciuto. Il giudice francese rigettava l'opposizione, ritenendo che il provvedimento inglese non fosse riconoscibile in ragione della violazione dei criteri di giurisdizione posti dal regolamento, dal momento che la semplice appartenenza ad un gruppo di società (tematica esclusa dalla disciplina del Regolamento) non poteva significare che il c.o.m.i. della controllata fosse situato presso quello della controllante. Il caso proseguiva dinanzi alla *Cour d'appel* di Versailles, che il 4 settembre 2003

²⁵⁵ Tribunal de commerce di Pontoise, 1° luglio 2003, inedita. Se ne può leggere un estratto nell'INSOL EIR Case Register: [2003] EIRCR(A) 83

accoglieva le argomentazioni dei curatori inglesi.²⁵⁶ Onde la decisione del giudice di prime cure parrebbe rappresentare un episodio isolato. Senonché pure in dottrina, successivamente alla sentenza *Eurofood*, si è riaffacciata l'idea di far rientrare “dalla finestra” qualcosa che il legislatore europeo aveva espressamente escluso;²⁵⁷ anche questa opinione, tuttavia, è isolata.

²⁵⁶ Cour d'appel di Versailles, 24a camera, 4 settembre 2003, n° 2003/05038, reperibile nel portale <http://www.legifrance.gouv.fr>

²⁵⁷ KHAIRALLAH, *op. cit.*, pp. 120-121, il quale evince dal Regolamento Bruxelles il principio per cui il rispetto dei criteri di giurisdizione esclusiva deve essere sempre assoggettato a scrutinio da parte del giudice cui il riconoscimento è richiesto. Ma non vedo come sia possibile evincere un principio da una singola disposizione, per di più collocata in un contesto tale da escluderne l'estensione analogica.

§ 5. I limiti al riconoscimento: l'art. 25, 3° paragrafo e la clausola di ordine pubblico

Gli unici strumenti per contestare il riconoscimento della decisione che ha aperto la procedura principale sono dunque quelli contenuti negli articoli 25 e 26 del Regolamento.²⁵⁸ A norma del terzo paragrafo del primo:

Gli Stati membri non sono obbligati a riconoscere ed a rendere esecutiva una decisione di cui al paragrafo 1 che abbia come effetto una limitazione della libertà personale o del segreto postale.

Non ho trovato decisioni in cui detta disposizione sia stata applicata,²⁵⁹ nonostante tra gli effetti cd. personali dell'apertura di una procedura d'insolvenza si annoverino spesso restrizioni alla libertà personale e alla segretezza della corrispondenza.²⁶⁰ Per questo motivo, si potrebbe anche ipotizzare l'abrogazione di questo paragrafo, anche perché, in fondo, la formulazione dell'art. 26 sarebbe in grado (almeno in astratto) di coprire le medesime fattispecie. Dispone, infatti, quest'ultimo:

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.

Come è noto, l'eccezione di ordine pubblico è comune a pressoché tutti gli ordinamenti di diritto internazionale processuale ed è altresì presente in tutti gli strumenti di diritto pattizio che trattano del riconoscimento delle decisioni giudiziarie (e arbitrali) e degli atti provenienti da autorità straniera, seppur declinata, di volta in volta, in maniera diversa. Ciò vale anche per gli strumenti rego-

²⁵⁸ In verità, l'ambito di applicazione di entrambe le disposizioni è generale, riferendosi i rispettivi dettati normativi indistintamente alle decisioni relative tanto alla procedura principale quanto a quelle locali. L'applicazione dell'eccezione di ordine pubblico al riconoscimento di decisioni riguardanti le procedure locali sarà trattata più nel dettaglio nelle pagine di questo capitolo relative a dette procedure

²⁵⁹ In questo senso depone anche lo studio del Parlamento sull'applicazione dell'eccezione di ordine pubblico, del quale dirò qualcosa nelle prossime righe.

²⁶⁰ Si v. gli artt. 48 e 49 della nostra legge fallimentare. Cfr. le *section 364 e 371 dell'Insolvency Act (1986)* e il § 102 *InsO*.

lamentari adottati dall'Unione Europea sulla base dell'art. 65 TFUE.²⁶¹ Prima fra essi, vi è la Convenzione di Bruxelles del 1968 (della quale occupa oggi il posto il regolamento 1215/2012, perciò detto Regolamento Bruxelles I-bis), il cui art. 27, come è noto, sanciva:

Le decisioni non sono riconosciute: 1) se il riconoscimento è contrario all'ordine pubblico dello Stato richiesto; [...]

La salvaguardia dei principi di ordine pubblico costituisce il principale limite all'obbligo di reciproca cooperazione imposto ai giudici dal diritto internazionale privato e processuale; ad esso si affiancano normalmente altri motivi di diniego di riconoscimento della sentenza straniera, contenuti, nella Convenzione di Bruxelles, negli articoli 27 e 28. Proprio con riferimento al sistema così composto, la Corte di Giustizia ha avuto modo, sin dalla sua prima sentenza sull'eccezione di ordine pubblico, di affermare come il ricorso a detta clausola debba avvenire in circostanze eccezionali e al di fuori delle ipotesi in cui possano invocarsi diversi motivi di non riconoscimento.²⁶² La sentenza più nota, tuttavia, è sicuramente quella resa nella drammatica vicenda del medico tedesco Dieter

²⁶¹ Sull'applicazione delle clausole di ordine pubblico contenute in tali atti normativi, esiste uno studio commissionato dalla Direzione Generale "Politiche interne" e dalla Commissione "affari giuridici" del Parlamento dell'Unione e recante la firma di Burkhard Hess e Thomas Pfeiffer dell'Università di Heidelberg. In questo studio si trova compendiata la giurisprudenza rilevante della Corte di Giustizia e quella degli Stati membri, sulla base delle elaborazioni di rapporti stilati dai diversi Stati in risposta ai questionari inviati dal gruppo di ricerca. Per quanto concerne il Regolamento sulle procedure d'insolvenza, gli Stati membri erano chiamati a segnalare la casistica di maggior rilievo rispondendo alle seguenti domande:

- a) L'art. 26 [...] è stato applicato esclusivamente o principalmente sulla base dell'ordine pubblico processuale o sostanziale?
- b) Secondo la relazione "Virgòs-Schmit", le questioni principali relative all'art. 26 sono il diritto di partecipazione del debitore e dei creditori (ordine pubblico procedurale), e il principio di non discriminazione e di protezione della proprietà (ordine pubblico sostanziale). Esiste della casistica con riferimento a tali categorie? E in relazione ad altri argomenti di rilievo?
- c) Se si è ritenuto violato l'ordine pubblico, era ciò dovuto principalmente alla violazione dell'ordine pubblico processuale o sostanziale?
- d) Per l'applicazione dell'eccezione di ordine pubblico di cui all'art. 26 [...], è stato dato rilievo alla casistica relativa ad altri atti normativi, in particolare a quelli elencati nel questionario nonché ad altri strumenti di diritto internazionale privato?
- e) L'art. 26 [...] è stato applicato estensivamente o restrittivamente?
- f) Quali ragioni hanno motivato un'eventuale applicazione estensiva?
- g) I giudici applicano o hanno addirittura sviluppato limiti per l'applicazione dell'eccezione di ordine pubblico? In particolare, hanno sviluppato linee guida su come esercitare la discrezionalità dovuta al carattere facoltativo del rifiuto di riconoscimento?
- h) In che misura i profili di diritto processuale hanno influenzato l'applicazione dell'art. 26?
- i) L'ambito applicativo dell'art. 26 [...] è risultato esteso in base alla legge applicabile ex artt. 4 ss., nonostante, giusta la sua formulazione, l'art. 26 si applichi solamente al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni?

Come si vede, le domande erano molto dettagliate (e spesso formulate in maniera contorta); non sono state altrettanto dettagliate le risposte, dalle quali comunque emerge come i giudici nazionali abbiano sostanzialmente seguito l'invito della Corte di Giustizia alla prudenza e alla cautela.

²⁶² C-145/86, *Hoffmann v. Krieg*, in <http://curia.europa.eu>

Krombach (culminata nel suo rapimento a seguito della decisione del *Bundesgerichtshof*).²⁶³ Sottoposto a procedimento penale in contumacia in Francia, il dott. Krombach veniva condannato a risarcire il signor Bammerski, il quale domandava in Germania l'*exequatur* di tale decisione; il giudice tedesco si trovava dunque a dover stabilire se la circostanza che l'imputato non fosse stato ammesso a difendersi nel procedimento penale nemmeno per mezzo dei suoi difensori potesse rilevare sotto il profilo dell'ordine pubblico cd. processuale. Sollecitata con tre questioni pregiudiziali, la Corte, innanzitutto, affermava, in nome dell'uniforme applicazione della Convenzione, di essere competente a definire i limiti entro i quali i giudici degli Stati membri potessero autonomamente riempire di contenuto la nozione di ordine pubblico.²⁶⁴ Un limite generale doveva essere rintracciato nella natura di eccezione alla libera circolazione delle decisioni, in ossequio alla ricordata giurisprudenza nel caso *Hoffmann*. Più interessante è, piuttosto, il passaggio in cui la Corte, richiamandosi alla CEDU e alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, si spinge a ravvisare nel rispetto del diritto ad un equo processo un possibile contenuto della nozione di ordine pubblico:

[...] anche se lo scopo della Convenzione è quello di garantire la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie, questo obiettivo non potrebbe tuttavia essere raggiunto indebolendo i diritti della difesa

In continuità con questa giurisprudenza si colloca il *leading case* sull'art. 26 del Regolamento, che è, ancora una volta, la sentenza *Eurofood*. I fatti sono noti a tutti: il provisional liquidator nominato il 27 gennaio 2004 era stato informato dell'udienza davanti al Tribunale di Parma solo quattro giorni prima della data fissata e alla richiesta di essere messo in condizioni di accedere ai documenti allegati alla domanda gli era stato opposto un netto rifiuto. La High Court di Dublino aveva così paventato una violazione dei diritti di difesa rilevante ai fini dell'art. 26. Nel rispondere alla questione pregiudiziale sollevata da detto giudice la Corte di Giustizia affermava:

[...] il ricorso alla clausola dell'ordine pubblico, di cui all'art. 27, punto 1, di tale Convenzione, in quanto costituisce un ostacolo alla realizzazione di uno degli obiettivi fondamentali della stessa, vale a dire quello di favorire la libera circolazione delle sentenze, deve essere effettuato soltanto in casi eccezionali.

Di conseguenza:

[...] un ricorso a tale clausola è immaginabile solo nel caso in cui il riconoscimento o l'esecuzione della decisione pronunciata in un altro Stato contraente contrasti in modo inaccettabile con l'ordinamento giuridico dello Stato richiesto, essendo la stessa lesiva di un principio fondamentale. La lesione dovrebbe costituire una violazione manifesta

²⁶³ *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 3/30/2011, No 75, p. 9.

²⁶⁴ Punto 22: "Ne consegue che, sebbene gli Stati contraenti restino, in linea di principio, liberi di determinare, in forza della riserva di cui all'art. 27, punto 1, della Convenzione, conformemente alle loro concezioni nazionali, le esigenze del loro ordine pubblico, i limiti di tale nozione rientrano nell'interpretazione della Convenzione".

di una regola di diritto considerata essenziale nell'ordinamento giuridico dello Stato richiesto o di un diritto riconosciuto come fondamentale nello stesso ordinamento giuridico

Posto che fra i diritti riconosciuti come fondamentali vi sarebbe anche quello ad un equo processo, la cui tutela sarebbe richiesta altresì dai “principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e alle indicazioni fornite in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali” (punto 65), l'unica indicazione concreta per soluzione del caso è contenuta nel successivo punto 66, ove si legge:

Anche se le concrete modalità del diritto di essere sentiti possono variare in funzione della possibile urgenza della decisione, ogni restrizione all'esercizio di tale diritto deve essere adeguatamente giustificata e *corredata di garanzie procedurali che assicurino ai soggetti interessati da una tale procedura l'effettiva possibilità di contestare i provvedimenti adottati in via di urgenza*.²⁶⁵

Nella sua sentenza del 3 luglio 2006, tuttavia, la *Supreme Court* irlandese non prendeva più in considerazione la questione del riconoscimento, appurato che la nomina del *provisional liquidator* era sufficiente ad integrare una decisione d'apertura della procedura principale.²⁶⁶

La Corte di Giustizia ha così ribadito il proprio orientamento per il quale il ricorso all'art. 26 deve costituire un evento del tutto eccezionale, l'*extrema ratio* per far fronte a decisioni foriere di palesi ingiustizie. Quanto alla giurisprudenza degli Stati membri, all'iniziale facilità di taluni giudici nel dare seguito agli effetti della disposizione in esame è seguito, specie dopo la sentenza *Eurofood*, un atteggiamento più cauto di altri, le cui sentenze, non per questo, sono meno interessanti.

La prima sentenza ad applicare l'art. 26 risale al giugno 2003 ed è stata resa dall'*Amtsgericht* di Düsseldorf nella vicenda *Daisytek*. Tre giorni dopo la sottoposizione *ad administration* delle società del gruppo, gli amministratori delle tre controllate tedesche (la *Supplies Team GmbH*, la *PAR Beteligungs GmbH* e la *ISA Deutschland GmbH*) chiedevano l'apertura di un *Insolvenzverfahren*; il giorno stesso il tribunale tedesco nominava un curatore provvisorio, il quale domandava che agli effetti dell'*administration order* fosse negato il riconoscimento altrimenti dovuto in forza dell'art. 16. La decisione del 6 giugno accoglieva tale richiesta facendo applicazione dell'art. 26, censurando la violazione del diritto di difesa degli amministratori, nella cui richiesta non appariva alcun riferimento all'apertura dell'*administration*, onde l'impressione che questi non fossero interpellati al riguardo.²⁶⁷ Inoltre, la decisione era gravemente carente sotto il profilo della motivazione, mancando in essa ogni riferimento al Regolamento e alle sue disposizioni. Di conseguenza, il 10 luglio la procedura d'insol-

²⁶⁵ Corsivo aggiunto

²⁶⁶ *Re Eurofood IFSC Ltd (No 2)* [2006] IESC 41, in <http://www.courts.ie>

²⁶⁷ AG Düsseldorf 6.6.2003 (502 IN 126/03), in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2003, pp. 30 ss.

venza tedesca veniva aperta e, in ragione del mancato riconoscimento dell'*administration*, caratterizzata come procedura principale. La decisione d'apertura veniva tuttavia impugnata con successo dagli *administrator* inglesi: da un lato, nuove prove mostravano che le istanze alla *District Court* di Leeds erano state presentate dietro autorizzazione degli amministratori di tutte le società del gruppo, per cui nella specie non poteva ravvisarsi alcuna violazione del diritto di difesa; dall'altra, l'*administration order* era stato emendato il 21 novembre e la sua motivazione integrata.²⁶⁸

La seconda sentenza a dar effetto all'eccezione di ordine pubblico è, in realtà, di poco successiva al *grand arrêt Eurofood*, ed è quella pronunciata dall'*Amtsgericht* di Norimberga il 15 agosto 2006. L'istanza di non riconoscimento proposta dal *Vorläufiger Insolvenzverwalter* aveva ad oggetto, di nuovo, un *administration order*. Con quest'ultimo, la *High Court* londinese aveva aperto una procedura nei confronti della *holding* del gruppo Brochier, centenaria impresa edile tedesca che solo qualche anno prima era stata trasformata in società di diritto inglese. La vicenda processuale in esame ha dell'incredibile: l'*administration order* interveniva il 4 agosto 2006 nel primissimo pomeriggio e a distanza di poco meno di un'ora il tribunale tedesco nominava un curatore provvisorio. Solo a seguito di un incontro con quest'ultimo, pochi giorni dopo, gli *administrator* venivano a conoscenza di una serie di circostanze dalle quali emergeva al di là di ogni dubbio che il c.o.m.i. della Brochier si trovava in Germania. Interpellata dai curatori inglesi, la *High Court* rivedeva l'*administration order* il 15 agosto, statuendo di non avere giurisdizione ad aprire la procedura principale e rinviando l'udienza per la discussione circa la sussistenza delle condizioni per l'apertura di una procedura secondaria.²⁶⁹ Lo stesso giorno, tuttavia, l'AG di Norimberga decideva sull'istanza di non riconoscimento; in astratto, sarebbe stato possibile rigettare la domanda per sopravvenuta carenza d'oggetto (ammesso che il giudice fosse stato informato della coeva decisione della *High Court*); l'istanza, invece, veniva accolta applicando platealmente l'art. 26 sulla base di ben quattro motivi: 1) l'assenza di motivazione; 2) il mancato esame da parte del giudice della propria giurisdizione, basata solamente sulle allegazioni unilaterali degli istanti; 3) la mancanza di indipendenza in capo agli *administrator*; 4) la deliberata falsità delle allegazioni degli istanti circa gli elementi rilevanti ai fini della decisione sul c.o.m.i.²⁷⁰ Conseguentemente, il 1° ottobre, la procedura principale

²⁶⁸ AG Düsseldorf 12.3.2004 (502 IN 126/03), in *Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, 2004, pp. 269; AG Düsseldorf 7.4.2004 (502 IN 124/03), *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2004, pp. 866 ss.. OLG Düsseldorf 9.7.2004 (I-3 W 53/04), *ivi*, pp. 1514 ss.. Conseguentemente, nelle prime due decisioni l'AG accoglieva l'istanza volta all'apertura della procedura secondaria. Nella terza (riguardante la società ISA Deutschland), rigettava il non molto chiaro argomento per cui il riconoscimento dell'*order* emendato sarebbe stato in conflitto con tale procedura secondaria.

²⁶⁹ High Court, 8 dicembre 2006, inedita. Per la sintesi nell'INSOL Case Register: [2006] EIR-CR(A) 303.

²⁷⁰ AG Nürnberg v 15.8.2006 (8004 IN 1326 bis 1331/06), in *Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, 2007, pp. 185

iniziava davanti al giudice tedesco; per quella secondaria, invece, il giudice inglese ritenne di non avere giurisdizione.²⁷¹

Come si vede, siamo ben lontani, specie con quest'ultima sentenza, dalla cautela suggerita dalla Corte di Giustizia. Specie dopo Eurofood, in verità, alcuni giudici si dimostrarono sin troppo prudenti, fino al punto da escludere l'applicabilità dell'art. 26 senza sostanzialmente rendere conto dei motivi di tale scelta. Mi limito a riportare un paio di esempi. Il primo è quello delle sentenze della Cour d'appel di Versailles della Cour de Cassation nella più volte menzionata vicenda Daisytek: come abbiamo visto, la Corte d'appello di Versailles aveva censurato la sentenza del tribunale di commercio di Pontoise ricordando come l'unico mezzo idoneo a superare il riconoscimento della procedura principale fosse la clausola di ordine pubblico. Orbene, su questo punto, la società debitrice sosteneva, nel suo appello incidentale, che tanto l'omessa pubblicazione dell'*administration order* nel registro delle imprese quanto il difetto di convocazione della *comité d'entreprise* integrassero una patente violazione del diritto di difesa della società; sul primo punto, la corte d'appello richiamava (invero un po' a sproposito) l'art. 17 del Regolamento, giusta il quale il riconoscimento della procedura principale deve avvenire "senza formalità"; quanto alla seconda questione, stabiliva, sbrigativamente, che tale irregolarità andasse censurata di fronte al giudice inglese. Solo tre anni più tardi, il supremo consesso giudiziario d'oltralpe rigettava il ricorso del pubblico ministero con una sentenza la cui lacunosità potrebbe imputarsi, a voler essere indulgenti, alla proverbiale sinteticità che contraddistingue le sentenze di questo giudice. Richiamate le ammonizioni della Corte di Giustizia sull'eccezionalità del ricorso all'eccezione di ordine pubblico e sulla necessità che l'art. 26 sia applicato solo in presenza di "contrastanti inaccettabili" e "violazioni manifeste", conclude la Cassazione:

Attendu que l'absence d'audition des représentants du personnel préalablement à la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ne constituant pas une violation manifeste du droit fondamental à être entendu dont dispose une personne concernée par cette procédure, la cour d'appel a rejeté à bon droit le moyen tiré de la contrariété à l'ordre public fondé sur l'article 26 du règlement ; que le grief n'est pas fondé;

Par ces motifs:

Rejette le pourvoi

Mi limito a segnalare, come ulteriore esempio negativo, una decisione dell'OLG di Innsbruck dell'8 luglio 2008:²⁷²

Der Anerkennung der Einsetzung eines deutschen vorläufigen Verwalters als Eröffnungsentscheidung steht auch nicht entgegen, wenn eine Begründung fehlt, weshalb die internationale Zuständigkeit des Gerichts angenommen wurde. Selbst die fälschli-

²⁷¹ Rispettivamente: AG Nürnberg 1.10.2006 (8034 IN 1326/06), in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2007, pp. 83 ss.; *Re Hans Brochier Holdings Ltd*, 8 dicembre 2006, inedita (EIR Case Register [2006] EIRCR(A) 303)

²⁷² OLG Innsbruck 8.7.2008 (1 R 176/08d), in ZIK 2008, 214, nella banca dati all'indirizzo www.ris.bka.gv.at/Jus

che Inanspruchnahme der Zuständigkeit verstößt nämlich grundsätzlich nicht gegen den Ordre Public.

Se si può, infatti, convenire sull'ultima affermazione, altrettanto non vale per la prima, poiché è evidente che la presenza di una decisione motivata è condizione irrinunciabile dell'esercizio effettivo del diritto di difesa attraverso l'esperimento dei mezzi d'impugnazione.

Confesso una cosa che il lettore avrà già capito: non amo particolarmente questo filone giurisprudenziale. Se le preoccupazioni della Corte di Giustizia (chiamata com'è a vigilare sull'uniforme applicazione del diritto dell'Unione) possono essere pienamente comprese, non si può invece accettare che, per questo, la clausola di ordine pubblico debba essere immotivatamente svuotata di ogni contenuto. Per queste ragioni ritengo più interessante quell'orientamento, diciamo così, intermedio, il quale ha genuinamente seguito le indicazioni della sentenza *Eurofood*, senza abdicare al compito (spettante unicamente ai giudici nazionali) di riempire di sostanza la nozione di ordine pubblico. Le sentenze dell'Oberlandesgericht Wien e dell'Oberstergerichtshof nella vicenda *Stojevic* ne sono un esempio, benché siano precedenti al caso *Eurofood*.²⁷³ All'attenzione dei giudici viennesi era stato posto il problema circa la possibilità che l'errore del giudice della procedura principale nell'affermare la propria giurisdizione potesse essere fatto valere come motivo di non riconoscimento di tale decisione fondato sull'eccezione di ordine pubblico. Una risposta affermativa avrebbe difatti permesso di aggirare il divieto di riesame della giurisdizione del primo giudice da parte del secondo. Prima di leggere le motivazioni delle due sentenze, conviene dar brevemente conto dei fatti di causa. Il debitore, consulente per una società londinese ed amministratore delegato di una società viennese di *consulting*, veniva sottoposto in Austria a *Konkursverfahren* il 28 gennaio 2004. Il giorno seguente, il debitore presentava allo stesso giudice una dichiarazione alla quale era allegata un *bankruptcy order* della *High Court of Justice* datato il 27 marzo 2003 (*sic!*), dando atto, in sostanza, della contemporanea pendenza di una procedura d'insolvenza (principale) nel Regno Unito. Tuttavia, per effetto della successiva rinuncia all'appello da parte del debitore, il procedimento aperto in Austria -non si sa bene come- proseguiva. Nell'ambito di quest'ultimo, lo *Handelsgericht* di Vienna autorizzava la derelizione (*Ausscheidung*) di un credito di dubbia esistenza nei confronti di una banca ceca. Il *trustee in bankruptcy* inglese impugnava tale decisione. L'*OLG* di Vienna esaminava, in primo luogo, la questione del riconoscimento della procedura principale aperta in Inghilterra: premessa la vigenza del principio di "fiducia reciproca" (*Prinzip des gemeinschaftsweiten Vertrauens in die Gerichte der Mitgliedstaaten*), non rimaneva che considerare gli eventuali profili di contrarietà all'ordine pubblico. Sul punto, la decisione è particolarmente articolata e ricca di riferimenti dottrinali: innanzitutto, a sostegno dell'affermazione per cui

Verstöße gegen die Zuständigkeitsordnung der EulnsVO stellen per se auch keine ordre public-Verletzung dar

²⁷³ OLG Wien 9.11.2004 (28 R 225/04w); OGH 17.3.2005 (8 Ob 135/04t), in www.ris.bka.gv.at/Jus. MOSS, *Viennese Waltz for Two Main Proceedings: the Stojevic Saga*, in *Insolvency Intelligence*, 2005, pp. 141 ss.

viene citato il punto 202 della relazione Virgòs-Schmit.²⁷⁴ Altri argomenti fanno leva da un lato sull'eccezionalità del ricorso alla clausola di ordine pubblico, dall'altro sulla formulazione dell'art. 26, che rimette alla discrezionalità del giudice la sua applicazione nel caso concreto. Sul primo punto osserva il giudice:

Der ordre public darf vielmehr nur in Ausnahmefällen herangezogen werden; die zulässigen Gründe für eine Versagung der Anerkennung sollen auf das "unbedingt notwendige Maß" beschränkt werden. Dies wird durch die Formulierung des Art 26 EuInsVO, der einen "offensichtlichen" Verstoß verlangt, noch verdeutlicht. Das Merkmal der Offensichtlichkeit erfordert einen derart deutlichen Verstoß, das er sich einem verständigen Anwender unmittelbar erschließt. Jedenfalls dürfen die Zielsetzungen der EuInsVO durch die Berufung auf den ordre public nicht unterlaufen und ihr Anerkennungssystem ausgehöhlt werden

Ciò sarebbe anche conseguenza del secondo argomento, cioè della natura discrezionale del diniego di riconoscimento:

Dazu kommt, dass selbst bei Vorliegen einer ordre public-Verletzung die Versagung der Anerkennung - anders als nach EuGVVO, EuGVÜ und LGVÜ - nicht zwingend, sondern lediglich fakultativ vorgesehen ist, was durch die Formulierung "kann" in Art 26 EuInsVO zum Ausdruck kommt

L'OLG riconosce, nondimeno, che l'art. 26 potrebbe trovare applicazione qualora si ravvisi una violazione dell'ordine pubblico cd. processuale, come nel caso in cui la decisione d'apertura della procedura principale mancasse totalmente di motivazione. Incorrerebbe però in un palese *non sequitur* chi tentasse di inferire da tale affermazione la conclusione per cui l'errore sulla giurisdizione rilevi egualmente come motivo di non riconoscimento.²⁷⁵

Più forte (e più interessante) è l'osservazione svolta più avanti, per cui la totale assenza di punti di contatto tra il debitore e lo Stato membro in cui è aperta la procedura principale potrebbe dar luogo all'applicazione di ordine pubblico, così

²⁷⁴ Nel quale i relatori ribadiscono come al principio di *Community trust* e al divieto di revisione *au fond* consegua che: "The courts of the requested States may not review the jurisdiction of the court of the State of origin, but only verify that the judgment emanates from a court of a Contracting State which claims jurisdiction under Article 3 of the Convention. It is for the judicial authorities of the State in which the judgment originated (F1) to verify and control its international jurisdiction under the Convention. Any interested party seeking to challenge the jurisdiction of a national court must go to the State of the opening of proceedings to appeal against the decision asserting jurisdiction."

²⁷⁵ "Verstößt nach dem Gesagten aber die unberechtigte Inanspruchnahme der internationalen Zuständigkeit durch Gerichte des Erststaates als solche in der Regel nicht gegen den ordre public, würde es einen Wertungswiderspruch darstellen, eine derartige ordre public-Verletzung aus dem bloßen Umstand abzuleiten, dass die ausländische Entscheidung das Vorliegen der internationalen Zuständigkeit nicht näher begründet".

come nel caso in cui l'affermazione di tale giurisdizione portasse a situazioni di conclamata ingiustizia.²⁷⁶

Ad ogni modo, dal doveroso riconoscimento della procedura principale il giudice fa discendere l'annullamento della decisione di derelizione, avendo essa come oggetto un elemento patrimoniale collocato, ai sensi dei criteri di localizzazione di cui all'art. 2, lett. g, al di fuori del territorio austriaco (e pertanto ricompreso nell'attivo della procedura principale). La successiva sentenza dell'*Oberlandesgericht* del 17 marzo 2005 ha confermato la sentenza d'appello, compendandone la motivazione.

Le analogie fra queste decisioni e quella della Corte di Giustizia sono numerose: entrambe citano la sentenza *Krombach* e, di conseguenza, tratteggiano l'ordine pubblico non come nozione puramente "nazionale", bensì come concetto normativo dal contenuto potenzialmente uniforme, mercé il rinvio ai principi generali del diritto comunitario, oggi più facilmente identificabili grazie all'elevazione della Carta di Nizza a fonte di rango primario. Certo, ai fini del *thema decidendum* sarebbe stato porre l'attenzione sul dato sistematico, già ricordato, per cui la revisione della giurisdizione da parte del giudice richiesto del riconoscimento, già eccezionale nell'ambito della Convenzione di Bruxelles, non sia minimamente menzionata nel Regolamento n. 1346; d'altronde, una specificazione simile a quella contenuta nel 3° paragrafo dell'art. 28 di detta Convenzione avrebbe dissipato qualsiasi dubbio, senonché la fretta di giungere al varo della Convenzione del 1995 e del Regolamento ha impedito di riprendere quello che di buono c'era nei progetti preliminari, come l'inciso di cui all'art. 56, par. 2 lett. b):

[...] such an action [to impeach the bankruptcy, n.d.r.] may not be brought on the basis that the judgment was contrary to public policy on any of the following grounds: [...] b) that the court which declared the debtor bankrupt had no jurisdiction.

Tuttavia, pur nella sua prolissità, la decisione dei giudici austriaci contiene lo spirito di quella che sarà poi la sentenza *Eurofood*: affermato che il ricorso all'art. 26 debba costituire una *extrema ratio*, non si nega tuttavia che ciò possa accadere. Naturalmente, le indicazioni della Corte di Giustizia quanto al contenuto dell'ordine pubblico sono limitate, spettando ai giudici nazionali il compito di fornirle; e quanto all'assolvimento di tale funzione, se la decisione dell'*OLG* non è che un eccessivo sfoggio di erudizione, quella della Cassazione francese del 15 febbraio 2011 è certamente più incisiva ed esemplare. In quella vicenda, il Tribunale di Lucca ammetteva le società del gruppo francese Dalle ad una procedura di concordato preventivo. Un creditore, società del noto gruppo bancario HSBC, chiedeva che la *Cour d'appel* di Douai dichiarasse non riconoscibile il decreto d'ammissione lamentando la violazione del diritto ad un ricorso ef-

²⁷⁶ In Hinblick auf das Vorliegen von -wenn auch nicht notwendig die in Art 3 Abs 1 EulnsVO geforderte Intensität erreichenden -Anknüpfungspunkten erscheint die Annahme der internationalen Zuständigkeit durch das englische Gericht jedenfalls nicht offensichtlich ordre public-widrig im Sinne des Art 26 EulnsVO. Anderes mag allenfalls dann gelten, wenn überhaupt keine international anerkannte Nahebeziehung vorliegt und allenfalls zusätzlich besondere Umstände (Entfernung, Sprachproblem) die Gerichtspflichtigkeit als im Sinne des Art 6 EMRK [Europäische Menschenrechtskonvention, i.e. la CEDU, n.d.r.] "unfair" erscheinen lassen.

fettivo, integrata dall'assenza, nella legge fallimentare italiana, di adeguati mezzi di ricorso con i quali contestare, all'interno della procedura di concordato preventivo, la statuizione sulla giurisdizione. La Cassazione confermava il *decisum* della corte d'appello, la quale disattendeva il ragionamento del creditore per cui l'opposizione all'omologazione del concordato non sarebbe stata in grado di convogliare le doglianze contro l'assunzione della giurisdizione. È centrale l'ammissione della suprema corte d'oltralpe per cui:

[...] un tel refus peut être fondé sur la méconnaissance du droit d'accès au juge et, notamment, sur l'impossibilité pour un créancier domicilié dans un État membre autre que celui d'ouverture de la procédure principale d'insolvabilité de contester effectivement, dans l'État d'ouverture, la compétence assumée par ses juridictions

Solo che si esclude, subito dopo, che in concreto tale ipotesi si dia. Infatti:

[...] le décret royal du 16 mars 1942 réglementant la procédure de concordato preventivo permettait à tout créancier de former opposition au concordat et d'interjeter appel du jugement d'homologation de celui-ci, sans qu'il soit exclu, à cette occasion, de discuter de la compétence de la juridiction ayant ouvert la procédure

Al *restraint* suggerito dalla Corte di Giustizia non si giunge negando l'astratta riconducibilità del fatto controverso alla fattispecie di cui all'art. 26 (come nelle citate sentenze dell'*OLG Innsbruck* e della stessa *Cour de Cassation* nella vicenda *Daisytek*), bensì constatando come tale violazione manchi *in concreto*. A tale constatazione il giudice francese perviene con un'interpretazione certamente corretta della nostra legge fallimentare, seppur non soddisfacente da un punto di vista pratico, dato che l'opposizione al decreto d'omologazione si pone a valle dell'intera procedura e non si svolge immediatamente dopo la sua apertura; è vero anche che quella della ricorribilità per cassazione del decreto d'ammissione alla procedura di concordato (o di quello d'inammissibilità della domanda) è tutt'ora questione controversa, nonostante sullo specifico profilo della contestazione della giurisdizione le nostre Sezioni Unite si siano pronunciate già da molto tempo.

Ecco perché, credo, questa giurisprudenza è genuinamente conforme all'insegnamento costante della Corte di Giustizia; del resto, l'ipotesi dell'assenza di mezzi di ricorso contro la decisione d'apertura era stata colta già nella sentenza *Eurofood*, come si vede leggendo in filigrana il punto 66 sopra citato.

§ 6. Conclusioni

Ora, in questa caotica e preoccupante situazione, un intervento del legislatore europeo sarebbe auspicabile, se non altro in quanto attuazione di canoni di *fair play* processuale oggi consacrati anche nell'art. 47 della Carta di Nizza, la quale, se di per sé non permette alle istituzioni dell'Unione di erodere la sovranità dei parlamenti nazionali, nondimeno dovrebbe ispirare gli interventi del legislatore comune sul proprio diritto. Quanto al superamento del limite insito nella regola dell'autonomia processuale degli Stati membri, bisogna ancora una volta guardare ai principi di sussidiarietà e proporzionalità: se il rispetto del primo è, come mi sembra, fuori discussione, bisogna esaminare i problemi solle-

vati dal secondo. In linea generale, lo spettro dei possibili interventi si estende da un massimo grado di incisività (e di deroga al principio dell'autonomia processuale degli Stati membri), costituito dall'imposizione, a mezzo di regolamento, di un contraddittorio immediato a favore dei creditori, sino ad un grado minimo che, come abbiamo visto, consiste nella previsione di un potere d'impugnazione in capo agli stessi della decisione d'apertura della procedura, quanto meno con riguardo all'aspetto della giurisdizione. Su questo aspetto, comunque, tornerò nella *sedes* dedicata all'analisi del *recast*.

In conclusione di questo capitolo, mi preme evidenziare come ad un profilo del Regolamento il legislatore europeo debba assolutamente mettere mano; si tratta invero di un aspetto addirittura pregiudiziale a quelli trattati in precedenza, e che nondimeno è stato, come dire, snobbato dalla dottrina, forse perché di rilievo eccessivamente pratico.²⁷⁷ Eppure, bastano un paio di esempi per rendersi conto di come il problema, nonostante la disciplina contenuta nel Regolamento, fosse lungi dall'essere stato preso nella giusta considerazione. Il primo esempio è la già incontrata vicenda Stojevic, nella quale una procedura d'insolvenza principale veniva aperta in Austria e solo il giorno successivo il tribunale fallimentare veniva informato della contemporanea pendenza, nel Regno Unito, di altra procedura d'insolvenza, anch'essa principale. L'altro esempio, poi, ha del paradossale: si tratta procedura aperta nei confronti del senatore ceco Václav Fischer. In pendenza del procedimento prodromico davanti al tribunale praghese, l'*Amtsgericht* di Amburgo, su istanza del debitore medesimo, apriva una procedura principale; di essa il giudice ceco rimaneva all'oscuro e pertanto apriva una procedura anch'essa fondata sull'art. 3, 1° paragrafo del Regolamento. La difesa del debitore, come ovvio, impugnava tale decisione facendo valere il riconoscimento della procedura tedesca ai sensi dell'art. 16; ma quasi per ripicca, il giudice d'appello convertiva la procedura ceca in procedura secondaria senza concedere al debitore di svolgere le proprie deduzioni in ordine alla sussistenza delle condizioni prescritte dall'art. 3, 2° paragrafo; tale grossolana violazione del diritto di difesa veniva poi inevitabilmente censurata dalla *Nejvyšší soud České republiky* (la corte suprema della Repubblica Ceca).²⁷⁸ Si vede che quello della pubblicità delle decisioni d'apertura è un problema pratico molto grave, al quale gli articoli 21 e 22 del Regolamento non danno un rimedio adeguato. Queste disposizioni, infatti, hanno uno scopo ben diverso, ossia quello di ripartire l'onere della prova in ordine alla conoscenza della pendenza della procedura per l'applicazione dell'art. 24, in tema di prestazioni effettuate a favore del debitore successivamente all'apertura della procedura. Ciò spiegherebbe come mai la pubblicità delle procedure sia lasciata alla discrezionalità, alternati-

²⁷⁷ Nella letteratura italiana, l'unico scritto al riguardo è quello di FERRARO, *Il sistema di pubblicità europeo delle insolvenze transfrontaliere*, in *Diritto fallimentare*, 2016, pp. 30 ss.

²⁷⁸ Si può trovare la sentenza della corte suprema ricercandola nella banca dati nel sito della corte (<http://www.nsoud.cz>). Per coloro che, al pari dello scrivente, dovrebbero farsi guidare da un madrelingua ceco per leggerla, l'INSOL EIR Case Register mette a disposizione un sunto in inglese accompagnato da un'interessante interpretazione: *"Without trying to trivialise the procedural irregularities committed by the two lower Czech courts, one can probably best understand them as a rather desperate attempt to prevent what the Czech judges could legitimately have viewed as a blatant case of forum shopping"*.

vamente, del curatore ovvero dell'ordinamento dello Stato in cui si trovi una dipendenza (art. 21, 2° paragrafo) o nel quale si tenga il registro immobiliare o di commercio per tramite del quale si voglia rendere pubblica la decisione d'apertura (art. 22, 2° paragrafo). Se -come è facile comprendere- la conoscenza della dipendenza del procedimento prodromico o, quanto meno, della decisione d'apertura sono essenziali per l'esercizio delle prerogative di difesa dei creditori sulle quali ci siamo soffermati nelle pagine precedenti, è chiaro che tutta questa discrezionalità non dovrebbe esserci: il legislatore europeo dovrebbe prescrivere che gli Stati membri sottopongano le istanze o le decisioni d'apertura di procedimenti stranieri quanto meno alla medesima pubblicità che spetta ai rispettivi atti delle procedure interne.²⁷⁹

²⁷⁹ Problema ulteriore, poi, è quello dell'effettività delle forme di pubblicità concepite dagli ordinamenti nazionali: la questione è ben nota al fallimentarista italiano, che ha già sperimentato come l'iscrizione nel registro delle imprese della sentenza dichiarativa di fallimento non sia da sola sufficiente; ed è nota, in particolare, a quelle controparti dei debitori dichiarati falliti che non abbiano riassunto in tempo i processi interrotti ex art. 43 l.f. prima della sentenza n. 17 del 21 gennaio 2010 della Corte Costituzionale.

CAPITOLO IV

§ 1. Premessa

Nel secondo capitolo di questo lavoro abbiamo osservato brevemente struttura e funzione delle procedure locali all'interno della Convenzione del 1995. Conviene, a questo punto, mettere le relative disposizioni del Regolamento del 2000 sotto la lente d'ingrandimento, incominciando con una carrellata panoramica, per poi discendere ulteriormente nell'analisi dei due profili di maggior rilievo di tutta la disciplina, vale a dire quello delle condizioni per l'apertura di dette procedure e quello dei rapporti fra le stesse e le procedure principali.

Come abbiamo visto, le procedure locali si distinguono in procedure indipendenti -se aperte prima della procedura principale- e procedure secondarie -se aperte dopo-. Per aprire l'una o l'altra specie di procedura, il giudice investito della relativa istanza dovrà in primo luogo verificare -è bene ribadirlo- che il *centre of main interest* si trovi all'interno dell'ambito territoriale di applicazione del Regolamento;²⁸⁰ il che costituisce un'ulteriore ragione di importanza di tale criterio e di urgenza di una sua più precisa definizione legislativa. Infatti, qualora risulti che il c.o.m.i. si trovi in uno Stato terzo, il giudice non aprirà una procedura locale, né tantomeno una principale, bensì una procedura i cui effetti extra-territoriali e i cui rapporti con omologhi *iter* avviati all'estero saranno interamente governati dal diritto internazionale privato interno. Si può osservare un esempio di corretta applicazione di tale principio nel caso deciso dalla *Cour d'Appel* di Bruxelles l'8 Aprile 2004:²⁸¹ un ente previdenziale chiedeva il fallimento di una società operativa nell'estrazione mineraria costituita nell'ex Congo Belga (oggi Repubblica Democratica del Congo); il giudice d'appello, con un percorso argomentativo a dire il vero un poco contorto, approdava alla corretta soluzione per cui, trovandosi il c.o.m.i. della società nel paese africano, il Regolamento non risultava applicabile al caso di specie e, di conseguenza, nessuna procedura locale poteva essere aperta, benché in Belgio si trovasse un plesso produttivo della società qualificabile come dipendenza ai sensi dell'art. 2; in questo modo, fu ribaltata la sentenza di primo grado che aveva, fra l'altro, inteso tale dipendenza come entità autonoma e distinta rispetto alla società costituita nel Congo.

Superato questo primo stadio, l'ideale *checklist* delle condizioni da soddisfare per l'apertura di una procedura locale prosegue con la verifica della giurisdizione (sulla quale ci intratterremo nel prossimo paragrafo) e di quell'altro profilo di rito, direttamente disciplinato dal Regolamento, che è la legittimazione attiva (alla quale sarà dedicato il paragrafo successivo).

Accertata dunque positivamente l'ammissibilità dell'istanza (in quanto proveniente da parte legittimata e diretta ad un ufficio giudiziario

²⁸⁰ Cfr. considerando 14: "Il presente regolamento si applica unicamente alle procedure in cui il centro degli interessi principali del debitore si trovi all'interno della Comunità".

²⁸¹ Court d'Appel de Bruxelles (9e ch.), 8 aprile 2004, in *Revue pratique des sociétés*, 2004, p. 175. INSOL EIR Case Register [2004] EIRCR(A) 413.

competente),²⁸² il giudice transiterà ad esaminare i profili di merito, che nella tradizione italiana si riassumono con le nozioni di presupposti soggettivi ed oggettivi. Il procedimento prodromico subisce, a questo punto, un'importante deviazione dal suo schema ordinario; dispone infatti l'art. 27, nel suo *incipit*:

La procedura di cui all'articolo 3, paragrafo 1, aperta da un giudice di uno Stato membro e riconosciuta in un altro Stato membro (procedura principale) permette di aprire, in quest'altro Stato membro, i cui giudici siano competenti ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, una procedura secondaria d'insolvenza, *senza che in questo altro Stato sia esaminata l'insolvenza del debitore*.

È d'uopo qualche osservazione su tale disposizione. Innanzitutto, dalla prolissa formulazione è possibile risalire alla sua *ratio*: l'accento alla circostanza che la procedura principale sia stata riconosciuta lascia intendere che l'elisione del *thema decidendum* rappresenti una conseguenza del riconoscimento della decisione d'apertura della procedura principale ex art. 16 e, con essa, dell'accertamento in questa operato in ordine alla sussistenza del presupposto oggettivo. La portata di tale conclusione non va sottovalutata: in virtù dell'art. 27 è infatti possibile, nello Stato ove si trovi la dipendenza, dare avvio ad una procedura d'insolvenza anche qualora il debitore versi in condizioni patrimoniali e finanziarie che, normalmente, non permetterebbero l'avvio di alcuna procedura; ciò è dovuto alle profonde differenze esistenti negli ordinamenti concorsuali degli Stati membri in ordine alla definizione dei presupposti oggettivi. Esemplicando, qualora una procedura principale sia stata aperta in Francia sulla base della dichiarazione di "cessazione dei pagamenti" (*cessation de paiements*), in Italia sarà possibile dichiarare il fallimento dello stesso debitore (in veste di procedura secondaria) sulla base del medesimo *insolvency test*, benché da noi lo stato di cessazione dei pagamenti abbia smesso da decenni di costituire il presupposto oggettivo per l'apertura di una procedura fallimentare.²⁸³ Come è facile intuire, la scelta del momento in cui giustificare l'intervento di una procedura dagli effetti dirompenti quale è una procedura d'insolvenza, costituisce un tema delicatissimo di politica del diritto e dell'economia, molto sensibile alle variabili economiche e culturali di ciascun ordinamento; attraverso l'art. 27 si finisce quindi, ancora una volta, per riaffermare il principio di universalità, esportando le valutazioni politiche (trasposte in norme giuridiche) effettuate dallo Stato membro in cui si trova il *c.o.m.i.* del debitore. Di tale ricostruzione si può trovare conferma nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Ai punti 70 e 71 della sentenza *Bank Handlowy w Warszawie SA, PPHU "ADAX"/Ryszard Adamiak c. Christianapol sp. z.o.o.* si legge:²⁸⁴

²⁸² Il quindicesimo considerando ricorda, a scanso di equivoci, che la competenza territoriale interna alla giurisdizione internazionalmente competente rimane affidata al diritto processuale nazionale.

²⁸³ V. l'art. 683 del Codice di Commercio del 1885: "Il commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti per obbligazioni commerciali è in istato di fallimento".

²⁸⁴ C-116/11, in curia.europa.eu, assieme alle conclusioni dell'Avvocato Generale

70. [...] la valutazione effettuata sullo stato di insolvenza del debitore da parte del giudice competente ai fini dell'apertura della procedura principale si impone ai giudici eventualmente aditi ai fini della domanda di apertura della procedura secondaria. 71. Questa interpretazione è l'unica idonea ad evitare le ineluttabili difficoltà che deriverebbero, in assenza di una definizione della nozione di insolvenza nel regolamento, dall'applicazione da parte di giudici diversi di concezioni nazionali divergenti in merito alla nozione di insolvenza. [...]

Infatti, come si legge poi nel successivo punto 72:

Le divergenze di valutazione da un giudice all'altro sarebbero incompatibili con l'obiettivo di un funzionamento efficace ed effettivo delle procedure di insolvenza transfrontaliere che il regolamento vuole realizzare mediante il coordinamento delle procedure principale e secondaria nel rispetto della prevalenza della procedura principale.

Sul caso *Handlowy* tornerò a breve; in questa sede devo però accennare alle circostanze che hanno dato vita alla questione pregiudiziale su cui la Corte si è così espressa; leggendo la sentenza, si scopre che il quesito pregiudiziale prendeva le mosse dalle difese del debitore, già assoggettato a procedura di *sauvegarde* in Francia, contro l'apertura di una procedura liquidatoria in Polonia -richiesta, appunto, da alcuni creditori-. Da ciò si vede come l'art. 27, nato come corollario del principio di universalità, si sia rivelato in realtà una semplificazione estremamente vantaggiosa per i creditori "locali" desiderosi di contrastare la procedura principale con una procedura secondaria. Onde l'obiezione interpretativa, sollevata dalla curatela della Christianapol, per cui nulla nella formulazione dell'art. 27 vieterebbe al giudice investito di un'istanza di procedura secondaria di procedere ad una nuova valutazione dello stato d'insolvenza, specie qualora la prima procedura abbia carattere di risanamento. In effetti, il testo dell'art. 27, come ammesso pure dall'Avvocato Generale Juliane Kokott nelle sue conclusioni, lascia spazio, anche in altre versioni linguistiche, ad un simile approdo ermeneutico;²⁸⁵ il quale ha un senso pure alla luce del sistema: se la procedura principale ha finalità di risanamento e, come il *redressement judiciaire*,

²⁸⁵ La conclusione raggiunta dall'Avvocato Generale è pertanto divergente rispetto a quella della Corte di Giustizia e, a mio avviso, più convincente: "Lo scopo dell'articolo 27 consiste nel rendere superfluo un ulteriore esame dell'insolvenza da parte del giudice della procedura secondaria, per contribuire così ad accelerare le procedure. È palese che il legislatore ha ritenuto che un nuovo esame fosse superfluo atteso che l'insolvenza del debitore è stata già esaminata al momento dell'apertura della procedura principale. [...] L'articolo 27 mira ad evitare eventuali problemi risultanti da queste differenze. Questo obiettivo, tuttavia, non può essere trasposto tout court alle procedure di risanamento, a causa delle finalità perseguite attraverso tali procedure e del loro svolgimento. Neanche l'obiettivo della velocizzazione delle procedure, in un caso come quello di specie, viene necessariamente toccato. Lo scopo, infatti, consiste semplicemente nell'evitare di ripetere l'esame dell'insolvenza. Qualora, tuttavia, al giudice polacco fosse precluso esaminare l'insolvenza della Christianapol prima dell'apertura della procedura di liquidazione, ciò potrebbe comportare l'apertura di una procedura di liquidazione a carico di un debitore che nel frattempo potrebbe (anche secondo i francesi) essere tornato solvibile" (punti 76-78). Interessante l'argomento speso *ad abundantiam* nel seguente punto 79: "Una siffatta interpretazione dell'articolo 27 del regolamento, inoltre, potrebbe scoraggiare i debitori dal chiedere tempestivamente una procedura di risanamento. Essi, infatti, correrebbero il rischio di essere esposti ad una procedura di liquidazione in un altro Stato membro senza che ne sia precedentemente verificata l'insolvenza, sebbene la situazione finanziaria del debitore possa essere migliorata in quell'arco temporale".

non si fonda sull'insolvenza conclamata del debitore, bensì sul probabile rischio di ricadervi, è logico concludere alla luce dell'art. 16 che nella decisione d'apertura non può esservi un accertamento dello stato d'insolvenza suscettibile di essere riconosciuto dal giudice della procedura secondaria;²⁸⁶ onde la conclusione per cui questi potrà (e dovrà) procedere ad un'autonoma valutazione del presupposto oggettivo. Come abbiamo visto, tuttavia, questa intelligente soluzione è stata decisamente respinta dalla Corte di Giustizia, che alla logica del sistema (pur espressamente richiamata come premessa del suo ragionamento nel punto 67) ha anteposto l'obiettivo di non ostacolare la piena realizzazione del principio di *full faith and credit*.

Occorre quindi risolvere la seconda questione dichiarando che l'articolo 27 del regolamento deve essere interpretato nel senso che il giudice chiamato a pronunciarsi su una domanda di apertura di una procedura secondaria di insolvenza non può esaminare l'insolvenza del debitore nei confronti del quale è stata aperta una procedura principale in un altro Stato membro, anche se quest'ultima ha finalità di tutela.

L'orientamento adottato dalla Corte, tuttavia, non è stato completamente digerito dai giudici nazionali. In una recente sentenza,²⁸⁷ il *Rechtbank* di Rotterdam ha riproposto l'opinione censurata dalla Corte di Giustizia (benché suggerita dall'Avvocato Generale) decidendo un'istanza di apertura di una procedura secondaria nei confronti della società tedesca del gruppo Hanjin, colosso coreano del trasporto marittimo il cui dissesto è finito pure sotto i riflettori della stampa di diversi paesi.²⁸⁸ Nel caso di specie, un'istanza di *Insolvenzverfahren* era stata presentata al *Landesgericht* di Amburgo nell'ottobre del 2016, a seguito di omologhe domande di fronte alle corti di Cina, Giappone, Singapore e Stati Uniti. Questo giudice, nel giro di pochi giorni, nominava un *Vorläufiger Insolvenzverwalter* (ossia, un curatore provvisorio), incaricandolo di verificare che il c.o.m.i. della Hanjin Shipping Europe GmbH & Co. KG si trovasse effettivamente in Germania [*sic!*], che non vi fossero altre procedure d'insolvenza pendenti in Europa, nonché di presentare al tribunale di Rotterdam la richiesta d'apertura di una procedura secondaria. Il giudice olandese, muovendo dalle discutibili coordinate in materia poste dalla sentenza *Eurofood*,²⁸⁹ intravedeva nella nomina del curatore provvisorio una decisione d'apertura di una procedura principale, benché sprovvista tanto dell'accertamento del c.o.m.i. quanto -ed è quello che interessa- di quello dello stato di dissesto del debitore. Data questa circostanza, il *Rechtbank* si trovava quindi costretto a contraddire il *dictum* della decisione

²⁸⁶ Concordano con tale impostazione MOSS, FLETCHER E ISAACS (*Moss, Fletcher and Isaacs on the EU Regulation on Insolvency Proceedings*, Oxford, 2016 (3^a edizione), p. 390), che portano l'ulteriore esempio dell'*administration*, la cui apertura è possibile ove il debitore sia meramente "*likely to become insolvent*".

²⁸⁷ *Rechtbank* Rotterdam, 25 novembre 2016, inedita. INSOL EIR Case Register [2016] ERICR(A) 530. Né è stata accolta dalla dottrina: v. MOSS, FLETCHER E ISAACS, *op. cit.*, p. 472, ove non si adoperano mezzi termini contro la decisione della Corte di Giustizia, comprensibilmente bollata come "*rather absurd*".

²⁸⁸ *That Sinking Feeling*, in *The Economist*, 1° settembre 2016; FORTI, *La bancarotta delle navi Hanjin è lo specchio della crisi globale*, in *Internazionale*, 14 settembre 2016

²⁸⁹ *Retro*, cap. III, § 4.

Handlowy provvedendo all'accertamento dell'insolvenza del debitore, al comprensibile scopo di evitare che ad una procedura d'insolvenza fosse assoggettata una società... della cui insolvenza non si era mai discusso! Non mi trovo d'accordo con il commento di Wessels:²⁹⁰

Although the result of the Rotterdam's court decision is justified, it is not correct as to the question of recognition. [...] If the foreign proceeding is (to be regarded as) a main proceeding recognition should follow automatically (Article 16 EIR 2000). The principle of mutual trust does not allow a court to scrutinize the other court's decision.

La decisione in punto di riconoscimento non solo mi sembra giustificata, bensì pure coerente con il regime dell'art. 16: non c'era nulla da riconoscere, in quella decisione del giudice di Amburgo. L'errore, semmai, è ben più risalente, ed è quello di ritenere che decisioni prive di un vero e proprio accertamento del c.o.m.i. e -aggiungo qui- dell'insolvenza del debitore possano essere trattate alla stregua di decisioni d'apertura di una procedura principale. Purtroppo, come vedremo, il *recast* ha ommesso di porre le basi per un ripensamento di questo orientamento.²⁹¹

Concludendo sul punto, va infine precisato che l'art. 27 non si applica alle procedure indipendenti: ciò risulta tanto dalla formulazione della disposizione quanto dalla logica del sistema più volte ribadita; non essendoci infatti alcuna decisione d'apertura di una procedura principale contenente l'accertamento dell'insolvenza, è doveroso che a tale valutazione provveda il giudice dello Stato della dipendenza.

Nulla, invece, muta -rispetto ai consueti schemi- in relazione al presupposto soggettivo: questo dovrà essere invece sempre oggetto di scrutinio; di talché non potrà essere assoggettato ad una procedura secondaria un debitore "non fallibile" ai sensi della *lex concursus* dello Stato in cui si trovi l'*establishment*, benché passibile di procedura d'insolvenza nello Stato del c.o.m.i.²⁹²

Esaurito positivamente l'esame delle questioni attinenti al merito, la procedura territoriale potrà finalmente prendere il via. Il suo svolgimento, come ribadito dall'art. 28, sarà interamente disciplinato dalla *lex concursus* dello Stato in cui si trova la dipendenza, nella misura in cui le norme di conflitto uniformi contenute negli artt. 5 e seguenti non dispongano altrimenti in relazione a specifiche fattispecie. Vale la pena scorrere assieme l'elenco -nemmeno esaustivo- delle materie affidate dall'art. 4 alla *lex concursus* per rendere l'idea dell'entità

²⁹⁰ WESSELS, *District Court Rotterdam Opens Secondary Proceedings*, nel *blog* dell'autore (<http://bobwessels.nl/2016/11/2016-11-doc14-district-court-rotterdam-opens-secondary-proceedings-re-hanjin-europe/>)

²⁹¹ *Infra*, cap. VI, § 2.

²⁹² In questo senso depongono l'art. 2, lett. a) e la relazione *Virgòs Schmit* al punto 223, che ascrive tale profilo all'ambito della *lex concursus*. Una simile soluzione -sulla quale peraltro non risulta casistica- rende però il sistema un tantino incoerente: se esimere il giudice della procedura secondaria dall'accertamento dell'insolvenza risponde alla logica di non intralciare i soggetti legittimati a valersi delle procedure secondarie (e fra questi, come ricorda pure la Corte di Giustizia ai punti 58 e 72 della sentenza *Handlowy*, vi è anche il curatore della procedura principale), ciò dovrebbe a rigore valere anche per il presupposto soggettivo. Cfr. MOSS, FLETCHER E ISAACS, *op. cit.*, p. 391

della breccia che le procedure locali aprono nel principio di unità ed universalità:²⁹³

- 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.

Oggetto di tale potente procedura saranno, però, soltanto i beni situati nello Stato della dipendenza, secondo le regole di localizzazione contenute nell'art. 2, lett. g):

- 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;

È il più volte ribadito principio di territorialità delle procedure locali (non a caso, denominate anche "procedure territoriali"), che -ricordiamo- ha una duplice valenza: una positiva (ossia di segnare l'ambito territoriale di esercizio dei poteri del curatore della procedura secondaria) e una negativa (ossia di escludere i curatori di procedure diverse dall'esercizio delle loro prerogative sui medesimi beni).²⁹⁴ Ovviamente, dei beni presenti nello stato della dipendenza, rientreranno nella massa attiva solo quelli designati dalla *lex concursus*, come confermato dalla lett. b) dell'art. 4.

Inoltre, sarà la legge designata dall'art. 4 a definire quale fra le procedure previste dal diritto nazionale potrà essere aperta nel caso concreto, purché si tratti di una procedura cui il Regolamento sia applicabile. Sotto questo aspetto, però, le procedure secondarie vanno incontro ad una pesante limitazione. Giu-

²⁹³ Benché si tratti di un elenco meramente esemplificativo, attecchendosi invero l'art. 4 come norma sussidiaria

²⁹⁴ *Retro*, cap. II, § 4.

sta il terzo paragrafo dell'art. 3, infatti, "Tale procedura è obbligatoriamente una procedura di liquidazione". A detta disposizione fa eco l'art. 27, ove si prevede che "Tale procedura deve essere una delle procedure che figurano nell'allegato B". Benché la sua ripetizione sembri sottolinearne l'importanza, non è per nulla chiara la *ratio* di tale norma. Si può ipotizzare che il suo inserimento sia dovuto a considerazioni di carattere storico: gli antecedenti dell'istituto presi a modello dal legislatore europeo presentavano tutti la caratteristica di essere procedure di tipo liquidatorio, dalle *ancillary proceeding* inglesi (per l'appunto, denominate anche *ancillary winding-up*) fino alle procedure ancillari della Convenzione di Istanbul, modellate, come si è visto, sulla base delle *Hilfsverfahren* svizzere. Del resto, tanto questi modelli quanto le procedure locali europee hanno visto la luce e si sono sviluppati in una temperie nella quale le procedure di risanamento o non esistevano affatto, oppure non erano ancora del tutto collaudate nella prassi.²⁹⁵ Gli è però che questo relitto storico non ha mancato di cagionare gravi disagi, fino al punto di attirare su di sé una giustificata avversione da parte della dottrina, che unanimemente ne ha reclamato la soppressione.

Due importanti casi possono servire per rendere plasticamente l'idea delle ragioni di un simile atteggiamento: il primo è l'appena citato caso *Handlowy*; il secondo è la nota vicenda del gruppo americano Collins & Aikman.

Nel primo, la società polacca Christianapol, parte di un gruppo franco-tedesco, veniva ammessa alla procedura di *sauvegarde* dal *tribunal de commerce* di Meaux, in Francia, il 1° ottobre 2008. A ridosso dell'approvazione del piano di ristrutturazione finanziaria (diretto ad evitare la dichiarazione di *cessation de paiements*) una banca di Varsavia (la Bank Handlowy) si rivolgeva ad un giudice in madrepatria (il *Sąd Rejonowy Poznań-Stare Miasto w Poznaniu*) per ottenere l'apertura di una procedura secondaria. Successivamente all'approvazione del piano di *sauvegarde* (20 luglio 2009), un altro creditore (la società polacca Adamiak) si univa alla Bank Handlowy, evidentemente non soddisfatto del piano omologato dal tribunale di Meaux. In questo progetto di ristrutturazione si prevedeva lo scaglionamento dei debiti della Christianapol in dieci anni, nonché, soprattutto, il divieto di cedere il complesso produttivo sito nel piccolo villaggio polacco di Łowyń, cuore pulsante della comunità locale e del piano di rilancio della società elaborato in terra francese. Si comprende quindi quanto fossero forti le preoccupazioni del debitore: una procedura secondaria di liquidazione, aperta nell'esclusivo interesse dei due creditori polacchi "dissidenti", avrebbe impedito di dar seguito al piano di ristrutturazione, ché, tramite la liquidazione dell'attivo della Christianapol, lo stabilimento di Łowyń sarebbe stato smantellato. Le tre questioni pregiudiziali sollevate dal giudice polacco nascono

²⁹⁵ Benché sia piuttosto evasiva, mi pare questo il senso della spiegazione fornita dalla relazione Virgòs-Schmit (punto 221): "*In the case of proven insolvency at the centre of the debtor's main interests, it is difficult to conceive, under certain legal systems in the Community, of an establishment dependent on the insolvent person being separately the subject of reorganization. On the other hand, coordination between the main proceedings and the secondary reorganization proceedings was regarded by most Contracting States as so complex technically as to be difficult to carry out.*

In order to confer the widest possible scope on the Convention by recognizing not only winding-up proceedings – accepted from the beginning of discussion as proceedings to be recognized – but also reorganization proceedings, it was decided to allow only secondary winding-up proceedings".

proprio dalle difese svolte dal debitore nella procedura prodromica: innanzitutto, non sarebbe potuta esserci alcuna procedura secondaria, essendosi già conclusa la procedura principale mercé l'approvazione del piano di *sauvegarde*; in subordine, il giudice avrebbe dovuto rigettare l'istanza non essendo stata dimostrata, né nella procedura francese né in quella polacca, l'insolvenza della Christianapol; infine, sarebbe stato in contrasto con lo spirito del Regolamento dar luogo ad una procedura secondaria teleologicamente incompatibile con la procedura principale. Sulla seconda questione ci siamo già intrattenuti; in questa sede merita considerazione la terza. Nella risposta a tale questione, la Corte, seguendo punto per punto il parere dell'Avvocato Generale,²⁹⁶ ha respinto la ricostruzione proposta dalla società debitrice (e sostenuta dal governo francese, intervenuto nella procedura di rinvio pregiudiziale), facendo osservare come la stessa non trovi conforto né nella formulazione dell'art. 27 (che non traccia distinzioni in ragione della finalità della procedura principale), né dalla logica del sistema;²⁹⁷ a tal proposito, osserva la Corte dopo aver risposto alla questione, in una sorta di coda, come i conflitti nascenti dalla diversità di scopi delle due procedure debbano trovare soluzione sulla base degli strumenti di coordinamento predisposti dagli articoli 31 e seguenti. Su questo punto, sarà interessante leggere con più attenzione il dettagliato passaggio delle conclusioni dell'Avvocato Generale, nel quale si tenta, non senza difficoltà, di sciogliere la tensione fra la procedura principale e quella secondaria generata dall'anacronistica regola di cui all'art. 27 analizzando i possibili usi dello strumentario di coordinamento fra le due procedure: lo faremo nel quinto paragrafo.

Quanto al caso *Collins & Aikman*, originatosi dalla sottoposizione ad *administration* di tutte le società europee -mercé il ricorso all'*head office function test*- del colossale gruppo americano impegnato nella produzione di componenti per autoveicoli,²⁹⁸ merita osservarne lo strascico giudiziario sviluppatosi in terra austriaca. Pendente la procedura secondaria dinanzi al *Landesgericht* di Leoben, gli *administrator* inglesi chiedevano, ex art. 33, una sospensione *tout court* della procedura secondaria motivata dall'esigenza di mantenere in attività gli impianti di produzione austriaci e quindi di conservarne un apprezzabile valore al fine di una vendita *en bloc* delle attività del gruppo; obiettivo non raggiungibile in pendenza di una procedura secondaria di liquidazione retta dal diritto austriaco, che non contemplava la prosecuzione delle attività. L'esito della vicenda - tutto sommato, un lieto fine- sarà rivelato più avanti, trattando dell'interpretazione dell'art. 33.

²⁹⁶ Punti da 53 a 57 delle conclusioni

²⁹⁷ Punti 56 e 57 della decisione della Corte: "La stessa formulazione generale si riscontra all'articolo 3, paragrafo 3, del regolamento, il quale prevede che, qualora sia stata aperta una procedura principale, ogni procedura di insolvenza successivamente avviata da un giudice che fonda la propria competenza sulla presenza di una dipendenza del debitore è una procedura secondaria.

Tali disposizioni devono quindi essere lette nel senso che autorizzano l'apertura di una procedura secondaria anche quando la procedura principale, come la procedura francese di «sauvegarde», ha finalità di tutela".

²⁹⁸ *In re Collins & Aikman Corporation Group* [2005] EWHC, p. 1754 (Ch)

Quest'ultimo articolo, assieme a tutti gli altri compresi fra l'art. 31 e l'art. 34, riguardano il coordinamento fra procedura principale e secondaria per mezzo dei poteri del curatore della prima e dell'obbligo di cooperazione e comunicazione imposto ad entrambi (art. 31). Su queste disposizioni dovrò tornare con più attenzione nel prosieguo. Per concludere questa panoramica delle procedure secondarie, occorre dire qualche cosa a proposito dell'art. 35 e alla *hotchpot rule* contenuta nell'art. 20, 2° paragrafo.

Recita l'art. 35:

Se la liquidazione dell'attivo della procedura secondaria consente di soddisfare tutti i crediti ammessi in questa procedura, il curatore ad essa preposto trasferisce senza ritardo il residuo dell'attivo al curatore della procedura principale.

Come abbiamo visto dallo studio delle *ancillary winding-up* inglesi, la rimessione dell'attivo residuo alla procedura principale costituisce uno dei tratti più caratteristici dell'istituto. Non occorre dire che l'applicazione di tale regola presuppone l'esistenza di un attivo residuo; il che, a giudicare dalla penuria di casistica sul tema, non appare come l'ipotesi più frequente. Un esempio c'è, ed è il citato caso austriaco *Collins & Aikman* che, come appunto vedremo, è un caso a lieto fine. Non va tuttavia dimenticata una differenza strutturale di enorme importanza fra le *ancillary proceeding* tradizionali e le nostre procedure secondarie; con riguardo alle prime, spiega una delle massime *authority* della materia:²⁹⁹

But it must never be thought that an ancillary winding up order creates a separate fund of assets reserved for, and to be divided up amongst, the English creditors. *The ultimate objective of an ancillary winding up is to hand over the proceeds of the realisation of assets in England to the court conducting the main liquidation abroad.* The desire, as far as possible, to have a single set of proceedings for distribution of assets is readily comprehensible.

Ciò non sembra valere per le procedure secondarie introdotte dal legislatore europeo: già dai considerando emerge uno scopo totalmente diverso, ossia quello di proteggere gli interessi dei creditori locali.³⁰⁰ Soprattutto, non v'era d'aspettarsi che giudici e curatori del continente interpretassero questo esotico istituto alla maniera dei loro colleghi di *common law*.³⁰¹ Non sorprende dunque che l'art. 35 sia rimasto lettera morta.

Che nel Regolamento le procedure secondarie siano state frutto di uno stravolgimento dello spirito originario dell'istituto si evince anche dalla previsione, nell'art. 20, di una regola che nelle *ancillary proceeding* giocava un ruolo meno centrale. Si tratta della *hotchpot rule*, che affonda le sue radici nella giurisprudenza inglese di fine Ottocento. La sua origine si fa infatti risalire al caso *Banco de Portugal v. Waddell* del 1880, nel quale la House of Lord ammise dei

²⁹⁹ SMART, *Cross-Border Insolvency*, Londra, 1998 (2ª edizione), p. 376

³⁰⁰ Considerando 19

³⁰¹ Cfr. MOSS, *The Impact of EU Regulation on UK Insolvency Proceedings*, in *International Insolvency Review*, 2002, p. 149: "It is interesting to note that whereas in the common law world system of ancillary liquidations, assets and claims are normally passed to the principal proceeding, under the Regulation, assets and claims are dealt with locally".

creditori ad insinuarsi nella procedura inglese (una procedura *full size*, non una ancillare), i quali, avendo già incassato dei *bill of exchange* nella parallela procedura portoghese, avevano presentato al curatore inglese gli stessi titoli di credito. Come dicevo, i creditori furono ammessi, benché alla condizione che nei loro confronti non si fosse proceduto alla distribuzione dell'attivo fino a quando gli altri creditori non fossero stati soddisfatti nella stessa misura di quanto incassato in Portogallo. La chiara *raison d'être* di tale regola risiede nella *par condicio creditorum*, come esplicitato da Lord Selborne nella decisione:

Every creditor coming in to prove under, and to take the benefit of, the English liquidation must do so on the terms of the English law of bankruptcy: he cannot be permitted to approbate and reprobate, to claim the benefit of that law, and at the same time insist on retaining as against it, any preferential right inconsistent with the equality of distribution intended by that law, which he may have obtained either by the use of legal process in a foreign country, or otherwise.

La latitudine dell'originaria "regola del calderone" è tuttavia maggiore di quella dell'art. 20: dalla percentuale pagabile al creditore nella procedura inglese, infatti, dovrà essere dedotto tutto quanto ottenuto dal debitore in epoca anteriore, quale che sia stato il rimedio nei confronti di questi invocato, e quindi non esclusivamente le somme ricevute nel corso di un'altra procedura d'insolvenza.³⁰² Il secondo paragrafo dell'art. 20 invece contiene una *hotchpot rule* più ristretta:³⁰³

Perché, sia garantita la parità di trattamento dei creditori, il creditore che, *in una procedura di insolvenza*, abbia recuperato una quota del proprio credito, partecipa ai riparti effettuati *in un'altra procedura* soltanto allorché i creditori dello stesso grado o della stessa categoria abbiano ottenuto in tale altra procedura una quota equivalente.

§ 2. Le condizioni per l'apertura di procedure locali: giurisdizione

A questo punto, possiamo tornare sui due profili di maggior interesse che, come accennato, sono quelli delle condizioni di apertura delle procedure locali -ossia, giurisdizione e legittimazione attiva- e quello della dialettica con le procedure principali.

Il titolo giurisdizionale sulla base del quale è possibile aprire una procedura locale è contenuto nella norma cardine di tutto il Regolamento, ossia l'art. 3. Ma è nell'art. 2 che dobbiamo ricercare la definizione di "dipendenza" (*establishment* in inglese):

qualsiasi luogo di operazioni in cui il debitore esercita in maniera non transitoria un'attività economica con mezzi umani e con beni.

Si tratta di una definizione certamente meno vaga ed elastica di quella di *centre of main interest*, benché anch'essa non completamente immune da incertezze e

³⁰² Benché con alcune, limitate eccezioni, sulla quali v. SMART, *op. cit.*, pp. 273 ss.

³⁰³ STONES, *Hotchpot (or the Equality Rule)*, in *Corporate Rescue and Insolvency*, 2015, pp. 62 ss.

ambiguità. La giurisprudenza in tema, infatti, appare meno ondivaga di quella relativa all'altro criterio di giurisdizione accolto dal Regolamento.

La massima per cui la mera presenza di elementi di attivo patrimoniale (beni mobili o immobili, conti correnti e così via) non è sufficiente a dar luogo ad una dipendenza è stata ripetuta, a mo' di mantra, ben prima dell'unica sentenza della Corte di Lussemburgo che del tema si è espressamente occupata (la già incontrata decisione *Interedil*), già dai primissimi casi nei quali il Regolamento è stato applicato. In una sentenza del 2004, l'*Oberster Gerichtshof* austriaco ha escluso che quattro appartamenti dati in affitto potessero costituire una dipendenza di una persona fisica, tanto più che tale attività era svolta senza l'ausilio di lavoratori dipendenti, qualificabili come "mezzi umani" ai sensi della definizione di cui all'art. 2.³⁰⁴ Tale ultimo requisito è stato poi enfatizzato da alcune sentenze coeve di altri giudici austriaci, una delle quali resa nella già vista vicenda *Stojevic*: in tale occasione, l'*Oberlandesgericht* di Vienna non ha ritenuto sufficiente lo svolgimento in proprio dell'attività di consulente, lasciando comunque trapelare che anche la presenza di un solo collaboratore in veste di lavoratore dipendente sarebbe stato sufficiente, nella specie, a configurare la presenza, nella capitale austriaca, di una dipendenza del dottor *Stojevic*, che, come si ricorderà, era già stato assoggettato a procedura d'insolvenza nel Regno Unito.³⁰⁵

Sentenze successive, poi, si sono concentrate su ulteriori profili. Alcuni giudici tedeschi, ad es., hanno avuto modo di approfondire l'interpretazione proprio del requisito -inelegantemente formulato- dei "mezzi umani", arrivando, in un caso concernente un cittadino tedesco studioso di fisica, a non ritenere necessario che i collaboratori impiegati dal debitore nella propria attività dovessero qualificarsi come lavoratori dipendenti, bastando, a che si avesse nel caso concreto un *establishment*, che gli stessi apparissero, agli occhi dei terzi, impiegati dal debitore come tali.³⁰⁶ Oltremania, invece, va menzionata una celebre decisione del 2005 della *Court of Appeal* di Londra nell'intricato caso relativo ad un *insolvency practitioner* di nome Clive Vlieland-Boddy, trascinato in un tortuoso duello giurisdizionale da un collega, un tale Shierson, proprio a ridosso del divorzio del primo dalla moglie, dal quale era riuscito ad accaparrarsi un ufficio nella città di Poole (in Inghilterra) e alcune unità immobiliari a Londra. Per sfuggire all'assillo dei creditori, nonché all'uggioso clima delle isole britanniche, il debitore si era trasferito a Malaga, in Spagna, ove la *Court of Appeal*, per farla breve, avrebbe poi ritenuto fosse collocato il c.o.m.i. del debitore. Sulla questione, sollevata dai creditori istanti, della presenza di un *establishment* in terra inglese, la corte aveva ritenuto non decisiva l'obiezione del debitore per cui i beni siti a Poole e a Londra -ottenuti dall'accordo divorzile- erano stati trasferiti ad

³⁰⁴ OGH, 30.11.2006, 8 Ob 12/06g, in www.ris.bka.gv.at/Jus/; INSOL EIR Case Register [2006] EIRCR(A) 40

³⁰⁵ Sul caso *Stojevic*, v. *retro*, cap. III, § 5: OLG Wien 9.11.2004 (28 R 225/04w); OGH 17.3.2005 (8 Ob 135/04t). Nello stesso senso anche: OLG Linz 7.9.2004 (2 R 160/04v), [2004] EIRCR(A) 347; OLG Wien, 30.9.2004 (28 R 210/04i), [2004] EIRCR(A) 348, tutte in www.ris.bka.gv.at/Jus. MOSS, *Viennese Waltz for Two Main Proceedings: the Stojevic Saga*, in *Insolvency Intelligence*, 2005, pp. 142-143

³⁰⁶ BGH, 20.5.2010, IX ZB 101/08, [2010] ERICR(A) 331, in www.bundesgerichtshof.de

un'oscura società delle Isole Vergini Britanniche; i giudici dello *Strand*, ben consapevoli delle truffaldine potenzialità dell'abusato strumento delle *BVI Company*, hanno infatti ritenuto che tali beni facessero di fatto parte del patrimonio di *mister Vlieland-Boddy*, e che pertanto l'attività svolta dal debitore in relazione ad essi comportasse la presenza di una dipendenza nel Regno Unito, con conseguente competenza dei giudici inglesi ad aprire una procedura locale.³⁰⁷

Un'ultima interessante questione è stata infine posta all'attenzione di alcuni giudici belgi, ossia quella del momento rilevante per la determinazione dell'*establishment*.³⁰⁸ Un curatore olandese di una società anch'essa dei Paesi Bassi aveva terminato, nell'esercizio dei propri poteri, un contratto di locazione di taluni locali commerciali siti nel vicino Belgio; il locatore, ritualmente insinuatosi nella procedura principale olandese ma evidentemente crucciato dalla mancanza di tempestività nella gestione della liquidazione, decise di tentare la strada della procedura secondaria in Belgio. Peccato che al tempo della relativa istanza la dipendenza (quale era sicuramente qualificabile l'attività svolta nel magazzino di proprietà del nostro creditore) non ci fosse più, dal momento che, terminato il contratto di affitto, i locali erano stati svuotati. Applicando un principio simile a quello espresso dalla Corte di Giustizia in *Staubitz-Schreiber* (benché non espressamente citata nella decisione in esame), tanto il tribunale di commercio quanto la corte d'appello di Gand ritennero quindi inammissibile l'istanza del locatore. In linea con questa opinione, più recentemente un giudice della *Chancery Division* della *High Court* londinese ha rigettato l'istanza di un creditore (debitamente emendata dopo la scoperta che il debitore era già stato assoggettato a procedura principale in Lussemburgo) per l'apertura di una procedura di *winding up* in quanto l'attività svolta presso lo stabilimento inglese era stata trasferita in Lussemburgo prima che fosse stata presentata la *petition*.³⁰⁹ Da questi due esempi, emerge che, come per il c.o.m.i., anche per l'*establishment* si pone il problema del *forum shopping*, benché in una maniera differente: mentre il centro degli interessi principali, può, tutt'al più, essere trasferito in un foro diverso (e, al limite, al di fuori dell'Unione Europea), una dipendenza, invece, può essere completamente soppressa; combinando le due strategie, il debitore fallendo e, successivamente, i curatori della sua procedura possono giun-

³⁰⁷ *Shierson v Vlieland-Boddy* [2005] EWCA Civ, p. 974, [2005] EIRCR(A) 262. A parte l'interesse suscitato da questo specifico punto, concordo con MOSS (*A Very Peculiar Establishment*, in *Insolvency Intelligence*, 2006, pp. 20 ss. in particolare, p. 23) nel ritenere incompleta ed errata la motivazione della decisione in punto di *establishment*, in quanto omette completamente di considerare le caratteristiche dell'attività svolta dal debitore presso le proprietà inglesi (fra le altre, l'impiego di "mezzi umani"). V. Anche MOSS, FLETCHER, ISAACS, *op. cit.*, p. 297

³⁰⁸ *Rechtbank van Koophandel te Gent*, 3de kamer, 21 February 2006, A/05/02654 Nr. 1430, [2006] EIRCR(A) 123; *Hof van Beroep te Gent*, (7de kamer), 19 January 2009, Nr. 2006/AR/1200, [2009] EIRCR(A) 124, entrambe in www.juridat.be

³⁰⁹ *Trillium (Nelson) Properties Limited v Office Metro Limited* [2012] EWHC 1191 (Ch), [2012] EIRCR(A) 290. Più recentemente, tale orientamento ha ricevuto l'avallo anche della *United Kingdom Supreme Court* nella sentenza *Trustees of the Olympic Airlines SA Pension & Life Assurance Scheme v Olympic Airlines SA* [2015] 1 WLR, p. 2399, puntualmente discussa in MOSS, FLETCHER, ISAACS, *op. cit.*, p. 295 e in COLGATE, OKINE, *Establishment for the purpose of the European Regulation on Insolvency Proceedings*, in *Insolvency Intelligence*, 2015, pp. 107 ss.

gere ad annichilire ogni *chance* di difesa dei creditori locali e a frustrarne *in toto* gli interessi, la cui tutela è pure al centro degli obiettivi del Regolamento.

Tornando al quadro generale, se si eccettuano un paio di casi di rilievo,³¹⁰ l'atteggiamento dei giudici nazionali è stato piuttosto costante e fedele alla ristretta definizione di *establishment* dettata dall'art. 2. La prevalente tendenza è stata, alla fine, benedetta dalla Corte di Giustizia nel caso *Interedil*.³¹¹ Benché i dubbi del giudice barese si fossero principalmente concentrati sulla nozione di *centre of main interest*, nella terza questione pregiudiziale troviamo, a mo' di coda, anche un riferimento alla nozione di dipendenza, motivata probabilmente dalla volontà di salvare, poggiandosi su un diverso criterio giurisdizionale, un procedimento faticosamente protratto per più di un lustro. La sentenza della Corte di Giustizia, senza naturalmente dirimere la questione nel merito, non ha fatto altro che ribadire quanto già da tempo si andava predicando nei tribunali europei:

Il fatto che tale definizione colleghi l'esercizio di un'attività economica alla presenza di risorse umane dimostra che sono necessarie un minimo di organizzazione e una certa stabilità. Ne consegue che, a contrario, la mera presenza di singoli beni o di conti bancari non soddisfa, in linea di principio, i requisiti necessari ai fini della qualificazione come «dipendenza».

Inoltre, si puntualizza al successivo punto 63:

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

Insomma, la Corte di Giustizia non ha potuto far altro che confermare l'approccio restrittivo dominante presso i giudici nazionali, anche in quanto in armonia con un sistema che relega le procedure locali al rango di eccezione rispetto alla regola costituita dal principio di universalità.

³¹⁰ Il primo è il caso *Fischer* (*supra*, cap. III, § 6), nel quale fra l'altro la determinazione della giurisdizione da parte dei giudici praguesi è avvenuta in totale spregio delle garanzie processuali del debitore: in quell'occasione i giudici di primo e secondo grado avevano ritenuto integrato il requisito giurisdizionale sulla base del fatto che il debitore avesse cittadinanza ceca, residenza a Praga, nonché posizioni di socio ed amministratore in diverse società ceche, senza minimamente sincerarsi dell'esistenza di una stabile attività svolta con mezzi umani e materiali; la riqualificazione su queste basi operata in secondo grado della procedura principale in procedura secondaria è stata così correttamente censurata dalla suprema corte boema anche in ragione di questi *errores in iudicando*. L'altro è il caso *Rapla Invest AB*, in cui la corte d'appello di Tallin ritenne sufficiente, per accogliere l'istanza di procedura secondaria di un creditore, la circostanza che il debitore avesse concluso, al tempo della domanda, una serie di contratti diretti all'avvio dell'attività, senza poi aver dato seguito alla stessa. (*Tallinna Ringkonnakohus*, 14 giugno 2006 [2006] EIRCR(A) 62, in <http://kola.just.ee/>) Su di esso è vi pure un commento di Moss, *Hunting "Establishment" in Estonia*, in *Insolvency Intelligence*, 2007, pp. 43 ss.

³¹¹ C-396/09, in curia.europa.eu

§ 3. Segue: legittimazione attiva

Ora che i meccanismi e la portata delle procedure locali sono più chiari, possiamo addentrarci nell'analisi delle disposizioni sulla legittimazione a richiederne l'apertura, ossia gli artt. 3, par. 4 (per le procedure indipendenti) e l'art. 29 (per le procedure secondarie). Non che si tratti di disposizioni di per sé foriere di grandi difficoltà ermeneutiche; quel che occorre fare è interrogarsi piuttosto sulla loro ragione d'essere, cioè sulle motivazioni che hanno spinto il legislatore europeo ad attribuire la legittimazione attiva a determinati soggetti e non ad altri.

Il quesito sembra particolarmente incalzante con riguardo alla legittimazione attribuita dall'art. 29 al curatore della procedura principale (il "curatore principale"). Abbiamo visto, nel primo capitolo, come delle procedure ancillari si siano serviti, direttamente o indirettamente, proprio i *foreign liquidator*: nel *common law* inglese "to preserve the company's assets in statu quo and 'warn off' any predatory creditor"³¹²; nel diritto americano (e in quello elvetico) come unico strumento possibile per ottenere il riconoscimento della procedura estera. Nel sistema del Regolamento, costruito sul principio di universalità, al raggiungimento di tali obiettivi soccorre tuttavia l'art. 16, che consente di estendere gli effetti della decisione d'apertura -dettati dalla *lex concursus*- della procedura aperta presso il c.o.m.i. a tutto quanto il territorio dell'Unione Europea (Danimarca esclusa). Non occorre dunque che il curatore avvii una procedura secondaria per sottrarre il patrimonio al controllo del debitore o alle aggressioni dei creditori oppure per esercitare sui beni siti all'estero le stesse prerogative su quelli presenti *intra moenia*. È quindi legittimo chiedersi: a che pro valersi di questo ambiguo strumento? Possiamo pervenire ad una risposta leggendo, *in primis*, il diciannovesimo considerando:

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

In effetti, guardando alla casistica disponibile, risultano non pochi casi in cui l'apertura della procedura sia stata chiesta dal curatore principale.³¹³ Un esempio piuttosto importante è dato dalla vicenda della Olympic Airlines, la compa-

³¹² SMART, *op cit.*, p. 362. V. anche pag. 375: "[...] for the most obvious and immediate purpose of an ancillary winding up is to secure assets within the jurisdiction of the English court, thereby protecting at least temporarily English creditors (and shareholders)".

³¹³ AG München, 5.4.2004 (1501 IE 1276/04), in *Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, 2004, pp. 450 ss. (*Hettlage*); AG Siegen, 1.7.2004 (25 IN 154/04), in *Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, 2004, pp. 673 (*Zenith*); più di recente, *Rechtbank Rotterdam*, 25 novembre 2016, inedita. INSOL EIR Case Register [2016] ERICR(A) (*Hanjin*)

gnia di bandiera della Repubblica Ellenica, afflitta da difficoltà finanziarie già dai primi anni 2000 e infine assoggettata a procedura principale in madrepatria nell'ottobre del 2009.³¹⁴ Il curatore in essa nominato si rivolse al *Rechtbank* di Haarlem, nei Paesi Bassi, per ottenere l'apertura di una procedura secondaria, al deliberato fine di porre termine ai contratti di lavoro dei dipendenti impiegati presso l'*establishment* olandese, governati, come logico, dal diritto dei Paesi Bassi e che, quindi, potevano essere scalfiti da provvedimenti del curatore principale solo nei limiti da tale ordinamento previsti, giusta l'art. 10 del Regolamento. Ebbene, secondo il diritto concorsuale olandese, la resiliazione dei contratti di lavoro sarebbe potuta avvenire solo previo benestare di un *rechter commissaris*, ossia di una peculiare autorità giurisdizionale alla cui nomina si sarebbe potuto procedere soltanto nel corso di una procedura secondaria. Prevedibilmente, sindacati e rappresentanze dei lavoratori interessati dall'apertura della procedura avanzarono l'argomento per cui in questa maniera si sarebbe dato vita ad un patente abuso del diritto, in contrasto con lo spirito e la *ratio* del Regolamento. I giudici olandesi, tuttavia, non furono dello stesso avviso, e accolsero la richiesta del curatore greco. Lasciando da parte la difficile questione se tale strategia abbia integrato l'elusione dell'art. 10, nella stessa vicenda (questa volta in relazione alla dipendenza inglese della Olympic Airlines) si è tentato di ricorrere ad una procedura secondaria anche a vantaggio dei lavoratori dipendenti.³¹⁵ La medesima curatela infatti, il 20 luglio 2010 si presentò alla High Court di Londra con una *winding up petition* nei confronti del fondo pensioni della compagnia aerea, al dichiarato scopo di attivare i meccanismi di indennizzo disciplinati dai *Pensions Act* del 1995 e del 2004. Secondo tale normativa, l'integrazione degli ammanchi del fondo pensione privato era infatti condizionata all'apertura di una delle procedure d'insolvenza previste dall'*Insolvency Act 1986*, con esclusione delle procedure aperte all'estero.³¹⁶

È chiaro il *fil rouge* -evocato dal diciannovesimo considerando- che connette i due casi: la difficoltà di estendere appieno gli effetti della procedura principale in tutto il territorio dell'Unione nascente dall'esistenza di impedimenti di natura giuridica nei vari ordinamenti nazionali -l'autorizzazione del *rechter commissaris* nel caso olandese, il *Pensions Act* in quello inglese-. La stessa considerazione vale per l'art. 5 del Regolamento: la procedura secondaria può servire per incidere il diritto reale di garanzia sul bene appartenente alla dipendenza, nella misura in cui la rispettiva *lex concursus* lo renda possibile. È però fondato il dubbio che si tratti del proverbiale "*sledgehammer to crack a nut*", ossia di uno strumento sproporzionatamente grande per il suo scopo. Se ciò non fosse, non si spiegherebbe l'insofferenza dimostrata da un *insolvency practitioner* nel corso di un convegno di studio per la riforma del *recast*, tenutosi a Heidelberg nel giugno 2012 che, come riporta Oberhammer, ebbe a dire che se la

³¹⁴ Rechtbank Haarlem, 7 settembre 2010, L.J.N.: BN9813, in <http://zoeken.rechtspraak.nl>; [2010] EIRCR(A) 235

³¹⁵ *Trustees of Olympic Airlines SA Pension and Life Assurance Scheme v Olympic Airlines SA*, [2015] UKSC 27; [2015] 1 W.L.R. 2399 (SC)

³¹⁶ *Pensions Act 2004*, section 127. Su questo aspetto della vicenda, v. COLGATE, OKINE, *op. cit.*, p. 107

legittimazione fosse stata ristretta ai curatori principali, in Europa non ci sarebbero più state procedure secondarie.³¹⁷ Tale affermazione, se è indubbiamente esagerata, è altresì eloquente, pur nella sua laconicità, di come questo istituto sia stato percepito presso la classe professionale.³¹⁸ Di ciò è riprova un singolare caso occorso dinanzi all'*Amtsgericht* di Colonia: la *Automold GmbH*, interamente controllata da una *limited company* inglese, era stata sottoposta nel dicembre del 2003 ad *administration* nella *High Court of Justice* di Birmingham, sicché, secondo un copione che abbiamo visto ripetersi più volte, gli amministratori tedeschi tentarono di interferire con la procedura inglese con una propria istanza di procedura principale, prontamente e correttamente rigettata dal giudice di Colonia. Lo stesso giorno della pronuncia di inammissibilità, il giudice tedesco si vedeva recapitare, da parte dei *joint administrator* della procedura principale la richiesta diretta all'avvio di una procedura secondaria, alla condizione che a capo di detta procedura fossero nominati... gli stessi *administrator*!³¹⁹ Non è sfuggito nemmeno alla dottrina l'intento della richiesta di applicazione dell'istituto dell'*Eigenverwaltung* (l'equivalente tedesco del *debtor in possession*), ossia quello di concentrare la conduzione delle due procedure nelle mani di un unico *pool* di curatori, sottraendo così ai terzi la *chance* -chiaramente percepita come un rischio- di contrapporre agli *administrator* inglesi un diverso curatore.³²⁰

Anche da questa circostanza si vede come le procedure locali, alla fine, siano state escogitate primariamente per i portatori di quello che il considerando diciannovesimo denomina "interesse locale". Tali soggetti sono individuati dall'art. 29, lett. b) *per relationem*, ossia tramite un rinvio alla *lex concursus*. Si tratta di un rinvio della massima latitudine:

L'apertura di una procedura secondaria può essere chiesta: [...] b) da qualsiasi altra persona o autorità legittimata a chiedere l'apertura di una procedura di insolvenza secondo la legge dello Stato membro nel cui territorio è chiesta l'apertura della procedura secondaria.

Chiaramente, fra queste persone spiccano i creditori, specie quelli più radicati nella realtà locale ove è presente l'*establishment*. Dall'apertura di una procedura secondaria, infatti, possono nascere tutta una serie di vantaggi non trascurabili. In primo luogo, possono essere così eliminati taluni incomodi pratici deri-

³¹⁷ A.A.V.V., *External Evaluation*, cit., p. 348

³¹⁸ Su questa linea si colloca l'opinione espressa da un tale Peter DECLERCQ, *partner* dello studio Brown Rudnick a Londra, nel suo breve contributo *Secondary Proceedings Are a Risk, Not a Tool*, in *International Financial Law Review*, 2006, p. 32: "The best strategy to optimize value after a European insolvency filing, is to avoid secondary proceedings. Although secondary proceedings were designed as a tool, they are primarily seen as a risk. When they have been opened, neither the dominant role of the main proceedings nor the right to stay the process of liquidation of the secondary proceedings provide a lot of comfort. The EU Insolvency Regulation is still too new and untested for there to be appropriate guidance on what the dominant role means in practice or what the scope of the stay exactly is or can be".

³¹⁹ AG Köln v. 23.1.2004 - 71 IN 1/04; in *Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, 2004, pp. 151 ss.; [2004] EIRCR(A) 102

³²⁰ HEIDBRINK, *Report from Germany*, in *European Company Law*, 2005, pp. 67 e 68

vanti dal dovere partecipare ad una procedura in terra straniera e magari in una lingua sconosciuta. Sono però altri gli strumenti messi in campo dal Regolamento deputati al superamento di questi ostacoli: si tratta delle facilitazioni offerte ai creditori nel corso dell'*iter* di insinuazione dei crediti dagli articoli 39 e seguenti, ossia il diritto di informazione individuale (art. 40) e quello di presentazione della richiesta di ammissione al passivo secondo formalità ridotte (art. 41) e, soprattutto, in una lingua familiare (purché una fra le ventiquattro lingue ufficiali dell'Unione, art. 42). Il funzionamento di tali congegni è stato però altalenante, anche in forza del fatto che la materia dell'insinuazione dei crediti resta, in larghissima misura, governata dalle singole *lex concursus*; da essa sono coperti i profili più importanti, primo fra tutti il termine per l'insinuazione e le conseguenze del suo mancato rispetto. Non solo: la forza blandamente unificatrice delle disposizioni del Regolamento dipende anch'essa dalla *lex concursus*, alla quale spetta di stabilire le conseguenze, ad es., dell'inadempimento del dovere di informazione individuale ai creditori conosciuti sancito dall'art. 40.³²¹ Su questo specifico punto, la casistica ci restituisce prese di posizione fra loro anche molto distanti: alcuni giudici hanno sanzionato la violazione dell'art. 40 disapplicando i termini previsti dalla legge nazionale;³²² altri -evidentemente poco avvezzi alle insolvenze di dimensione transfrontaliera- hanno invece semplicemente ignorato la disposizione in tema.³²³

Date queste incertezze fare riferimento ad una legge processuale conosciuta è senza dubbio preferibile. È però un altro il vantaggio più consistente traibile dai creditori locali dall'apertura di una procedura secondaria: l'applicazione della *lex concursus* domestica. Come insegna Richard Fentiman nel suo celebre manuale,³²⁴ "*The avoidance of transaction risk is of paramount concern to the parties to transnational contracts and their advisers*", riferendosi con tale espressione al rischio "*that a transaction will fail because it cannot be implemented according to its terms defeating parties expectations*".³²⁵ Questo perché tale rischio può incidere in diversi modi sui costi dell'operazione, vuoi per la necessità di ottenere ripetute consulenze legali, vuoi per le difficoltà che possono insorgere tanto nella fase negoziale quanto in quella esecutiva.³²⁶ Orbene, alla neutralizzazione (o comunque alla riduzione) di tale tipologia di rischio il Regolamento perviene attraverso tre strade. La prima (che dovrebbe invero essere la più importante) è la definizione di un criterio di giurisdizione unico, sulla quale

³²¹ Come stabilito, correttamente, da *Cour d'Appel de Orléans*, 8 ottobre 2009, (RG n°: 07-02272), [2009] EIRCR(A) 210

³²² Es. *Višje sodišče v Ljubljani* (Corte d'appello di Ljubljana), 11 maggio 2011, (Cst 78/2011; St 10/2011), nel quale al creditore -un salumificio italiano della provincia di Gorizia- fu ammesso ad insinuarsi nella procedura slovena nonostante il termine di un mese dalla pubblicazione della decisione d'apertura della procedura fosse scaduto.

³²³ A.A.V.V., *External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings*, Vienna- Heidelberg, 2012, pp. 373 ss.

³²⁴ FENTIMAN, *International Commercial Litigation*, Oxford, 2010 (2ª edizione), p. 102

³²⁵ Ivi, p. 5

³²⁶ Ivi, pp. 103 ss.

dovrebbero esercitare un peso specifico proprio l'affidamento dei terzi e la loro percezione; ma, come abbiamo constatato nello scorso capitolo, il *centre of main interest* non è riuscito (almeno per ora) ad assolvere in pieno la sua missione, ciò non solo per colpa della sua troppo elastica definizione legislativa, ma anche di una non sempre felice disciplina processuale. Cosicché hanno assunto una maggiore importanza le altre due strade, la prima delle quali consistente nella fissazione di tassative deroghe all'esplicarsi del *Gleichlauf Prinzip*, ossia della coincidenza fra *forum* e *ius* imposta, in via sussidiaria, dall'art. 4.

Se la imposizione di norme di conflitto uniformi costituisce già in sé un vantaggio, in quanto riduce il rischio che ogni *forum* applichi quella porzione del suo *ius* che sono, appunto, le norme di conflitto, va da sé che un *corpus* di regole di *renvoi* eccessivamente esteso può portare ad una pericolosa ed irragionevole frammentazione della disciplina concorsuale, con la spiacevole conseguenza di dare vita ad un confuso *depeçage* di normative nazionali tanto imprevedibile e difficile da gestire quanto lo sarebbe un regime totalmente sfornito di norme di conflitto armonizzate. Ecco perché il discostamento dalla *lex concursus* si riduce alle sole materie considerate di maggior delicatezza -nonché, aggiungerei, a quelle sulle quali gli Stati membri sono riusciti, ai tempi della Convenzione del 1995, a raggiungere un certo consenso politico-. Tutto questo per dire che all'impero della *lex concursus* rimangono assoggettati la maggior parte degli aspetti della disciplina applicabile alle procedure, con la conseguenza per cui, per difendersi dal rischio di applicazione inaspettata di una legge straniera, ai creditori non rimane spesso che scegliere... un altro *forum*.

Apprendo una procedura secondaria, perciò, i creditori interessati ottengono che al loro rapporto con il debitore -in un frangente di speciale delicatezza come quello dell'insolvenza- si applichino regole diverse da quelle dello Stato del *centre of main interest*. Regole sostanziali differenti possono infatti incidere sulla realizzabilità e sul valore del credito. In primo luogo, un determinato credito potrebbe essere escluso *tout court* dal passivo di una procedura in forza di una norma in tal senso della *lex concursus*. Un noto esempio è costituito dalla regola di *common law* che vieta l'ingresso nelle procedure ai cd. *foreign revenue claims*.³²⁷ Nei fallimenti infraeuropei barriere sono venute meno in forza dell'art. 39, che sancisce:

Il creditore che ha la residenza abituale, il domicilio o la sede in uno Stato membro diverso dallo Stato di apertura, comprese le autorità fiscali e gli organismi di previdenza sociale degli Stati membri, ha il diritto di insinuare i crediti per iscritto nella procedura di insolvenza.³²⁸

³²⁷ Si tratta dei crediti che hanno origine in norme -diremmo noi- di diritto pubblico: crediti fiscali, sanzioni pecuniarie penali ed amministrative e così via. Il precedente in cui la regola fu fissata è *Government of India v. Taylor* [1955] A.C. 491-510: MILLER, *Bankruptcy and Foreign Revenue Claims*, in *Journal of Business Law*, 1991, pp. 144 ss.; OMAR, *The Challenge of Diverse Priority Rules in European Insolvency Laws*, in *Eurofenix*, 2011, p. 32

³²⁸ Ragionando *a contrario*, si evince che l'art. 39 lasci però intatte le limitazioni previste dai diritti nazionali nei confronti di creditori di Stati terzi, per i quali può essere ancora necessario sfruttare le diversità fra *leges concursus* aprendo, ove possibile, una procedura secondaria.

Quando astrattamente ammissibile al passivo, poi, l'applicazione di leggi diverse potrebbe incidere sul valore di realizzo del credito. Questo perché l'art. 4, 2° par. lett. j) -a differenza di quanto previsto dai progetti di convenzione- rende applicabile alla distribuzione dell'intero attivo di ciascuna procedura solo ed esclusivamente la propria *lex concursus*. Può dunque accadere che taluni creditori vengano a trovarsi in una posizione peggiore rispetto a quella in cui verrebbero qualora il loro debitore fosse dichiarato insolvente nel foro "domestico". Occorre però distinguere, giacché non tutti i creditori sono eguali: è infatti variabile intanto la misura in cui l'applicazione di un diverso regime di distribuzione dell'attivo può incidere sul valore di realizzo; inoltre, taluni creditori, a differenza di altri, sono in grado di tutelarsi già a livello negoziale. Bisogna quindi tenere conto, in primo luogo, della distinzione che corre fra i creditori che sono dotati di forza negoziale tale da potersi tutelare *ex ante* dal rischio dell'applicazione di una *lex concursus* straniera (sono i cd. *adjusting creditor*) e quelli che non lo sono (*non-adjusting creditor*). La prima categoria di creditori -tipicamente costituita da finanziatori ed investitori istituzionali- è quella in grado di monitorare il debitore nelle sue manovre di *forum shopping* e di rinegoziare i termini del proprio credito di conseguenza, nonché di ottenere dal debitore la prestazione di garanzie a difesa dal rischio di insolvenza; in questi casi, sarà per loro indifferente che si applichi una *lex concursus* od un'altra, poiché esiste, nel *corpus* del Regolamento, l'art. 5, sul quale ci siamo già soffermati in precedenza.³²⁹ Per riassumere, tale disposizione rende immuni i cd. *rights in rem* legittimamente e pacificamente acquisiti (ossia, a prova di revocatoria), costringendo il curatore principale o a pagare il titolare del privilegio "fuori sacco", ovvero ad aprire una procedura secondaria nel foro in cui il bene oggetto del diritto si trova.³³⁰

Anche in forza di questa regola, la posizione che più può risultare compromessa è quella degli altri creditori, fra i quali ve ne possono essere di *adjusting* quanto, soprattutto, di *non adjusting*. La circostanza che questi ultimi non siano, il più delle volte, in grado di ottenere, con le proprie forze, un'apprezzabile protezione contro il rischio d'insolvenza è presa in considerazione dai legislatori nazionali con l'attribuzione di forme variegate di privilegio *ex lege*. Fra queste tipologie di creditori vengono in rilievo soprattutto le amministrazioni pubbliche (specialmente tributarie), gli enti previdenziali e, *last but not least*, i lavora-

³²⁹ Il punto 97 della relazione Virgòs-Schmit tiene conto del potere negoziale di cui tali creditori godono nella definizione del valore della transazione, sicché la *policy* che ispira questa norma è proprio quella di concedere ai grandi finanziatori ed investitori una particolare protezione per ridurre l'incidenza del *legal risk* sul costo del finanziamento: "*The fundamental policy pursued is to protect the trade in the State where the assets are situated and legal certainty of the rights over them. Rights in rem have a very important function with regard to credit and the mobilization of wealth. They insulate their holders against the risk of insolvency of the debtor and the interference of third parties. They allow credit to be obtained under conditions that would not be possible without this type of guarantee*".

³³⁰ Come abbiamo già visto (v. *retro*, cap. II, § 5), il curatore principale può tacitare il creditore munito di privilegio pagando quella parte di credito coperta dalla *security*, ritenendo il bene oggetto di diritto all'interno dell'attivo fallimentare. Aprire a tal fine una procedura secondaria può infatti risultare non solo eccessivamente dispendioso ma pure inutile, ché il creditore particolarmente sofisticato potrebbe pretendere dal debitore una garanzia su un bene sito in un foro diverso da quello della dipendenza, o quanto meno subordinarne il rilascio al trasferimento di detto bene.

tori dipendenti. Il guaio è che ciascuna *lex concursus* (dall'applicazione della quale il privilegio dipende) contempla una propria gerarchia di preferenze, che riflette essenzialmente diverse scale di valori ed interessi che ciascun ordinamento si propone di proteggere. Si palesa così l'intrinseca delicatezza della materia *de qua*, nella quale l'indiscriminata applicazione del principio di universalità può arrivare a generare aspri conflitti fra *policy* contrastanti. Ed è proprio per questo, credo che nel passaggio alla Convenzione del 1995 sia stato abbandonato il farraginoso meccanismo dei *sub-estate* dei progetti preliminari a favore della più lineare soluzione universalista, temperata però dalla convivenza con le procedure locali.

A ben riflettere, ci si accorge che fra tutti i creditori sono proprio costoro i veri portatori di quell'interesse locale evocato dal diciannovesimo considerando. Esclusi infatti i titolari di *rights in rem* (i quali, anzi, possono trarre svantaggio dall'apertura di una procedura secondaria), fra i creditori residenti nello Stato in cui si trova la dipendenza o che per tramite di essa sono entrati in affari col debitore, non restano che i creditori muniti di privilegio *ex lege*, i chirografari nonché coloro la cui partecipazione ai riparti è subordinata alla piena soddisfazione di tutti gli altri creditori. Un semplice esempio basterà a dimostrare come i veri vincitori all'interno del gioco delle procedure locali siano soltanto i primi. Supponiamo che il debitore abbia beni e creditori in due Stati membri soltanto ("X" sarà lo stato del centro degli interessi principali; "Y" lo stato della dipendenza); per semplicità, ipotizziamo che il valore dell'attivo distribuibile in ciascuno dei due Stati sia pari a 100 -al netto delle spese di procedura e dei crediti prededucibili-. Mettiamo quindi -sempre per amor di semplificazione- che il debitore abbia tre creditori (denominati "A", "B" e "C"), ognuno per una somma pari anch'essa a 100. Quanto alle caratteristiche dei crediti, supponiamo inoltre che la legge di X attribuisca un privilegio ad A tale da consentirgli il recupero del 75% del credito, e che lo stesso faccia il diritto di Y con riferimento a B. Pertanto, A sarà chirografario nella procedura principale e B nella procedura secondaria, mentre C sarà chirografario in entrambe. Riassumo queste semplici condizioni in una tabella:

	Procedura X (principale)	Procedura Y (secondaria)
Valore dell'attivo	100	100
Creditore A (per 100)	Privilegiato	Chirografario
Creditore B (per 100)	Privilegiato	Chirografario
Creditore C (per 100)	Chirografario	Chirografario

Possiamo ora ipotizzare due scenari. Nel primo scenario pende soltanto la procedura principale. Abbiamo quindi un attivo complessivo del valore 200, a fronte di una massa passiva pari a 300. Applicandosi la sola *lex concursus* di X, A sarà l'unico creditore privilegiato, e che in quanto tale -secondo le nostre condizioni di partenza- riceverà 75, più la percentuale spettante ai chirografari sui rimanenti 25. Tale percentuale si attesterà intorno ai 55,55%. *Ergo*:

A	$75 + 13,9 = 88,9$
B	55,55
C	55,55

Nel secondo scenario, invece, abbiamo una procedura secondaria presso Y. In ciascuna delle due procedure pendenti tutti e tre i creditori si sono insinuati. Venendo i privilegi a pesare in maniera più consistente sui rispettivi attivi, meno capienti, la percentuale di soddisfazione dei chirografari precipiterà a 11,1%. Considerati isolatamente i risultati delle due procedure saranno quindi i seguenti:

	X	Y	Tot.
A	$75 + 2,8 = 77,8$	11,1	88,9
B	11,1	$75 + 2,8 = 77,8$	88,9
C	11,1	11,1	22,2

In entrambe le procedure, però, si dovrà applicare la *hotchpot rule*, per cui:

- B, in quanto chirografario per 100 in X, non potrà concorrere con C nei riparti in X fino a quando questi non abbia ottenuto il 75%;
- A, in quanto chirografario in Y per 100, non potrà ricevere nulla in tale procedura fino a che C non abbia ottenuto il 75%;
- A, in quanto chirografario in X per la parte non coperta dal privilegio (ossia, 25), non potrà essere soddisfatto prima che C non sia stato soddisfatto in tale procedura nella stessa misura di A in Y. Viceversa, lo stesso varrà per B nella procedura secondaria.

L'entità della deduzione da operare dipenderà molto dallo stato d'avanzamento delle rispettive procedure. Per semplificare, poniamo per effetto dello sbarramento operato dalla *hotchpot rule* i chirografari concorrenti con C non prendano nulla. Date le condizioni di partenza, si tratta dello scenario migliore per quest'ultimo:

	X	Y	Tot.
A	75	0	75
B	0	75	75
C	25	25	50

Nel nostro esempio, l'art. 20, 2° paragrafo ha dunque lenito solo in parte -benché in una misura non trascurabile- la conseguenza di maggiore spessore delle procedure secondarie, plasticamente resa dalle tabelle precedenti: sull'attivo complessivo delle due procedure la combinazione di più *lex concursus* farà pesare in maniera più consistente le ragioni dei creditori privilegiati, la cui platea

verrà necessariamente ad allargarsi. Il tutto a scapito dei creditori chirografari, fra i quali vi sono, tipicamente, consumatori, fornitori, nonché, spesso, i cd. *involuntary creditor*, ossia le vittime di illeciti civili, che pagano due volte il fio di non essersi potuti scegliere il debitore. Per non parlare dei creditori postergati (nella seconda procedura): per essi il correttivo della *hotchpot rule* è in grado di fare ancora meno. Riformuliamo il nostro esempio supponendo che C sia postergato in Y:

	X	Y	Tot.
A	75	20	95
B	0	75 + 5 = 80	80
C	25	0	25

L'art. 20, 2° paragrafo sarà applicato infatti solo nella prima procedura, con la conseguenza, fra l'altro, che il *surplus* generato dalla postergazione di C in Y sarà catturato da A e B in diversa misura.

Viceversa, è chiaro che il creditore postergato in X avrà interesse ad aprire una procedura secondaria in Y, laddove in questa possa concorrere alla pari perlomeno con gli altri chirografari. Saranno però ancora una volta questi ultimi a pagare il prezzo della sua promozione. Arricchiamo il nostro esempio inserendo un quarto creditore ("D"), postergato secondo la legge di X e chirografario secondo la legge di Y. Anche il suo credito, ammettiamo, sarà pari a 100. Applicando la *hotchpot rule* (questa volta in entrambe le procedure) avremo:

	X	Y	Tot.
A	75	0	75
B	0	75	75
C	25	12,5	37,5
D	0	12,5	12,5

Sono conscio del fatto che gli scenari proposti sono estremamente semplificati; ciò è stato fatto essenzialmente per ragioni espositive e semplicità di calcolo. Tuttavia, anche arricchendo gli esempi precedenti con elementi più concreti, le mie conclusioni non muterebbero segno; anzi: computati i maggiori costi di procedura, nonché considerato il fatto che il valore complessivo dell'attivo sarà minore nel caso in cui il patrimonio venga ad essere liquidato frammentariamente in due procedure, possiamo immaginare che i chirografari, nella realtà, riceveranno un trattamento ben peggiore.

Alla luce di tutto ciò, chi sono i veramente i portatori dell'interesse locale? Non lo sono certo tutti i creditori "locali", bensì soltanto coloro che siano titolari

di interessi localmente protetti attraverso il conferimento di privilegi *ex lege* o di altre forme di protezione dal rischio d'insolvenza.

Come anticipato, fra questi creditori spiccano in particolare il fisco e i lavoratori dipendenti. Quanto ai primi, esiste, fra gli ordinamenti dell'Unione, una profonda spaccatura fra quegli ordinamenti che, in diversa misura, ancora antepongono la soddisfazione dei crediti tributari e parafiscali e quelli che, in tempi più o meno remoti, hanno rimosso tale forma di privilegio dalle proprie legislazioni. Fa parte della prima categoria, in particolare, il nostro ordinamento, che nel Libro VI del codice civile istituisce variegate forme di privilegio generale o speciale a favore delle ragioni dello Stato. Al secondo gruppo appartengono invece l'ordinamento della Repubblica Federale Tedesca e del Regno Unito: il primo, con largo anticipo rispetto ad altre nazioni europee, ha cominciato a trattare i crediti fiscali alla pari di quelli chirografari nel lontano 1982,³³¹ quanto al Regno Unito, invece, gli *inland revenue claim* sono stati in larga misura rimossi dallo *Schedule 6* dall'*Enterprise Act 2002*. In forza di tale scisma, si comprende come per le amministrazioni fiscali degli Stati del primo gruppo una procedura secondaria rappresenti una sicurezza, tanto nel caso in cui la procedura principale penda in uno degli Stati del secondo gruppo, quanto negli altri casi (nei quali la *lex concursus* verosimilmente non tratterà alla stessa maniera le proprie e le altrui amministrazioni tributarie).

La casistica più rilevante ha però riguardato i lavoratori dipendenti. È noto che sulla loro protezione contro l'insolvenza del datore di lavoro il legislatore europeo ha già legiferato da tempo. Risale difatti al 1980 la direttiva 80/987/EEC, con la quale l'allora Comunità aveva ritenuto di dover tracciare una linea comune a fronte dei divergenti approcci degli Stati membri nel recepimento della Convenzione n. 95 dell'International Labour Organization (ILO) sulla protezione dei salari;³³² con la direttiva si è infatti imposta agli Stati membri la creazione di fondi di garanzia destinati ad integrare le retribuzioni eventualmente non coperte dall'attivo fallimentare.

Oltre che ad aver lasciato ampi margini di manovra agli Stati membri nel suo recepimento, la direttiva originaria nulla diceva in ordine all'ipotesi di una procedura d'insolvenza aperta all'estero. Sicché, con l'entrata in vigore del Regolamento, le procedure collettive straniere, pur qualificabili come principali ai sensi dell'art. 3 paragrafo 1, rimanevano orfane di un importante effetto, ossia quello di attivare i meccanismi compensativi dei fondi istituiti negli Stati membri nei quali, presumibilmente, era collocata la maggioranza della forza lavoro, ossia presso gli *establishment*. La casistica originatasi da tale lacuna è stata corposa ed importante. Fra tutti, merita osservare il segmento italiano della vicenda *Illochroma*. L'intero gruppo facente capo alla società belga Illochroma S.A.

³³¹ A.A.V.V., *Study on a new approach to business failure and insolvency. Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices*, Leeds, 2016, in http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency/insolvency_study_2016_final_en.pdf, p. 114

³³² Il testo della Convenzione, tradotto in otto lingue, si trova nel sito dell'ILO: <http://www.ilo.org>. Per una panoramica sui quattro approcci tenuti dagli Stati aderenti nell'implementazione dell'art. 11 della Convenzione, v. Johnson, *Insolvency and Social Protection: Employee Entitlements in Event of Employer Insolvency*, all'indirizzo <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernance-principles/38184691.pdf> (consultato il 10 aprile 2017).

era stato assoggettato a *sauvegarde* dinanzi al Tribunal de Commerce di Roubaix-Tourcoing, in Francia nella primavera del 2008, ivi inclusa la società italiana del gruppo, una s.r.l. con sede legale e stabilimento a Castellamonte, nel torinese.³³³ Prontamente, alcuni dipendenti dello stabile reagirono domandando ed ottenendo, il 20 ottobre 2008, il fallimento della s.r.l., qualificato correttamente come procedura secondaria. I curatori francesi insistevano dunque con un reclamo ex art. 18, arroccandosi su posizioni in punto di diritto difficilmente difendibili, come quella per cui il Regolamento non avrebbe permesso l'apertura di procedure secondarie se non nei casi in cui la società avesse disposto di almeno due sedi qualificabili come *establishment*. Come ha osservato Galeazzo Montella annotando la sentenza del Corte d'Appello di Torino che ha respinto il reclamo:³³⁴

[...] può capitare che nello Stato della procedura principale, ai compensi da lavoro subordinato non sia riconosciuto quel primissimo grado di privilegio che vige in Italia.

Escluderei tale movente, poiché la legislazione francese è, sotto questo aspetto, molto simile alla nostra. Prosegue Montella:

Ma vi è anche un'altra ragione, probabilmente meno esplicitabile in una sentenza dichiarativa (e, prima ancora, nella istanza di fallimento), ma forse ancor più pregnante, ed è correlata al "Fondo di garanzia", in forza del quale, come si sa, i dipendenti del fallito hanno la sicurezza di ricevere comunque ad opera dell'INPS, quantomeno il TFR [...] e alcune mensilità arretrate.

Nello stesso turno di tempo, a Bruxelles si metteva mano ad una riscrittura della disciplina, sfociata, il 22 ottobre 2008, nell'adozione della direttiva 2008/94/CE.³³⁵ Di essa ci interessa, in particolare, il terzo paragrafo dell'art. 9, a norma del quale:

Gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che, nei casi di cui al paragrafo 1 del presente articolo, le decisioni adottate nel quadro di una procedura d'insolvenza di cui all'articolo 2, paragrafo 1, la cui apertura è stata chiesta in un altro Stato membro, siano prese in considerazione per determinare lo stato d'insolvenza del datore di lavoro ai sensi della presente direttiva.

³³³ Tribunal de commerce di Roubaix-Tourcoing, 21 aprile 2008, RG n. 2008-1062, inedita; [2008] EIRCR(A) 342

³³⁴ Corte d'Appello di Torino, 10 marzo 2009, n. 361/2009, in *Il Fallimento*, 2009, con nota di MONTELLA, *La procedura secondaria: un rimedio contro il forum shopping del debitore nel Regolamento CE n. 1346/2000*, pp. 1299 ss.s. Il contenzioso è giunto fino al Palazzaccio, che ha confermato l'impostazione giustamente adottata dalla Corte d'Appello; Cass.civ., sez. un., n. 22093/2015 -rel. Di Palma-; inedita.

³³⁵ Per ulteriori dettagli sulla disciplina, v. DAVULIS, *2008/94/EC: Employer Insolvency*, in SCHLACHTER (a cura di), *EU Labour Law. A Commentary*, Alphen aan den Rijn, 2015. A questa direttiva gli Stati membri hanno dato attuazione nelle maniere più disparate (in fondo, la stessa si prefiggeva soltanto di porre una soglia minima di tutela), spesso tralasciando punti di rilievo, come è accaduto per la Repubblica italiana negli anni ottanta, più volte condannata dalla Corte di Giustizia: CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2010, pp. 373 ss.

Si può dubitare che il testo, invero non chiarissimo, della disposizione citata abbia sostanzialmente imposto agli Stati membri di parificare le insolvenze straniere con le proprie. Una simile statuizione richiederebbe uno sforzo politico non indifferente, e non è difficile immaginarne il perché: gli Stati ove hanno luogo le dipendenze si troverebbero a dover far pagare ai propri contribuenti le conseguenze di una procedura d'insolvenza aperta in un altro Stato, magari senza la possibilità di surrogarsi in tale altra procedura nella medesima posizione di privilegio di cui godrebbe in base alla propria *lex concursus*.³³⁶

Per chiudere nel migliore dei modi questa lunga digressione, non mi resta che segnalare un caso in cui la tensione fra la procedura principale e quella secondaria in punto di tutela del credito da lavoro dipendente è giunta addirittura all'attenzione della Corte di Giustizia. Il caso -che ha avuto origine da una delle maggiori *reorganization* planetarie di un gruppo societario degli ultimi decenni- contempla una procedura principale inglese (*administration*) e una procedura secondaria francese. Nella prima, iniziata il 14 febbraio 2009 di fronte alla High Court inglese, furono coinvolte tutte le società europee del gruppo canadese Nortel Networks, a seguito di analoghe iniziative fra le corti di Canada e Stati Uniti.³³⁷ La seconda prese il via il 29 maggio 2009 nei confronti della sola controllata francese Nortel Network SA. L'architettura delle procedure aperte di qua e di là dell'Atlantico non deve passare in secondo piano: il rapporto fra *administration* e la *liquidation judiciaire* si è infatti svolto secondo una prassi -come vedremo nell'ultimo capitolo- ben affermata nei fallimenti canadesi e statunitensi, ossia quella dei *cross-border insolvency protocol*. Nel caso concreto, gli amministratori di tutte le procedure pendenti nelle varie parti del globo erano riusciti a dar vita ad un piano ben coordinato di cessione per rami d'azienda delle attività del gruppo, siglando, fra gli altri accordi, un *Interim Funding and Settlement Agreement*, con le quali si stabiliva la trasmissione dei frutti della realizzazione dell'attivo in una "lockbox", ossia in conti correnti posti sotto sequestro presso istituti di credito negli Stati Uniti. Il liquidatore francese -un tale *monsieur Rogeau*- si vide però messo alle strette dal *comité d'entreprise* della Nortel Network SA, che reclamava a favore dei dipendenti della società il versamento delle rate di un'indennità di liquidazione conformemente ai termini di un accordo sindacale raggiunto durante le prime battute della procedura secondaria. La controversia si accese non appena il curatore secondario oppose al *comité* i termini del protocollo sulla *lockbox*, che non avrebbero permesso lo svincolo della liquidità maturata in terra francese per il pagamento delle indennità, cui le *leges concursus* britannica (sostanzialmente riflessa nell'*Interim Funding and Settlement Agreement*) e quella francese conferivano gradi differenti di priorità. La questione pregiudiziale sollevata dal *Tribunal de Commerce* di Versailles nel-

³³⁶ È per questo che, tra i vari esempi disponibili, ho scelto il caso *Illochroma* e non, ad es., il caso *Alitalia* (del quale ci occuperemo *infra*, §. 6): in quest'ultimo, la procedura secondaria era stata aperta nel Regno Unito per le stesse ragioni. Il punto è che nei due paesi i lavoratori dipendenti non si collocano allo stesso modo nella gerarchia distributiva. Di conseguenza, anche i rispettivi fondi di garanzia, subentrando nella posizione dei lavoratori indennizzati, verranno trattati in maniera diversa: più favorevole in Italia, meno nel Regno Unito.

³³⁷ Cfr. *The joint administrators of the Nortel Group* [2009] EWHC 206 (Ch), [2009] EIRCR(A) 276

l'ambito del reclamo proposto dal *comité* contro i curatori francese ed inglese ci interessa meno: basti dire che, nella sua articolata sentenza, la Corte di Giustizia ha dato, come si suol dire, un colpo al cerchio ed uno alla botte, confermando sì la competenza del giudice transalpino a decidere -seppur in concorso con quello della procedura principale- sulla localizzazione dei fondi oggetto di contesa, ma allo stesso tempo imponendo a tali giudici di fare applicazione degli uniformi criteri di localizzazione ex art. 2, lett.g), onde è lecito presumere che le somme pagate alla *lockbox* saranno state considerate incluse nella procedura principale, e quindi adoperate in aderenza alla *lex concursus* di tale procedura.³³⁸

In chiusura di questo paragrafo, non ci resta che dare uno sguardo alla speciale disciplina della legittimazione attiva concernente le procedure indipendenti. Dall'art. 29, quindi, dobbiamo tornare indietro all'art. 3, precisamente al suo quarto paragrafo, ove si prescrive quanto segue:

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.

La congiunzione adoperata nella formulazione lascia intendere che le due condizioni sono fra loro alternative; nonostante l'ordine in cui sono poste, quella che il giudice verosimilmente accerterà per prima è la seconda, passando quindi all'esame della prima condizione solo nel caso in cui non l'altra non sia soddisfatta.³³⁹ La *ratio* complessiva della disposizione si ricava dal diciassettesimo considerando:

Prima dell'apertura della procedura principale di insolvenza, il diritto di chiedere l'apertura di una procedura di insolvenza nello Stato membro in cui il debitore ha una dipendenza dovrebbe spettare esclusivamente ai creditori locali e ai creditori della dipendenza locale o essere limitato ai casi in cui non si può aprire una procedura principale a norma del diritto dello Stato membro nel quale è situato il centro degli interessi principali del debitore. Scopo di detta restrizione è limitare al minimo indispensabile i casi in cui è chiesta l'apertura di una procedura territoriale di insolvenza prima dell'apertura della procedura principale. Se la procedura principale di insolvenza viene aperta, la procedura territoriale diviene una procedura secondaria.

³³⁸ *Comité d'entreprise de Nortel Networks SA and others v. Cosme Rogeau*, C-649/13, in eur-lex.europa.eu

³³⁹ MOSS, FLETCHER, ISAACS, *op. cit.*, p. 336: "*Condition b) is likely to be used more widely in practice*"

Sulle ragioni di tali restrizioni troviamo ulteriori indicazioni nella relazione esplicativa alla Convenzione del 1995:

The purpose of these restrictions is to avoid the existence of parallel local proceedings which are not coordinated in the framework of the main Community proceedings.³⁴⁰

Questo perché, testualmente, il Capitolo III del Regolamento non è applicabile al coordinamento fra procedure territoriali, benché in un passaggio successivo della relazione si ipotizzi l'idea che tali disposizioni possano essere applicate per analogia.³⁴¹

Diverso è invece chiedersi a quale scopo mirino le procedure in esame. Le due condizioni poste dall'art. 3, par 4 tradiscono una forte carica territorialista, dal momento che di tale procedura potranno servirsi in ogni caso i creditori "locali" (come definiti dalla lettera b), nonché tutti i soggetti legittimati dalla *lex concursus* nell'ipotesi in cui non risultino integrate le condizioni richieste dal diritto dello Stato del *c.o.m.i.* per l'apertura di una procedura principale. Inoltre, lavorando un poco d'immaginazione, si comprende come le conseguenze della sua apertura possano essere di enorme impatto: sottoponendo a procedura d'insolvenza una porzione "pulsante" del complesso aziendale (quale è un *establishment*), si possono infatti creare non pochi intoppi alla regolare conduzione dell'attività dell'impresa nel suo complesso. Il che è vero in particolare qualora la procedura indipendente abbia carattere liquidatorio, dal momento che il più delle volte tali procedure prevedono, di *default*, la cessazione dell'attività del debitore, e solo come eccezione la sua provvisoria prosecuzione. Non è da escludere che tale situazione di stallo, alla lunga, possa peggiorare -se non cagionare *tout court*- il dissesto del debitore. Si può, certo, immaginare un differente uso delle procedure indipendenti: il Regolamento infatti non impone, a differenza di quanto previsto per le secondarie, il ricorso ad una delle procedure previste dall'Allegato B; sicché anche il debitore medesimo, in linea di massima, potrà valersene come utile strumento di risanamento dei rami "malati" di un'azienda complessivamente sana. Poiché, però, la legittimazione ad aprire procedure di risanamento è spesso riservata, dagli ordinamenti nazionali, al solo debitore, sarà necessario per costui impegnarsi nella non sempre facile dimostrazione dell'impossibilità di sottoporre l'intero suo patrimonio ad una procedura concorsuale principale, conformemente alla lett. a) del terzo paragrafo.³⁴²

Forse anche per tale motivo, guardando alla casistica, sembra tuttavia essere prevalso nettamente il primo uso. Onde si comprende la premura della Corte di Giustizia nel mantenere intatti gli argini posti dal Regolamento al suo ricorso da parte di soggetti diversi dai creditori locali. Mi riferisco alla decisione *Zaza Retail* del 2011: nella specie, l'apertura di una procedura indipendente nei

³⁴⁰ Punto 30

³⁴¹ Punto 39. È chiaro però che l'estensione analogica non potrà essere che molto limitata, poiché la maggioranza delle disposizioni del Capitolo III del Regolamento presuppongono l'esistenza di una procedura principale e del relativo curatore.

³⁴² Il problema è colto anche da RICCI (*Le procedure locali previste dal regolamento CE n. 1346/2000*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2003, p. 917), che per questo paventa pure la contrarietà della suddetta disciplina all'art. 3 Cost.

confronti di una società olandese era stata domandata da un pubblico ministero belga; la decisione di primo grado, che aveva accolto l'istanza, veniva quindi riformata in appello; il p.m. interponeva dunque ricorso allo *Hof von Cassatie*, che sottoponeva tre questioni alla Corte di Giustizia. Secondo gli arditi argomenti del pubblico ministero, entrambe le condizioni poste dall'art. 3, par. 4 erano soddisfatte, poiché da un lato essendo detto p.m. impossibilitato a domandare l'apertura di una procedura principale in Olanda, si poneva in concreto un'ipotesi di impossibilità giuridica rilevante ex lett. a); dall'altro, in ogni caso il p.m., in quanto agente nell'interesse dell'intero ceto creditorio secondo il diritto belga, si sarebbe dovuto qualificare come creditore ai sensi della lett. b). Fu facile per la Corte superare entrambe le obiezioni: innanzitutto, quanto al primo, cavilloso argomento, l'impossibilità di cui alla lett. a) andava intesa in senso oggettivo, non potendo essa dipendere da circostanze soggettive come la legittimazione all'istanza; quanto al secondo punto mosso dal p.m., si legge ai paragrafi 29 e 30 della sentenza:

29. Occorre altresì ricordare che, per i motivi illustrati ai punti 21 e 22 della presente sentenza, anche le condizioni di apertura di una procedura territoriale indipendente ai sensi dell'art. 3, n. 4, lett. b), del regolamento devono essere intese in senso restrittivo. 30. Tale approccio restrittivo si evince da un confronto delle disposizioni del citato articolo con quelle dell'art. 29 sul diritto di chiedere l'apertura di una procedura secondaria. Mentre quest'ultimo conferisce tale diritto al curatore della procedura principale di insolvenza nonché a qualsiasi persona o autorità legittimata dalla normativa dello Stato membro nel quale è presentata la domanda di apertura, l'art. 3, n. 4, lett. b), del regolamento restringe la cerchia delle persone legittimate ad agire a determinati creditori che presentano un legame particolare con lo Stato membro nel cui territorio è situata la dipendenza interessata del debitore. Si tratta dei creditori stabiliti in tale Stato membro nonché dei creditori di detta dipendenza.

L'eccezionalità di questo strumento, in conclusione, è stata quindi rimarcata dalla stessa Corte di Giustizia, in armonia con la *ratio legis* chiaramente risultante dai considerando e dalla relazione *Virgòs-Schmit*.

§ 4. Segue: il problema dell'interesse alla procedura.

Nella nostra tassonomia dei creditori vanno infine collocate due peculiari categorie. Gli appartenenti alla prima potrebbero essere denominati creditori *negligenti*; si tratta di creditori che, benché messi in grado di partecipare, senza *handicap* rispetto agli altri, alla procedura principale, hanno omesso di tutelare oculatamente la propria posizione, e per i quali, pertanto, la procedura secondaria viene a costituire una sorta di seconda *chance*, quando non di "rimessione in termini". Un esemplare di questa specie può essere la Burgo Group SpA, la società vicentina tardivamente insinuata nella procedura principale francese della Illochroma SA e, per questo, spinta a richiedere l'apertura di una procedura secondaria in Belgio.

Il secondo ed ultimo tipo di creditore è invece quello che possiamo definire *opportunist*: si tratta di un creditore adeguatamente difeso nella procedura principale, e che è spinto a sfruttare il potenziale distruttivo della procedura secondaria dal deliberato disegno di ritorcersi contro decisioni non condivise. Benché non sia possibile desumerlo con certezza dalla sola lettura delle sen-

tenze pubblicamente reperibili, mi pare che questa descrizione calzi a pennello con i due creditori polacchi della vicenda *Christianapol (alias Handlowy)*. Nel caso di specie, si ricorderà, l'uno e l'altro creditore si erano rivolti alla magistratura polacca scontenti della dilazione decennale disposta nel piano di *sauvegarde*, al fine di ottenere un sollecito pagamento (benché, con ogni probabilità, falcidiato) di quanto loro dovuto dalla *Christianapol* attraverso la cessione del suo principale stabilimento, operazione categoricamente vietata dal piano francese.

Ho citato gli *affaire Illochroma e Handlowy* non a caso; in entrambe le decisioni della Corte di Giustizia (e nelle relative conclusioni degli Avvocati Generali) si è posta infatti, direttamente o indirettamente, una singolare questione: è necessario che il creditore richiedente l'apertura di una procedura secondaria dimostri di avervi interesse?

Non si trattava di un quesito nuovo, almeno presso talune giurisprudenze nazionali. A ridosso dell'emissione dell'*administration order* nei confronti delle società del gruppo MG Rover, il Tribunal de Commerce di Nanterre (Francia) aveva rigettato l'istanza di un creditore volta ad aprire una procedura principale in Francia a carico della controllata francese MG Rover SA, opportunamente applicando l'art. 16 e negando che l'errore sulla giurisdizione potesse dar luogo ad un contrasto con l'ordine pubblico. Il p.m. proponeva quindi appello, aggustando la traiettoria dell'istanza, che veniva integrata con una domanda di procedura secondaria. La decisione della Cour d'Appel di Versailles, capostipite dell'orientamento che stiamo discutendo, ha un che di mitologico, dal momento che non se ne trova traccia né nelle pubblicazioni francesi, né nei *database*; di essa abbiamo due fonti indirette: l'*abstract* nell'INSOL EIR Case Register e un passaggio citato nella sentenza della High Court dell'11 febbraio 2009 nel caso *Nortel*.³⁴³ In tale passaggio il giudice francese, dopo aver confermato la bontà della motivazione della sentenza di primo grado in punto di riconoscimento ed ordine pubblico, passa ad esaminare la questione dell'interesse; ne riporto la traduzione inglese:

However, the opening of secondary insolvency proceedings is only desirable if it is purposeful, which the applicant must demonstrate.

Poiché -prosegue la motivazione- i *joint liquidator* inglesi avevano dimostrato come l'*administration* di gruppo stesse procedendo con successo, tenendo conto di tutti gli interessi coinvolti, così conclude la Cour d'Appel al paragrafo 47 della sentenza:

It does not appear to be demonstrated that the opening of secondary insolvency proceedings would offer advantages in this case, in particular by improving the protection of local interests or the realisation of assets.

Insomma, i creditori non erano stati in grado di provare il vantaggio concreto che da detta procedura avrebbero tratto; in mancanza di tale dimostrazione, il giudice diede preminenza agli interessi della procedura principale a non essere intralciata da una procedura secondaria, poiché, diversamente, sarebbe stati

³⁴³ *The joint administrators of the Nortel Group* [2009] EWHC 206 (Ch), [2009] EIRCR(A) 276

impediti la prosecuzione dell'attività di vendita di distribuzione degli autoveicoli prodotti in terra inglese e, conseguentemente, il mantenimento di un apprezzabile valore delle attività del gruppo *as a going concern*.

Della sentenza della Cour d'Appel di Versailles è difficile costruire un commento compiuto: il passaggio riportato in *Nortel* è piuttosto enigmatico, poiché non vi sono nel suo testo precisi riferimenti al diritto positivo o alla giurisprudenza nazionale. Si può addirittura avere il dubbio che il giudice francese abbia frainteso il senso dell'art. 27 del Regolamento, che sulla questione è del tutto silente.

Nel 2013, con la menzionata vicenda *Illochroma*, il problema giungeva finalmente al vaglio dei massimi giudici dell'Unione:³⁴⁴

“Se il regolamento (...), in particolare gli articoli 3, 16, [da] 27 [a] 29, debba essere interpretato nel senso che:[...]

3) quando la procedura (...) principale è una procedura di liquidazione, l'apertura di una procedura secondaria (...) relativa a una dipendenza può essere ordinata solo se soddisfa criteri di opportunità riservati all'apprezzamento del giudice dello Stato membro dinanzi al quale è avviata la procedura secondaria”

Leggendo la motivazione della sentenza, scopriamo che nel corso della discussione (scritta ed orale) si era verificata una polarizzazione fra due tesi: secondo la prima -sostenuta dalla Burgo Group SpA, nonché dai governi tedesco ed ellenico- l'apertura di una procedura secondaria costituisce un diritto delle persone legittimate dall'art. 29, il quale non tollerebbe compressioni derivanti dall'esistenza, in capo ai giudici nazionali, di un potere discrezionale di valutazione dell'opportunità di concedere la misura. La seconda tesi fu invece difesa dal governo spagnolo, da quello belga -ovviamente-, nonché dalla Commissione. Negli argomenti di quest'ultima, in particolare, fa capolino la decisione *Handlowy*, nelle cui conclusioni l'Avvocato Generale aveva pure inteso la concessione di una procedura secondaria come una facoltà dei giudici nazionali e non già un obbligo. Le ragioni di una simile affermazione saranno chiare nel prossimo paragrafo, dove leggeremo punto per punto le interessanti conclusioni dell'avv. Kokott. Ci basti dire qui, che la soluzione data dalla Corte di Giustizia alla questione pregiudiziale è sostanzialmente in linea con la seconda delle due tesi sopra esposte:

Il regolamento n. 1346/2000 deve essere interpretato nel senso che, quando la procedura principale di insolvenza è una procedura di liquidazione, la presa in considerazione di criteri di opportunità da parte del giudice al quale è chiesto l'avvio di una procedura secondaria di insolvenza rientra nel diritto nazionale dello Stato membro nel cui territorio è chiesta l'apertura di detta procedura.

La presa di posizione della Corte muove dall'argomento per cui le “condizioni di apertura” della procedura sarebbero governate, giusta l'art. 4, dalla *lex concursus*. Vi è però, credo, un'ulteriore ragione, non espressa in motivazione: ben conscia delle discussioni che il tema aveva suscitato in alcuni ordinamenti, la Corte è stata guidata dal timore di interferire, ponendo una regola sostanzial-

³⁴⁴ C-649/13

mente unificatrice, con un delicato profilo di diritto processuale nazionale, come sarebbe accaduto accogliendo la tesi sostenuta dal creditore nella causa principale. Tuttavia, come precisato dal giudice Berger (redattore della motivazione) nel prosieguo, la disciplina nazionale non resta scevra da vincoli:³⁴⁵ a parte il riferimento -onestamente, fuori luogo- al principio di non discriminazione, si richiama ancora una volta la sentenza *Handlowy* per quanto riguarda l'osservanza del principio di leale collaborazione fra giudici dell'Unione, così declinato:

In secondo luogo, il giudice al quale è chiesta l'apertura di una procedura secondaria deve tenere conto, nell'applicare il suo diritto nazionale, degli obiettivi perseguiti dalla possibilità di aprire una siffatta procedura, quali ricordati al punto 34 della presente sentenza.

In terzo luogo, si deve sottolineare che, dopo l'apertura di una procedura secondaria, il giudice che ha provveduto all'apertura di detta procedura deve prendere in considerazione gli obiettivi della procedura principale e tener conto dell'impianto sistematico del regolamento nel rispetto del principio di leale cooperazione.

Per quegli ordinamenti -come, pare, quelli francese e belga- che lascino al giudice richiesto di aprire una procedura secondaria un certo *ambitus* di apprezzamento dell'opportunità di dare seguito alle istanze dei soggetti legittimati, la sentenza *Burgo* non offre una guida molto precisa. Ciò che di questa giurisprudenza è rimasto è essenzialmente l'affermazione per cui l'ottenimento di una procedura secondaria non rappresenta un atto dovuto per gli istanti, sol che ricorra il presupposto soggettivo definito dalla *lex concursus*. Come si vedrà nel Capitolo sesto, il legislatore del *recast* sembra aver fatto proprio questo orientamento in alcuni momenti del novellato articolato.

§ 5. Il rapporto fra procedura principale e secondaria: dovere di cooperazione e poteri del curatore della procedura principale.

Calato il sipario sulla procedura prodromica, può finalmente aprirsi una procedura secondaria. Gli effetti della decisione d'apertura nei confronti debitore, del suo patrimonio e dei creditori, come più volte ribadito, dipendono dalla *lex concursus*. Certo, lo spossessamento, il congelamento delle azioni esecutive e cautelari, nonché determinati effetti rispetto alla sfera giuridica del debitore e dei creditori si saranno già prodotti all'apertura della procedura principale; cosicché, su tali effetti la procedura secondaria andrà ad incidere marginalmente - per addizione o sottrazione-, in ragione delle differenze esistenti fra l'ordinamento concorsuale di questa e di quell'altra procedura. Da un punto di vista pratico, invece, le conseguenze possono essere di ben maggiore peso: nell'amministrazione della relativa porzione di patrimonio subentrerà un soggetto diverso, ineluttabilmente interrompendo la continuità della gestione portata avanti nella precedente procedura, peggio ancora se quest'ultima fosse già giunta ad uno stadio avanzato nella realizzazione dell'attivo. La ripresa del normale ritmo di svolgimento delle incombenze della curatela richiederà inevitabilmente un lasso di tempo non sempre breve, durante il quale il nuovo cura-

³⁴⁵ Punti 64 e seguenti

tore dovrà prendere cognizione della situazione patrimoniale del debitore, delle caratteristiche concrete dell'attività, delle relazioni coi creditori e via discorrendo.

La rottura sarà, poi, dolorosa anche per gli organi della procedura principale: la sottrazione del controllo su una parte molto spesso consistente dell'attivo costringerà il curatore a rivedere le sue strategie iniziali e ad interrompere o reimpostare determinate iniziative giudiziarie o trattative con soggetti terzi interessati a rilevare cespiti patrimoniali. Anche nel corso di questa procedura, perciò, sarà necessario un periodo di stabilizzazione e di ripresa dal sisma (e dallo scisma) generato dall'apertura della procedura locale.

Ciò detto, è facile rendersi conto come in questa delicata transizione sia imprescindibile, da entrambi i lati, una certa dose di collaborazione. Essa passa in primo luogo attraverso la creazione di adeguati canali di comunicazione; una semplice presa di contatto fra i due curatori all'inizio della procedura secondaria non sarà sufficiente, ma sarà opportuna l'avvio di un solido, costante e ben strutturato scambio di informazioni.

Superato l'iniziale periodo di assestamento, sarà quindi bene che i due timonieri coordinino le loro mosse: è vero che ciascuno sarà posto alla guida di una frazione distinta di patrimonio; ma è altrettanto vero che le due procedure si riferiranno ad un medesimo soggetto, unitario centro d'imputazione di rapporti giuridici e di rapporti economici. Un *establishment*, per quanto autonomo, non può esistere isolatamente, indipendentemente da una più ampia struttura organizzativa facente capo ad una gestione unitaria. Ciò significa che alla scissione del patrimonio conseguente all'apertura di una procedura principale non potrà -e non dovrà- anche seguire una duplicazione dei "cervelli" dell'impresa. Sarà opportuno, pertanto, cercare di riprodurre, nei rapporti fra le due procedure, una struttura organizzativa simile a quella già presente fra gestione centrale e periferica. A tal fine non basterà la condivisione delle informazioni utili per la gestione -ad es. le scritture contabili-, ma sarà necessario altresì conferire ordine e coerenza alle strategie perseguite dai due curatori, di modo che rispecchino, nella massima misura possibile, un disegno unitario. Infine, la gestione centrale (ossia, la procedura principale) dovrà disporre di effettivi meccanismi di controllo su quella periferica e di intromissione nei suoi processi decisionali.

Ecco esposta la *ratio* delle norme contenute negli articoli da 31 a 34, dedicati al coordinamento fra le procedure.³⁴⁶ Il succo di tale disciplina è condensato nel ventesimo considerando:

Le procedure principali e secondarie di insolvenza possono tuttavia contribuire ad un'efficace liquidazione dell'attivo soltanto se è effettuato un coordinamento tra tutte le procedure pendenti. Il presupposto essenziale a tal fine è una stretta *collaborazione* tra i diversi curatori, che deve comportare in particolare un sufficiente scambio di informazioni. Per garantire il *ruolo dominante della procedura principale d'insolvenza*, il curatore della medesima dovrebbe disporre di diverse possibilità di intervento sulle procedure secondarie d'insolvenza contemporaneamente pendenti, avendo ad esempio la facoltà

³⁴⁶ Per una bella disamina di queste disposizioni, v. DE BOER, WESSELS, *The Dominance of Main Insolvency Proceedings under the European Insolvency Regulation*, in OMAR (a cura di), *International Insolvency Law: Themes and Perspectives*, Aldershot, 2008, pp. 185 ss.

di proporre un piano di risanamento o un concordato oppure di chiedere la sospensione della liquidazione dell'attivo nelle procedure secondarie.

I corsivi sono miei: li ho aggiunti per evidenziare i due fulcri dell'intera disciplina. Partiamo dal ruolo dominante della procedura principale, che in primo luogo l'art. 33 cerca di costruire attribuendo al curatore della stessa il potere di ottenere, per un periodo massimo di tre mesi, la sospensione delle operazioni di liquidazione in senso alla procedura secondaria. Di fronte ad una richiesta in tal senso del curatore principale, il legislatore, con un inciso di forza non trascurabile nel primo paragrafo, ha concesso al giudice pochi spazi per motivare un rigetto:

La richiesta del curatore della procedura principale può essere respinta solo per mancanza manifesta di interesse dei creditori della procedura principale.

Una qualsiasi buona ragione -e quindi poco più di un mero pretesto- potrebbero dunque bastare per arrestare -benché per non più di tre mesi- quelle che il Regolamento chiama "operazioni di liquidazione". Ad es., dovrebbe essere sufficiente dimostrare l'opportunità di non provvedere ad una cessione isolata di un cespite patrimoniale inserito nell'attivo della procedura secondaria, al fine di tentare una liquidazione *en bloc* assieme ad elementi dell'attivo della procedura principale. In tale prospettiva s'inserisce il disposto dell'ultimo paragrafo dell'art. 33, a norma del quale:

Il curatore della procedura secondaria deve dare in tempo utile la possibilità al curatore della procedura principale di presentare proposte riguardanti la liquidazione o qualsiasi altro uso dell'attivo della procedura secondaria.

La sospensione della liquidazione volgerà al termine, oltre che nell'ovvia ipotesi di scadenza del termine per il quale è stata concessa, qualora o il curatore principale così desideri, oppure quando sia venuto meno l'interesse dei creditori della procedura principale o secondaria. Nel nostro esempio, non avrà più senso mantenere in *stand-by* la liquidazione della procedura secondaria qualora i creditori in quella principale siano stati interamente soddisfatti ovvero laddove la realizzazione dell'attivo nella stessa si sia felicemente svolta anche senza la necessità di coordinarla con le iniziative del curatore secondario. In tale ipotesi, conclude il secondo paragrafo dell'art. 33, potranno istare per la ripresa della liquidazione secondaria tanto quest'ultimo curatore, quanto i creditori.

Il secondo mezzo a disposizione del curatore principale per interferire nella procedura secondaria è quello previsto dall'art. 34

Qualora la legge applicabile alla procedura secondaria preveda la possibilità di chiudere la procedura senza liquidazione mediante un piano di risanamento, un concordato o una misura analoga, tale misura è proposta dal curatore della procedura principale.

La legittimazione a domandare una misura, che potrebbe da noi consistere in un concordato fallimentare, è così estesa al curatore principale. Più significativamente, il secondo comma della disposizione in parola conferisce a detto curatore un sostanziale potere di veto sulle proposte concordatarie presentate da

altri soggetti -laddove la *lex concursus* le preveda-, solo in casi eccezionali superabile da una valutazione in merito del giudice:

La chiusura della procedura secondaria mediante una misura di cui al primo comma diventa definitiva soltanto con l'assenso del curatore della procedura principale ovvero, mancando tale assenso, qualora la misura proposta non leda gli interessi finanziari dei creditori della procedura principale.

I due strumenti ora osservati possono essere utilizzati tanto l'uno in alternativa all'altro -riservando in particolare l'art. 34 alle ipotesi in cui non risulti conveniente dover invocare più volte la sospensione della liquidazione ex art. 33-, ovvero in combinazione fra loro, come dispone l'ultimo paragrafo dell'art. 34:

Durante la sospensione delle operazioni di liquidazione disposta ai sensi dell'articolo 33, soltanto il curatore della procedura principale, o il debitore con il suo consenso, può proporre nella procedura secondaria una delle misure di cui al paragrafo 1 del presente articolo; non può essere messa ai voti né approvata alcun'altra proposta relativa a tale misura.

Infine, simile negli intenti all'art. 34 è il successivo art. 37 consente al curatore principale di intervenire su una procedura locale indipendente allineandola alle finalità di quella principale. Si tratta di un potere di non poco conto, il cui contenuto è così descritto:

Il curatore della procedura principale può chiedere che una procedura figurante nell'allegato A precedentemente aperta in altro Stato contraente sia convertita in una procedura di liquidazione, se tale convenzione si rivela utile per gli interessi dei creditori della procedura principale.

Il giudice competente ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, ordina la conversione in una delle procedure dell'allegato B.

Ad un primo sguardo, questa disciplina sembra declinare con ferma decisione la supremazia della procedura principale su quella secondaria, in ossequio alla *ratio* dichiarata nel ventesimo considerando. La realtà applicativa di tali istituti -invero limitata ad una manciata di casi- ha tuttavia restituito una situazione decisamente lontana dalle affermazioni di principio. Ciò si coglie leggendo attentamente le conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott nel caso *Handlowy*. Ci interessa in particolare l'ultima sezione del paragrafo relativo alla terza questione pregiudiziale, con la quale -ricorderà il lettore- il giudice di Poznan interrogava la Corte di Giustizia sulla presunta "illegittimità" di una procedura secondaria in contrasto con le finalità della procedura principale. Muovendo dalla sistematica del Regolamento, tanto l'Avvocato Generale quanto il giudice Berger giungevano alla conclusione per cui il conflitto fra gli scopi delle due procedure dovesse risolversi non già tramite il rifiuto del giudice di concedere l'apertura della procedura secondaria, bensì per tramite proprio dello strumento predisposto dagli articoli 31 e seguenti. Sugli stessi, tuttavia, lo stesso Avvocato Generale non si espresse in termini esattamente lusinghieri:

Essi, tuttavia, non rappresentano una soluzione definitiva e soddisfacente della problematica.

In primo luogo, viene preso in considerazione l'art. 34:

Siffatte procedure [*id est*, le procedure secondarie] potrebbero, in base al diritto nazionale, non prevedere la possibilità di una chiusura mediante risanamento. Pertanto, a seconda del rispettivo assetto delle discipline sull'insolvenza negli Stati membri, si potrebbe pervenire a risultati divergenti. Un tale approccio è contrario al principio della certezza del diritto.

È forse anche per questo che non risultano, ad oggi, casi pubblicati in cui si sia discussa l'applicazione di tale disposizione. Si legge quindi nel successivo paragrafo sessantaquattresimo delle conclusioni:

Neanche la sospensione delle operazioni di liquidazione per periodi di tre mesi è paragonabile alla sospensione definitiva della liquidazione

Di ciò si accorsero certamente gli *administrator* inglesi del gruppo Collins & Aikman, rimasti alle prese con una procedura secondaria pendente in Austria. Avendo comportato l'apertura di questa la cessazione delle attività dell'*establishment*, gli *administrator* temevano di trovarsi in una posizione più svantaggiosa nei confronti di terzi potenziali acquirenti delle partecipazioni nelle società del gruppo, per via della conseguente perdita di valore dell'azienda, che si sarebbe ulteriormente aggravata una volta incominciate le operazioni di liquidazione. Non era quindi sufficiente evitare queste ultime; tutta la procedura secondaria andava congelata. Alla richiesta di disporre la sospensione della procedura secondaria facendo leva sull'art. 34, il tribunale fallimentare austriaco (il *Landesgericht* di Leoben) rispose che né il diritto concorsuale austriaco né il Regolamento (che fa menzione soltanto delle "operazioni di liquidazione") potevano essere invocati per ottenere la sospensione dell'intera procedura secondaria. Per beneficiare quanto meno della dilazione delle operazioni di realizzo dell'attivo, secondo il giudice era poi necessaria la dimostrazione dell'imminenza della liquidazione, e che il curatore avesse presentato delle proposte in ordine all'utilizzo dell'attivo della procedura secondaria a norma dell'art. 31, 3° paragrafo. A questo categorico ma certamente non giustificabile diniego, gli *administrator* interposero quindi appello all'*Oberlandesgericht* di Graz, nel quale la curatela austriaca si difese agguerritamente, *in primis* denunciando (ma senza successo) il difetto di legittimazione all'appello dei curatori stranieri. L'appello ebbe naturalmente successo, dato il vistoso errore di diritto commesso dal giudice di prime cure con riguardo ai presupposti della concessione della sospensione. Ci vollero però, per gli *administrator*, ben due gradi di giudizio per ottenere, fra l'altro, solo una parte di quanto era stato inizialmente richiesto. Come ho anticipato, la vicenda ha avuto fortunatamente un lieto fine: quiescente la liquidazione nella procedura secondaria, il curatore di essa fu infatti raggiunto da un'allettante proposta di acquisto delle immobilizzazioni e delle giacenze di magazzino della dipendenza per una somma tale da permettere la soddisfazione *in toto* dei creditori già insinuatisi nella procedura secondaria e la trasmissione di un apprezzabile disavanzo alla procedura principale ex art. 35. I tre mesi della sospensione della liquidazione scadevano giusto a ridosso dello spirare del termine fissato dall'offerente per l'accettazione della proposta, che il comitato

dei creditori approvò all'unanimità: un *deus ex machina*, più che il risultato dei meriti della curatela secondaria, ostinatamente mossa da un atteggiamento tutt'altro che collaborativo.

Tornando alle conclusioni dell'*amicus curiae* nel caso *Handlowy*, troviamo al paragrafo sessantaseiesimo la seguente sentenza:

Fino a quando il regolamento non sarà modificato in modo da apportare maggiore chiarezza, tuttavia, tutte le parti sono tenute a garantire gli obiettivi della procedura principale attraverso gli strumenti esistenti e nell'alveo del diritto nazionale. Il principio di lealtà verso l'Unione (articolo 4, paragrafo 3, TUE) obbliga, a questo proposito, il giudice della procedura secondaria, in tutte le misure che esso dovrà adottare, ad avere riguardo per le finalità della procedura principale e a tenere conto dell'impianto del regolamento, che è basato sul principio di fiducia reciproca, sull'obbligo di coordinare le procedure principali con quelle secondarie e sull'obiettivo della creazione di procedure transfrontaliere efficienti ed efficaci, nonché sul primato della procedura principale.

Il passaggio pare scaricare tutto il peso del coordinamento fra le due procedure sull'obbligo di cooperazione scolpito nell'esile art. 31. Quando infatti l'art. 34 non può essere invocato perché ciò non è permesso dalla *lex proceduræ secundariæ* e l'art. 33 può risultare troppo dispendioso (e rischioso) da adoperare, al curatore principale non resta infatti che sperare che dall'altra parte del tavolo sieda un collega mosso da uno spirito di sincera cooperazione.

In quest'ottica, non poteva tuttavia essere certamente d'ausilio lo scarno art. 31, redatto nella prima metà degli anni '90, quando le pratiche di *cooperation* nelle insolvenze transfrontaliere -come si apprenderà nell'ultimo capitolo- erano ancora rudimentali e di incerta bontà. Tale disposizione si limita a disporre, in maniera piuttosto generica:

Salvo disposizioni che limitano la trasmissione di informazioni, il curatore della procedura principale e i curatori delle procedure secondarie devono rispettare l'obbligo d'informazione reciproca. Devono comunicare senza ritardo qualsiasi informazione che possa essere utile all'altra procedura, in particolare la situazione circa l'insinuazione e la verifica dei crediti e i provvedimenti volti a porre fine alla procedura.

Nonché, nel secondo paragrafo:

Fatte salve le norme applicabili a ciascuna procedura, il curatore della procedura principale e i curatori delle procedure secondarie hanno il dovere della cooperazione reciproca.

Non ci si poteva dunque attendere che da queste criptiche disposizioni il ceto professionale -in particolar modo, quello continentale- potesse trarre l'ispirazione necessaria per costruire un *modus operandi* quasi del tutto nuovo nella materia di loro competenza. Tanto più se si pone a mente che le dinamiche stesse del sistema di universalità introdotto dal Regolamento rappresentavano un che di inaudito e mai sperimentato prima nemmeno al di fuori del Vecchio Continente, e che, pertanto, in un primo momento era essenziale acquisire una certa padronanza del concetto di *c.o.m.i.* e del gioco di prevenienza e riconoscimento imperniato sugli articoli 16 e 26 del Regolamento; un meccanismo, fra l'altro, ben lontano dall'aver raggiunto la quadratura del cerchio, come si è potuto ve-

dere negli scorsi quindici anni. In altri termini, imparare a cooperare non era di certo un priorità, come lo era invece apprendere le tecniche di contenzioso all'interno di un sistema universalista incerto, complesso e molto spesso iniquo. Nei primi anni di vigenza del Regolamento, infatti, le procedure secondarie furono spesso usate come strumento alternativo di conflitto giurisdizionale, all'interno di un sistema che tali conflitti non ammette se non nei sovente angusti spazi dei diritti procedurali nazionali. In tutte le grandi insolvenze concernenti gruppi societari, nelle quali è nata e cresciuta la *mind of management theory* le procedure secondarie sono state adoperate come strumento alternativo all'eccezione di ordine pubblico (spesso erroneamente motivata dall'erroneità dell'accertamento del *c.o.m.i.* nella decisione d'apertura): basti l'esempio del fallimento della Illochroma s.r.l.

Nelle poche occasioni in cui si tentò di imbastire un solido apparato cooperativo, poi, il dovere di collaborazione timidamente comandato dal legislatore è impallidito di fronte a più robusti e rigidi doveri di perseguimento dell'interesse locale, origine e direzione di tutte le procedure secondarie.

Si prenda la procedura secondaria austriaca della Collins & Aikman Products GmbH: nelle sentenze pubblicate relative a tale contenzioso, oggetto di attenzione non furono solo la retta interpretazione dell'art. 34 e la legittimazione del curatore principale ad impugnare le decisioni rese dal Landesgericht nel corso della procedura; vi era anche stata pure un'istanza da parte dei *joint administrator* inglesi volta ad ottenere che il giudice austriaco ordinasse al curatore secondario di aderire ad un *cooperation protocol* -il contenuto del quale ci è peraltro ignoto-. Il netto rifiuto dei giudici tanto di prime cure quanto d'appello fu in entrambi i casi motivato dall'assenza, nel diritto austriaco, del potere al cui esercizio i giudici erano stati spronati. Se ciò non contrasta del tutto con l'art. 31 (che fa esplicitamente salve le normative nazionali), non è tuttavia nemmeno aderente al suo spirito: un corretto bilanciamento fra i doveri imposti dalla *lex concursus* e quello di cooperazione sancito dal Regolamento dovrebbe rilevarsi nella regola per cui i curatori di entrambe le procedure saranno obbligati a compiere tutti quegli atti richiesti dalle circostanze ed espressivi di un atteggiamento cooperativo che non contrastino inconciliabilmente con specifici doveri dettati dal diritto nazionale o, a maggior ragione, che non violino un preciso divieto. Non è certo un bilanciamento facile, dacché in molte ipotesi il curatore secondario potrà trovarsi imprigionato nel fuoco incrociato fra i rappresentanti della procedura principale e i più influenti creditori nella procedura secondaria: è la tragica situazione vissuta dal signor Rogeau nel caso Nortel, impegnato tanto nei confronti del *comité d'entreprise* quanto degli *administrator*, a loro volta inseriti in un più ampio organigramma facente capo agli organi delle procedure americane e canadesi.

Un ultimo elemento ha infine contribuito ad incrinare i già precari equilibri fra procedure principale e locali, di tale entità da essere riuscito molto spesso a svuotare completamente di senso il concetto di dominanza della procedura principale. Esso è stato in buona proporzione un effetto collaterale dei due criteri di giurisdizione adoperati nel Regolamento. È ben possibile infatti che nel territorio dello Stato del *c.o.m.i.* abbia sede il solo cervello direttivo dell'impresa, equipaggiato dei beni strettamente necessari allo svolgimento dell'attività di alta amministrazione; conseguenza di ciò è che la pressoché totalità dei cespiti pa-

trimoniali del debitore (immobili, macchinari ma anche crediti, laddove la dipendenza sia solita operare soltanto con clienti domestici) si trovi invece presso le dipendenze. Questa situazione sembra essere stata all'ordine del giorno nelle insolvenze dei gruppi: *Handlowy* e *Illochroma* sono gli esempi più noti. Ora, è pacifico che in questi casi che gli ufficiali della procedura secondaria avranno ancora meno interesse a collaborare con i loro omologhi stranieri, potendo virtualmente risolvere da soli, in osservanza della propria *lex concursus*, la liquidazione dell'intero patrimonio.

§ 6. La nascita delle procedure secondarie cd. sintetiche.

Alla luce di tutto quanto si è osservato nei precedenti paragrafi, non si stupirà il lettore, credo, di come molti curatori principali, decisi a compiere la loro missione nei migliori dei modi, si siano più ingegnati per evitare le tante incognite delle procedure secondarie che approfittati dei relativi vantaggi.

Abbiamo già illustrato alcune tattiche adoperate per difendere il pacifico svolgimento di una procedura principale dagli attacchi dei creditori dissidenti: in primo luogo, si può eliminare l'*establishment*, come nel caso belga *Megapool*. Quando ciò non sia stato possibile, si sono sfruttate, ove esistenti, le disposizioni nazionali che ammettevano il debitore all'amministrazione del proprio patrimonio in pendenza di procedura (*Eigenverwaltung, debtor in possession*), ottenendo così la concentrazione tanto della procedura principale quanto di quella secondaria in capo ad un medesimo curatore.

Simili tattiche, dipendendo da peculiarità del caso concreto ovvero dei diritti nazionali via via applicabili, non sono sempre state però disponibili. Ed è così che alcuni curatori -ancora una volta, inglesi- hanno escogitato un ulteriore stratagemma, adoperato con enorme successo in almeno un paio di casi di alto profilo.

Il primo di essi è il caso MG Rover, al quale ho fatto più volte riferimento. La vicenda, che rappresentò l'apice della decennale crisi dell'industria automobilistica britannica, ebbe inizio con l'*administration petition* presentata alla High Court di Londra l'8 aprile 2005 nei confronti delle otto società del gruppo aventi sede in altrettanti Stati europei (Germania, Paesi Bassi, Belgio, Spagna, Italia, Portogallo, Francia e Irlanda), deputate alla distribuzione dei veicoli usciti dagli storici stabilimenti di Longbridge, nei pressi di Birmingham.³⁴⁷ Alla *petition* seguiva, nel giro di dieci giorni, un *administration order* che faceva applicazione dell'*head office functions test* e affidava così le sorti di tutte le società ad un compatto *team* di *administrator*. L'obiettivo prioritario dell'*administration* era quello di impedire un rovinoso smaltimento dello *stock* di veicoli invenduti cercando, per quanto possibile, di proseguire le ordinarie attività di commercializzazione senza soluzione di continuità, in attesa che un coraggioso acquirente rilevasse le partecipazioni nella *holding* (la MG Rover Group Ltd.) dalle mani del "Phoenix Consortium", che, nel 2000, aveva a sua volta rilevato il tribolato marchio Rover dalla BMW al simbolico prezzo di dieci *pound sterling*.³⁴⁸ I piani degli

³⁴⁷ *MG Rover I*, inedita; [2005] EIRCR(A) 260

³⁴⁸ *The Wrong and Winding Road*, in *Financial Times*, 12 aprile 2005

administrator sembrarono vacillare quando il 27 aprile il Rechtbank di Utrecht accolse l'istanza di un creditore aprendo una procedura secondaria.³⁴⁹ Era essenziale scongiurare l'apertura di altre procedure secondarie, che avrebbero minacciato la buona riuscita dell'*administration*. Dall'altra parte della Manica, tuttavia, i creditori delle controllate erano sul piede di guerra, primi fra tutti i lavoratori dipendenti, che in assenza di una procedura domestica non avrebbero mai visto o gli emolumenti dei fondi nazionali di garanzia, o i pagamenti preferenziali conformemente alla *lex concursus* del proprio paese. L'attivo di ciascuna controllata era ostaggio di questi creditori; la loro liberazione richiedeva quindi il pagamento di un riscatto. Gli *administrator* pensarono bene, a questo punto, di concedere ai creditori quello che più di tutto desideravano, ossia essere pagati nella stessa misura in cui avrebbero ottenuto soddisfazione nel corso di una procedura d'insolvenza locale. Del resto, per gli stessi creditori, secondo i curatori inglesi, sarebbe stato sconveniente dare il via ad una procedura secondaria, poiché dalla svendita dei veicoli parcheggiati presso gli *establishment* nazionali non si sarebbe tratto molto di più di quanto necessario per coprire le aggiuntive spese di procedura. Gli argomenti da spendere nelle trattative con i lavoratori nel continente erano dunque buoni; ma non bastavano: era altresì indispensabile ottenere una garanzia che lo scambio avesse una solida base giuridica nella *lex concursus* della procedura principale. In altri termini, i legali dei lavoratori dovevano essere assicurati che la legge inglese permettesse agli *administrator* di rispettare le *ladder of priorities* dettate dalle *leges concursus* coinvolte. Il benessere dei giudici di Birmingham arrivò l'11 maggio successivo, con tempestività sufficiente a che i curatori principali ottenessero dai creditori delle controllate la promessa di non ricorrere alle procedure secondarie. Lo scambio funzionò: apprendiamo dall'*abstract* del caso contenuto nell'INSOL EIR Case Register che per effetto di questa vincente strategia i chirografari ricevettero il 37% del proprio credito, in luogo del 19% inizialmente preventivato.³⁵⁰ Le *share* nella controllante furono alla fine cedute al gruppo cinese Nanjing nel luglio successivo.³⁵¹

Il guaio è che il materiale disponibile sulla vicenda Rover non ci permette di apprendere di più di quanto è stato riportato sopra: le decisioni della High Court nelle quali si autorizzano i curatori a pagare i creditori secondo le preferenze di leggi diverse da quella inglese (in particolare, quella belga) sono purtroppo inedite.³⁵² Per risalire alla base giuridica invocata dai curatori nella prima di quelle che sarebbero state ridenominate "procedure secondarie sintetiche" dobbiamo perciò transitare al secondo grande caso in cui si adoperò lo stesso strumento. Si tratta, ancora una volta, della mastodontica *administration* del gruppo Collins & Aikman. L'intreccio è simile a quello del caso MG Rover: il

³⁴⁹ Rechtbank Utrecht, 27 aprile 2005, in www.rechtspraak.nl; [2005] EIRCR(A) 360

³⁵⁰ *Re MG Rover Belux SA/NV* [2006] EWHC 1296 (Ch), inedita; [2006] EIRCR(A) 277

³⁵¹ *Rover Sold to Nanjing Automobile*, in *BBC News Online*: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/business/4708739.stm>

³⁵² Né conosciamo le sorti delle *administration* inerenti alle altre società del gruppo, a parte quella francese ed olandese (rispetto a quest'ultima venne aperta una procedura secondaria) e, naturalmente, quella belga.

15 luglio 2005 le ventiquattro società europee del gruppo venivano ammesse ad *administration* dalla High Court. Immediatamente, le tre curatrici da essa nominate entravano in trattative con i creditori di dieci delle diciotto società costituite al di fuori del Regno Unito al fine di concordare una distribuzione dell'attivo conforme agli ordini di priorità dettati dai diritti nazionali applicabili alle potenziali procedure secondarie, alla cui attivazione i creditori contestualmente rinunciavano. Il momento della verità giungeva quindi nell'aprile successivo, quando le *administrator* domandarono alla Corte di poter procedere alla distribuzione dell'attivo in conformità ai *pooling agreement* conclusi nei mesi precedenti, ora in forma scritta, ora soltanto oralmente [*sic!*]. La sentenza del 9 giugno 2006 è il *leading precedent* della materia;³⁵³ in essa si trova una dettagliata e completa discussione della *quaestio iuris* sollevata dal ricorso a questa strategia di gestione dei rapporti fra procedura principale e secondaria: se l'art. 4 del Regolamento designa la *lex concursus* come legge applicabile alla distribuzione dell'attivo (nel nostro caso, la legge inglese), potranno gli organi della procedura discostarsi dalla sua applicazione, ammesso che la stessa gliene conceda la possibilità? Il quesito può scindersi in due parti: innanzitutto, ci si può chiedere se la *lex concursus*, in quanto richiamata dall'art. 4, debba essere applicata senza deroghe. La risposta è data qui attraverso un fugace riferimento al *decisum* del giudice Norris in *MG Rover Belux SA/NV*, tanto sfuggente da non permetterci nemmeno di ricostruire il passaggio in rilievo di quella decisione purtroppo inedita:³⁵⁴

I should add that I respectfully agree with Judge Norris's view in *Re MG Rover Belux* that where, as here, the law of the main jurisdiction is sufficiently flexible, as English law is, to acknowledge that in the particular circumstance of an administration it is the provisions of a local non-English law that may have (albeit indirectly) to be respected, then there is nothing in art. 13 of Council Regulation (EC) No. 1346/2000, of 29 May 2000 that precludes that respect.

In sé tale affermazione potrebbe ben essere contestata: se il Regolamento ha introdotto un sistema di norme di conflitto uniformi, come possono rimanere in piedi quelle unilateralmente previste dalla *lex concursus*? Quest'aporia non sembra tuttavia aver solleticato l'attenzione del giudice Lindsay; forse anche perché l'approdo alla legge straniera, per tramite di quella inglese, si è rivelato meno diretto rispetto ad una norma di conflitto: è il secondo profilo della nostra *quaestio*, ossia quello circa la flessibilità della legge inglese in tema di distribuzione dell'attivo. Il ragionamento del giudice si è qui sviluppato dall'ampia ricostruzione del diritto dell'*administration* prospettata dalla curatela, affidata alla cura di un giurisperito d'eccezione, il *Queen's Counsel* Gabriel Moss. Scandagliato in lungo e in largo lo sconfinato dominio dei precedenti di *common law* (nel quale risiede, fra gli altri, lo *elusive and difficult principle* fissato in *Ex parte*

³⁵³ *Re Collins & Aikman Europe SA and Others* [2006] EWHC 1343 (Ch); [2007] 1 B.C.L.C., p. 182; [2006] EIRCR(A) 278

³⁵⁴ Par. 34

James, re Cordon),³⁵⁵ l'appiglio per l'accoglimento delle richieste della curatela viene trovato in una remota disposizione dello *Schedule B1*, un *corpus* di disposizioni attuative ed integrative rispetto all'*Insolvency Act* introdotto nel 2003 dall'*Enterprise Act 2002*. Si tratta, per la precisione, del paragrafo 66:

The administrator of a company may make a payment otherwise than in accordance with paragraph 65 [...] if he thinks it likely to assist the achievement of the purpose of administration

Il menzionato paragrafo 65 altro non fa che estendere all'*administration* l'ordine di priorità fissato dalla *section 175* dell'*Insolvency Act 1986* con riferimento alle procedure di *winding-up*:

- (1) The administrator of a company may make a distribution to a creditor of the company
- (2) Section 175 shall apply in relation to a distribution under this paragraph as it applies in relation to a winding up

Insomma, quello che lo *Schedule B1* permette, è la disapplicazione della *section 175* dell'*Insolvency Act*, il cui contenuto viene indirettamente rimpiazzato dalle corrispondenti disposizioni di ordinamenti concorsuali diversi. Condizione affinché ciò possa avvenire, è che, a giudizio del curatore, possano per questa via meglio essere raggiunti gli scopi dell'*administration*. Condizione che nel caso *Collins & Aikman* così come in *MG Rover* era pienamente soddisfatta: nell'uno e nell'altro caso, l'ordinata ristrutturazione del gruppo, solo marginalmente ostacolata dall'apertura di procedure secondarie, aveva portato ad una soddisfazione dei creditori nella media maggiore di quanto inizialmente previsto.³⁵⁶

Il lascito delle due vicende analizzate è dunque costituito da un creativo e felice strumento, il quale, tuttavia, nascondeva un'insidia. Essa si è manifestata nel corso della travagliata amministrazione straordinaria della vecchia Alitalia, inaugurata con decreto presidenziale il 29 agosto del 2008. È di dominio della cronaca che in quella vicenda, per facilitare l'acquisizione della nostra compagnia di bandiera da parte della *holding* Compagnia Aerea Italiana S.p.A., si procedette al licenziamento del personale dipendente (poi un buona misura riasorbito dalla società acquirente); a tal fine, il 20 gennaio 2009 l'amministrazione straordinaria e i sindacati concludevano un accordo circa le indennità da licenziamento, da erogarsi in due *tranche*. Contemporaneamente, i *trustee* del fondo pensioni dell'Alitalia iniziavano una procedura secondaria in Inghilterra, sotto la quale venivano a ricadere circa settecentomila sterline depositate in due conti presso Barclays, ivi lasciate dall'amministratore straordinario proprio al fine di procedere al pagamento delle indennità al personale di terra ed aria impiegato in Inghilterra. Al tempo in cui i *liquidator*, scelti fra il personale di PwC, riuscirono

³⁵⁵ Al par. 15 della sentenza la regola viene spiegata citando il manuale *The Law of Company Liquidation* del giudice McPherson: "This elusive and difficult principle is based on morality. At the centre of the principle is that if an officer of the court is under an obligation of conscience, then the court will direct the officer to fulfill that obligation".

³⁵⁶ Par. 32: "There can, on the facts here, be no doubt but that the giving of the assurance was, at the time they were given, thought by the joint administrators to be likely to assist the objectives described in paragraphs 3(1)(a) and (b) of Schedule B1".

a prendere il controllo di tali somme, la seconda rata delle indennità non era ancora stata pagata. Di qui, il sofisticato *Italian job* messo in atto dall'avvocato Augusto Fantozzi (supportato nientemeno che da un *Queen's Counsel*, tale Lexa Hilliard) per evitare che nella distribuzione di tali somme ai dipendenti si applicasse il diritto inglese, con conseguente loro degradazione al rango di *unsecured creditor*: invocare *Re MG Rover Belux* e *Collins & Aikman* per ottenere la disapplicazione della gerarchia di distribuzione prevista dall'*Insolvency Act*. A differenza che nella celebre pellicola, tuttavia, il colpo non riuscì, né invocando il diritto dei *trust*, né il principio *Ex parte James*, né, soprattutto, i menzionati precedenti sulle procedure secondarie sintetiche:³⁵⁷

Miss Hilliard submitted that these cases showed the willingness of the English Courts to adapt English law to accommodate the ambition and purpose of the Insolvency Regulation. As, however, was pointed out by Mr Ramel, the cases involved distributions being made in accordance with the laws of countries in which secondary proceedings had been brought. In the present case, the reverse is proposed: that assets should be applied in accordance with the law applicable to the main proceedings rather than that governing secondary proceedings.

Le circostanze di fatto, *in primis*, erano diverse. Ma è più rilevante l'appunto successivo del giudice Newey:

Further, it was important in the *MG Rover* and *Collins & Aikman* cases that the companies in questione were in administration. [...] The present case, in contrast, involves a compulsory liquidation. In the present circumstances, I do not think the *MG Rover* and *Collins & Aikman* cases are of much help on the issue I have to decide.

In quanto procedura secondaria, infatti, quella aperta in Inghilterra non poteva che essere una *winding up*. Il punto è proprio questo: di tutte le decine di procedure disciplinate dai diritti concorsuali dei ventotto Stati membri, nessuna si fregia di quella flessibilità che contraddistingue l'*administration*, nemmeno le altre procedure previste dall'*Insolvency Act*. Detto altrimenti, il successo delle procedure secondarie sintetiche è dipeso tutto quanto dalle peculiarità della disciplina -riformata- di questa tipologia di procedura, non rinvenibili in nessun altro ordinamento fallimentare europeo.

Fortunatamente, il caso *Alitalia* ha servito da lezione al legislatore europeo, il quale -come vedremo- ha elevato le procedure sintetiche a istituto di diritto dell'Unione, senza naturalmente mancare di metterci del proprio.

§ 7. Conclusioni: il diritto europeo dell'insolvenza alle porte dell'età adulta

È d'uopo ora tirare le somme di questa lunga osservazione della giurisprudenza europea dell'ultimo quindicennio. Cosa ci ha restituito l'infanzia del diritto concorsuale europeo? Abbiamo avuto un Regolamento dichiaratamente universalista, coraggioso nell'impostare il sistema su un principio di mutua fiducia ben più accentuato che negli altri strumenti europei di diritto internazionale privato, ambizioso nel declinare la preminenza della *lex concursus*, certossino

³⁵⁷ *Re Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A.*, sentenza della Chancery Division della High Court del 18 gennaio 2011; [2011] EWHC 15 (Ch); [2011] B.C.C., p. 579

nell'individuare le eccezioni alla stessa, scrupoloso nel mantenere la limitazione all'universalità -rappresentata dalle procedure locali- entro i limiti strettamente necessari per non sacrificare oltremodo gli interessi locali.

La pratica ha tuttavia dischiuso i connotati più territorialisti della disciplina. Il Regolamento si è pertanto rivelato territorialista nel trattare le procedure principali, la cui fase più delicata -quella dell'apertura- è stata relegata ad anacronistiche peculiarità delle *leges concursus* degli Stati membri, poco inclini a valorizzare talune sfumature del *due process* all'interno dei procedimenti prodromici; territorialista, poi, nell'interpretare il ruolo delle procedure secondarie, impostesi come efficaci strumenti di lotta giurisdizionale, difficilmente addomesticabili per mezzo dei poteri attribuiti al curatore principale; territorialista, infine, nella promozione del valore della cooperazione fra organi delle procedure, che ha ceduto il passo ad un aspro clima conflittuale.

In tutto ciò, la legislazione e la prassi sono state egualmente determinanti. La prima ha infatti volutamente lasciato senza soluzione la cruciale domanda del corretto significato del c.o.m.i., permettendo alla seconda di profittare del potente passaporto costituito dall'art. 16 al fine di perpetuare l'antico vizio, tanto difficile da perdere, del *forum shopping*. La poca convinzione nella supremazia della procedura principale trasmessa nella disciplina sul coordinamento delle procedure ha poi fatto sì che le procedure secondarie, pur nei limiti attentamente tracciati con riguardo a giurisdizione e legittimazione attiva, si trasformassero nel principale strumento di difesa dalla percepita prepotenza delle procedure principali. Il pericoloso irrigidimento operato poi dall'art. 29 sulla natura necessariamente liquidatoria delle procedure secondarie ha infine costretto molti curatori principali a rinunciare ad esplorare le potenzialità di tale istituto.

Alla stessa maniera che nel corso dell'ultima metà del secolo passato, un ruolo determinante è stato poi recitato dalla persistente diversità dei diritti concorsuali nazionali, ancorati a differenti tradizioni giuridiche e culturali e a spesso divergenti priorità politiche.

Insomma, questa effervescente alchimia ha cagionato un sensibile allontanamento delle procedure secondarie dal loro spirito originario. Sorte da un motivato pragmatismo fiducioso nelle virtù dell'universalità e della cooperazione, tali procedure si sono quindi trasformate dapprima in una forma di limitazione e controllo di ambiziose spinte universalistiche, per poi arrivare, nella loro applicazione pratica, a mutare completamente segno ai connotati della disciplina. Da un sistema ispirato all'universalità limitata, ce ne siamo ritrovati piuttosto uno definibile di "territorialità mascherata".

Come questa situazione sia mutata in seguito, nel fiore dell'età adulta del diritto concorsuale europeo, sarà oggetto dei capitoli successivi.

PARTE TERZA: IL REGOLAMENTO N. 848 DEL 2015

CAPITOLO V

§ 1. Premessa

Nei capitoli precedenti ho trattato il passato del diritto concorsuale europeo; passato ormai remoto, benché il Regolamento sia stato in vigore sino a tutta la prima metà del 2017. La casistica, anche recente, è infatti riferibile ad una fase della storia del diritto europeo dell'insolvenza conclusasi poco più di un lustro fa. Della nuova stagione tratterò in questa seconda metà del presente lavoro, iniziando, nelle prossime pagine, dal passato "prossimo"; passerò quindi, nei capitoli successivi, a gettare lo sguardo sul presente e sul futuro. Prima di incominciare e di svolgere la trama, è però un atto di cortesia verso il lettore dare qualche coordinata sull'intreccio e presentarne i protagonisti.

Successivamente al 29 marzo del 2000, data di approvazione del Regolamento n. 1346, l'Unione Europea è andata incontro a profonde trasformazioni, a cominciare dall'incremento delle sue dimensioni politiche, geografiche e demografiche, fenomeno che nel gergo comunitaristico prende l'appellativo di "allargamento". Dai quindici Stati, che nel duemila sedevano nel Consiglio dell'Unione, si è passati a venticinque nel 2004, a ventisette nel 2007 e a ventotto nel 2013, con l'adesione della Croazia. Per far fronte a questo importante allargamento, si è quindi resa necessaria una crescita in senso qualitativo, ossia una riforma dell'architettura istituzionale dell'Unione. A tal fine si sono succeduti dapprima il Trattato di Nizza nel 2001, seguito a breve dall'ambizioso "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa", siglato a Roma il 29 Ottobre 2004 che, com'è noto, non è mai entrato in vigore in quanto non ratificato dalla Francia e dai Paesi Bassi. Dalle sue ceneri, si è infine delineato il Trattato di Lisbona, anch'esso segnato da travagliate vicende diplomatiche, culminate però nella sua entrata in vigore il 1° dicembre 2009.³⁵⁸ Concentrando l'attenzione sulla materia che ci occupa, la base giuridica sulla quale poggia il Regolamento, l'art. 81 TFUE (già art. 65 TCE), ha mutato considerevolmente fisionomia; difatti, per l'approvazione degli atti normativi in tema di cooperazione giudiziaria nelle materie altre dal diritto penale, è oggi previsto dal secondo paragrafo il ricorso alla procedura legislativa ordinaria, complesso *iter* evolutosi dalla procedura di co-decisione e che si compone delle tappe scandite dall'art. 294.³⁵⁹ In essa, il Consiglio, nel quale siedono gli emissari degli Stati sovrani, e il Parlamento, direttamente eletto dai cittadini dell'Unione, giocano un ruolo perfettamente paritetico, a differenza di quanto avveniva sotto il dominio della base giuridica pre-

³⁵⁸ Per una concisa panoramica su questi sviluppi, v. ADAM, TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, 2010 (2^a edizione), pp. 6 ss.

³⁵⁹ ADAM, TIZZANO, *op. cit.*, pp. 192 ss.

vigente, nella quale l'assemblea di Strasburgo era chiamata ad esprimere un semplice parere non vincolante.³⁶⁰

Gli effetti di tale novità nella materia concorsuale sono stati dirompenti, poiché il Parlamento ha interpretato il suo nuovo ruolo con accentuato dinamismo, ben oltre quanto formalmente prescrittogli. Nella procedura legislativa ordinaria, infatti, l'iniziativa legislativa spetta alla Commissione, che incarna il braccio esecutivo dell'Unione, e che nell'interesse di questa detta le direttive politiche sulle quali il Parlamento e il Consiglio sono chiamate a deliberare. Ebbene, questo rapporto fra Commissione e Parlamento, nella nostra materia, si è di fatto invertito, poiché lo stimolo ad imprimere all'agenda dell'Unione un nuovo corso è provenuto proprio dai rappresentanti dei cittadini dell'Unione. La neo-insediata "Commissione giuridica" del Parlamento, presieduta dall'eurodeputato tedesco Klaus-Heiner Lehne, appresso al volgere di decennio, richiese alla INSOL Europe, prestigioso *club* di studiosi europei del diritto dell'insolvenza, la preparazione di un dettagliato studio comparatistico del diritto concorsuale vigente nei principali ordinamenti europei. Significativamente, lo scopo della ricerca era quello di "valutare se l'armonizzazione del diritto dell'insolvenza a livello di Unione Europea [fosse] necessario o quanto meno opportuno". A tal fine, quattordici membri della INSOL Europe provenienti da nove paesi svilupparono delle "relazioni nazionali" strutturate sulla base di una traccia consistente di quindici punti, ognuno dei quali dedicato ad uno specifico profilo del diritto concorsuale.³⁶¹ Ne è risultato uno studio di dimensioni non trascurabili (all'incirca centosessanta pagine, includendo i *national report*), al quale è seguita, nel 2011, una "nota riassuntiva" concernente nello specifico l'apertura delle procedure d'insolvenza, l'insinuazione dei crediti e i piani di risanamento.³⁶² Per quanto l'oggetto dello studio fosse stato ritagliato sull'ambito di applicazione del Regolamento,³⁶³ alla riforma di questo non sono dedicati che puntuali e fram-

³⁶⁰ In estrema sintesi, la procedura legislativa ordinaria si apre con la proposta della Commissione (la quale interviene, a vario titolo, lungo tutto il procedimento), sulla quale il Parlamento si pronuncia in prima lettura; si transita alla seconda lettura se il Consiglio non approva la posizione del Parlamento; in tale ipotesi, il Parlamento può adottare l'atto, respingerlo o proporre degli emendamenti. Il Consiglio, infine, può approvare tali emendamenti ovvero respingerli a sua volta, innescando così la convocazione di un "comitato di conciliazione". A quel punto, delle due l'una: o dai lavori del comitato sortisce un progetto condiviso da entrambe le istituzioni, oppure l'atto si considera non adottato.

³⁶¹ A.A.V.V., *Harmonization of Insolvency Law at EU Level*, 15 aprile 2010 (codice PE 419.633), liberamente consultabile nel sito del Parlamento (<http://www.europarl.europa.eu/studies>). Alla sua redazione hanno partecipato, fra gli altri, Anna Maria Pukszto (autrice della nota riassuntiva), Robert Van Galen, Miguel Virgos e Bob Wessels. Il questionario-traccia è contenuto nell'Allegato I.

³⁶² PUKSZTO, *Harmonisation of insolvency law at EU level with respect to opening of proceedings, claims filing and verification and reorganisation plans*, 15 marzo 2011 (codice PE 432.766), reperibile sempre nel sito del Parlamento

³⁶³ P. 4: "INSOL EUROPE has confined its analysis to insolvency and winding-up proceedings within the meaning of Article 2(a) and (c) of Council Regulation (EC) No 1346/2000, of 29 May 2000, on insolvency proceedings, listed in Annex A and B of this Regulation, leaving aside consumer bankruptcy".

mentari cenni, brevemente ripresi da un *paper* stilato (sempre per conto dell'INSOL Europe) dall'avvocato olandese Robert van Galen al principio del 2011.³⁶⁴

Leggendo questi tre documenti, passati pressoché inosservati all'epoca,³⁶⁵ si ha l'impressione che per la commissione giuridica del Parlamento la discussione intorno all'armonizzazione dovesse essere prioritaria, mentre solo in un secondo momento si sarebbe presa in considerazione anche la riforma (o meglio, un semplice rammendo) del Regolamento vigente. Tale impressione è confermata dal primo atto ufficiale in materia uscito dalle aule parlamentari nel presente decennio, ossia la Risoluzione del 17 ottobre 2011, contenente "raccomandazioni alla Commissione circa le procedure d'insolvenza nel contesto del diritto societario dell'Unione Europea".³⁶⁶ La risoluzione del Parlamento si compone di trentatré "considerando", nei quali sono enunciate le ragioni a favore della presentazione, da parte della Commissione, di una proposta di atto legislativo secondo le raccomandazioni dettagliate contenute nell'Allegato, corredate di una dichiarazione esplicativa e dei pareri di altri due commissioni parlamentari, quella preposta ai "Problemi economici e monetari" e quella competente in materia di "Occupazione e affari sociali".

La ripartizione dei punti dedicati ai due temi rispecchia le proporzioni degli studi commissionati all'INSOL e, conseguentemente, le priorità dell'agenda politica prospettata dal Parlamento: sono assolutamente prevalenti, infatti, i riferimenti all'armonizzazione del diritto concorsuale, mentre alla revisione del Regolamento non sono riservati che tre considerando e poco di più di tre pagine di raccomandazioni, che con il *paper* di van Galen condividono sinteticità e frammentarietà.³⁶⁷

§ 2. Lavori preparatori e *iter* legislativo del Regolamento n. 848 del 2015.

L'invito del Parlamento fu presto colto dalla Commissione, la quale, tuttavia, invertì l'ordine di priorità delle due questioni evocate dall'assemblea elettiva, in quanto vi era una scadenza da rispettare: l'art. 46 del Regolamento prevedeva infatti che non oltre il 1° giugno 2012 la Commissione presentasse al Parlamento, al Consiglio e al Comitato economico e sociale una relazione sulla

³⁶⁴ VAN GALEN, *The Revision of the EU Insolvency Regulation*, all'indirizzo *web* citato *supra*. Più che di uno studio, a dire il vero, si tratta di un parere esterno (perlopiù brevissimo, considerato che si estende su sole sei pagine), dal momento che non vi si trovano riferimenti né alla dottrina né alla giurisprudenza. In esso vengono semplicemente individuate otto disposizioni di cui si avverte maggiormente l'esigenza di una riformulazione, nonché tre aree tematiche (fra le quali, l'insolvenza dei gruppi e il trattamento delle procedure aperte in Stati terzi, ossia nei casi in cui il *c.o.m.i.* si trovi al di fuori del territorio dell'Unione) bisognose di una disciplina *ex novo*.

³⁶⁵ Se si eccettua il conciso ma denso lavoro che reca la firma di FLETCHER e WESSELS (*Harmonisation of Insolvency Law in Europe*, Deventer, 2012), quest'ultimo fra i relatori e redattori dello studio sull'armonizzazione

³⁶⁶ http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency/07_ep_report_insolvency_en.pdf

³⁶⁷ Il contenuto della risoluzione, pertanto, sarà preso in considerazione nel Capitolo dedicato all'armonizzazione.

sua applicazione, eventualmente accompagnata da proposte di modifica. Tale operazione, in seguito, si sarebbe dovuta ripetere con cadenza quinquennale.

Come abbiamo avuto modo di vedere, il primo lustro di applicazione del Regolamento è stato particolarmente intenso, con importanti e discusse pronunce della Corte di Giustizia. A motivo di ciò, rispetto alla relazione della Commissione le aspettative erano di una certa importanza. Non potendo a tal fine essere d'utilità gli striminziti studi sul tema commissionati dal Parlamento, all'inizio del 2011, alcuni Professori e ricercatori delle facoltà giuridiche della Universität Wien e della Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg furono incaricati dalla Commissione di svolgere una ricerca più approfondita. Le oltre mille pagine che compongono lo studio risultante (se contiamo anche gli allegati) sono state date alle stampe verso la fine del 2012, con un lieve ritardo rispetto alle tempistiche fissate dal Regolamento; ciò non per demerito dei compilatori, giacché, anzi, l'opera è non solo voluminosa ma anche estremamente ricca di dettagli e, soprattutto, completa. Benché ormai datato, lo studio in questione resta infatti un'importantissima *summa* della teoria e della prassi applicativa del Regolamento. Gli autori dello studio spiegano la metodologia da loro adottata con queste parole:

The study is based on the authors' own legal research as well as on empirical research carried out on the basis of a comprehensive questionnaire³⁶⁸ addressing factual and legal questions concerning the Insolvency Regulation. In addition, the project leaders elaborated detailed guidelines for the interviews conducted with stakeholders engaged in cross-border insolvency proceedings, in particular insolvency practitioners, lawyers, judges and other relevant practitioners, credit institutions, accountants, companies, academics as well as consumer protection associations.³⁶⁹

Il tutto con lo scopo di fornire alla Commissione dati concreti al fine di tracciare un giudizio *ex post* e suggerire la strada da intraprendere.³⁷⁰ Lo studio si compone di nove capitoli, ciascuno dedicato ad un diverso tema; il più esteso, come è facile intuire, è quello dedicato alla giurisdizione e in particolare alla definizio-

³⁶⁸ Il questionario è stato preparato nei mesi di Marzo ed Aprile del 2012 e sottoposto ai relatori nazionali (per l'Italia, Remo Caponi e Federico Maria Mucciarelli).

³⁶⁹ La interviste in questione sono state condotte a partire da Maggio 2012 da parte dei relatori nazionali e hanno fornito materiale per la compilazione delle risposte ai questionari. Quanto all'Italia, si legge a pag. 6 dello studio: "*The Italian reporters accessed the courts of Turin and Bologna. They also contacted lawyers practising in the fields of cross-border insolvency*". I primi risultati sono emersi già nei due mesi successivi, mentre per quelli definitivi si è dovuto attendere Settembre. Di conseguenza, parte della casistica analizzata nei Capitoli precedenti (nonché della dottrina citata) non trova riscontro nello studio.

³⁷⁰ Come vedremo, pure la relazione della Commissione rispecchia pienamente il giudizio formulato dai redattori dello studio, che suona così (pag. 10): "*The Insolvency Regulation is generally regarded as a successful instrument for the coordination of the insolvency proceedings of the EU-Member States. Its uniform application in the European Judicial Area is guaranteed by the case law of the ECJ, which has been largely accepted by the legal practice. Therefore, it seems appropriate not to change the fundamental structures and underlying policies of the EU-instrument, which coordinates the national insolvency laws of EU-Member States in cross-border situations, but rather to improve the present system and to correct the most obvious shortcomings*".

ne del *centre of main interest*. Chiudono due allegati, che contengono, rispettivamente, i contributi dei relatori nazionali (sotto forma di tabelle di comparazione delle risposte ai questionari) e un florilegio di casistica, nazionale ed europea (attinta in larga misura anche dal *case register* dell'INSOL Europe).

A questo importante scritto farò riferimento in più punti nelle pagine che seguono, trattando delle diverse novità introdotte dal *recast*.

Orbene, la presentazione della Commissione era stata fissata per il 1° giugno, senonché a quella data i lavori di ricerca erano ancora in corso; l'attesa si protrasse fino al 12 dicembre successivo, quando al Parlamento Europeo furono presentati quattro importanti documenti. Il primo era la relazione prevista dall'art. 46, incentrata sulle modifiche da apportare al Regolamento; essa attinge sostanzialmente dai risultati emersi dallo studio condotto dalle università di Vienna e Heidelberg, nonché da una consultazione pubblica lanciata per tramite di una piattaforma *on-line*, rivolta principalmente a giudici, avvocati, esperti contabili ed imprenditori. La valutazione generale suona nei termini seguenti:

Based on the evaluation, the Commission concludes that the Regulation is generally regarded as a successful instrument for the coordination of cross-border insolvency proceedings in the Union. [...] However, a number of shortcomings of the Regulation have been identified by the evaluation study and the public consultation. Therefore, the Commission considers that there is a need to bring forward necessary adaptations to meet the need for a modern and business-friendly environment.

Nelle quattordici pagine seguenti, dunque, si incontra una dettagliata ricognizione dei profili di criticità già individuati dagli studiosi coinvolti nella preparazione della relazione: ambito di applicazione del Regolamento, definizione di c.o.m.i. e procedura per la sua determinazione, base giurisdizionale per le azioni connesse al fallimento (cioè, realizzazione della *vis attractiva concursus*), legge applicabile, riconoscimento, procedure secondarie e, soprattutto, insolvenza dei gruppi.

Fondamentalmente, la relazione non fa altro che esplicitare quanto contenuto nel secondo, fondamentale, documento presentato al Parlamento in quella data: la proposta di riforma del Regolamento. Essa consiste di due articoli, il primo dei quali composto da cinquantuno commi recanti modifiche, aggiunte o soppressioni di considerando e disposizioni del vecchio Regolamento, del quale, perciò, in un primo momento fu progettata non già la rifusione quanto, piuttosto, una riscrittura.

Il terzo documento della Commissione datato 12 dicembre, invece, risponde all'altro invito lanciato circa un anno prima dal Parlamento, ossia quello all'armonizzazione di singoli profili dei diritti concorsuali degli Stati membri. Tale documento, il cui contenuto sarà approfondito nel penultimo capitolo del presente lavoro, passò tuttavia in secondo piano, contrariamente alle aspettative nutrite dal Parlamento nella sua risoluzione.

Le ragioni di tale ribaltamento dell'agenda politica sono racchiuse nell'ultimo dei quattro documenti richiamati, contenente una "valutazione d'impatto", redatta sulla scorta dei risultati dello studio delle università di Vienna ed Heidelberg, della consultazione pubblica sopra menzionata e di un ulteriore studio commissionato al Consortium GHK/Milieu. In tale valutazione, stilata nell'estate

del 2012, il problema dell'insolvenza delle imprese operanti nel mercato unico viene affrontato in termini più generali e con maggiore attenzione a dati statistici ed economici, ed in relazione ad esso vengono individuati due gruppi di problematiche: la limitata estensione dell'ambito di applicazione del Regolamento e le difficoltà insorgenti nella sua applicazione. Per la soluzione, in particolare, del secondo gruppo di problematiche, vengono quindi messe a raffronto due strategie alternative, la cui bontà viene misurata in base alla capacità di migliorare lo *status quo*. La prima strategia (*option A*) prevede che la Commissione prenda misure limitate ad “*updating the existing Regulation, while maintaining the current balance between creditors and debtors and between universality and territoriality*”; la seconda (*option B*), invece, si spinge ad ipotizzare il mutamento delle “premesse di fondo del Regolamento” nonché “*some approximation or convergence of national insolvency laws and proceedings*”. Merita osservare che tra gli elementi di questa seconda opzione, figura in particolare l'abolizione delle procedure secondarie. I *pro* e i *contra* di ciascuna opzione vengono quindi dettagliatamente esaminati, tenuto conto dell'impatto sulle politiche economiche e sociali nonché sulla tutela dei diritti fondamentali protetti dalla Carta di Nizza; il bilancio finale è di estremo interesse:

Option B is potentially more effective than Option A in reaching the objectives and providing economic and social benefits for the Single Market. It would increase the effectiveness and efficiency of insolvency proceedings in the EU as a whole; it would create elements of a fully universal system, going towards features of the regulation of insolvency in the 50 States of the US under the US Insolvency Act.

Inoltre:

Option B would be more completely address the European Parliament's Resolution of November 2011, in which it gave recommendations to the Commission regarding the harmonisation of specific aspects of insolvency proceedings on the basis that the internal market would benefit from a level playing field, and that disparities between national insolvency laws create competitive advantages or disadvantages and difficulties for companies with cross-border activities, which could become obstacles to a successful restructuring of insolvent companies and favour forum-shopping.

Tuttavia:

[...] option B's impact on national systems is more significant. The proposed changes go beyond the modernising of the EIR, and would require an in-depth comparative analysis of national insolvency laws, preventing the immediate implementation of option B. In the meantime, the current problems would persist, and could even worsen.

Come vedremo nel settimo Capitolo, tale approfondita analisi comparatistica è stata solo di recente portata a termine. Il che significa che, ad oggi, l'*option B* rimane una strada aperta, benché la Commissione abbia ad essa preferito la più prudente *option A*, limitata alla correzione dell'esistente.

La presentazione della proposta di riforma e la sua comunicazione al Parlamento e al Consiglio ha così ufficialmente segnato l'avvio della procedura legislativa che, in poco più di tre anni, ha portato all'adozione del *recast*. I primi atti intervenuti in questo lungo percorso sono stati i pareri del Garante europeo

per la protezione dei dati e del Comitato Economico e Sociale Europeo, rispettivamente, del 27 marzo e del 22 maggio 2013.³⁷¹ Tenendo conto degli stessi, il Parlamento ha quindi impiegato più di sei mesi per delineare la sua posizione in prima lettura, approvata il 5 febbraio 2014.³⁷² Essa contiene sessantanove emendamenti, che consistono, per la maggior parte, di riformulazioni, correzioni o precisazioni di disposizioni dell'articolato e dei considerando; vi sono, tuttavia, anche degli emendamenti di maggior sostanza, come l'inserimento delle procedure di coordinamento di gruppo nonché (come vedremo nuovamente nel prossimo Capitolo) l'inserimento della *residency rule* a proposito della giurisdizione, cioè una regola di *perpetuatio fori* riferita ad un periodo di tempo precedente la presentazione dell'istanza d'apertura della procedura.³⁷³ Nel frattempo, il Consiglio non è rimasto inerte, bensì ha definito, al suo interno, una linea comune da adottare nei confronti del Parlamento, evidentemente conscio del fatto che degli emendamenti sarebbero stati inevitabilmente presentati.³⁷⁴ Ciò accaduto, la procedura ha preso una piega diversa rispetto alle scadenze dell'art. 294 TFUE: al fine di accelerare l'*iter* di approvazione, le due istituzioni legislative si sono sedute al tavolo dei negoziati per raggiungere una soluzione di compromesso. Principale elemento di tale accordo, raggiunto nel dicembre del 2014, fu il mutamento di fisionomia del nuovo Regolamento: dato il numero e, in taluni casi, l'ampiezza degli emendamenti proposti dal Parlamento, fu necessario, per amor di chiarezza, riformulare la proposta della Commissione emendata come rifusione del Regolamento precedente.³⁷⁵ In secondo luogo, si doveva decidere quali degli emendamenti del Parlamento riproporre nel nuovo articolato e quali no; a parte quelli di carattere prettamente espressivo (sostanzialmente rimpiazzati da una complessiva revisione linguistica affidata a giuristi-linguisti), si può notare come gli apporti alla sostanza del testo siano stati perlopiù tenuti in considerazione, benché con eccezioni importanti (come la *residency rule* di cui sopra). L'elaborazione del nuovo testo ha occupato tutto il 2014 e i primi due mesi del 2015, per sfociare nella formale adozione della posizione del Consiglio in prima lettura il 12 marzo.³⁷⁶ Il lungo cammino verso la riforma del Regolamento,

³⁷¹ Rispettivamente in G.U.U.E. C 358 del 7 dicembre 2013, pp. 15 ss. e in G.U.U.E. C 271 del 19 settembre 2013, pp. 55 ss.

³⁷² In G.U.U.E. C 93 del 24 marzo 2017, pp. 366 ss.

³⁷³ V. l'emendamento n. 21, che così definisce la dipendenza: "[...] qualsiasi luogo di operazioni in cui il debitore esercita, o ha esercitato nei tre mesi anteriori alla richiesta di apertura della procedura principale di insolvenza, in maniera non transitoria un'attività economica con mezzi umani e con beni o servizi". Analogamente, nell'emendamento n. 27 il c.o.m.i. è definito come "luogo in cui il debitore esercita la gestione dei suoi interessi in modo abituale *almeno tre mesi prima dell'apertura di una procedura di insolvenza* o di una procedura provvisoria e riconoscibile dai terzi". (corsivo aggiunto).

³⁷⁴ V. i comunicati stampa relativi alle sedute del 6-7 giugno e del 5-6 dicembre 2013, nonché del 5-6 giugno 2014 e del 9-10 ottobre dello stesso anno, reperibili nel *database* all'indirizzo <http://europa.eu/rapid/search.htm>

³⁷⁵ Comunicato stampa del 4 dicembre 2014, (ST 16151/14 PRESSE 610), all'indirizzo *supra*

³⁷⁶ In G.U.U.E. C 535 del 27 settembre 2016, pp. 172 ss.

a quel punto, volgeva al termine: la posizione del Consiglio veniva ratificata dal Parlamento il 20 maggio successivo e siglata il giorno stesso dai presidenti del Parlamento e del Consiglio.

§ 3. Sinossi del Regolamento rifiuto.

In conclusione di questo Capitolo, occorre passare in rassegna le principali novità del Regolamento, lasciando la trattazione approfondita delle sue disposizioni più rilevanti (in tema di giurisdizione e procedure locali) al prossimo Capitolo.³⁷⁷ In generale, il *recast*, in vigore dal 26 giugno 2017, presenta un impianto pressoché simile al suo predecessore; ciò è conseguenza, come si è osservato nel paragrafo precedente, della *policy* abbracciata dalla Commissione al termine del 2012, per cui la soluzione dei problemi chiave delle procedure d'insolvenza europee sarebbe dovuta passare, almeno in un primo momento, attraverso il miglioramento del diritto vigente. Con ciò, le “*basic premise*” del Regolamento n. 1346 del 2000 sono rimaste immutate: alla procedura principale, con effetti universali, aperta sulla base del criterio giurisdizionale del *centre of main interest* delineato dall'art. 3, si affiancano le procedure locali (indipendenti o secondarie), cui è dato ricorso di fronte ai giudici degli Stati Membri ove si situano le dipendenze del debitore, e con effetti limitati ai beni situati nel territorio di tali Stati.

L'affinamento delle disposizioni previgenti ha portato, semmai, ad una notevole espansione delle dimensioni del Regolamento, tanto nei considerando (ottantanove in luogo di trentatré), quanto nell'articolato (novantadue articoli suddivisi in sette capi invece di cinque capitoli di quarantasette articoli in tutto). Non solo: pure la lunghezza dei singoli articoli è aumentata, in alcuni casi in maniera del tutto irrazionale. Si prenda, ad es., il primo articolo: come nel vecchio Regolamento, la definizione del campo d'applicazione (i.e. delle tipologie di procedure concorsuali coperte dal Regolamento) passa attraverso una definizione generale affiancata da un allegato (questa volta uno solo: l'Allegato A); solo che la definizione, questa volta, consiste di ben centottantuno parole (*sic!*), che, se si tratta di quelle strettamente necessarie a riassumere la tipologia delle procedure d'insolvenza di ventisette ordinamenti, sono certamente troppe per essere mandate a memoria:

Il presente regolamento si applica alle procedure concorsuali pubbliche, comprese le procedure provvisorie, disciplinate dalle norme in materia di insolvenza e in cui, a fini di salvataggio, ristrutturazione del debito, riorganizzazione o liquidazione,
a) un debitore è sprossessato, in tutto o in parte, del proprio patrimonio ed è nominato un amministratore delle procedure di insolvenza;

³⁷⁷ Ecco altre panoramiche generali sul nuovo Regolamento: BEWICK, *The EU Insolvency Regulation, Revisited*, in *International Insolvency Review*, 2015, pp. 172 ss.; ID., *First Do Not Harm. Changes to the EU Insolvency Regulation, in Corporate Rescue and Insolvency*, 2012, pp. 128 ss.; FLETCHER, *The European Insolvency Recast: The Main Features of the New Law*, in *Insolvency Intelligence*, 2015, pp. 97 ss.; MCCORMACK, *Something Old, Something New: Recasting the European Insolvency Regulation*, in *The Modern Law Review*, 2016, pp. 121 ss.; VAN CALSTER, *COMIng and Here to Stay: The Review of the European Insolvency Regulation*, in *European Business Law Review*, 2016, pp. 735 ss.; WEISS, *Bridge Over Troubled Water: the Revised Insolvency Regulation*, in *International Insolvency Review*, 2015, pp. 192 ss.

b) i beni e gli affari di un debitore sono soggetti al controllo o alla sorveglianza di un giudice; oppure

c) una sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali è concessa da un giudice o per legge al fine di consentire le trattative tra il debitore e i suoi creditori, purché le procedure per le quali è concessa la sospensione prevedano misure idonee a tutelare la massa dei creditori e, qualora non sia stato raggiunto un accordo, siano preliminari a una delle procedure di cui alle lettere a) o b).

Laddove le procedure di cui al presente paragrafo possano essere avviate in situazioni in cui sussiste soltanto una probabilità di insolvenza, il loro scopo è quello di evitare l'insolvenza del debitore o la cessazione delle attività di quest'ultimo.

La chiusura di questo *exercise de style* non poteva essere migliore:

Le procedure di cui al presente paragrafo sono elencate nell'allegato A.

“*Much Ado About Nothing*”, allora, tanto più se la Corte di Giustizia -come se ce ne fosse stato bisogno- ha impiegato cinque paragrafi della sentenza *Handlowy* per chiarire che le procedure cui il Regolamento si applica sono quelle (e solo quelle!) elencate nell'Allegato A.³⁷⁸

In altri punti, invece, l'ampliamento delle disposizioni del vecchio Regolamento è stato necessario, come nell'art. 2, dedicato alle definizioni; alcune sono state precisate (ad es., quella di cui al numero 9, contenente le regole di localizzazione dell'attivo), altre coniate di fresco, come quelle contenute nei numeri 11 e seguenti relative alle nozioni di “creditore locale”, “creditore straniero”, “gruppo di società” e “impresa madre”.

Per incontrare la definizione più importante e più attesa, però, bisogna transitare all'art. 3, dedicato ai criteri di giurisdizione. Su questa capitale disposizione, oggi accompagnata da due nuovi articoli relativi agli aspetti “dinamici” della determinazione del c.o.m.i., tornerò nel dettaglio nel prossimo capitolo. In questa sede è sufficiente ricordare che la disciplina della giurisdizione è stata finalmente completata con l'inserimento dell'art. 6, dedicato non alle procedure d'insolvenza in sé, quanto alle azioni -diremmo noi- “nascenti dal fallimento”, qui denominate (in continuità con l'invalsa terminologia coniata dalla Corte di Giustizia nel caso *Gourdain v. Nadler*) “azioni che derivano direttamente dalla procedura d'insolvenza e che vi si inseriscono direttamente”.

Le norme in tema di legge applicabile sono oggi contenute negli articoli 7 e seguenti; anche qui, il bilanciamento fra *lex concursus* e altri ordinamenti è rimasto sostanzialmente inalterato; alcuni di questi articoli sono stati fortunatamente precisati, come gli artt. 11 e 13 concernenti gli effetti della procedura, rispettivamente, sui contratti relativi a beni immobili e sui contratti di lavoro, nonché l'art. 18 circa gli effetti della procedura sulle liti pendenti, che per la prima volta menziona l'arbitrato;³⁷⁹ altri, sorprendentemente, sono rimasti immutati; dico sorprendentemente, poiché da più parti (pure nei lavori preparatori) ne era stata auspicata la riforma: in primo luogo, vi è l'art. 8 (già art. 5) sui cd. *rights in*

³⁷⁸ Spezzo tuttavia una lancia a favore dei redattori dell'*External Evaluation*, sulla quale, sostanzialmente, il *recast* si fonda: la sentenza in esame è stata resa soltanto a lavori completati, cioè il 22 novembre 2012.

³⁷⁹ Giusta il suggerimento contenuto in A.A.V.V., *External Evaluation*, cit., p. 320.

rem, del quale rimane ancora incerta la natura di norma uniforme o di norma di conflitto, a cagione della equivoca portata dell'espressione "L'apertura della procedura non pregiudica il diritto reale".³⁸⁰ Inoltre, è rimasto intatto il vecchio e tanto criticato art. 13 (oggi art. 16), che consente ai creditori con maggiore forza contrattuale di procurarsi una sostanziale immunità dalle azioni revocatorie per mezzo di clausole di selezione della legge applicabile.³⁸¹

Fondamentalmente immutato, poi, è anche il Capo II, contenente la disciplina del riconoscimento delle decisioni d'apertura delle procedure (art. 19) e delle altre decisioni emesse nel corso delle stesse (art. 32).³⁸² La novità più rilevante di questo complesso di norme è semmai l'inserimento di una più compiuta regolazione delle pubblicità delle procedure, tanto sollecitata già dagli studiosi intervenuti nella preparazione della Relazione del Parlamento del 2011. Alla disciplina già contenuta negli articoli da 21 a 23 del vecchio Regolamento (oggi articoli da 28 a 30), serventi rispetto all'applicazione della norma di cui all'art. 24 (oggi art. 31) sulla *restitutio* delle prestazioni svolte nei confronti del debitore assoggettato a procedura, si affianca oggi l'istituto dei cd. registri fallimentari;³⁸³ tali registri dovranno essere creati dagli Stati Membri entro il giugno 2018 e, di lì ad un anno, essere inseriti in una rete centralizzata di interconnessione gestita dalla Commissione. La lettura delle relative disposizioni (articoli da 24 a 27) è

³⁸⁰ Ciononostante, la maggior parte della dottrina ritiene che si tratti di una norma sostanziale uniforme, che di fatto immunizza i diritti dei creditori dagli effetti della procedura, conferendo a questi un privilegio eccessivo rispetto a quello necessario per tutelare il loro affidamento. Per cui nel *paper* di Robert van Galen (*cit.*, p. 10) se ne era auspicata la trasformazione in norma di conflitto. I redattori dello studio delle università di Heidelberg e Vienna, sulla base di un approfondito *case study*, ne avevano invece raccomandato la trasformazione in *opposition rule*, ossia in una regola di conflitto temperata dal diritto del creditore garantito di opporsi all'applicazione della *lex concursus*. In particolare, all'apertura della procedura il diritto reale sarebbe stato scalfito dagli effetti previsti dalla *lex concursus* fino a che il creditore non si fosse opposto invocando, invece, gli effetti previsti dalla *lex situs*. Il che, sempre secondo i redattori, avrebbe permesso di risolvere in maniera ponderata l'annosa questione dell'applicazione dell'art. 5 nelle procedure concordatarie, importando di fatto la regola del "no worse off". (A.A.V.V., *External Evaluation*, *cit.*, pp. 270 ss. e 283 ss.)

³⁸¹ Le critiche, sollevate da alcuni relatori nazionali nell'ambito della preparazione dell'*External Evaluation*, sono state superate dai relatori, non convinti del fatto che il c.o.m.i. (e di conseguenza la *lex concursus*) potesse essere adeguatamente prevedibile dai terzi. Non avendo poi avuto prova di casi concreti in cui l'art. 13 si fosse prestato ad abusi ad opera di creditori e di terzi, i redattori dello studio hanno suggerito il mantenimento della vecchia disposizione. Il *paper* dell'INSOL, invece, si era collocato in una posizione intermedia, suggerendo la limitazione della protezione garantita dall'art. 13 ai soli casi di trasferimento del c.o.m.i. intervenuti prima della dichiarazione di fallimento. Cfr. A.A.V.V., *op. cit.*, pp. 310 ss.

³⁸² Naturalmente, il rinvio al Regolamento n. 44 del 2001 è stato sostituito con quello al rispettivo *recast*, il Regolamento n. 1215 del 2012 che, com'è noto, ha eliminato la necessità del procedimento di *exequatur* a fini d'esecuzione.

³⁸³ La traduzione italiana del termine non è molto felice: innanzitutto non è in linea con altre principali versioni linguistiche del testo del Regolamento (*Insolvency registers*, *Insolvenzregister*, *registres d'insolvabilité*); per di più, essa rispecchia una terminologia che, se la tanto attesa riforma del nostro diritto concorsuale andasse in porto, pare essere destinata all'oblio. Per un compiuto commento della nuova disciplina, v. SZIRÁNYI, *EU-wide Interconnection of Insolvency Registers*, in *Europäische Rechtsakademie Forum*, 2015, pp. 220 ss.

inutilmente appesantita da previsioni di dettaglio che avrebbero trovato una migliore collocazione fra le norme finali e transitorie;³⁸⁴ ad ogni modo, la nuova regolamentazione della pubblicità delle procedure può essere così sintetizzata: abbiamo innanzitutto una disciplina comune, applicabile alle persone giuridiche e alle persone fisiche “che esercitano un’attività imprenditoriale o professionale indipendente”; in essa, trova spazio un nutrito elenco di informazioni (cd. obbligatorie) che dovranno in ogni caso essere inserite nel registro nazionale e che, tramite l’interconnessione, saranno accessibili (gratuitamente, giusta l’art. 27 paragrafo 1) in tutti gli Stati Membri tramite il portale europeo della giustizia civile;³⁸⁵ i legislatori nazionali saranno poi liberi di arricchire i propri registri di ulteriori informazioni (cd. aggiuntive), accessibili dietro applicazione di una “tariffa di importo ragionevole” (art. 27 par. 2). Una disciplina speciale, invece, sarà applicata con riguardo alle procedure relative alle persone fisiche non esercenti attività imprenditoriali o professionali indipendenti: gli Stati Membri potranno, in tali ipotesi, restringere significativamente il novero delle informazioni obbligatorie, senza che ciò tuttavia possa comportare pregiudizio ai creditori che non abbiano ricevuto le informazioni di cui all’art. 24, par. 1. In alternativa, l’accesso a tali informazioni, ove pubblicate, potrà essere subordinato a determinati limiti (posti sempre con legge nazionale) esemplificati dai paragrafi 3 e 4 dell’art. 27. Da tale disciplina va poi tenuta distinta quella contenuta negli artt. 53 e seguenti, concernente l’informazione individuale dei creditori ai fini di un’ordinata ed equa gestione dell’insinuazione ed ammissione dei crediti; nello specifico, sia la comunicazione ai creditori conosciuti che l’insinuazione del credito avverranno attraverso dei moduli uniformi analiticamente descritti dagli articoli 54 e 55, e che saranno elaborati dalla Commissione con atti d’esecuzione (art. 88).

³⁸⁴ Mi riferisco in particolare all’art. 25, 2° paragrafo e all’art. 26, nei quali abbondano dettagli tecnici in materia di informatica e di finanze dell’Unione.

³⁸⁵ Tali informazioni sono quelle tassativamente elencate al secondo paragrafo dell’art. 24:

- “a) la data di apertura della procedura d’insolvenza;
- b) il giudice che ha aperto la procedura d’insolvenza e numero di causa, se del caso;
- c) il tipo di procedura d’insolvenza aperta di cui all’allegato A e, se del caso, eventuali pertinenti sottotipi di tale procedura aperti a norma del diritto nazionale;
- d) se la competenza per l’apertura della procedura si fonda sull’articolo 3, paragrafo 1, sull’articolo 3, paragrafo 2, o sull’articolo 3, paragrafo 4;
- e) se il debitore è una società o una persona giuridica, il nome del debitore, il relativo numero di iscrizione, la sede legale o, se diverso, il recapito postale;
- f) se il debitore è una persona fisica che esercita o non esercita un’attività imprenditoriale o professionale indipendente, il nome del debitore, il relativo numero di iscrizione, se del caso, e il recapito postale o, laddove il recapito sia riservato, il luogo e la data di nascita;
- g) il nome, il recapito postale o l’indirizzo di posta elettronica dell’amministratore, se del caso, nominato nella procedura;
- h) il termine per l’insinuazione dei crediti, se del caso, o il riferimento ai criteri per il calcolo di tale termine;
- i) la data di chiusura della procedura principale di insolvenza, se del caso;
- j) il giudice dinanzi al quale e, se del caso, il termine entro il quale presentare richiesta di impugnazione della decisione di apertura della procedura d’insolvenza ai sensi dell’articolo 5, o un riferimento ai criteri per il calcolo di tale termine”.

La principale novità del *recast* è però contenuta nel novello Capo V del Regolamento, inelegantemente intitolato “Procedure d’insolvenza delle società facenti parte di un gruppo di società”. Facendo tesoro dei suggerimenti contenuti nei lavori preparatori, il legislatore ha scartato il modello della *substantive consolidation*, consistente in un’unica procedura coinvolgente tutte le società del gruppo, modello teoricamente più lineare ma di difficile realizzazione, se non altro perché del tutto assente nei diritti nazionali. Le insolvenze di gruppo, nel nuovo Regolamento, possono coordinarsi in tre maniere: attraverso la cooperazione spontanea fra gli organi delle procedure relative a ciascuna società (artt. 56-60); attraverso l’attivazione di procedure di coordinamento di gruppo (artt. 61-77); oppure, infine, applicando l’ormai consolidato *head office function test* nella determinazione del c.o.m.i. delle diverse società del gruppo.

Mentre le disposizioni sulla cooperazione spontanea sono modellate su quelle della cooperazione fra organi delle procedure principali e secondarie, quelle sulle procedure di coordinamento rappresentano un’assoluta novità che, come abbiamo visto, è dovuta agli emendamenti proposti dal Parlamento in prima lettura.³⁸⁶ Sintetizzando, le procedure di coordinamento altro non sono che una versione semplicemente più strutturata della cooperazione spontanea; tali procedure ruotano intorno alla figura del coordinatore, le cui caratteristiche e i cui compiti sono definiti dagli articoli 71 e 72. Il coordinatore è nominato da uno dei giudici preposti alle procedure aperte nei confronti delle società del gruppo, dietro domanda di uno o più curatori delle relative procedure (art. 61), previa sommaria delibazione dell’istanza di procedura (art. 63) e coinvolgimento dei curatori di tutte le procedure pendenti in relazione al gruppo, i quali debbono poter sollevare contestazioni in ordine all’inclusione della propria procedura nel coordinamento o al coordinatore proposto entro un dato termine (art. 64), trascorso il quale il coordinamento prende il via. A quel punto, il coordinamento si svolge per tramite di raccomandazioni formulate dal coordinatore ovvero di piani di coordinamento di gruppo proposti dallo stesso. Tali atti hanno, nei confronti dei curatori coinvolti nel coordinamento, una limitata efficacia vincolante: dispone infatti il secondo paragrafo dell’art. 70:

Un amministratore delle procedure di insolvenza non è tenuto a seguire integralmente o parzialmente le raccomandazioni del coordinatore o il piano di coordinamento di gruppo.

Qualora l’amministratore della procedura di insolvenza non segua le raccomandazioni del coordinatore o il piano di coordinamento di gruppo, egli ne comunica i motivi alle persone o agli organismi a cui è tenuto a riferire secondo la propria legislazione nazionale, nonché al coordinatore.

Tale meccanismo, in sostanza, dovrebbe condurre ad una ridiscussione delle raccomandazioni e dei piani di coordinamento, la violazione dei quali non potrà tuttavia comportare sanzioni in senso -per così dire- tradizionale. La nuova disciplina è certamente piuttosto complessa, almeno ad un primo sguardo; essa riflette però delle prassi -non più tanto recente- che hanno riscosso un cer-

³⁸⁶ THOLE e DUEÑAS, *Some Observations on the New Group Coordination Procedure of the Reformed European Insolvency Regulation*, in *International Insolvency Review*, 2015, pp. 214 ss.

to successo negli ultimi due decenni, specie nel continente americano. Ne riferirò nell'ultimo Capitolo.

Non va dimenticato, tuttavia, che la nuova formulazione dell'art. 3 (che altro non fa che recepire la giurisprudenza *Interedil*) permette ancora il ricorso al *mind of management test*: c'è d'aspettarsi che tale atteggiamento prevarrà, almeno fino a quando curatori e giudici non avranno preso dimestichezza con le nuove disposizioni del Capo VI.

Per concludere, occorre infine dare uno sguardo a quella porzione di Regolamento che, a rigore, viene per prima, ossia il corposo elenco di *considerando*. Come già anticipato, il nuovo Regolamento conta ben ottantanove considerando, in molti dei quali è possibile rinvenire un'utile guida all'interpretazione dell'articolato. Nei primi cinque si possono leggere gli scopi del Regolamento, fra tutti quelli di "coordinare i provvedimenti da prendere in merito al patrimonio del debitore insolvente" nonché di "dissuadere le parti dal trasferire i beni o i procedimenti giudiziari da uno Stato membro all'altro nell'intento di ottenere una posizione giuridica più favorevole a danno della massa dei creditori".³⁸⁷

I considerando da 6 a 21 svolgono con più chiarezza la questione dell'ampliamento della gamma di procedure nazionali coperte dal Regolamento, che, come osservato, è affannosamente riassunta nell'art. 1.

I quattro considerando successivi, invece, riassumono lo schema di fondo del Regolamento, ancora una volta imperniato sulla dialettica fra procedura principale e procedure territoriali. Merita gettare l'occhio sull'aggiunta, opera ancora una volta del Parlamento, contenuta nel ventiduesimo considerando a proposito della diversità dei diritti nazionali in ordine ai "diritti di prelazione":

In occasione della successiva revisione del presente regolamento sarà necessario individuare ulteriori misure al fine di rafforzare i diritti di prelazione dei lavoratori a livello europeo.

Nel prossimo Capitolo considereremo con più attenzione i passaggi rilevanti dei considerando da 26 a 36 e da 37 a 51, dedicati segnatamente alla nuova disciplina della giurisdizione e delle procedure territoriali. I considerando da 52 a 62, invece, guidano l'interprete fra i meandri del nuovo Capo VI. Il primo di essi enuncia la filosofia di fondo della novella disciplina:

Nel caso in cui siano state aperte procedure d'insolvenza per varie società dello stesso gruppo, vi dovrebbe essere adeguata cooperazione tra i soggetti coinvolti in tali procedure. Ai vari amministratori delle procedure di insolvenza e giudici coinvolti dovrebbe pertanto incombere un obbligo di cooperare e comunicare tra loro analogo a quello che vige per gli amministratori delle procedure di insolvenza e giudici coinvolti nelle procedure principali e secondarie di insolvenza relative allo stesso debitore. La cooperazione tra gli amministratori delle procedure di insolvenza non dovrebbe mai andare contro gli interessi dei creditori di ciascuna procedura e dovrebbe essere tesa a trovare una soluzione che sfrutti le sinergie in seno al gruppo.

³⁸⁷ Rispettivamente, considerando 4 e 5

È dunque esplicitato il parallelo con la disciplina della cooperazione fra procedure principali e secondarie; allo stesso modo, è però fatta salva, a chiare lettere, l'approccio ormai consolidato dell'*head office function test* come strumento di coordinamento delle procedure di gruppo:

L'introduzione di norme sulle procedure di insolvenza di gruppi societari non dovrebbe 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 tali società si trovi in un solo e medesimo Stato membro. In simili casi, il giudice dovrebbe inoltre avere la facoltà di nominare, ove opportuno, lo stesso amministratore per tutte le procedure in questione, purché ciò non sia incompatibile con le norme ad esse applicabili.

Le radicalmente innovative procedure di coordinamento sono invece dipinte in questi termini dal cinquantaquattresimo considerando:

Al fine di migliorare *ulteriormente* il coordinamento delle procedure di insolvenza delle società facenti parte di un gruppo di società e di consentire la ristrutturazione coordinata del gruppo, il presente regolamento dovrebbe introdurre norme procedurali relative al coordinamento delle procedure di insolvenza delle società facenti parte di un gruppo di società. Tale coordinamento dovrebbe cercare di assicurare l'efficienza del coordinamento, rispettando nel contempo la distinta personalità giuridica di ciascuna società del gruppo.

Dalla presenza di ben tre metodi diversi (benché tutti riconducibili al principio di cooperazione fra organi della procedura) è, credo, legittimo evincere l'impressione che si tratti di una disciplina sperimentale, il che trova conferma nella clausola di riesame di cui all'art. 90, 2° paragrafo.³⁸⁸ A ben vedere, tutta la storia di questo *recast*, tratteggiata in queste poche pagine, restituisce questo senso di precarietà: in attesa di tempi più maturi, razionalizzare l'esistente era indispensabile. Nel prossimo Capitolo vedremo quali miglioramenti siano stati apportati dal *recast* per il rafforzamento del principio di universalità. In quello seguente, cercheremo di capire quanto questi "tempi più maturi" siano lontani.

³⁸⁸ "Entro il 27 giugno 2022 la Commissione presenta al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo una relazione sull'applicazione delle procedure di coordinamento di gruppo. La relazione è corredata, se necessario, di una proposta di modifica del presente regolamento".

CAPITOLO VI

§ 1. La competenza giurisdizionale nel *recast*: aspetti sostanziali

Appartiene all'antica saggezza popolare l'adagio per cui ciò che vince non si cambia, sia essa una squadra ovvero una formula, come quella del *centre of main interest*. Invero la scelta del c.o.m.i. come criterio di giurisdizione è stata vincente: in quanto criterio di carattere materiale e non formale, espressione della teoria del *siège réel*, il c.o.m.i. ha permesso di scongiurare taluni indesiderabili effetti della *Delaware syndrome* (o di quella del Cantone di Zugo, per rimanere nel Vecchio continente).³⁸⁹ Gli apprezzamenti a questa scelta non sono mancati nemmeno da parte degli studiosi d'oltremarica, da sempre ligi all'antico principio dell'*incorporation*, ma al contempo a più riprese crucciati della rigida applicazione che ne fanno i loro giudici.³⁹⁰

Meno vincente è stata, invece, la definizione legislativa di tale criterio, tanto elastica da risultare, alla fine, vuota. Sorprendentemente, nulla è sostanzialmente cambiato con il *recast*, benché da più parti si sia invocata una decisa virata nel *drafting* dell'art. 3. Questa è la "nuova" nozione di c.o.m.i., con la quale giurisprudenza e dottrina dovranno misurarsi nei prossimi anni:

Il centro degli interessi principali è il luogo in cui il debitore esercita la gestione dei suoi interessi in modo abituale e riconoscibile dai terzi.

Non occorre avere la proverbiale memoria di Pico della Mirandola per notare che questa definizione non è punto nuova: essa era già infatti contenuta nel tredicesimo considerando del vecchio Regolamento. Nel trentesimo *recital* di quello nuovo, invece, si legge questo (a proposito della presunzione di coincidenza fra c.o.m.i. e sede statutaria):

Nel caso di una società, tale presunzione dovrebbe poter essere respinta se l'amministrazione centrale della società è situata in uno Stato membro diverso da quello della sede legale e una valutazione globale di tutti gli elementi rilevanti consente di stabilire

³⁸⁹ Sintetizza e discute bene il contrasto fra chi ritiene doversi mantenere il c.o.m.i. e chi sostiene che debba essere rimpiazzato con il criterio della sede legale: AASARU, *The Desirability of 'Centre of Main Interests' as a Mechanism for Allocating Jurisdiction and Applicable Law in Cross-Border Insolvency Law*, in *European Business Law Review*, 2011, pp. 349 ss.: "The finding of the current paper was that although the 'registered office test' provides for several advantages (clear-cut location on the reference date and coherence between applicable company law and insolvency law), the concept of COMI provides better protection to the parties of the insolvency proceedings from the legal certainty perspective. This is because the concept of COMI has two unique aspects that increase legal certainty and that the 'registered office test' does not have. Firstly, the concept of COMI provides a genuine connection between the debtor and the insolvency forum. [...] Secondly, the concept of COMI allows to establish COMI within the EU whereas the company is registered outside the EU". Della stessa opinione è MUCCIARELLI, *A New Insolvency Regulation at Last*, in *European Company Law*, 2016, pp. 44 e 45; Id., *Not Just Efficiency: Insolvency Law in the EU and Its Political Dimension*, in *European Business Organization Law Review*, 2013, pp. 175 ss. (In particolare, pp. 193 ss.), che discute il problema attraverso i concetti dell'analisi economica del diritto (in particolare, quello di esternalità negativa).

³⁹⁰ FLETCHER, *Insolvency in Private International Law. National and International Approaches*, Oxford, 2005, p. 393

che, in maniera riconoscibile dai terzi, il centro effettivo di direzione e di controllo della società stessa, nonché della gestione dei suoi interessi, sono situati in tale altro Stato membro.

Balza immediatamente all'occhio il "copia e incolla" operato dalla sentenza *Interedil*, con la quale la Corte di Giustizia si è arresa alle pressioni della giurisprudenza nazionale, pur senza smentire esplicitamente *Eurofood*. Questo è tutto ciò che la rifusione del Regolamento ci offre: quell'atteso elenco di indici materiali da tenere in considerazione nell'applicazione dello *head office functions test* continua a latitare. Benché di materiale per l'elaborazione di tale elenco il legislatore non mancasse, la discutibile scelta di limitarsi a riprodurre *Interedil* nel testo del *recast* è stata determinata dal cattivo consiglio (con rispetto parlando) dato nel più importante dei *travaux préparatoires*, ossia la *External Evaluation* stilata dalle università di Vienna e Heidelberg.³⁹¹

In order to provide more guidance to national courts, the wording of recital 13 should be implemented into Article 3 (1) EIR. Therefore, the text of Article 3 (1) EIR itself shall state that the COMI is to be assessed by objective criteria ascertainable by third parties. In addition, it seems suitable to incorporate the criteria elaborated by the ECJ in *Interedil* in a new recital 13.

Dietro a questa scelta si cela l'ottimistica constatazione contenuta nello studio - ma ampiamente smentita dalla casistica- per cui i giudici nazionali si sarebbero fatti guidare dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, benché qualche riga più avanti si ammetta esplicitamente l'esistenza di orientamenti giurisprudenziali contrastanti.³⁹² Non c'è bisogno di ripetere che una simile situazione di *free for all* costituisce proprio il portato della penuria di interventi della Corte di Lussemburgo. Sarebbe stato ben più costruttivo trarre spunto dai copiosi riferimenti alla casistica nazionale, che nello studio occupano poco più di una sessantina di pagine, per elaborare un elenco esemplificativo di fattori chiave per la determinazione del c.o.m.i., elenco da inserire quanto meno fra i considerando. Ciò è tanto più vero se si dà credito all'opinione -nemmeno tanto recente- di un illustre studioso, il quale ha affermato, sulla scorta di una complessa analisi empirica e statistica della casistica in tema:³⁹³

It [il c.o.m.i.] is not as fuzzy as it is claimed to be, but rather it enjoys a relatively high level of agreement across EU courts regarding the factors they should rely on.

Sarà il tempo a stabilire se questa affermazione sia vera e, di conseguenza, se l'errore redazionale commesso dal legislatore europeo possa essere

³⁹¹ A.A.V.V., *External Evaluation of Regulation n. 1346/2000 on Insolvency Proceedings*, Vienna-Heidelberg, 2012, p. 162

³⁹² *Ivi*, p. 161: "The reported case law of the Member States shows that the national courts follow the lines of the ECJ". P. 162: "As the national reports revealed considerable and also inconsistent case law [...]".

³⁹³ MEVORACH, *Jurisdiction in Insolvency: a Study of European Courts' Decisions*, in *Journal of Private International Law*, 2010, p. 352

perdonato.³⁹⁴ Quel che è certo, per il momento, è che le aspettative sono state deluse.

Proseguendo nella lettura della disposizione, incontriamo notevoli novità, invece, per quanto riguarda il c.o.m.i. delle persone fisiche. Nel terzo comma del primo paragrafo, infatti, si legge:

Per le persone fisiche che esercitano un'attività imprenditoriale o professionale indipendente si presume, fino a prova contraria, che il centro degli interessi principali sia il luogo in cui si trova la sede principale di attività

E ancora, nel comma successivo:

Per le altre persone fisiche si presume, fino a prova contraria, che il centro degli interessi principali sia il luogo in cui la persona ha la residenza abituale.

La “presunzione di coincidenza”, già sperimentata con riferimento alle persone giuridiche, è stata estesa anche alle persone fisiche. Ciò, questa volta, contrariamente alle raccomandazioni espresse nell'*External Evaluation*.³⁹⁵

Furthermore, the Regulation should not include a presumption of the COMI of individuals. As these persons can easily relocate their habitual residence, the requested court must carefully assess the place of the COMI in each individual case.

I rischi paventati dai redattori dello studio, probabilmente, non emergeranno con grande evidenza, poiché, a differenza di quanto tutt'ora si prevede con riguardo alle società, la presunzione fa riferimento a due criteri sostanziali quali la “sede principale di attività” e la “residenza abituale”; si tratta di nozioni che richiedono, nel loro concreto accertamento, un'indagine fattuale non trascurabile. Il che non si sarebbe dato se, in luogo dei menzionati criteri, si fosse fatto riferimento a dati puramente formali quali il luogo di registrazione (nel caso delle persone fisiche “imprenditrici”) o quello di residenza anagrafica (per le persone fisiche “comuni”); nel qual caso, a buona ragione gli studiosi avrebbero potuto temere che l'accertamento del c.o.m.i. si sarebbe potenzialmente svolto sulla base dell'esile materiale istruttorio presentato dal debitore istante. Un simile meccani-

³⁹⁴ Mi permetto di muovere un appunto a Mevorach e all'approccio analitico da lui adottato: non credo che un'analisi interamente incentrata sulla casistica, benché preziosa e molto utile, possa permetterci di affermare che l'imprevedibilità del c.o.m.i. ha cessato di essere un problema. Vi è, credo, un punto di vista, altro da quello dei giudici, altrettanto importante e complementare al primo, sul quale, tuttavia, mancano indagini compiute: quello dei debitori e dei creditori nelle vesti di contraenti in un momento anteriore all'apertura della procedura. Sono convinto che saremo in grado di decretare la vittoria dello *universalism* solo qualora, da una estesa indagine empirica sulla prassi contrattuale, risulterà che le parti in negoziato siano in grado di prevenire accuratamente il rischio d'insolvenza riuscendo ad individuare con precisione quello che sarà il *centre of main interest*. In altri termini, solo quando si riuscirà a dimostrare, fatti alla mano, che il cd. *transaction risk* e il *venue risk* (secondo la terminologia adoperata da FENTIMAN, *International Commercial Litigation*, Oxford, 2010) legati all'eventualità di una dichiarazione d'insolvenza si siano trasformati da *uncertainty risk* (incalcolabile) a semplice rischio di un esito sfavorevole (calcolabile), allora potremo finalmente dimenticarci del problema dell'individuazione del c.o.m.i., e con ciò delle principali obiezioni su cui giocano i sostenitori della territorialità.

³⁹⁵ A.A.V.V., *op. cit.*, p. 163

simo presuntivo ha nondimeno il pregio di specificare, seppur indirettamente, la definizione del criterio di giurisdizione, ancora oggi piuttosto vaga: come si esclude, correttamente, che in virtù della presunzione la nozione di c.o.m.i. delle persone giuridiche coincidesse con quella di sede statutaria,³⁹⁶ oggi si può pacificamente affermare che il c.o.m.i. delle persone fisiche è in ogni caso qualcosa di più del luogo principale di attività o della residenza abituale, ché altrimenti non si spiegherebbe la possibilità di superare la presunzione. Il che, d'altro canto, è un peccato, perché "luogo principale di attività" e "residenza abituale" sono concetti che non sarebbe stato irragionevole scegliere come definizioni del c.o.m.i. delle persone fisiche: sia nell'uno che nell'altro caso, infatti, i terzi potranno ragionevolmente supporre che quello sia il luogo di stabile amministrazione degli interessi principali del debitore. D'altronde, è anche vero che in alcune ipotesi ciò potrebbe non verificarsi; ma c'è d'aspettarsi che tali casi si presenteranno raramente.

Tutte le presunzioni di coincidenza previste dal primo paragrafo dell'art. 3 non si applicheranno qualora la sede statutaria, il luogo principale di attività o la residenza abituale siano stati trasferiti nello Stato ove si presenta l'istanza meno di tre mesi (sei nel caso della residenza abituale) prima della stessa. Questo è ciò che rimane della *residency rule* che, come accennato, il Parlamento aveva opportunamente inserito nella sua posizione in prima lettura.³⁹⁷ Se il Regolamento fosse stato approvato in quella sede con gli emendamenti del Parlamento, oggi l'art. 3 avrebbe questo tenore:

Il centro degli interessi principali è il luogo in cui il debitore esercita la gestione dei suoi interessi in modo abituale *almeno tre mesi prima dell'apertura di una procedura di insolvenza o di una procedura provvisoria* e riconoscibile dai terzi.

Tale formulazione è un modo come altri per riportare l'effetto della *perpetuatio fori* ad un momento precedente all'istanza. Si tratta un consolidato mezzo di prevenzione di quelle manovre fraudolente del debitore che vanno sotto il nome di *forum shopping*.³⁹⁸ In forza di una simile regola, il debitore sarebbe sì libero di trasferire il suo c.o.m.i. a piacimento, ma sarà chiamato, nei tre mesi successivi, ad affrontare le conseguenze di questa sua scelta nei rapporti coi creditori, i quali potranno tutelarsi vuoi riscuotendo il proprio credito, vuoi rinegoziando i termini del loro rapporto, vuoi, infine, neutralizzando il trasferimento con una repentina istanza di fallimento, sempre che ne ricorrano i presupposti. Sulla stessa lunghezza d'onda, l'INSOL Europe, in un suo interessante documento del

³⁹⁶ Come affermato dal giudice Langan della Leeds Court in *Ci4net.com Inc. & DBP Holdings Ltd.* (Sulla quale v. TETT, SPENCE, *COMI: Presumption, What Presumption?*, in *Insolvency Intelligence*, 2004, pp. 139 ss.): "There seems to be no reason to suppose that the presumption that a company has its COMI at the place of its registered office is a particularly strong one. It is, rather, just one of the factors to be taken into account with the whole of the evidence in reaching a conclusion as to the location of the COMI."

³⁹⁷ V. G.U.U.E. C 93 del 24 marzo 2017, p. 375 (emendamento n. 27)

³⁹⁸ Cfr. l'art. 9, 2° co. della nostra legge fallimentare, che testualmente si riferisce però alla sola competenza territoriale interna

maggio 2012, aveva formulato una simile proposta, benché più elaborata.³⁹⁹ L'art. 3 da loro proposto prevedeva che:

If one year prior to the request for the opening of insolvency proceedings the centre of main interests of a debtor was located in a Member State and the centre of main interests is no longer located in that Member State at the time of the request for the opening of insolvency proceedings then only the courts of the Member State where the centre of main interests was located one year prior to the request have jurisdiction to open insolvency proceedings under this paragraph provided the debtor has left unpaid liabilities caused at the time its centre of main interests was located in this Member State and unless

- (i) all creditors of these unpaid liabilities have agreed in writing to the transfer of the centre of main interests out of this Member State; or
- (ii) the debtor is a company or legal person and has moved its registered office to the Member State of its new centre of main interests more than one year prior to the request for opening of the proceedings.

La regola così delineata poggia su due corollari: in primo luogo, sull'esistenza della libertà di stabilimento, consacrata dagli articoli 49 e 54 del TFUE, libertà che sarebbe eccessivamente penalizzata da una rigida regola di *perpetuatio* come quella proposta dal Parlamento; da ciò, in secondo luogo, discende che una qualunque *residency rule* deve essere prevista come eccezione in chiave protettiva di alcune posizioni meritevoli di tutela, quali sono quelle dei vecchi creditori (che vantano *liabilities caused at the time its centre of main interest was located in [the first] Member State*).⁴⁰⁰ Onde l'inapplicabilità della *perpetuatio* "a ritroso" in tre ipotesi: a) non ci sono "vecchi creditori", ché il debitore ha onorato tutti i suoi debiti contratti nel precedente foro; b) i vecchi creditori hanno espressamente acconsentito al trasferimento; c) i vecchi creditori hanno tacitamente acconsentito al trasferimento, lasciando spirare il termine di un anno senza aver preso iniziative.

Ora, nel *recast* di tutte queste fini riflessioni non si trova traccia;⁴⁰¹ la proposta del Parlamento, infatti, è caduta nel corso dei negoziati con il Consiglio per la presentazione della posizione di quest'ultimo in prima lettura. Quella infine accolta, è un dispositivo di contrasto al *forum shopping* pretestuoso deci-

³⁹⁹ A.A.V.V., *Revision of the European Insolvency Regulation. Proposals by INSOL Europe*, reperibile al link <https://www.insol-europe.org/download/documents/588>, pp. 38 ss.

⁴⁰⁰ *Ivi*, p. 43: "INSOL Europe is of the opinion that Articles 49 and 54 TFEU do not preclude a look-back period as envisaged here nor does the ECJ's case law in any way stand in the way of such a provision. The look back period in no way prevents the transfer of central management and control to another Member State or the relocation of a business' centre of main interests. The proposed amendment to Article 3(1) is simply a protective measure which is applicable to the interests of creditors who are entitled to expect that the appropriate insolvency forum will be selected or decided upon. [...] Finally, the look-back period is short and, as indicated above, it will not apply either if there are no "old" creditors or if such creditors otherwise agree to the change of COMI. Thus the proposal does not violate the freedom of establishment and moreover it is justifiable and proportionate in the light of its legitimate aim".

⁴⁰¹ In verità, nell'*External Evaluation* (a p. 19) troviamo menzione della proposta dell'INSOL, benché soltanto in una nota nella quale, sbrigativamente, si taccia la proposta di illegittimità rispetto ai citati articoli 40 e 54 TFUE; di tal parere, ma senza troppa convinzione, è anche WEISS, *op. cit.*, 2015, p. 202

samente flebile, destinato a funzionare in maniera diversa secondo che i meccanismi procedurali dettati dalla *lex concursus* diano minore o maggiore spazio al contraddittorio con i creditori: nel primo caso, infatti, disapplicare la presunzione significherebbe gravare il debitore istante di un onere probatorio più consistente, non potendo lo stesso limitarsi a dichiarare di possedere una sede statutaria nel nuovo foro; nel secondo caso, invece, si avrà un semplice spostamento di tale onere dai creditori non istanti al debitore istante.⁴⁰² Non applicare la presunzione come regola decisoria ha certo un suo vantaggio: ove il debitore istante non abbia adempiuto il suo onere probatorio, l'istanza sarà rigettata per difetto di giurisdizione (sempre che il giudice non goda di poteri istruttori ufficiali coi quali supplire alla carenza di prova in ordine alla giurisdizione); applicandosi la presunzione, invece, nella stessa evenienza si perverrà all'accoglimento dell'istanza del debitore che asserisca che il c.o.m.i. si trovi presso la sede statutaria indicata nell'istanza. Tuttavia, più che contrastare il *forum shopping*, una siffatta regola introduce semmai un correttivo -diciamo così- processuale alle istanze pretestuose, dato che il momento cui si riporta l'esplicarsi della *perpetuatio iurisdictionis* rimane quello fissato -in maniera abbastanza ovvia- nella sentenza *Staubitz-Schreiber*.⁴⁰³

Non ci resta che sperare in un'altra disposizione del *recast*, ossia la clausola di riesame di cui all'art. 90: non solo entro il 2027 si dovrà procedere ad una complessiva valutazione ed eventuale rivisitazione del nuovo Regolamento (com'era stato fatto per quello vecchio nel 2012); prima di ciò, entro il giugno 2020, la Commissione dovrà presentare al legislatore uno studio sul *forum shopping* pretestuoso, nel quale ci si augura che la questione della *perpetuatio* venga adeguatamente impostata ed affrontata, possibilmente muovendo dalla proposta di art. 3 già formulata cinque anni or sono dalla INSOL Europe.

§ 2. Segue: aspetti processuali

Le poche innovazioni -sull'effettività delle quali, inoltre, è legittimo nutrire dubbi- delle disposizioni giurisdizionali non può essere appieno apprezzata se non si considerano anche le novità dei profili procedurali contenute negli articoli 4 e 5, disposizioni di cui non si trovano corrispondenti nel Regolamento vigente.

La prima delle due norme si occupa dei doveri del giudice nella fase prodromica in relazione all'accertamento di quel presupposto (come si è visto, non meno importante dei classici presupposti oggettivi e soggettivi)⁴⁰⁴ della dichiarazione di apertura di una procedura d'insolvenza che è la competenza giurisdizionale.

⁴⁰² Per non parlare dell'eccessiva brevità dei "periodi sospetti", segnalata da MUCCIARELLI, *Private International Law Rules in the Insolvency Regulation Recast: A Reform or a Restatement of the Status Quo?*, in *European Company & Financial Law Review*, 2016, p. 19

⁴⁰³ C-1/04, in particolare i punti 25 e ss.

⁴⁰⁴ V. *retro*, cap. III, § 4.

Innanzitutto, l'art. 4 ha finalmente chiarito, recependo l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale dominante,⁴⁰⁵ che il *c.o.m.i. test* dovrà essere svolto dal giudice *ex officio*. Sedata una disputa interpretativa -nemmeno poi tanto accesa- se ne porrà, credo, una nuova, ossia quella in ordine all'ampiezza dei poteri officiosi del giudice; ci si può domandare, infatti, se l'inciso "il giudice [...] verifica d'ufficio la propria competenza" significhi semplicemente che questi potrà rilevare il difetto di giurisdizione pur in assenza di una rituale eccezione di parte, ovvero qualcosa di più, e cioè che il giudice avrà altresì il potere (e il dovere) di ricercare ulteriori elementi istruttori di propria iniziativa. Quest'ultima soluzione appare certamente ardita, in quanto finisce col trasformare il primo paragrafo dell'art. 4 in una norma processuale uniforme, perdipiù in controtendenza rispetto alle trasformazioni subite nei tempi più recenti dalla fisionomia dei procedimenti prodromici nei diritti nazionali.⁴⁰⁶ Non mancano, tuttavia, gli appigli normativi per giustificare questa soluzione. Leggiamo infatti nel trentaduesimo considerando:

In tutti i casi in cui le circostanze della questione diano adito a dubbi quanto alla competenza del giudice, questi dovrebbe esigere dal debitore ulteriori prove a sostegno delle sue asserzioni

Di qui, tre possibili obiezioni. In primo luogo, si potrebbe sostenere che se il legislatore avesse inteso introdurre una regola processuale uniforme, allora avrebbe dovuto indicare o introdurre un mezzo istruttorio *ad hoc* nella parte dispositiva del Regolamento (ad es., un ordine di esibizione di documenti), quando invece si è limitato a disporre, nei considerando, che il giudice *dovrebbe* poter esigere nuove prove dal debitore; in secondo luogo, tale "potere" nemmeno potrebbe qualificarsi come tale, non disponendo il giudice di un'espressa sanzione processuale per l'inadempimento dell'onere istruttorio del debitore istante. Di contro, si potrebbe ritenere, benché non sia scritto, che il giudice potrà rigettare l'istanza in quanto inammissibile qualora il debitore, debitamente sollecitato a chiarire la sussistenza del requisito giurisdizionale, non abbia fornito al giudice le prove richieste. Ma questa soluzione, a sua volta, potrebbe essere contraddetta dall'esistenza delle presunzioni di coincidenza fra *c.o.m.i.* e sede statutaria (nonché, sede principale d'attività e residenza abituale), che, in quanto regole di giudizio, imporranno al giudice di ritenere la propria giurisdizione sulla base dei predetti titoli. Per cui è ragionevole prevedere che prevarrà la soluzione "debole", più rispettosa della diversità fra diritti processuali nazionali, la cui armonizzazione non figura fra gli scopi del Regolamento. Fra tali obiettivi, tuttavia, vi è pure quello di prevenire il *forum shopping* pretestuoso, contro il quale, come si è visto, il nuovo art. 3 da solo poco può fare; l'auspicio, dunque, è quello che il trentaduesimo considerando possa perlomeno indurre i giudici a tratta-

⁴⁰⁵ VOGLER, *Die internationale Zuständigkeit für Insolvenzverfahren*, Vienna, 2004, pp. 185 ss.; OLG Wien, 30.9.2004 (28 R 210/04i), [2004] EIRCR(A) 348; BGH, 1.12.2011, a mente della quale la presunzione di coincidenza non è d'ostacolo all'indagine officiosa: v. A.A.V.V., *External Evaluation*, cit., pp. 141-142

⁴⁰⁶ Sul nostro diritto fallimentare, v. MONTANARI, *La nuova disciplina del giudizio di apertura del fallimento: questioni aperte in tema di istruzione e giudizio di fatto*, in *Il fallimento*, 2007, pp. 559 ss.

re con severità le istanze non sufficientemente argomentate in punto di giurisdizione.

Di carattere pedagogico è poi l'ulteriore norma racchiusa nell'art. 4, per cui i giudici avranno l'obbligo di motivare le decisioni d'apertura in punto di competenza giurisdizionale, in particolare indicando se la procedura aperta sia principale ovvero locale. Motivazioni carenti, infatti, non solo tradiscono un atteggiamento superficiale del giudice -a tutto vantaggio dei "turisti fallimentari" spinti da intenti fraudatori-, ma incidono negativamente anche sul diritto dei creditori a disporre di quelli che il trentaquattresimo considerando denomina "mezzi di ricorso effettivi".⁴⁰⁷

Di tale diritto si occupa il successivo art. 5, a norma del quale

1. Il debitore o qualsiasi creditore possono impugnare dinanzi al giudice la decisione di apertura della procedura principale di insolvenza per motivi di competenza giurisdizionale internazionale.

2. La decisione di apertura della procedura principale di insolvenza può essere impugnata da parti diverse da quelle previste al paragrafo 1, ovvero per motivi diversi dalla mancanza di competenza giurisdizionale internazionale, qualora il diritto nazionale lo preveda.

Non si tratta di un'aggiunta oziosa: come abbiamo osservato nel Capitolo III, non tutti gli ordinamenti si atteggiavano uniformemente in ordine alla possibilità di contestare la decisione d'apertura della procedura; tanto più se la nozione stessa di "decisione d'apertura", in linea con il parere espresso in *Eurofood*, è stata "comunitarizzata", cioè inserita nel *recast* come concetto proprio del Regolamento e indipendente dalle rispettive norme nazionali. Sicché, come discutibilmente deciso dalla Corte di Giustizia, anche una decisione di nomina di un curatore provvisorio sarà trattata come decisione d'apertura; il che è problematico non solo perché, verosimilmente, tali decisioni saranno prese al di fuori di una compiuta valutazione dei presupposti per l'apertura della procedura, ma anche perché trattandosi di misure interinali, non è detto che siano immediatamente impugnabili.

Quindi, la portata del nuovo art. 5 è duplice: ove già il diritto nazionale lo preveda, conferma la possibilità di ricorrere immediatamente contro il provvedimento che inaugura la procedura d'insolvenza per motivi di giurisdizione (nonché per ogni altro motivo previsto dalla legge, come specifica il superfluo secondo paragrafo);⁴⁰⁸ ove tale *chance* non sia data alla luce del diritto processuale degli Stati membri, ecco che la disposizione introduce un nuovo mezzo di impugnazione. In questo suo secondo risvolto, l'art. 5 è sorprendentemente monco: né infatti sono dettati i termini per la presentazione dell'impugnazione, né è indicato il giudice funzionalmente competente a conoscerla.

⁴⁰⁷ Si rammentino a proposito le sentenze tedesche nei casi *Daisytek* e *Brochier* -discusse *re-tro*, cap. III, § 5-, nelle quali il difetto di motivazione, fra le altre cose, ha spinto i giudici a ravvisare una violazione dell'ordine pubblico rilevante ex art. 26.

⁴⁰⁸ Si potrebbe dare un senso al secondo paragrafo intendendolo come una precisazione volta ad impedire che si interpreti il primo come norma che restringe l'ampiezza dei mezzi di ricorso già previsti dai diritti nazionali, sia in punto di motivi di doglianza che di legittimazione attiva. Va comunque riconosciuto che la formulazione dell'articolo in questione -come di buona parte delle disposizioni del *recast*- non è molto felice.

Con l'art. 5 terminano le novità introdotte dal *recast* nella materia più importante di un testo normativo dichiaratamente ispirato al principio di universalità. Giustapponendo vecchio e nuovo Regolamento e guardando i due testi da lontano, non si notano differenze: il *centre of main interest* è infatti rimasto -perlomeno a livello di formante legislativo- quel criterio indefinito che era ai tempi della Convenzione del 1995. Quanto poi al quadro procedurale per la sua determinazione, esso è stato sì aggiustato in alcuni punti; nondimeno, il margine di miglioramento era sicuramente più ampio. Abbiamo insomma fra le mani una disciplina che risente ormai dei suoi venti e più anni, pressoché inerte al profluvio di riflessioni che in questo lasso di tempo si sono sviluppate intorno ad essa. All'importanza dell'approfondimento dottrinale avrebbe dovuto perlomeno corrispondere un'equivalente grado di incisività negli interventi di riforma. Le proposte a tal fine sono state numerose, ma l'unica voce ascoltata dal legislatore è stata unicamente quella della ristretta cerchia di studiosi coinvolti nei lavori preparatori. Questo *modus operandi* comporta tuttavia il rischio di condannare all'oblio ricostruzioni di diversa provenienza, tacitando il dibattito intorno alle stesse. La mia mente corre in particolare ad alcune proposte *de jure condendo* formulate da un *bankruptcy judge* statunitense, un certo Samuel Bufford, già impegnato a Los Angeles presso il *Central District of California*, uno dei tribunali fallimentari più affollati degli Stati Uniti.⁴⁰⁹ Si tratta di riflessioni elaborate in tre articoli apparsi fra il 2005 e il 2007 in altrettanti *law journal* americani sulla scorta dei più importanti casi europei fino ad allora decisi, ossia *Eurofood* e *Daisytek*.⁴¹⁰ Oltre ad una migliore definizione del c.o.m.i., ciò che l'autore propone è un profondo ripensamento delle cadenze processuali per la sua determinazione:⁴¹¹

The application of the EU Regulation to date shows that it needs three important procedural improvements to make it workable.

Questo perché

Procedural issues are crucial to the determination of the location of the main proceeding for a company with international transactions. The result of such a determination is

⁴⁰⁹ Come si legge nella breve biografia contenuta nel sito dell'*International Insolvency Institute*: <https://www.iiiglobal.org/user/229>

⁴¹⁰ Il principale è il corposo lavoro *International Insolvency Case Venue in the European Union: the Parmalat and Daisytek Controversies*, in *Columbia Journal of European Law*, 2006, pp. 429 ss., che contiene una dettagliata discussione delle summenzionate vicende e la compiuta formulazione di cinque proposte di riforma: a) più chiara definizione di c.o.m.i.; b) norme concernenti i gruppi societari; c) migliore procedimentalizzazione della decisione sul c.o.m.i.; d) definizione uniforme del concetto di "apertura della procedura principale"; e) miglioramento del contraddittorio. Gli altri due articoli, apparsi nello stesso periodo su riviste diverse, non sono che un sunto del primo: *Global Venue Controls Are Coming: A Reply to Professor LoPucki*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 2005, pp. 105 ss.; *Center of Main Interests, International Insolvency Case Venue, and Equality of Arms: The Eurofood Decision of the European Court of Justice*, in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2007, pp. 351 ss.

⁴¹¹ *Insolvency Case Venue*, cit., p. 471

substantial: It determines which country's laws will, for the most part, govern the rights of creditors and other interested parties in the proceeding.

Il problema nasce dal fatto che nel Regolamento mancano regole concernenti le questioni procedurali, completamente affidate alla disciplina degli Stati membri. Prosegue quindi Bufford:

Because each of the EU member countries has a domestic bankruptcy law, this strategy is largely well founded. However, the EU Regulation contains distinctive substantive and procedural provisions that are not reflected in domestic bankruptcy procedures, and which need supplementary procedural rules.

Dalla peculiarità del concetto di c.o.m.i. e dal suo ruolo nell'economia del Regolamento discende quindi l'opportunità di adeguare i diritti processuali nazionali in tre direzioni: a) strutturare la decisione intorno al c.o.m.i. secondo proprie cadenze e regole, autonome rispetto alla decisione d'apertura della procedura principale; b) definire autonomamente la nozione di "apertura della procedura principale"; c) declinare il complessivo quadro procedurale secondo più avanzati *standard* di *fairness* processuale, consentendo a tutti i soggetti interessati di esprimersi sul profilo giurisdizionale.

Ci interessano in modo particolare il primo e il terzo punto. Sul primo osserva Bufford a proposito dell'esame della giurisdizione tradizionalmente inteso:⁴¹²

The determination whether a transnational insolvency proceeding is a main proceeding, based on the location of the CoMI, tends to be made at the outset of a proceeding, within a few days of its filing. In a civil law country, this decision is typically made at the same time as the decision opening the proceeding.³³⁴ In a common law country, the decision is frequently included in the "first day order" package.

Un simile *modus procedendi* viene però giudicato inadeguato nel sistema del Regolamento, poiché:

The decision whether a proceeding is a main proceeding is too important an issue in a transnational insolvency proceeding to decide at the outset, before all of the parties in interest have an opportunity to be heard.

Il coinvolgimento degli interessati (debitore, creditori, autorità nazionali) verrebbe quindi a caratterizzare la nuova fisionomia del procedimento prodromico, che attraverso la realizzazione dei canoni *due process* (ed è il terzo punto della proposta di Bufford) perseguirebbe altresì lo scopo di migliorare la qualità del materiale istruttorio disponibile al giudice per decidere della propria competenza giurisdizionale.⁴¹³

Courts must make their decisions based on the evidence presented to them. [...] The remedy [...] lies in giving the parties enough time to collect and present the relevant evidence before making a decision on the CoMI.

⁴¹² *Ivi*, p. 472

⁴¹³ *Ivi*, p. 475

Aggiungerei pure che tale soluzione si dimostra coerente pure con la natura stessa del concetto di *centre of main interest*, nel quale pesa in maniera consistente (o così dovrebbe) il punto di vista dei terzi: quale miglior modo per prendere cognizione di questa loro percezione se non quello di coinvolgerli nello sviluppo della decisione?

Certo, tutto questo potrebbe richiedere tempo: nel dibattito che gli articoli di Bufford hanno generato nella dottrina statunitense la principale obiezione che è stata sollevata contro il *due process* si è proprio basata sulla preminenza delle esigenze di celerità.⁴¹⁴ Su questa tensione fra il “fare presto” e il “fare bene” ci siamo già intrattenuti nel corso di questo lavoro. Mi limito solo a ribadire la mia personale convinzione per cui le due cose possono pacificamente coesistere; se non altro, si può perlomeno evitare di fare “presto e male”. La palla passa ora, però, ai legislatori e soprattutto ai giudici nazionali. Dal Regolamento non ci proviene infatti che un timido incoraggiamento ad intraprendere questa strada. Si trova nel trentaduesimo considerando:

In tutti i casi in cui le circostanze della questione diano adito a dubbi quanto alla competenza del giudice, questi dovrebbe esigere dal debitore ulteriori prove a sostegno delle sue asserzioni e, se consentito dalla legge applicabile alla procedura d'insolvenza, dare ai creditori del debitore l'opportunità di esprimersi sulla questione della competenza.

Meglio che nulla. Ciò è perlomeno il riconoscimento della possibilità che questa si riveli la retta via. Un'ulteriore conferma di ciò proviene dalle più recenti *best practice* di cooperazione fra giudici elaborate a livello dottrinale. Le vedremo nell'ultimo capitolo.

§ 3. Procedure locali: condizioni di apertura

Le novità più consistenti del *recast* (se eccettuiamo naturalmente gli istituti di nuovo conio quali le procedure di gruppo e i registri fallimentari) non hanno riguardato i profili giurisdizionali della procedura principale, che, come si è visto nel precedente paragrafo, sono stati, tutto sommato, scalfiti solo marginalmente. La disciplina che ha subito il *restyling* più consistente è stata infatti quella relativa alle procedure locali, tanto a livello di dettaglio quanto di struttura. Con ciò non si deve credere che ne siano mutate la funzione o i caratteri salienti: esse rimangono procedure territorialmente limitate e rette dalla propria *lex concursus*. La novità sta piuttosto nella dialettica con la procedura principale, diversamente definita e calibrata, con novità che hanno spiegato effetto e sulla posizione dei creditori “locali”, e, soprattutto, su quella del curatore della procedura principale (per la precisione ridenominato “amministratore della procedura principale”, ma al quale, per brevità, mi riferirò ancora con l'espressione “curatore principale”). Nell'esposizione delle innovazioni apportate dal *recast* seguirò quest'ordine: partirò dai profili di “statica” (ossia, giurisdizione e legittimazione attiva), transitando quindi a quelli di “dinamica”, segnatamente, la novella disci-

⁴¹⁴ In particolare, v. LoPucki, *Universalism Unravels*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 2005, pp. 150 ss.

plina delle procedure secondarie denominate in dottrina “sintetiche” e la più robusta fisionomia del principio di cooperazione fra organi delle procedure.

Principiando dalla giurisdizione, nell’art. 2 lett. 10) -dedicato alla definizione del criterio della “dipendenza”- troviamo una prima conquista del ceto creditorio locale; come si ricorderà dall’analisi casistica compiuta nel quarto capitolo, la soluzione data al problema del momento determinante per l’accertamento della dipendenza ha fatto sì che i più scaltri curatori “principali” si siano adoperati per -letteralmente- privare i rappresentanti degli “interessi locali” dell’appiglio giurisdizionale per l’apertura delle procedure secondarie. Con la “nuova” definizione di *establishment* queste tattiche dovrebbero riuscire meno facili:

«dipendenza», qualsiasi luogo di operazioni in cui un debitore esercita o ha esercitato nel periodo di tre mesi anteriori alla richiesta di apertura della procedura principale d’insolvenza, in maniera non transitoria, un’attività economica con mezzi umani e con beni;

Il momento cui riferire l’esistenza della dipendenza slitta quindi in avanti, anteriormente non solo rispetto all’istanza di procedura secondaria ma anche all’istanza di procedura principale, di talché il curatore di quest’ultima non potrà più scongiurare le potenziali iniziative difensive dei creditori locali smantellando il substrato materiale e giuridico che costituisce la dipendenza, ossia spostando o liquidando beni oppure, come nella vicenda *Megapool*, invocando la resiliazione dai contratti d’affitto degli immobili ove l’attività dello stabilimento si svolge. A differenza che nell’art. 3, qui la *perpetuatio* è veramente riportata ad un momento risalente -e che in concreto può esserlo in larga misura-.

Ciò che il legislatore non ha ritenuto di fare è stato integrare la definizione di *establishment* coi chiarimenti forniti dalla Corte di Giustizia in *Interedil*. Il che non avrebbe certamente guastato; nondimeno, tale omissione non pare così problematica, anche perché il ventiquattresimo considerando esplicitamente richiama tale giurisprudenza.⁴¹⁵

Meno rilevanti, invece, le novità in tema di legittimazione alla relativa istanza. Le procedure secondarie, come nel previgente Regolamento, potranno essere aperte dietro impulso del curatore della procedura principale (o del *debtor in possession*, qualora previsto in luogo del curatore dal diritto nazionale) o di tutti gli altri soggetti cui la legittimazione sia attribuita dalla *lex concursus*. Resta più circoscritta, invece, la legittimazione all’apertura di procedure indipendenti, riservate -al di fuori del caso in cui sia dimostrata l’impossibilità giuridica di aprire la procedura principale- ai creditori “locali” (tali secondo la consueta definizione già contenuta nell’art. 2, par. 4) e -questa è l’unica novità- alle autorità pubbliche legittimate all’istanza secondo la *lex concursus*. Posso immaginare che al povero pubblico ministero belga della vicenda *Zaza Retail* sia scappato un mezzo sorriso. Peccato solo che la legittimazione non sia stata estesa -piuttosto- allo stesso debitore, il che avrebbe probabilmente stimolato il ricorso a

⁴¹⁵ “Laddove la procedura principale di insolvenza riguardante una persona giuridica o una società sia stata aperta in uno Stato membro diverso da quello in cui essa ha la sede legale, dovrebbe essere possibile aprire una procedura secondaria di insolvenza nello Stato membro della sede legale, purché il debitore eserciti un’attività economica con mezzi umani e con beni in quello Stato, in conformità alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea”.

tali procedure in chiave di risanamento preventivo di rami sofferenti di imprese transnazionali.

Transitando al merito dell'istanza, si è visto nel capitolo quarto come l'ambiguità dell'inciso sulla non necessarietà dell'accertamento dell'insolvenza del debitore contenuto nell'art. 27 abbia generato non pochi contrasti, dando adito all'opinione per cui non vi fosse un chiaro divieto di riesame del presupposto oggettivo. Tale tesi, si ricorderà, è stata alla fine smentita dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Handlowy*. Ebbene, l'erede dell'art. 27 (l'attuale art. 34) così dispone:

Se la procedura principale di insolvenza presupponeva l'insolvenza del debitore, la situazione di insolvenza del debitore non è riesaminata nello Stato membro in cui può essere aperta la procedura secondaria d'insolvenza.

L'ambiguità propria della vecchia formulazione sembra ormai risolta. Ma se ci si sofferma per un secondo sulla nuova disposizione, i vecchi problemi paiono riemergere: l'inciso iniziale, infatti, sembra riferire il divieto di riesame alle sole ipotesi in cui la procedura principale si fonda sull'insolvenza, lasciando scoperte invece le ipotesi in cui la procedura principale si basi sulla mera probabilità d'insolvenza, secondo la dicotomia delineata -pur in assenza in definizioni proprie del Regolamento- dall'art. 1. Il che pare senz'altro coerente col sistema di riconoscimento imperniato sull'ex art. 16 (ora art. 19), perlomeno nel caso in cui ad una procedura di risanamento si voglia far accedere una procedura secondaria liquidatoria, come nel caso *Handlowy*. E fu proprio in tale caso, come visto, che la Corte di Giustizia esplicitò il principio su cui la norma in esame poggia, ossia quello del *full faith and credit*. E questo è il punto: muovendo dall'insegnamento ribadito dai giudici di Lussemburgo, il divieto di riesame dovrebbe applicarsi anche nei casi in cui in una procedura principale di risanamento (si pensi ad un *redressement judiciaire*) si venga ad inserire una procedura funzionalmente omogenea ed egualmente basata sul mero rischio d'insolvenza, benché diversamente definito nei due ordinamenti di riferimento (la mente corre subito al nostro concordato preventivo, al quale, com'è noto, può farsi ricorso anche nelle ipotesi di mero stato di crisi); eppure, la semplice interpretazione letterale dell'art. 34 non viene in soccorso a questa lineare soluzione.

Accertate positivamente tutte le condizioni di cui sopra, il giudice -salvo il caso in cui debba provvedere altrimenti ai sensi degli artt. 36 e 38, sui quali mi soffermerò a breve- potrà dare il via alla procedura locale. Essendo stata fatta finalmente giustizia della norma del vecchio Regolamento che imponeva alla procedura secondaria la natura di procedura di liquidazione, si pone, nella nuova disciplina, la questione della scelta della fisionomia della procedura secondaria. Del problema si occupa l'ultimo paragrafo dell'art. 38, a mente del quale:

Su istanza dell'amministratore della procedura principale di insolvenza, il giudice di cui al paragrafo 1 può aprire uno dei tipi di procedura d'insolvenza elencati all'allegato A, diverso dal tipo inizialmente richiesto, a patto che le condizioni per l'apertura di questo altro tipo di procedura previste dal diritto nazionale siano soddisfatte e che questa procedura sia la più idonea con riguardo agli interessi dei creditori locali e alla coerenza tra la procedura principale e quella secondaria. [...]

Coerentemente, l'art. 51, con una formulazione pressoché coincidente, propone la stessa disciplina qualora dal curatore principale sia richiesta non già l'apertura di una procedura secondaria, bensì la conversione di una procedura indipendente già aperta.

§ 4. Le procedure secondarie cd. sintetiche

L'innovazione più vistosa della disciplina delle procedure secondarie -e di tutto il Regolamento- è rappresentata dall'art. 36, non a caso la disposizione più prolissa dell'intero *recast*. In essa, il legislatore europeo ha operato -come fu per le procedure secondarie- un *transplant* di un istituto di *common law*, questa volta di recente creazione: le procedure secondarie sintetiche. La denominazione è di impronta puramente dottrinale, ché l'art. 36 è rubricato in ben altro modo: "Diritto di contrarre un impegno al fine di evitare la procedura secondaria di insolvenza".⁴¹⁶ Sul suo inserimento -già caldeggiato nei lavori preparatori-⁴¹⁷ non si sono registrate prese di posizioni contrastanti fra le tre forze politiche protagoniste nella procedura di codecisione, il che è stato di certo conseguenza del successo riscosso dagli *insolvency practitioner* inglesi nell'utilizzo di questo strumento. Grazie alla nuova disposizione, tutti gli amministratori di procedure d'insolvenza qualificabili come procedure principali potranno valersene, non ostando a ciò l'assenza di norme nella *lex concursus* che permettano di deviare dall'ordine di priorità legislativamente fissato.

Ciò premesso, passiamo in primo luogo ad osservare punto per punto la novella disciplina, per poi commentarla in chiusura del paragrafo.

Innanzitutto, si presuppone la pendenza di una procedura principale, dal momento che il soggetto legittimato ad avviare una procedura sintetica sarà solo il curatore della stessa: il primo paragrafo non fa nome di altri soggetti, né del debitore non spossessato, né dei creditori (magari costituiti in una maggioranza qualificata). Il debitore non spossessato, dal canto suo, potrà ricorrere ad uno strumento simile, contenuto nel terzo paragrafo dell'art. 38, sul quale tornerò nel prosieguo. Il primo *step* che il curatore dovrà prendere consisterà nella formulazione di un "impegno", ossia, essenzialmente, di un documento composto da un progetto di liquidazione e da un relativo piano di riparto -redatto per iscritto e in una lingua ufficiale nello Stato in cui si sarebbe potuta aprire la procedura secondaria, giusta i paragrafi 3 e 4- relativo ad una porzione dell'attivo, ossia quella che ricadrebbe sotto il dominio della procedura secondaria laddove questa si aprisse. Nella redazione dell'impegno, il curatore dovrà applicare non già l'ordine di distribuzione fissato dalla *lex concursus*, bensì quello previsto dal-

⁴¹⁶ In altre versioni linguistiche: "*Right to give an undertaking in order to avoid secondary insolvency proceedings*"; "*Recht, zur Vermeidung eines Sekundärinsolvenzverfahrens eine Zusicherung zu geben*"; "*Droit de prendre un engagement afin d'éviter une procédure d'insolvabilité secondaire*". L'espressione "procedura sintetica" è ad esempio adoperata da MCCORMACK (*op. cit.*, p. 134). Nel commentario di MOSS, FLETCHER E ISAACS (*Moss, Fletcher and Isaacs on the EU Regulation on Insolvency Proceedings*, Oxford, 2016 (3^a edizione), p. 474) si usa invece la dizione "*virtual secondaries*".

⁴¹⁷ A.A.V.V., *External Evaluation*, cit., pp. 356 e 357

le norme concorsuali teoricamente applicabili alla procedura secondaria da impedire, come stabilisce il secondo paragrafo:

Laddove sia stato contratto un impegno ai sensi del presente articolo, la legge applicabile alla ripartizione del ricavato del realizzo dei beni di cui al paragrafo 1, al grado dei crediti dei creditori e ai diritti dei creditori relativamente ai beni di cui al paragrafo 1 è la legge dello Stato membro in cui si sarebbe potuta aprire la procedura secondaria di insolvenza.

Ulteriori requisiti contenutistici dell'impegno sono fissati in chiusura del paragrafo primo:

L'impegno specifica le ipotesi di fatto sulle quali si fonda, in particolare riguardo al valore dei beni situati nello Stato membro interessato nonché le opzioni disponibili per il realizzo di tali beni.

Si tratta di un inciso la cui aggiunta si deve al Parlamento, ma che è indubbiamente sovrabbondante: è chiaro che il curatore cercherà di giocare tutte le sue carte per accaparrarsi il consenso dei creditori interessati, e ciò anche senza che sia il legislatore ad imporglielo. Inoltre, laddove anche detto curatore riuscisse a convincere i creditori ad accettare un impegno "a scatola chiusa", ossia sulla base di un piano dal contenuto povero, rischierebbe di dover *ex post* risarcire i creditori per *misrepresentation*, come ricorda il decimo paragrafo:

L'amministratore delle procedure di insolvenza è responsabile di eventuali danni derivanti ai creditori locali dall'inosservanza, da parte sua, degli obblighi e dei requisiti di cui al presente articolo.

Affinché produca gli effetti previsti dal Regolamento, l'impegno così elaborato dovrà andare incontro ad una doppia verifica. La prima -obbligatoria- consiste nell'approvazione da parte dei *creditori locali conosciuti*. Questa fase è regolata dal quinto paragrafo, che così recita:

L'impegno è approvato dai creditori locali conosciuti. Le regole in materia di maggioranza qualificata e di voto che si applicano per l'adozione dei piani di ristrutturazione a norma del diritto dello Stato membro in cui si sarebbe potuta aprire la procedura secondaria di insolvenza si applicano anche per l'approvazione dell'impegno. I creditori hanno facoltà di partecipare al voto con mezzi di comunicazione a distanza, laddove consentito dal diritto nazionale. L'amministratore delle procedure di insolvenza informa i creditori locali conosciuti in merito all'impegno, alle regole e alle procedure per la sua approvazione e all'approvazione o al respingimento dell'impegno.

I creditori locali sono definiti dall'art. 2 come coloro "i cui crediti nei confronti di un debitore derivano o sono legati all'attività di una dipendenza situata in uno Stato membro diverso dallo Stato membro in cui si trova il centro degli interessi

principali del debitore”.⁴¹⁸ Non è definita invece l’espressione “creditori conosciuti”, che è però la medesima adoperata dall’art. 54 (già art. 40) per individuare i destinatari dell’informativa individuale al fine dell’esercizio del diritto d’insinuazione. Si tratterà certamente dei creditori risultanti dalle scritture contabili, nonché di quelli della cui esistenza vi sia riscontro in altri documenti in possesso del debitore rinvenuti dal curatore nel corso delle sue indagini (es. corrispondenza commerciale). La retta interpretazione dell’espressione potrebbe acquistare uno spessore maggiore dal semplice valore “organizzativo” nell’ambito, ancora una volta, della responsabilità risarcitoria prevista dal decimo paragrafo, nascente dall’omesso -ed ingiusto- coinvolgimento del creditore conosciuto nella fase di approvazione dell’impegno: fermo restando -come mi pare ovvio- che incomberà sul danneggiato l’onere di provare la sua qualità di creditore conosciuto, si potrà discutere se il relativo *thema probandum* debba consistere nell’effettiva conoscenza del creditore da parte del curatore, ovvero nella mera conoscibilità mercé il ricorso alla specifica diligenza professionale richiesta all’amministratore della procedura. Non mi pare, infatti, che il Regolamento sanzioni in altro modo l’omessa convocazione del creditore conosciuto, in particolare sancendo l’invalidità dell’impegno. Su questo punto, tuttavia, potrebbe riaprirsi la disciplina della *lex concursus* della procedura principale, alla quale il quinto paragrafo si riallaccia nel regolare l’*iter* di approvazione dell’impegno e nel fissare le maggioranze. Benché la disposizione si riferisca testualmente alle “maggioranze qualificate”, non è da escludere che la legge nazionale possa esigere *quora* deliberativi diversi, finanche l’unanimità. Il rinvio alle “regole in materia di maggioranza qualificata e di voto che si applicano per l’adozione dei piani di ristrutturazione” può rappresentare, invece, un vero rompicapo, dal momento che gli ordinamenti nazionali spesso prevedono diverse forme di “piani di ristrutturazione”. Viene qui in soccorso -benché solo in parte- il quarantatreesimo considerando:

Qualora il diritto nazionale preveda diverse procedure per l’adozione dei piani di ristrutturazione, gli Stati membri dovrebbero indicare la specifica procedura pertinente in questo contesto.

In assenza di una designazione espressa, l’interprete potrà consolarsi ricorrendo a un poco di buon senso: laddove la procedura principale sia un fallimento italiano, è chiaro che si dovrà attingere dagli articoli da 125 a 128 l.f., che concernono il concordato fallimentare.

La seconda verifica richiesta affinché l’impegno produca effetto è, a differenza della prima, meramente eventuale, in quanto dipende dalle statuizioni della *lex concursus*. Si legge in chiusura del quarto paragrafo:

⁴¹⁸ L’ultimo paragrafo dell’art. 36 opera un’opportuna parificazione: “*Ai fini del presente articolo, un’autorità stabilita nello Stato membro in cui si sarebbe potuta aprire la procedura secondaria di insolvenza e obbligata dalla direttiva 2008/94/CE del Parlamento europeo e del Consiglio ad assicurare il pagamento dei diritti non pagati dei lavoratori subordinati, risultanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro, è considerata un creditore locale, laddove il diritto nazionale lo preveda*”.

L'impegno [...] è soggetto ad eventuali altri requisiti di forma, nonché a requisiti di approvazione in merito alle ripartizioni, se del caso, dello Stato di apertura della procedura principale di insolvenza.

Esemplificando, in un fallimento nostrano dovrà essere osservato l'art. 104-ter l.f. limitatamente alla necessità di ottenere l'approvazione del comitato dei creditori.⁴¹⁹ Non è però detto che in altre procedure -ed altri ordinamenti- debbano trovare applicazione norme corrispondenti.

Superati questi due *step*, l'impegno diviene effettivo. I suoi effetti si spiegano in triplice direzione. In primo luogo, l'impegno vincola il curatore nello svolgimento della distribuzione dell'attivo. Dispone infatti così il settimo paragrafo:

Laddove abbia contratto un impegno, l'amministratore delle procedure di insolvenza informa i creditori locali in merito alle ripartizioni previste prima di procedere alla ripartizione dei beni e del ricavato di cui al paragrafo 1. Qualora tali informazioni non rispettino le condizioni dell'impegno o la legge applicabile, i creditori locali possono impugnare tale ripartizione dinanzi ai giudici dello Stato membro in cui è stata aperta la procedura principale di insolvenza al fine di ottenere una ripartizione conforme alle condizioni dell'impegno e alla legge applicabile. In tal caso, non avviene alcuna ripartizione fino a quando il giudice non abbia deciso in merito all'impugnazione.

Le "informazioni" si riferiscono evidentemente al progetto di ripartizione delle somme, che dovrà ricalcare i contenuti dell'impegno ed essere conforme alla legge applicabile. Diversamente, i creditori locali potranno impugnarlo in base alle procedure previste dalla *lex concursus*. Sempre nel fallimento di diritto italiano, perciò, i creditori locali potranno interporre reclamo al giudice delegato ai sensi dagli artt. 110, 3° comma e 36 entro il termine perentorio di quindici giorni dalla ricezione dell'informativa prevista dal settimo paragrafo, che sarà eseguita nelle modalità dettate dal secondo comma del nostro art. 110 (deposito nella cancelleria del tribunale fallimentare e comunicazione via p.e.c.).

Il secondo soggetto vincolato dall'impegno divenuto efficace è il giudice richiesto dell'apertura di una procedura secondaria nella giurisdizione cui l'impegno si riferisce. A norma del secondo paragrafo dell'art. 38, infatti:

Qualora l'amministratore della procedura principale di insolvenza abbia contratto un impegno a norma dell'articolo 36, il giudice di cui al paragrafo 1 del presente articolo, su istanza dell'amministratore delle procedure di insolvenza, non apre la procedura secondaria di insolvenza se ritiene che l'impegno tuteli adeguatamente gli interessi generali dei creditori locali.

Affinché il vincolo si spieghi dovrà concorrere l'opposizione del curatore principale (infelicitemente denominata "istanza"), invitato a prendere parte al procedi-

⁴¹⁹ È chiaramente inconciliabile con l'art. 36 il primo comma dell'art. 104-ter nella parte in cui sanziona con la revoca il mancato rispetto dei termini ivi previsti per la presentazione del programma di liquidazione. Il curatore principale potrà infatti emettere l'impegno se e quando lo riterrà opportuno.

mento prodromico a norma dell'art. 38, 1° paragrafo.⁴²⁰ Esercitata l'opposizione, il giudice dovrà verificare la condizione posta in chiusura del paragrafo, ossia che "l'impegno tuteli adeguatamente gli interessi dei creditori locali".⁴²¹ A proposito di questo *test*, nel quarantaduesimo considerando si trova una delucidazione che invero pare restringerne di molto la portata:

In sede di valutazione di tali interessi, il giudice dovrebbe tenere conto del fatto che l'impegno è stato approvato da una maggioranza qualificata dei creditori locali.

Come a dire che la consapevole approvazione dell'impegno da parte della maggioranza dei creditori locali equivale ad una rinuncia al diritto di richiedere l'apertura di una procedura secondaria. L'ambito di ipotesi in cui il giudice potrà dare ugualmente il via alla procedura risulta quindi piuttosto circoscritto: potrebbe rientrarvi il caso in cui il giudice ravvisi che la ripartizione proposta nell'impegno sia in contrasto con la propria *lex concursus*. Se ciò fosse vero, il procedimento prodromico si trasformerebbe però in un controllo di legittimità dell'impegno ulteriore rispetto a quelli disponibili nel corso della procedura principale; tale interpretazione non sarebbe tuttavia pienamente accettabile alla luce dell'art. 32, che impone il riconoscimento delle decisioni "relative allo svolgimento" della procedura. Sicché -per fare un esempio- qualora i creditori locali abbiano già reclamato contro i piani di riparto nel corso della procedura principale protestandone la difformità rispetto alla *lex proceduræ secundariæ* e le loro doglianze siano state respinte, tale decisione, inerendo allo svolgimento della procedura, dovrebbe essere riconosciuta dal giudice della procedura secondaria. Per contro, è vero anche che quest'ultimo verterà in una posizione migliore rispetto al collega straniero per decidere della conformità dell'impegno al proprio diritto. Quanto al merito dell'impegno -ossia alla sua concreta convenienza-, il senso del considerando credo sia quello per cui il giudice sarà vincolato alla valutazione svolta dai creditori in sede di approvazione. Un'audace interpretazione potrebbe addirittura portare a ritenere i creditori che abbiano approvato l'impegno non più legittimati a chiedere la procedura secondaria. Ciò al di fuori di una peculiare eventualità: quella per cui nel corso della procedura principale il curatore non sia stato in grado di onorare pienamente le proprie promesse, ad es. per aver ottenuto dalla liquidazione un risultato inferiore a quello preventivato. In questo caso credo che l'apertura della procedura secondaria possa avere un senso: essa potrà costituire una *chance* per rimediare ai risultati di una cattiva gestione della procedura principale, una forma di sanzione che andrebbe quindi ad aggiungersi alla responsabilità risarcitoria ribadita dal decimo paragrafo.

L'ultimo effetto dell'impegno approvato è quello di imporre un vincolo sul patrimonio, come si legge in apertura del sesto paragrafo: "L'impegno contratto e approvato conformemente al presente articolo vincola il patrimonio". Indivi-

⁴²⁰ S'imporrà invece un'*absolutio ab instantia* nel caso in cui, approvato l'impegno, l'istanza sia stata presentata oltre il termine di trenta giorni da quando "l'impegno è divenuto vincolante", come sancisce il secondo paragrafo dell'art. 37

⁴²¹ Non sfuggirà al lettore come nel formulare questa espressione il legislatore abbia attinto dalle scarse battute della sentenza della corte d'appello di Versailles nel caso *MG Rover France SA*.

dualmente preso, l'inciso non è chiarissimo; il suo senso si specifica meglio proseguendo nella lettura della disposizione:

Se è aperta una procedura secondaria di insolvenza a norma degli articoli 37 e 38, l'amministratore della procedura principale di insolvenza trasferisce i beni che ha spostato fuori dal territorio di quello Stato membro una volta contratto l'impegno o, qualora sia già avvenuto il realizzo di tali beni, il loro ricavato, all'amministratore della procedura secondaria di insolvenza.

Questa opportuna puntualizzazione assiste quella forma di sanzione di cui si è appena detto: qualora il curatore principale abbia trasferito i beni al di fuori dell'ambito territoriale della giurisdizione secondaria e l'andamento della realizzazione dell'attivo non lasci presagire un risultato pienamente conforme alla proposta, i creditori potranno da un lato giovare dei frutti dell'infausta procedura - ormai certi, benché poveri-, dall'altro riprendersi -diciamo così, virtualmente- la porzione d'attivo asportata successivamente all'emissione dell'impegno.

Quest'ultimo momento, in virtù della chiusura del secondo paragrafo, è quello cui si deve guardare per discernere i beni vincolati alla realizzazione dell'impegno; sul vincolo non potranno infatti incidere i successivi trasferimenti al di fuori della giurisdizione dell'*establishment*. Con questa disposizione non si esauriscono tuttavia le garanzie disponibili ai creditori locali: i paragrafi ottavo e nono danno infatti agli stessi il potere di domandare ai giudici della procedura principale e della giurisdizione secondaria adeguati provvedimenti "per garantire il rispetto delle condizioni dell'impegno previste dalla legge dello Stato di apertura della procedura principale di insolvenza". Non è specificato il contenuto di tali misure, né si dice altresì che dovrà trattarsi di provvedimenti tipici, previsti dal diritto nazionale. Sembra quindi che le disposizioni in esame introducano una forma di provvedimento dal contenuto atipico nuova rispetto alle tipologie di provvedimento cautelare d'origine nazionale. Tale interpretazione dà nondimeno ingresso al problema di individuare le norme nazionali applicabili alla procedura per l'applicazione di tali misure, nonché alle condizioni cui la loro concessione è subordinata.

Non resta che vedere, come anticipato, il diverso strumento -benché simile alle procedure sintetiche- utilizzabile dal debitore non spossessato.⁴²² Esso è disciplinato dal terzo paragrafo del successivo art. 38, a norma del quale:

Qualora sia stata concessa una sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali al fine di consentire i negoziati tra il debitore e i suoi creditori, il giudice, su richiesta dell'amministratore delle procedure di insolvenza o del debitore non spossessato, può sospendere l'apertura della procedura secondaria di insolvenza per un periodo non superiore a tre mesi, a condizione che siano messe in atto misure idonee a tutelare gli interessi dei creditori locali.

Si tratta di un istituto evidentemente ritagliato sulla base di procedure quali il nostro concordato preventivo "con riserva", nel quale il contenuto della soluzione concordata alla crisi d'impresa viene negoziato "a bocce ferme", ossia al ri-

⁴²² Sull'art. 38, terzo paragrafo, v. BORK, *Moratoria (or "Stays") Under the New European Insolvency Regulation*, in *Insolvency Intelligence*, 2016, pp. 1 ss. (In particolare, pp. 2 e 3); MOSS, FLETCHER, ISAACS, *op. cit.*, p. 480

paro delle iniziative giudiziarie dei creditori contro il patrimonio. Fra queste iniziative potrebbe altresì rientrare una procedura locale, onde la necessità di evitare che i creditori locali le adoperino con intenti ostruzionistici. La necessità di misure idonee a tutelare gli interessi dei creditori locali è poi specificata dal secondo comma del terzo paragrafo:

Il giudice di cui al paragrafo 1 può disporre provvedimenti conservativi per tutelare gli interessi dei creditori locali ingiungendo all'amministratore delle procedure di insolvenza o al debitore non spossessato di non trasferire o alienare beni situati nello Stato membro in cui si trova la sua dipendenza, a meno che ciò non avvenga nell'ambito dell'attività ordinaria. Il giudice può anche disporre altre misure per tutelare l'interesse dei creditori locali durante una sospensione, a meno che ciò non sia incompatibile con le norme nazionali di procedura civile.

La sospensione del procedimento prodromico secondario avrà termine in due ipotesi: o laddove debitore e terzi abbiano trovato finalmente un accordo (il quale, verosimilmente, conterrà altresì la rinuncia dei creditori locali a valersi delle procedure secondarie), oppure ove risulti che tale obiettivo non potrà essere più raggiunto, giusta il quarto comma:

La sospensione può essere revocata dal giudice, d'ufficio o su istanza di un creditore, se la continuazione della sospensione è pregiudizievole per i diritti dei creditori, in particolare se le trattative sono state interrotte o risulta evidente che è improbabile che vadano a buon fine o se l'amministratore delle procedure di insolvenza o il debitore non spossessato ha violato il divieto di alienare i suoi beni o di trasferirli fuori dal territorio dello Stato membro in cui si trova la sua dipendenza.

Che dire di questa disciplina? Il suo vantaggio principale è senz'altro quello di scongiurare i costi e i ritardi di una procedura secondaria tradizionale. Nondimeno, le procedure secondarie sintetiche rimangono pur sempre procedure secondarie, e di queste condividono una grande criticità: quella di scaricare sui creditori chirografari il prezzo della riaffermazione delle istanze territorialiste espresse dai *ranking of claims* nazionali. Il ruolo centrale attribuito ai creditori locali nell'art. 36 non è in grado di celare questa realtà. Inoltre, è prevedibile che i vantaggi ottenibili i termini di costi e tempistiche costituiranno un potente incentivo per i curatori principali a fare ricorso a questo strumento, ingigantendo così la già accentuata limitazione del principio di universalità all'interno del Regolamento. Con buona pace dei chirografari che avranno fatto affidamento sull'applicazione della *lex* del c.o.m.i.. E pensare che il problema si sarebbe potuto almeno in parte risolvere seguendo più attentamente il modello originario: ricorderà il lettore che il paragrafo 66 della *Schedule B1* non conteneva una norma di conflitto (che sarebbe stata palesemente incompatibile con la disciplina comunitaria), bensì una clausola di salvezza, con la quale si conferiva al curatore di poter scostarsi dalla *dura lex concursus* per il bene delle finalità della procedura. Seguendo questo modello, il legislatore europeo avrebbe dunque dovuto attribuire al curatore il potere di "disapplicare" il proprio diritto concorsuale e di definire in termini differenti e più liberi le controversie con (tutti) i creditori locali, facilitando altresì il raggiungimento delle maggioranze previste dal diritto nazionale per il raggiungimento dell'intesa e quindi dello scopo ultimo dell'istituto: evitare le procedure secondarie.

§ 5. Rapporti fra procedura principale e locale

Nell'inafausta ipotesi, invece, in cui la procedura sintetica fallisca e si apra quindi una procedura secondaria alla vecchia maniera, si applicheranno gli attuali articoli da 41 a 49, in larga parte richiamati dall'art. 50, nel caso in cui la procedura locale sia qualificabile come procedura indipendente.

La maggioranza di queste disposizioni sono rimaste sorprendentemente immutate rispetto al vecchio Regolamento, nonostante le loro criticità siano state riconosciute, come si è visto studiando il caso *Handlowy*, anche in seno alla Corte di Giustizia. È il caso, in particolare, dell'art. 46 (già art. 33), che è stato semplicemente oggetto di una revisione linguistica; sicché invece della sospensione della "liquidazione", i curatori potranno ottenere il congelamento della "procedura di realizzo dell'attivo"; il che non equivale certamente alla sospensione della procedura secondaria *tout court*, che una volta avviata potrà proseguire pressoché indisturbata il suo corso. Quanto al nuovo art. 47, il relativo potere è stato addirittura ridimensionato rispetto al vecchio art. 34, non prevedendosi più il necessario assenso del curatore principale per l'approvazione della misura concordataria, né il suo esclusivo potere di proposta di una soluzione negoziata nelle more di una sospensiva ex art. 46.

Con tutto ciò, è rimasta invece immutata la premessa di fondo -piuttosto ipocritamente ribadita dal quarantottesimo considerando- circa la necessità di riaffermare il ruolo dominante della procedura principale, il cui curatore, invece, è risultato piuttosto indebolito nei suoi poteri di intervento.

A costui non resterà altro, a questo punto, se non sperare nella spontanea collaborazione da parte del curatore secondario. La felice riscrittura del fu art. 31 nei tre nuovi articoli 41, 42 e 43 ha però finalmente dato il giusto peso al tema della cooperazione fra curatori (ai quali il terzo paragrafo equipara il debitore non spossessato):

1. L'amministratore della procedura principale di insolvenza e l'amministratore o gli amministratori delle procedure secondarie di insolvenza riguardanti lo stesso debitore cooperano tra loro nella misura in cui tale cooperazione non sia incompatibile con le norme applicabili alle rispettive procedure. La cooperazione può assumere qualsiasi forma, compresa quella della conclusione di accordi o protocolli.

2. Nell'attuare la cooperazione di cui al paragrafo 1, gli amministratori delle procedure di insolvenza:

a) si scambiano quanto prima informazioni potenzialmente utili all'altra procedura, in particolare la situazione circa l'insinuazione dei crediti e i crediti ammessi, nonché tutti i provvedimenti volti a salvare, o ristrutturare il debitore o a chiudere la procedura, purché siano presi opportuni accorgimenti per proteggere le informazioni riservate;

b) sondano la possibilità di una ristrutturazione del debitore e, ove sussista una siffatta possibilità, coordinano l'elaborazione e l'attuazione del relativo piano;

c) coordinano la gestione del realizzo o dell'utilizzo di beni e affari del debitore; l'amministratore della procedura secondaria di insolvenza dà in tempo utile all'amministratore della procedura principale di insolvenza la possibilità di presentare proposte riguardanti il realizzo o l'utilizzo dell'attivo nella procedura secondaria di insolvenza.

L'art. 42 contiene poi un'importante novità, in quanto estende testualmente l'obbligo di cooperazione ai giudici delle procedure, esemplificandone le modalità di svolgimento:

1. Al fine di facilitare il coordinamento delle procedure d'insolvenza principali, territoriali e secondarie riguardanti lo stesso debitore, il giudice dinanzi al quale è pendente la domanda di apertura di una procedura d'insolvenza, ovvero che l'ha aperta, coopera con qualunque altro giudice dinanzi al quale sia pendente una domanda di apertura di una procedura d'insolvenza o che l'abbia aperta, nella misura in cui tale cooperazione non sia incompatibile con le norme applicabili a ciascuna procedura. A tal fine, i giudici possono, ove opportuno, designare una persona o un organismo indipendente che agisca su loro istruzione, purché ciò non sia incompatibile con le norme ad esse applicabili.

2. Nell'attuare la cooperazione di cui al paragrafo 1, i giudici, o qualsiasi persona o organismo designato che agisca a loro nome ai sensi del paragrafo 1, possono comunicare direttamente tra loro o chiedersi direttamente informazioni o assistenza, purché tale comunicazione rispetti i diritti procedurali delle parti e la riservatezza delle informazioni.

3. La cooperazione di cui al paragrafo 1 può svolgersi con qualsiasi mezzo il giudice ritenga opportuno. Sono compresi in particolare:

- a) il coordinamento nella nomina degli amministratori delle procedure di insolvenza;
- b) la comunicazione delle informazioni con i mezzi ritenuti appropriati dal giudice;
- c) il coordinamento della gestione e della sorveglianza dei beni e degli affari del debitore;
- d) il coordinamento della tenuta delle audizioni;
- e) il coordinamento dell'approvazione dei protocolli, se necessario.

L'art. 43, infine, risulta da una combinazione dei primi due, poiché tratta della cooperazione fra curatori e giudici:

1. Al fine di facilitare il coordinamento tra la procedura d'insolvenza principale e quelle territoriali e secondarie aperte nei confronti dello stesso debitore:

- a) l'amministratore della procedura principale di insolvenza coopera e comunica con qualunque giudice dinanzi al quale è pendente la domanda di aprire una procedura secondaria di insolvenza o che l'ha aperta;
- b) l'amministratore della procedura territoriale o secondaria coopera e comunica con il giudice dinanzi al quale è pendente la domanda di aprire la procedura principale di insolvenza o che l'ha aperta, e
- c) l'amministratore della procedura territoriale o secondaria coopera e comunica con il giudice dinanzi al quale è pendente la domanda di aprire un'altra procedura territoriale o secondaria di insolvenza o che l'ha aperta, nella misura in cui tale cooperazione e comunicazione non siano incompatibili con le norme applicabili a ciascuna procedura e non comportino conflitto di interesse.

2. La cooperazione di cui al paragrafo 1 può svolgersi con qualsiasi mezzo opportuno, quali quelli indicati all'articolo 42, paragrafo 3.

Lo sforzo del legislatore del *recast* è stato indubbiamente rimarchevole, benché qualcosa in queste disposizioni continui a mancare, ossia una precisa definizione delle sanzioni applicabili laddove giudici e curatori ignorino i propri doveri nei confronti dei colleghi consacrati nel diritto dell'Unione. Non sarà però tanto la forza della spada quanto quella del tempo e della persuasione, probabilmente,

ad incentivare l'adozione di pratiche cooperative. Come insegna Wessels a proposito di una delle numerose *best practice* elaborate a livello dottrinale:⁴²³

As indicated, the Guidelines are non-binding. It is (very) soft law. [...] It means that they are seen by the court in the given circumstances of a case as reflecting a general consensus with regard to professional standard and trustworthiness. Ultimately however, it is to the actors in international insolvency practice (organisations of professionals and individual practitioners alike) to decide whether the European CoCo Guidelines are a vivid tool to promote efficiency or a dead letter on its arrival.

⁴²³ WESSELS, VIRGÒS, *Accommodating Cross-border Coordination: European Communication and Cooperation Guidelines For Cross-Border Insolvency*, in *International Corporate Rescue*, 2007, pp. 3 e 4

**PARTE QUARTA: IL FUTURO DELLE PROCEDURE LOCALI
NEL DIRITTO EUROPEO DELL'INSOLVENZA**

CAPITOLO VII

§ 1. Premessa

Il *recast* del Regolamento, coerentemente agli intenti manifestati dalla Commissione nel 2012, non ha portato una rivoluzione copernicana. Parafrasando il titolo di un contributo di Gerard McCormack, in esso si trova sì qualcosa di nuovo, ma anche molto di vecchio.⁴²⁴ Di vecchio c'è l'impostazione complessiva, universalista tutt'ora più di facciata che nella sostanza. Nondimeno, la disciplina in esso contenuta può dirsi complessivamente più matura, benché non sempre impeccabile, come si è dettagliatamente messo in luce nello scorso capitolo. In generale, si può dire che il legislatore è stato più attento agli aspetti di dettaglio che alle questioni di più ampio respiro; se la razionalizzazione dell'esistente è stata certamente necessaria e i suoi risultati perlopiù degni di plauso, va anche detto che l'occasione per affrontare con più coraggio i temi più scottanti della disciplina è stata persa.

Il Regolamento n. 848 non è tuttavia l'unico atto normativo dell'Unione in materia d'insolvenza. Come è noto, vi sono altri tre testi, in forma di direttiva, che disciplinano specifici aspetti del settore.

In ordine cronologico, la prima direttiva è la n. 17 del 19 marzo 2001 (oggi trasfusa nella direttiva 2009/138/CE), la quale detta una disciplina armonizzata circa la liquidazione e il risanamento delle imprese assicuratrici. Analogamente, la direttiva n. 24 del 4 aprile 2001 (da ultimo novellata dalla direttiva 2014/59/UE) prevede un regime analogo riservato agli enti creditizi.⁴²⁵ Queste due direttive andavano così a completare il Regolamento n. 1346, dal cui campo d'applicazione erano escluse le imprese svolgenti attività bancaria ed assicurativa; si leggeva infatti nel suo nono considerando:

Tali imprese non dovrebbero essere contemplate nel regolamento poiché ad esse si applica un regime particolare e le autorità nazionali hanno, in alcuni casi, poteri di intervento estremamente ampi.

Di particolare, il regime dettato dalle direttive presenta una più stretta aderenza al principio di universalità ed unità della procedura. Difatti, solo le autorità competenti (giudiziarie od amministrative) dello "Stato d'origine" hanno il potere di avviare, nei confronti di tali imprese, una procedura di liquidazione o di risanamento, da svolgersi in accordo con la disciplina sostanziale e procedurale di tale Stato, salve le speciali regole uniformi di conflitto dettate dalle direttive

⁴²⁴ MCCORMACK, *Something Old, Something New: Recasting the European Insolvency Regulation*, in *The Modern Law Review*, 2016, pp. 121 ss.

⁴²⁵ La prima direttiva fu recepita in Italia con il d.lgs. n. 93 del 9 aprile 2003, poi confluito nel cd. Codice delle assicurazioni private (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209). La direttiva sugli enti creditizi, invece, fu recepita con il d.lgs. 9 luglio 2004, n. 197, che al Capo I del Titolo IV del cd. Testo unico bancario (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385) ha aggiunto la sezione III-bis, rubricata "Banche operanti in ambito comunitario" (articoli da 95-bis a 95-septies).

stesse in ordine a specifiche materie.⁴²⁶ In linea di massima, dunque, lo schema è il medesimo del Regolamento, eccezion fatta per le procedure locali, che nei confronti di banche ed assicurazioni non sono ammesse.⁴²⁷

Infine, la terza direttiva è la n. 94 del 22 ottobre 2008 (di recente ritoccata dalla direttiva (UE) 2015/1794), concernente la protezione dei lavoratori nell'eventualità che il loro datore di lavoro sia sottoposto a procedure d'insolvenza. Su di essa ci siamo già intrattenuti a dovere nel quarto capitolo. Orbene, a queste tre direttive potrebbe presto aggiungersi un nuovo atto normativo in materia d'insolvenza, apportando nuova linfa al diritto fallimentare europeo (o, secondo i *trend* oggi prevalenti, il diritto europeo dell'insolvenza). È infatti previsto dal Piano d'azione del 2015 che la Commissione presenti, entro la fine del 2016, una proposta legislativa diretta all'armonizzazione di taluni aspetti del diritto dell'insolvenza. Non si tratta certo di un termine perentorio, né v'era d'aspettarsi che la Commissione l'osservasse, tanto fitta è la sua agenda; difatti, nessuna proposta legislativa è stata ancora presentata. Pertanto, al momento è possibile solamente azzardare un pronostico circa il contenuto di un atto dell'Unione in materia d'insolvenza ed è quello che farò nelle prossime pagine ripercorrendo brevemente i lavori preparatori compiuti a partire dall'inizio del decennio corrente. Gli atti e i documenti cui farò riferimento sono tutti reperibili nel sito del Parlamento e della Commissione; essi saranno pure una parte del tutto, ma certamente molto di più di quanto disponeva, ad esempio, Ian Fletcher negli anni settanta quando commentava i progetti di Convenzione partoriti dalla Comunità Economica Europea, cioè null'altro se non la prima bozza accompagnata dal relativo rapporto esplicativo.⁴²⁸

Insomma, sembrano ormai remoti i tempi in cui le diplomazie degli Stati membri lavoravano circondate dal massimo riserbo; con un livello di trasparenza e rappresentatività ormai paragonabile a quello che contraddistingue le migliori democrazie nazionali, l'Unione può adeguatamente tener testa a quelle forze centrifughe che, come abbiamo visto, hanno reso difficile la costruzione di

⁴²⁶ Lo Stato d'origine è definito dall'art. 1, punto 6 della direttiva 2000/12/CE come "lo Stato membro nel quale un ente creditizio ha ricevuto l'autorizzazione in conformità degli articoli da 4 a 11" della direttiva medesima. Le norme uniformi di conflitto si trovano negli artt. 20 ss., molto simili, nella sostanza, alle analoghe disposizioni del Regolamento.

⁴²⁷ LASTRA (a cura di), *Cross-Border Bank Insolvency*, Oxford, 2011, in particolare, il contributo di PETERS, *Developments in the EU*, pp. 128 ss.; MOSS, WESSELS, HAENTJENS, *EU Banking and Insurance Insolvency*, Oxford, 2017 (2^a edizione); DEGUÉE, *The Winding Up Directive Finally Establishes Uniform Private International Law for Banking Insolvency Proceedings*, in *European Business Law Review*, 2004, pp. 99 ss.; WESSELS, *Banks in Distress under Rules of European Insolvency Law*, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2006, pp. 301 ss.

⁴²⁸ V. FLETCHER, *The Proposed Community Convention in Bankruptcy and Related Matters*, in LIPSTEIN (a cura di), *Harmonisation of Private International Law by the EEC*, Londra, 1977, p. 122

un meccanismo ben coordinato e funzionante per gestire la crisi delle imprese operanti nel mercato unico.⁴²⁹

§ 2. La risoluzione del Parlamento Europeo del 17 ottobre 2011

Significativamente, il primo impulso alla preparazione di un atto di armonizzazione è provenuto dal Parlamento Europeo, che all'indomani del *recast* della direttiva sulla tutela dei lavoratori commissionò alla INSOL Europe uno studio al riguardo. Tale studio, come abbiamo già visto, è stato poi sottoposto al Parlamento nel 2010,⁴³⁰ seguito da una nota riassuntiva del marzo 2011;⁴³¹ su di essi si è basata la già menzionata risoluzione preparata dal Comitato Affari Giuridici del Parlamento del 17 ottobre 2011, in cui è contenuto l'invito, rivolto alla Commissione, a presentare una o più proposte legislative.⁴³²

Nei trentatré punti che la compongono, vengono enunciate diverse ragioni a favore dell'armonizzazione. Primo fra essi è la prevenzione del *forum shopping*, fenomeno che, come abbiamo visto, il Regolamento si era proposto di combattere e che, invece, ha finito con l'aggravare. Principale fonte di tale fenomeno, si legge nella relazione, è la profonda eterogeneità fra le discipline sostanziali e procedurali dei diversi Stati membri, che determina situazioni di "vantaggio e svantaggio concorrenziale" (*competitive advantages and disadvantages*), cioè un divario tra ordinamenti in punto di capacità attrattiva nei confronti delle imprese e degli individui.⁴³³ Pur ammesse le somme difficoltà insite in una eventuale armonizzazione,⁴³⁴ al punto "I" (leggi: "i") si prende atto di due significativi cambiamenti nello scenario europeo: da un lato, la progressiva e spontanea convergenza degli ordinamenti degli Stati membri con riguardo ad alcuni aspetti della disciplina fallimentare;⁴³⁵ dall'altro, la transizione -in alcuni ordinamenti da tempo completata- dal paradigma tradizionale incentrato sulla liquidazione delle imprese e la salvaguardia del credito "ad ogni costo" alla cul-

⁴²⁹ È un dato di fatto che le democrazie degli Stati membri e quella dell'Unione si somiglino, oggi, sempre di più. E ciò sia nel bene che nel male, a tal punto che non è più tanto strano ritorcere contro quelli le accuse periodicamente mosse a questa circa la sua mancanza di trasparenza e rappresentatività: v. le caustiche osservazioni del tradizionalmente anonimo autore de *The Economist* in *Time to Ennoble Nigel*, (5 novembre 2016), dove si prende elegantemente di mira la camera alta di Westminster.

⁴³⁰ INSOL EUROPE, *Harmonization of Insolvency Law at EU Level*, 15 aprile 2010 (codice PE 419.633), liberamente consultabile nel sito del Parlamento (<http://www.europarl.europa.eu/studies>)

⁴³¹ PUKSZTO, *Harmonisation of insolvency law at EU level with respect to opening of proceedings, claims filing and verification and reorganisation plans*, 15 marzo 2011 (codice PE 432.766), reperibile sempre nel sito del Parlamento

⁴³² http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency/07_ep_report_insolvency_en.pdf. V. *supra*, Capitolo V

⁴³³ Punto A della mozione

⁴³⁴ Punto C

⁴³⁵ Punto D

tura del *corporate rescue*.⁴³⁶ Il *modus procedendi* e gli interventi suggeriti dal Parlamento sono meglio specificati nell'Allegato alla mozione e nella dichiarazione esplicativa (*explanatory statement*): la proposta che alla Commissione si chiede di presentare, si legge, dovrebbe mirare all'adozione di una o più direttive volte all'armonizzazione dei seguenti settori dei diritti nazionali:⁴³⁷

- Presupposti soggettivi, in modo da rendere tutte le persone fisiche o giuridiche nonché tutti gli enti collettivi privi di personalità giuridica ma costituenti centri unitari d'imputazione di rapporti giuridici (es. comunioni, g.e.i.e., eredità ecc.) assoggettabili ad una qualche forma di procedura d'insolvenza, superando le distorsioni nascenti dalla circostanza per cui in taluni ordinamenti (come il nostro) si richiedono particolari qualificazioni (es. quella di imprenditore commerciale);
- Presupposti oggettivi: una nozione d'insolvenza comunitaria, intesa come incapacità di onorare i propri "obblighi di pagamento" (*payment obligation*);
- Legittimazione all'istanza: secondo il Parlamento, dovrebbero poter domandare l'apertura di una procedura sia i creditori che il debitore stesso, quest'ultimo anche in caso di insolvenza soltanto paventata e non ancora attuale;
- Procedimento d'insinuazione dei crediti: quel che si auspica, è la creazione di un quadro procedurale uniforme, in omaggio ancora una volta all'obiettivo della certezza del diritto per i creditori, che altrimenti possono trovarsi a dover tutelare le proprie pretese sotto l'impero di una legge straniera di cui mai si sarebbe potuta prevedere l'applicazione;
- Azioni revocatorie, con particolare riferimento al tipo di atti revocabili e ai relativi tempi sospetti; non vi sono, nella raccomandazione, indicazioni concrete, ma solo l'invito a considerare il tema nell'ottica di tutelare l'affidamento di coloro che abbiano acquistato diritti dal fallendo a ridosso dell'apertura della procedura riducendo, allo stesso tempo, l'ambito di applicazione dell'art. 13 del Regolamento, che per realizzare una simile tutela rinuncia parzialmente alla realizzazione della *par condicio creditorum*;
- Requisiti e poteri dei curatori: qui l'armonizzazione è vista come veicolo per il miglioramento del livello medio di competenza professionale dei curatori secondo *standard* condivisi;
- Piani/accordi di ristrutturazione, di cui la Commissione dovrà disciplinare i possibili contenuti e il procedimento d'azione, prevedendo adeguate garanzie giurisdizionali per i creditori che abbiano manifestato il proprio dissenso all'adozione del piano;

Stupisce l'omissione di qualsiasi riferimento all'ordine di preferenze e agli effetti sui contratti, aspetti senz'altro più decisivi di altri (penso ad es. ai requisiti per la nomina a curatore) nell'orientare le preferenze dei debitori per un foro anziché un altro. Apprendiamo tuttavia dalla dichiarazione esplicativa che si tratta di un'omissione intenzionale:

The rapporteur is aware of the fact that the recommendations in this report will provoke controversial discussions. He knows that insolvency law is very different from one Member State to the other. Therefore, he would like to leave out those issues that

⁴³⁶ Punto I

⁴³⁷ In particolare, v. la parte I dell'allegato

seem likely to lead to debates that might become at this early stage of discussion unnecessarily long. All aspects that have not been mentioned explicitly in this report are left out on purpose

Una simile dichiarazione, in linea con il parere già espresso dall'INSOL nello studio del 2009, costituisce in un certo senso la confessione di un certo pessimismo nei confronti delle possibilità di addivenire, *rebus sic stantibus*, ad una perfetta convergenza anche limitatamente all'oggetto sopra specificato.

Per concludere questa rapida visione della raccomandazione del Parlamento di Strasburgo, merita osservare che molti dei suoi contenuti sono frutto di apporti di gruppi di lavoro diversi dal Comitato Affari giuridici: in particolare, dai punti "S" ad "AG" si fa riferimento, rispettivamente, alle discrepanze, già richiamate, nella ricezione della direttiva n. 94 del 2008 e all'opportunità di considerare la creazione di una procedura armonizzata di *bail-in* e di standard comuni relativi, in particolare, al *debt-to-equity swap*. Dietro a queste dichiarazioni si celano, segnatamente, il Comitato "Lavoro e politiche sociali" e quello "Economia e politiche monetarie"; ad ulteriore testimonianza, se mai ce ne fosse bisogno, dell'estensione non trascurabile delle competenze in atto esercitate dall'Unione, con un attivismo e un'attenzione certamente impensabile fino agli anni novanta.

§ 3. Il "nuovo approccio" della Commissione e la Raccomandazione agli Stati membri del 12 marzo 2014

L'invito del Parlamento non cadde nel vuoto: la Commissione rispose con una comunicazione del 12 dicembre 2012 (per inciso, lo stesso giorno in cui fu presentata, come abbiamo visto, la relazione sull'applicazione del Regolamento), nella quale si fece espressa menzione della mozione avanzata dall'assemblea elettiva europea.⁴³⁸ La comunicazione dell'esecutivo europeo ha un tenore marcatamente politico: in essa il tema dell'insolvenza è collocato nel più ampio contesto dell'obiettivo, centrale nell'agenda della Commissione Barroso, della crescita economica dell'Unione. Nelle otto pagine del documento sono abbondanti i riferimenti ad altri atti della stessa Commissione e del Consiglio dell'Unione, mentre scarseggiano le proposte concrete dirette all'esercizio dell'iniziativa legislativa. Certamente non il tipo di atto che il Parlamento auspicava, ma quantomeno una risposta, da cui si poteva evincere la volontà di considerare il problema.

Ben più di rilievo, invece, fu la raccomandazione del 12 marzo 2014, diretta, questa volta, agli Stati membri.⁴³⁹ Si tratta di un atto piuttosto curioso: suo intento dichiarato, infatti, è quello di "incoraggiare gli Stati membri a mettere in piedi una disciplina che consenta il risanamento di imprese in difficoltà finanziarie ma con buone prospettive di recupero nonché la concessione di una seconda *chance* agli imprenditori onesti ma sfortunati";⁴⁴⁰ tale obiettivo viene perse-

⁴³⁸ Il testo della raccomandazione, in inglese, si trova al link: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency/06_commission_insolvency_communication_en.pdf

⁴³⁹ http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency/01_insolvency_recommendation_en.pdf

⁴⁴⁰ Considerando (1) e Capitolo I, par. 1

guito tramite la stesura di un embrione di articolato, di una serie di principi e di regole di cui si auspica l'adozione da parte degli Stati membri nel termine di dodici mesi decorrenti dalla pubblicazione della raccomandazione.⁴⁴¹ Insomma, questa raccomandazione assomigliava molto ad una direttiva; sicché si poteva a buona ragione sospettare che questo nuovo documento rappresentasse implicitamente un atto di resa da parte del *Berlaymont*, una dichiarata intenzione di desistere da qualunque futura proposta di atto legislativo; come a dire che oltre non era pensabile spingersi.⁴⁴²

Ad onor del vero, la Commissione ha dimostrato piuttosto di aver voluto prendere sul serio la questione dell'armonizzazione, tanto da aver preferito un approccio cauto e progressivo, tenuto conto anche di quel processo in atto di convergenza spontanea fra ordinamenti di cui già il Parlamento si era accorto. La raccomandazione aveva essenzialmente uno scopo di studio: l'intenzione era infatti quella di valutare lo stato delle legislazioni nazionali in tema di risanamento delle imprese, assunto come pietra di paragone proprio il modello tracciato in questa pseudo-direttiva.

È bene dare uno sguardo complessivo, seppur fuggevole, al contenuto di questo atto. Il modello proposto dalla Commissione consiste, in sintesi, in una procedura di ristrutturazione preventiva, destinata ad imprese non ancora insolventi, da svolgersi perlopiù senza la supervisione di un giudice o di altro organo da quello nominato.⁴⁴³ Unici interventi riservati all'autorità giudiziaria sono la concessione di uno *stay* delle iniziative individuali dei creditori e l'omologazione del piano negoziato fra il debitore e i creditori.⁴⁴⁴ Così delineato, al fallimentarista italiano il modello della Raccomandazione appare come una fusione fra gli accordi di ristrutturazione e il concordato preventivo; dei primi, si ha la semplicità della procedura (in particolare, nessun organo di emanazione giudiziale viene chiamato a sorvegliare o ad esercitare l'amministrazione del patrimonio), del secondo l'efficacia vincolante nei confronti di tutti i creditori; tant'è che nessuna riforma è stata intrapresa, nel nostro paese, al precipuo scopo di dar seguito alla Raccomandazione, cosa che è invece accaduta in numerosi ordinamenti, molti dei quali, in precedenza, non disponevano di strumenti analoghi. Sotto questo profilo, l'iniziativa della Commissione ha rappresentato un successo, benché nel documento di *assessment*, datato 30 settembre 2015, si legga che "*the Recommendation [...] has not succeeded in having the desired impact in facilitating the rescue of businesses [...]*": Mi pare tuttavia che si tratti più una dichiarazione di circostanza che d'altro: non era plausibile che gli Stati membri, nel giro di un anno, rivoluzionassero il proprio diritto concorsuale. Nondimeno, tale constatazione ha fornito alla Commissione un pretesto per proseguire nel

⁴⁴¹ Capitolo V, par. 34

⁴⁴² Sulla Raccomandazione del 2014, v. MADAUS, *The EU Recommendation on Business Rescue: Only Another Statement or a Cause for Legislative Action Across Europe?*, in *Insolvency Intelligence*, 2014, pp. 81 ss.

⁴⁴³ Capitolo III, parr. 6-29

⁴⁴⁴ Rispettivamente, parr. 10-14 e 21-24

lavoro di armonizzazione; come a dire che poiché gli Stati membri non avevano agito spontaneamente, occorre che l'Unione li guidasse.

§ 4. Dal piano d'azione del 2015 ad oggi

L'impegno ufficiale (se così si può definire) a presentare finalmente una proposta legislativa è contenuto, come dicevo in apertura del capitolo, nel Piano d'azione pubblicato il 30 settembre 2015, contestualmente all'*assessment* della Raccomandazione.⁴⁴⁵ Oggetto del piano è il perfezionamento del mercato unico dei capitali, da sempre uno dei quattro pilastri del mercato unico europeo; nel disegno della Commissione, il livellamento della disciplina della crisi d'impresa si inquadra nell'insieme di azioni volte a facilitare gli investimenti transfrontalieri. Nell'ottica della Commissione, infatti:

Convergence of insolvency and restructuring proceedings would facilitate greater legal certainty for cross-border investors and encourage the timely restructuring of viable companies in financial distress. Consultation respondents broadly agreed that both the inefficiency and divergence of insolvency laws make it harder for investors to assess credit risk, particularly in cross-border investments.⁴⁴⁶

Tuttavia, come l'esperimento della Raccomandazione del 2014 ha confermato, il processo di convergenza necessita di essere guidato dal legislatore europeo, non potendo a ciò bastare le riforme unilateralmente intraprese dagli Stati membri. Richiamate dunque le conclusioni tracciate nell'*assessment*, viene formulata la promessa che il Parlamento attendeva da un circa un lustro:

The Commission will propose a legislative initiative on business insolvency, including early restructuring and second chance, drawing on the experience of the Recommendation. The initiative will seek to address the most important barriers to the free flow of capital, building on national regimes that work well.⁴⁴⁷

Il termine (ordinatorio) per la presentazione della proposta legislativa viene fissato, nell'Allegato I, per la fine del 2016.

Come ho anticipato, nel momento in cui si scrive non è ancora giunta notizia di tale proposta; ma si può star certi che perverrà a breve. Nel sito *web* della Commissione è infatti possibile accedere alla documentazione preparatoria, con la quale è dato conoscere lo stato d'avanzamento dei lavori.⁴⁴⁸

Nel dicembre del 2015 è stato costituito un collegio consultivo di ventidue esperti (pratici e accademici) provenienti da tredici Stati membri, incaricato di discutere i punti salienti dell'iniziativa e di assistere la Commissione nella formulazione della proposta legislativa.⁴⁴⁹ In Internet è possibile reperire i verbali di

⁴⁴⁵ http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency/01a_action_plan_cmu_en.pdf

⁴⁴⁶ Punto 6.2 del Piano d'azione, p. 24

⁴⁴⁷ Punto 2.4, p. 25

⁴⁴⁸ http://ec.europa.eu/justice/civil/commercial/insolvency/index_en.htm

⁴⁴⁹ Vi fanno parte, fra gli altri, Bob Wessels, Christoph Paulus e Paul Omar

nove incontri (il più recente è datato 11 luglio 2016) nei quali sono stati discussi, *inter alia*, la fattibilità di uno strumento europeo di risanamento, nonché la necessità e la bontà di armonizzare taluni aspetti di diritto sostanziale.⁴⁵⁰

Il 23 marzo 2016, poi, è stata lanciata una consultazione pubblica tramite questionario, rivolta essenzialmente a studiosi, giudici, pratici ed imprenditori, volta ad identificare ulteriori aree di possibile intervento legislativo. Il termine per l'invio dei questionari è stato fissato al 14 giugno 2016; purtroppo, al momento, non se ne conoscono ancora i risultati.

Il documento più significativo, invece, è il corposo studio commissionato all'Università di Leeds nel marzo del 2015, pubblicato nel gennaio successivo.⁴⁵¹ Esso si compone di otto capitoli, nei quali sono affrontati nel dettaglio tutte le questioni sulle quali le attenzioni delle istituzioni europee si erano concentrate negli anni precedenti; e così, oltre ad una "valutazione d'impatto" indipendente circa l'implementazione della Raccomandazione, troviamo sette capitoli ciascuno dedicato ad un diverso tema candidato ad essere trattato in un atto comunitario. Per ognuno di essi viene dipinta una panoramica comparatistica, sulla base dei dati offerti da relatori di riferimento selezionati presso ciascuno Stato membro, seguita, a mo' di conclusione, da un parere circa le prospettive di armonizzazione. È bene vedere più da vicino questo documento, poiché per suo tramite è possibile scorgere un abbozzo di quello che sarà un primo frammento di "legge fallimentare europea".

Nel primo capitolo si affronta il tema dei doveri degli amministratori di società in presenza di sintomi di crisi e della loro possibile interdizione da uffici direttivi, amministrativi o di altro genere, sul quale si registrano profonde differenze da un ordinamento all'altro: alcuni prevedono uno specifico dovere di chiedere l'apertura di una procedura d'insolvenza entro un dato termine dalla conoscenza dello stato di crisi, il che è giudicato nello studio come una barriera all'accesso a procedure informali di risanamento quali quella contenuta nella Raccomandazione.⁴⁵² Tuttavia, solo la mancanza di un quadro unitario relativo al riconoscimento delle decisioni di interdizione viene segnalata come lacuna da colmare.

Il secondo capitolo invece considera la possibilità di fissare degli *standard* qualitativi comuni richiesti ai curatori, amministratori o mediatori (in generale denominati *Insolvency Practitioners* o *IPs*), magari traendo ispirazione dalle *best practice* già formulate da associazioni professionali internazionali ed altri enti impegnati nel settore.⁴⁵³

⁴⁵⁰ I dettagli sul gruppo d'esperti e i relativi documenti si trovano nel Registro dei gruppi di esperti della Commissione all'indirizzo <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm>

⁴⁵¹ A.A.V.V., *Study on a new approach to business failure and insolvency. Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices*, Leeds, 2016, in http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency/insolvency_study_2016_final_en.pdf. Fra gli autori figurano Gerard McCormack, Andrew Keay, Sarah Brown and Judith Dahlgreen.

⁴⁵² Il caso della Germania è esemplare in tal senso, come hanno dimostrato, fra le altre, le vicende *Schefenacker* e *Deutsche Nickel*, sui quali v. KROMBERG, PATERSON, *Forum Shopping as a Restructuring Tool*, in A.A.V.V., *Debt Restructuring*, Oxford 2016 (2ª edizione), p. 116 ss.

⁴⁵³ Di queste *best practice* parlerò nel prossimo capitolo

I più rilevanti sono però i tre capitoli successivi, riservati, rispettivamente, all'ordine di preferenze nella distribuzione dell'attivo, agli atti pregiudizievoli ai creditori e a vari aspetti di procedura. La delicatezza del tema del *ranking of claims* non viene nascosta, ed anzi il legislatore viene avvertito delle inevitabili resistenze che gli Stati membri potrebbero frapporre all'armonizzazione; nondimeno, viene steso un elenco considerevole di profili suscettibili di valutazione. Fra questi, meritano di essere citati quello della posizione dei crediti fiscali (privilegiati in ordinamenti come il nostro, chirografari in altri, come in Germania dal 1982 e nel Regno Unito dal 2002)⁴⁵⁴ e di quelli dei lavoratori dipendenti, per i quali si suggerisce all'Unione di prendere una posizione più netta di quella blandamente definita nella direttiva 2008/94/CE; vi è poi la questione della postergazione dei finanziamenti erogati da soci ed azionisti e della prededuzione della cd. *new finance* connessa alle iniziative di risanamento e non da ultimo l'ipotesi di fissare un massimale alla porzione d'attivo riservata ai creditori muniti di diritti reali di garanzia (i *rights in rem* protetti dall'art. 5 del Regolamento). Come si è visto, sono tutti temi molto spinosi, nei quali le divergenze fra ordinamenti dell'Unione si sono ripercosse in misura considerevole sull'applicazione del Regolamento.

Altrettanto delicato è il tema degli atti pregiudizievoli, considerati dal quarto capitolo. Nelle quaranta e più pagine dedicate alla questione, si fa più volte riferimento ad uno studio dato alla luce dalla INSOL Europe e si perviene alla conclusione per cui l'adozione di norme uniformi potrebbe comportare enormi vantaggi, fra i quali una maggiore prevedibilità (nonché efficacia deterrente nei confronti del debitore e dei beneficiari) ed eguaglianza fra i creditori. Tuttavia, anche il rovescio della medaglia viene preso in considerazione, in particolare laddove si ammonisce del rischio nascente dalla sottrazione agli Stati membri di un incisivo strumento di controllo sull'economia e gli scambi.⁴⁵⁵

Quanto agli aspetti di diritto processuale, il Capitolo 5 dello studio affronta una molteplicità di temi, a momenti andando oltre l'intento di base del lavoro di valutare la necessità di interventi di armonizzazione alla luce dei risultati della comparazione giuridica, come quando esplora l'istituto, sconosciuto in Europa al di fuori di un paio di ordinamenti, dei cosiddetti *pre-packs*, consistenti in operazioni di risanamento pianificate in anticipo rispetto alla procedura giudiziale o amministrativa in modo da ridurre al minimo i tempi e i costi di queste ultime e, nel complesso, dell'operazione. Qui mi pare che l'intento della Commissione, dalla quale è venuto l'incarico per la redazione dello studio, sia quello di promuovere lo sviluppo di strumenti inediti giocando d'anticipo rispetto agli Stati membri nel dettarne la disciplina, protestando ancora una volta l'esigenza di

⁴⁵⁴ A.A.V.V., *op. cit.*, p. 114

⁴⁵⁵ “[...] *maximum harmonisation would prevent national governments enacting fresh avoidance rules to deal with particular concerns or abuses, or amending any that are currently in place in order to address perceived problems. Thus, it might be said that harmonised approach might damage local interests which can be best catered for by domestic legislation*”. Gli è però che quei “local interest” sono spesso il frutto di pressioni lobbistiche schiettamente provinciali (il lettore avrà senz'altro in mente la controversa vicenda delle revocatorie delle rimesse in conto corrente bancario), indubbiamente capaci di provocare distorsioni nel gioco della concorrenza nel mercato unico.

sostenere la ricrescita economica per mezzo del perfezionamento del mercato unico degli investimenti.

Altri profili toccati nel capitolo, sono quelli della pubblicità delle procedure e dei termini per l'insinuazione dei crediti, mentre nell'ultima parte si discute dell'opportunità di introdurre una procedura semplificata a disposizione delle piccole e medie imprese (in gergo comunitario, *SMEs*, che sta per *small-medium enterprises*).

Gli ultimi tre capitoli, infine, hanno in comune l'obiettivo di riempire i vuoti degli ordinamenti nazionali in ordine all'accesso a procedure di risanamento ed esdebitazione (in tempistiche ragionevoli), fattore che più di tutti, stando alla casistica, è stato decisivo nella crescita del fenomeno del *bankruptcy tourism*: il sesto capitolo, come anticipato, contiene una valutazione esterna ed indipendente circa l'implementazione della Raccomandazione del 2014; il settimo tratta, nello specifico, l'esdebitazione; l'ultimo concerne il tema del sovraindebitamento dei consumatori.

§ 5. Conclusioni: verso un *bankruptcy code* europeo?

Da quello che ci è dato conoscere, pare che la Commissione sia più che motivata nel portare avanti le sue iniziative di armonizzazione. Né sembra più potersi seriamente dubitare che tale obiettivo finirà per beneficiare in primo luogo il sistema eretto dal Regolamento: l'alea ingenerata dall'elastico criterio giurisdizionale su cui poggia la procedura principale potrà infatti essere in buona misura compensata da una disciplina sostanziale più prevedibile; di conseguenza, potrà meglio esplicarsi il principio di fiducia reciproca fra giurisdizioni dell'Unione, eliminando il clima di sospetto che sovente aleggia intorno alle procedure principali, trasformando quelle secondarie in un più sicuro rifugio. Infine, gli stessi curatori principali potranno muoversi con più facilità fra le insidie spesso presenti nelle legislazioni degli Stati membri nei quali vengono ad esercitare i poteri della propria *lex concursus*, con apprezzabili risparmi di tempo e di risorse.

Non si può nascondere però il fatto che il percorso verso una legge fallimentare europea non sarà semplicissimo. La principale difficoltà risiede nell'architettura istituzionale dell'Unione, nella quale a fianco di istituzioni di diretta (o indiretta, come la Commissione) investitura popolare convivono "i Signori dei Trattati", ossia gli Stati membri.⁴⁵⁶ La storia del Regolamento, ripercorsa tappa per tappa in questo lavoro, ci ha insegnato che esistono dei lacci molto stretti che tengono avvinta la nostra materia al cuore delle politiche economiche nazionali; i compromessi che hanno segnato l'evolversi della disciplina esplorata

⁴⁵⁶ Come sottolinea: MUCCIARELLI, *Not Just Efficiency: Insolvency Law in the EU and Its Political Dimension*, in *European Business Organization Law Review*, 2013, p. 198: "Furthermore, the Council shall act by qualified majority vote, which is a complicated mechanism aimed at combining the need for big Member State to vote according to the size of their population with the need for small states not to be always outvoted. Therefore, the voting mechanism involves negotiations between Member States and induces them to seek broad consensus"; onde la conclusione per cui "At the present stage of development of EU institutions, there is no optimal solution to the issue of power allocation in respect of bankruptcies, especially regarding rules on asset distribution. The reason is that this issue is not a matter of efficiency only: the 'optimal' solution has much more to do with politics and with the development of European integration".

nei capitoli precedenti non mancheranno di influenzare il futuro diritto europeo dell'insolvenza. Ciò non è necessariamente un male; la cosa importante, è che gli equilibri istituzionali dell'Unione non portino al varo di atti normativi qualitativamente poveri e lacerati da contraddizioni ed incertezze.

La strada verso l'armonizzazione dovrà quindi essere ben pianificata, al fine di vincere le insidie che vi si incontreranno. In primo luogo, nella formulazione della sua proposta legislativa la Commissione dovrà attentamente scegliere, nei Trattati, la base giuridica da invocare. I candidati più gettonati sono gli articoli 81 e 114 del TFUE, riguardanti, rispettivamente, la cooperazione giurisdizionale in materia civile e il ravvicinamento delle legislazioni in funzione dell'instaurazione del mercato interno. Dal punto di vista degli effetti, non vi sono differenze importanti fra le due basi: in entrambi i casi, infatti, si dovrà ricorrere alla procedura legislativa ordinaria, con il paritetico coinvolgimento del Parlamento e del Consiglio. Un atto fondato sull'art. 81 -e quindi sulla stessa base del Regolamento-, semmai, avrebbe il difetto di non vincolare di *default* Danimarca, Irlanda e Regno Unito (*Brexit a parte*). Anche per questo motivo, una scelta superficiale della base giuridica potrebbe innescare dei cortocircuiti nei negoziati fra le istituzioni protagoniste del processo decisionale, con il rischio di dover incamerare nell'atto finale dei compromessi oltremodo dannosi. Inoltre - ma mi pare un'ipotesi remota-, anche la Corte di Giustizia, eventualmente investita di un ricorso per annullamento, potrebbe avere da ridire. La corretta base giuridica, dunque, se non è tutto, non è nemmeno di secondaria importanza come potrebbe apparire.⁴⁵⁷

Ci vorrà però ben altro per affrontare le resistenze degli Stati sovrani. Come è stato notato in uno dei pochi scritti finora pubblicati in tema di armonizzazione del diritto concorsuale in Europa, ciò che tutt'ora manca a livello di Unione è una idea definita di quali debbano essere gli scopi del diritto dell'insolvenza;⁴⁵⁸ in altri termini, manca un principio ispiratore ed unificante della futura disciplina.⁴⁵⁹ Se ciò fosse vero, potrebbe materializzarsi la spiacevole eventualità che la Commissione presenti un atto costituente un confuso "taglia e cuci" dei modelli di disciplina più diffusi negli Stati membri e, per tale ragione, più proponibili come disciplina armonizzata. Il risultato sarebbe un sicuro disastro: nel migliore degli scenari, una proposta di simile fattura -con tutta la probabilità,

⁴⁵⁷ FLETCHER, WESSELS, *Harmonisation of Insolvency Law in Europe*, Deventer, 2012, pp.

⁴⁵⁸ FLETCHER, WESSELS, *op. cit.*, pp. 41 e 108, pp. 57 ss. e 114 ss.; i due chiari autori suggeriscono di ricorrere all'art. 81, vuoi per la difficoltà di dimostrare il nesso fra armonizzazione del diritto dell'insolvenza e miglioramento del mercato interno, vuoi perché, in fondo, lo stesso disegno di armonizzazione è sorto con lo scopo di migliorare il meccanismo di coordinamento introdotto nel Regolamento.

⁴⁵⁹ DE WEIJS (*Harmonisation of European Insolvency Law and the Need to tackle two Common Problems: Common Pool & Anticommons*, working paper n. 2011-16 del Centre for the Study of European Contract Law, in <http://ssrn.com/abstract=1950100>): "there will need to be a common understanding about the goals of insolvency law and therefore a European debate on bankruptcy theory".

qualitativamente scadente- non verrà nemmeno approvata.⁴⁶⁰ Sarà quindi opportuno che la Commissione, prima di passare la parola alla politica, si faccia ben consigliare dal mondo accademico. Non credo, tuttavia, che uno studio comparatistico da solo -per quanto ben confezionato e di indubbia utilità come quello da poco portato a termine dall'Università di Leeds- possa essere sufficiente. Il dibattito dottrinale sull'armonizzazione è ancora troppo giovane affinché possa portare i suoi frutti a maturazione. Come si è visto, i temi toccati nei lavori preparatori sono tanti, ampi e troppo delicati per essere trattati con leggerezza. Sarà l'occasione per discutere su nuove e comuni basi antichi ma sempre attuali temi come i presupposti oggettivi e soggettivi, la sorte degli atti pregiudizievoli per i creditori, l'ordine di distribuzione dell'attivo, i mezzi di risanamento delle imprese e così via. Una futura scuola paneuropea di diritto concorsuale avrà alle spalle una già solida tradizione dottrinale da cui trarre ispirazione per ripensare i pilastri della materia;⁴⁶¹ potranno poi essere di gran giovamento strumentari concettuali più moderni (benché non più nuovissimi), come l'analisi economica del diritto.⁴⁶²

L'innalzamento del livello qualitativo del futuro atto della Commissione sarà quindi il vantaggio principale di questo approccio al tema dell'armonizzazione. Come del resto insegna Philip Wood in quella che è probabilmente la più ampia opera di diritto comparato dell'insolvenza:⁴⁶³

The aim of harmonisation should be to achieve a reasonable consensus on the big issues. The best method is persuasion.

Un'approfondita discussione dottrinale avrà poi altre ricadute positive: in primo luogo, permetterà di individuare più attentamente i profili meritevoli di essere armonizzati con priorità, e ciò in base non già alla *feasibility* dettata dall'esistenza di una convergenza già più o meno ampia fra gli ordinamenti, bensì in ragio-

⁴⁶⁰ Il che accentuerebbe uno degli svantaggi più spesso attribuiti all'armonizzazione a livello europeo, il cd. *Versteinerungseffekt* (espressione traducibile come "pietrificazione"), consistente nell'ingabbiamento della disciplina nelle dinamiche istituzionali dell'Unione, asseritamente più lente ed inefficaci di quelle nazionali. V. KIENINGER, *Rechtsentwicklung im Wettbewerb der Rechtsordnungen*, in OTT, SCHÄFER (a cura di), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen*, Tubinga, 2002, pp. 77 ss. L'esempio italiano potrebbe però smentire nei fatti tale presupposto.

⁴⁶¹ Benché ormai datati, un buon punto di partenza potrebbe essere costituito dai *Principles of European Insolvency Law* del 2003 (pubblicati da Kluwer a Deventer come quarto volume della collana *Law of Business and Finance*), redatti da un gruppo di lavoro composto di studiosi e professionisti provenienti da dieci paesi sulla scorta di studi comparatistici diretti a far emergere i tratti comuni delle discipline fallimentari degli Stati membri dell'Unione. Sugli stessi, v. FLETCHER, WESSELS, *op. cit.*, pp. 46 e 47

⁴⁶² La discussione inaugurata da DE WEIJS (*op. cit.*) intorno agli scopi del diritto europeo dell'insolvenza muove proprio dall'analisi di vecchie e nuove questioni di *bankruptcy law and economics*, come il *common pool problem*. Oltre alla bibliografia ivi citata (su tutti, JACKSON, *Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements and the Creditors' Bargain*, in *Yale Law Review*, 1982, pp. 862 ss), v. KAMMEL, *The Law and Economics of Corporate Insolvency. Some Thoughts*, in OMAR (a cura di), *International Insolvency Law: Themes and Perspectives*, Aldershot, 2008, pp. 61 ss.

⁴⁶³ WOOD, *Principles of International Insolvency*, Londra, 1995 (2^a edizione), p. 34

ne della maturità della riflessione teorica su quel tema, nonché della sua urgenza.

Inoltre, una disciplina ripensata dalle fondamenta a livello di dottrina porterà meno i segni dell'influenza dei modelli nazionali. Si tratterà quindi di una disciplina più neutrale e, di conseguenza, politicamente più accettabile. Infine, potremo finalmente avere fra le mani una disciplina nuova e più sensibile ai temi attuali di questa materia. Agendo come motore di modernizzazione, l'Unione potrebbe così ottenere una forza persuasiva maggiore, anche nei confronti degli ordinamenti più gelosi della propria disciplina concorsuale.

Certo, tutto questo potrebbe richiedere molto tempo. Ma si sa, la fretta è cattiva consigliera, e in una materia così delicata, nella quale si gioca con il destino di migliaia di imprese, lavoratori ed investitori di tutta Europa conviene che le cose siano fatte accuratamente. Del resto, gli Stati Uniti hanno impiegato più di un secolo a darsi un *Bankruptcy Code* federale; considerato che i Trattati di Roma hanno appena compiuto sessant'anni, se saremo fortunati, fra quaranta avremo una legge fallimentare europea. Se saremo bravi, anche prima.⁴⁶⁴

⁴⁶⁴ In conclusione del loro intenso scritto, WESSELS e FLETCHER (*op. cit.*, p. 123) offrono al legislatore europeo un'agenda, contenente sette criteri guida: "*These seven criteria [...] may point at a direction to take in the process of developing a legislative skeleton for harmonisation of insolvency law in the near future. These indicators are:*

1. *Consistency with international norms: strive for consistency with international norms, so any rules will be generally applied in the same way in any member State and/or across the EU;*
 2. *Goals for the EU: agree on the basis allowing the European legislator to act and on the goals that the European legislator set himself to achieve;*
 3. *Take stock: map the present level of harmonisation in all areas of law related to insolvency;*
 4. *Overriding objectives: formulate overriding objectives to take into account, such as offering any involved party a sufficient degree of legal certainty;*
 5. *Flexible legislation: draft a legal skeleton which is sustainable, including a process which is sufficiently flexible and capable of adapting to changing circumstances in which businesses operate;*
 6. *Need for action: examine whether there is a specific need for a certain action or legislative intervention, and if so, what would be the most suitable course of action and ensure that its result be supported by a wider group that will have to work with it;*
 7. *Balance: any rules of such a skeleton should reflect a fair balance between the (often competing) interests of creditors and other parties concerned.*
- Several of these indicators may demand empirical input, a point we now leave aside.*

CAPITOLO VIII

§ 1. Premessa

Benché l'allestimento di un nuovo atto dell'Unione in materia d'insolvenza paia procedere a pieno regime e con i migliori auspici, al momento il contesto normativo in cui la rifusione del Regolamento s'inserisce è all'incirca lo stesso in cui si trovava il suo predecessore; gli ordinamenti concorsuali europei differiscono ancora in larga misura l'uno dall'altro e questa situazione potrebbe perdurare ancora per molto tempo. Inevitabilmente, i vizi e le virtù degli istituti armonizzati si riveleranno solo con la loro applicazione pratica, e la Corte di Giustizia potrebbe impiegare molto tempo per prendere dimestichezza con un settore giuridico inedito per l'ordinamento dell'Unione. Non solo: l'adozione di una o più direttive in materia richiederà un periodo più o meno lungo di ricezione e assestamento, processi in cui intervengono non solo i legislatori degli Stati membri, ma anche i giudici nazionali nonché la Commissione, nel ruolo di vigile della corretta applicazione dei Trattati. Nondimeno, l'esigenza di rimediare alla crisi delle imprese si manifesta costantemente, senza poter attendere il diritto che ha da venire.

Al momento, pertanto, disponiamo di un quadro normativo che permette ancora lo svolgimento di procedure d'insolvenza concorrenti: l'istituto delle procedure territoriali, infatti, è stato conservato dal *recast*, benché trasformato sotto molti riguardi. Inoltre, come abbiamo osservato nel Capitolo V, nell'affrontare la sfida, rovinosamente ignorata nel 2000, dell'insolvenza dei gruppi, il legislatore europeo non ha abbandonato la scelta di campo espressa nella sentenza *Euro-food*, sicché, conservando il principio della separazione soggettiva tra le diverse entità componenti il conglomerato societario, si è imposta la soluzione volta ad irregimentare il coordinamento tra le distinte procedure aperte a carico di ciascuna società.⁴⁶⁵

Le scelte e i compromessi raggiunti nel Regolamento n. 848 sono il prodotto di poco più di un decennio di riflessione dottrinale e giurisprudenziale che ha visto la luce in un contesto senza eguali; tale è però stato l'approfondimento delle questioni suscitate dal Regolamento, che quasi ci si è dimenticati di quanto accadeva fuori dal Vecchio continente. Dico quasi, poiché da questo provincialismo (inevitabile, data la novità della materia disciplinata dal Regolamento presso i pratici) una pur piccola schiera di menti europee si è distaccata e ha prestato attenzione ai prodigiosi svolgimenti del diritto internazionale fallimentare occorsi all'inizio del nuovo millennio, specie oltreoceano.⁴⁶⁶

La prevalente chiusura non ha di certo giovato, ed anzi ha finito col mettere a nudo tutte le criticità di un istituto, quello delle procedure territoriali, per il quale la prassi continentale non era preparata. In altri ordinamenti (perlopiù di *common law*), invece, le procedure ancillari avevano già una lunga tradizione applicativa. Ed è proprio dall'esperienza anglo-americana che oggi è bene at-

⁴⁶⁵ V. *retro*, Capitolo V

⁴⁶⁶ V. *oltre*

tingere per imparare ad affrontare meglio quelle situazioni in cui la parallelismo di due o più procedure deve essere trasformata da fonte di conflitti a strumento per un'ordinata ed equa distribuzione delle perdite generate dall'insolvenza al fine della soluzione delle crisi. In fondo, questo non è altro che lo scopo ultimo del diritto fallimentare, il quale, in ambito transnazionale, richiede il ricorso a mezzi differenti. Almeno per ora.

§ 2. Protocolli e concordati nelle procedure d'insolvenza anglo-americane degli anni '90

Poco meno di trent'anni di esperienza accumulata nella gestione di procedure di risanamento condotte principalmente fra le due sponde dell'Atlantico settentrionale e, in America, a nord e a sud dei Grandi Laghi ci consegna la pratica, evolutasi in maniera vertiginosa, degli *insolvency protocol*, o protocolli. Tale era la denominazione del primo di essi, stipulato il giorno di San Silvestro del 1991 tra gli amministratori della Maxwell *p.l.c.* e i *joint administrator* nominati dalla High Court di Londra.⁴⁶⁷ Non si trattava, invero, di uno strumento nuovo: come abbiamo visto nel Capitolo VI, già nel lontano 1910, nel caso Macfayden, qualcosa di simile era avvenuto fra il curatore inglese e quello indiano di due procedure riguardanti un "gruppo" di *partnership*. L'accordo raggiunto in tale occasione, tuttavia, aveva ad oggetto la maniera di procedere alla distribuzione dell'attivo liquidato nelle due procedure. Nella vicenda Maxwell, invece, abbiamo qualcosa di completamente nuovo: innanzitutto, i due procedimenti aperti a New York e a Londra miravano al risanamento, più che alla liquidazione, della società insolvente; in secondo luogo, il protocollo aveva lo scopo di risolvere un conflitto concernente un profilo pregiudiziale rispetto a qualsiasi questione sostanziale, ossia la gestione delle procedure. L'esposizione dei fatti di causa spiegherà tutto: il colossale gruppo creato dall'eccentrico Robert Maxwell, moderno "*citizen Kane*" britannico, entrò in crisi di liquidità in seguito alla misteriosa morte del fondatore nel Novembre 1991. Consci del fatto che i creditori inglesi avrebbero presto chiesto un'*administration order* in Inghilterra, gli amministratori della società capogruppo, che in tale ipotesi sarebbero stati estromessi dal governo societario, ripararono negli Stati Uniti depositando una *Chapter 11 petition* presso la Corte del distretto meridionale dello Stato di New York. In tale maniera, gli amministratori si assicuravano di poter agire come *debtor in possession* al fine di sorvegliare di persona la cessione delle partecipazioni totalita-

⁴⁶⁷ Sul caso Maxwell, v. CARRINGTON, *Cross-border Insolvency under Common Law: the Maxwell Case*, in *Forum Internationale*, 1993, pp. 31 ss.; FLASCHEN, SILVERMAN, *Cross-border Insolvency Cooperation Protocols*, in *Texas International Law Journal*, 1998, pp. 590 ss.; ID., *The Role of the Examiner as Facilitator and Harmonizer in the Maxwell Communication Corporation International Insolvency*, in ZIEGEL (a cura di), *Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law*, Oxford, 1994, pp. 621 ss.; FLOOD, SKORDAKI, *Normative Bricolage: Informal Rule-making by Accountants and Lawyers in Mega-insolvencies*, in TEUBNER (a cura di), *Global Law Without a State*, Aldershot, 1997, pp. 134 ss.; WESSELS, MARKELL E KILBORN, *International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters*, Oxford, 2009, pp. 177 ss.; ZUMBRO, *Cross-border Insolvencies and International Protocols - an Imperfect but Effective Tool*, in *Business Law International*, 2010, pp. 163 ss.

rie nelle società controllate (per nulla toccate dall'insolvenza della *holding*) e ripianare così i debiti contratti con numerose banche inglesi ed americane. Per fare ciò, poi, lo *stay* conseguente all'istanza americana era qualcosa di necessario; peccato, però, che per ottenere il medesimo risultato in Inghilterra fosse necessario domandare l'apertura di una *administration*, posto che se anche la procedura americana fosse stata riconosciuta, non ne sarebbe comunque conseguito il blocco delle azioni individuali dei creditori.⁴⁶⁸ L'istanza di *administration* fu presentata il giorno seguente, con la speranza che il giudice inglese nominasse quale curatore qualcuno fra gli amministratori. Invece, fu scelto un *pool* di esperti contabili di Price Waterhouse, che immediatamente si atteggiò in modo ostile nei confronti degli amministratori chiedendo che la High Court ingiungesse loro di ritirare la *Chapter 11 petition*. Il conflitto di giurisdizione così innescato rischiava di procrastinare (se non di frustrare completamente, nel caso in cui gli *administrator* avessero perseguito una diversa strategia di risanamento) la cessione dei pacchetti azionari. Sicché il giudice newyorkese Tina Brozman nominò, su mozione degli amministratori, un *examiner* (che dalla presente causa trasse un certa notorietà e fortuna professionale) per esplorare la fattibilità di un accordo con i curatori inglesi.⁴⁶⁹ L'*escalation* raggiunse l'apice non appena questi ultimi chiesero l'annullamento della nomina dell'*examiner* nonché la cattura degli amministratori per oltraggio alla Corte. Fortunatamente, gli spiriti si sbollirono con l'inizio dei negoziati (complice forse anche il periodo natalizio, chissà!), che terminarono il 31 dicembre 1991 con l'approvazione del *protocol* da parte dei giudici di entrambe le procedure.⁴⁷⁰

⁴⁶⁸ V. *retro*, Capitolo I

⁴⁶⁹ La *section* 1104 del Bankruptcy Code prevede le figure del *trustee* e dell'*examiner* come eccezione al principio del *debtor in possession* nella *reorganization*. In particolare, dispone la *subsection* c): "If the court does not order the appointment of a trustee under this section, then at any time before the confirmation of a plan, on request of a party in interest or the United States trustee, and after notice and a hearing, the court shall order the appointment of an examiner to conduct such an investigation of the debtor as is appropriate, including an investigation of any allegations of fraud, dishonesty, incompetence, misconduct, mismanagement, or irregularity in the management of the affairs of the debtor or by current or former management of the debtor". Come sostengono FLASCHEN e SILVERMAN (*The Role of the Examiner, cit.*, pp. 625-26), grazie alla formulazione ampia di tale disposizione, l'istituto in esame si è prestato ad una rilettura innovativa, che ha portato all'innesto nella procedura fallimentare di tecniche proprie del mondo dell'*a.d.r.* (segnatamente, quella della mediazione facilitativa): "An examiner under the Bankruptcy Code is well positioned to serve as a facilitator in the context of international insolvencies to achieve the same goals sought by ADR techniques in general: a less expensive, less time-consuming, and more efficient resolution of problems through the use of mediation, settlement, and harmonization. [...] The precise scope of an examiner's powers is a matter for the discretion of the court. Courts have tended to construe broadly the scope of an examiner's investigatory powers and otherwise 'to give the examiner additional duties as the circumstances warrant'. [...] "Of Immediate interest, examiners have also been specifically mandated to mediate negotiations among parties and to facilitate the resolution of differences to facilitate confirmation of a plan of reorganization". Si può inoltre notare come l'*examiner*, proprio in quanto costituente un'eccezione alla regola del *debtor in possession*, abbia facilmente permesso di gettare un ponte fra due filosofie giuridiche opposte: cfr. CARRINGTON, *op. cit.*, p. 31

⁴⁷⁰ Il testo del protocollo si trova in FLASCHEN, SILVERMAN, *The Role of the Examiner, cit.*

Il protocollo fu salutato con entusiasmo ed è ancora oggi ricordato come una pietra miliare della materia; a vedere il testo dell'accordo, verrebbe piuttosto da dire una "pietruzza", poiché, a dispetto della sua importanza, non si estende che per una dozzina di pagine. Infatti, esso si limita, nei suoi sette articoli, a spartire i poteri di gestione della società fra i *joint administrator*, i preesistenti vertici amministrativi del gruppo e l'*examiner* nominato dal tribunale fallimentare americano. Della gestione ordinaria delle operazioni della *holding* furono investiti gli *administrator*, in ossequio alla decisione operata dal giudice Hoffman della High Court; quanto al compimento di atti, per così dire, di straordinaria amministrazione, in grado di incidere significativamente sull'*iter* di risanamento (azioni giudiziali, accensione di mutui o accesso ad altre forme di finanziamento e contestuale concessione di diritti di garanzia, conversione della procedura in liquidazione, presentazione di un piano di ristrutturazione), s'impose tuttavia che vi fosse il benestare dell'*examiner*, quale *longa manus* del giudice americano;⁴⁷¹ quanto all'amministrazione delle quattrocento ed oltre società controllate, si stabilì di mantenere al loro posto i preesistenti c.d.a., integrati dalle nomine compiute di concerto fra gli *administrator* e l'*examiner*. Ai curatori inglesi, infine, fu concesso di svolgere indagini, sia nel Regno Unito che negli Stati Uniti, circa gli affari e le attività del gruppo, alla condizione di sottoporre tutte le informazioni rilevanti all'*examiner* con cadenza settimanale.

Come si vede, nonostante la brevità, il protocollo presentava contenuti molto densi ed era ritagliato su misura, tenute in debito conto le specifiche esigenze del caso. Come ebbe a dire l'*examiner* Richard Gitlin:

We tried to understand what it was Price Waterhouse needed under UK law to be able to fulfill their duties, while we could persevere with Chapter 11, that is, keep the U.S. checks and balances. That way we ended up with the Protocol

Si spiega così la diversità dei contenuti dei protocolli siglati nei casi successivi. Il primo fra questi accordi, elaborato nella seconda metà del 1992,⁴⁷² riguardava il risanamento del gruppo facente capo alla canadese Olympia & York Developments Ltd., operante nel campo dello sviluppo immobiliare tra Canada, Stati Uniti e Regno Unito per tramite diverse controllate.⁴⁷³ Mentre per la *holding* pendeva una procedura di *arrangement* in Canada, le controllate statunitensi promuovevano una domanda di *reorganization* a New York. Si trattava dunque

⁴⁷¹ Lo stesso schema fu sostanzialmente ripetuto per le controllate, i cui amministratori avrebbero dovuto ottenere il benestare dell'*examiner* e del giudice americano per una serie di operazioni il cui valore superasse i venticinque milioni di sterline, mentre per quelle di valore inferiore (ma superiore a sette milioni) fu ritenuta sufficiente la previa comunicazione all'*examiner* al fine dell'esercizio del suo potere di veto.

⁴⁷² Sulla vicenda, v. CANUEL, *United States - Canadian Insolvencies: Reviewing Conflicting Legal Mechanisms, Challenges and Opportunities for Cross-Border Cooperation*, in *Journal of International Business & Law*, 2005, pp. 8 ss.; WESSELS, MARKELL E KILBORN, *Op. cit.*, pp. 180 ss.

⁴⁷³ Per la cronaca, è la società che ha sviluppato il noto distretto finanziario di Canary Wharf a Londra, nonché il World Financial Center (oggi Brookfield Place), sito all'estremità sud-occidentale dell'isola di Manhattan, severamente danneggiato durante gli attacchi dell'11 settembre 2001.

di dare a procedure aperte nei confronti di soggetti distinti una cornice unitaria, mentre in *Maxwell* il debitore era uno solo; si andarono ad incidere solo marginalmente i poteri degli amministratori delle controllate (al contempo *debtor in possession*), e ci si concentrò piuttosto sulla loro designazione e sulla modalità di pianificazione delle riunioni dei collegi e il loro funzionamento. In sostanza, i consigli d'amministrazione furono composti affiancando agli esistenti amministratori i curatori canadesi ed altri soggetti esterni scelti per cooptazione. Ancora una volta, il protocollo mirava a superare gli ostacoli posti dal caso concreto: non c'era tanto un conflitto di giurisdizione come in *Maxwell*, bensì il bisogno di creare un apparato direttivo unico e coordinato per la gestione delle diverse società del gruppo presenti negli Stati Uniti in armonia con le cadenze della procedura "madre" pendente in Canada.⁴⁷⁴

Diversamente, nella procedura aperta nei confronti dell'uomo d'affari e banchiere israeliano Joseph Nakash, il protocollo riuscì a sedare un'accesa guerra di giurisdizione fra il curatore del fallimento della North American Bank Ltd., creditrice nei confronti di Nakash per circa centosessanta milioni di dollari statunitensi, e Nakash stesso, *debtor in possession* nel fallimento spontaneamente domandato negli Stati Uniti allo scopo di beneficiare dell'extraterritorialità dello *stay* imposto dal *Bankruptcy Code*.⁴⁷⁵ La trama della vicenda è decisamente complessa, e i suoi protagonisti assai combattivi: il curatore della North American Bank aveva ottenuto dal tribunale di Tel Aviv una condanna (prontamente appellata dal debitore) al pagamento della somma sopra indicata; rigettata l'istanza di fallimento presentata dal curatore presso il medesimo tribunale (per difetto di giurisdizione), i beni del debitore siti negli *States* vennero posti sotto sequestro, ma tale *attachment* fu subito sospeso in virtù della contemporanea pendenza dell'appello. Per tutelarsi, Nakash pensò bene di mettersi al riparo con una *Chapter 11 petition*; aperta la *reorganization*, il curatore israeliano, fortemente determinato a recuperare i centosessanta milioni, decise di battere entrambi percorsi, ossia di insinuarsi nella procedura americana, nonché di domandare nuovamente il fallimento di Nakash al giudice di Tel Aviv. Si giunse dunque ai ferri corti di fronte al giudice distrettuale di New York: il debitore sosteneva che le istanze presentate in Israele violassero lo *stay* discendente dall'istanza di *reorganization*; dal canto suo, il curatore giustificava il suo accanimento invocando gli obblighi a lui imposti dalla legge fallimentare israeliana, sostenendo poi che la necessità di ottenere l'autorizzazione della Corte americana per derogare allo *stay* rappresentasse un affronto alla sovranità dei giudici di Israele. Si era all'impasse: lo *stay* americano aveva, sulla carta, un'efficacia extraterritoriale, ma non vi era modo di costringere il curatore a desistere dalle sue

⁴⁷⁴ Più simile al protocollo Maxwell fu quello concluso nella vicenda *Commodore*, nel 1994 (sulla quale v. WESSELS, MARKELL, KILBORN, *op. cit.*, pp. 182 ss.): l'inconciliabilità fra due *liquidation* pendenti negli Stati Uniti (ad istanza dei creditori) e nelle Bahamas (ad istanza del debitore) fu risolta dando vita ad un curioso ibrido: la procedura liquidatoria fu convertita statunitense in *reorganization*, e i curatori caraibici collocati nella posizione di *debtor in possession*. Dal canto loro, i creditori americani ottennero il potere di autorizzare (riuniti in comitato) gli atti di straordinaria amministrazione compiuti dai curatori.

⁴⁷⁵ FLASCHEN, SILVERMAN, *Cross-border Insolvency Cooperation Protocols*, *cit.*, pp. 593 ss.; WESSELS, MARKELL, KILBORN, *op. cit.*, p. 181.

mosse. Per il giudice di New York non vi era altra soluzione che quella di tentare la conciliazione delle parti, al qual fine fu incaricato un *examiner*. Cionnondimeno, la misura fu colma solo quando il curatore riuscì a mettere le mani sui beni del debitore detenuti nei Paesi Bassi, in Lussemburgo e sulla colorata isola di Curaçao per tramite di prestanome. Anche qui, il giudice americano aveva le mani legate: più che solamente dichiarare che lo *stay* era stato violato non era possibile. La strenua resistenza del debitore, però, trasformò la contesa in una devastante guerra di logoramento, per cui entrambe le parti finirono per capitolare e, sotto l'egida dell'*examiner*, concludere un protocollo il 23 maggio 1996, dopo ben tre anni di lite giurisdizionale, senza che né la *reorganization* da un lato, né l'appello e il procedimento prodromico in Israele dall'altro avessero registrato qualche progresso; senza contare il fatto che tutta la vicenda era scaturita dalla riscossione di un credito nell'ambito di un'altra procedura d'insolvenza, nella quale i creditori, impazienti, non aspettavano altro che di spartirsi quei centosessanta milioni di dollari.

Le questioni sul tavolo, essenzialmente, erano due: *in primis*, l'obbligo del curatore di fare tutto il possibile per ottenere l'esecuzione della condanna; in secondo luogo, l'argomento addotto dal curatore in virtù del quale la necessità di domandare al giudice americano l'autorizzazione per procedere di fronte alle corti d'Israele rappresentasse un'indebita interferenza nella giurisdizione di queste ultime. Il protocollo incamerò una soluzione salomonica: per le azioni da intraprendersi in terra americana (vale a dire, le attività di *discovery* nel labirintico patrimonio di Joseph Nakash), ci sarebbe voluta l'autorizzazione della Corte di New York, la quale non avrebbe invece avuto parola circa i procedimenti pendenti in Israele (segnatamente, l'appello della condanna e l'istanza di fallimento di fronte alla corte di Tel Aviv). Per quanto concernente gli *attachment* e le indagini con riguardo a beni siti in altri Stati, si statui che fosse necessario il benestare e dei giudici israeliani e di quelli americani, possibilmente previa reciproca consultazione per tramite dell'*examiner* o (grande novità) via *conference call*.⁴⁷⁶

Si inaugurava così la fortunatissima prassi della comunicazione diretta fra i giudici delle procedure, inimmaginabile anche per *mister* Gitlin all'epoca di Maxwell (una manciata di anni prima...). Nel caso *Everfresh*, addirittura, sulla base del protocollo (largamente influenzato dal Cross-Border Insolvency Concordat, che osserveremo nel prossimo paragrafo) si celebrò un'udienza congiunta dei giudici canadesi e statunitensi.⁴⁷⁷ Sull'aspetto della comunicazione, protocolli successivi come quello stipulato nel caso *Livent* (1999) raggiunsero un'incredibile livello di dettaglio.⁴⁷⁸

Il protocollo Nakash è significativo per un ulteriore aspetto: per la prima volta le parti andarono oltre la semplice strutturazione delle scadenze procedurali (pur disciplinando aspetti di rilievo come i poteri dei curatori), giungendo ad accordarsi anche su aspetti sostanziali, quali la giurisdizione. Nel protocollo Ever-

⁴⁷⁶ Il testo del protocollo si trova in FLASCHEN, SILVERMAN, *op. ult. cit.*, pp. 601 ss.

⁴⁷⁷ WESSELS, MARKELL, KILBORN, *op. cit.*, pp. 184 ss.

⁴⁷⁸ *Ivi*, p. 186. Nel caso *Livent* le udienze congiunte si svolsero per mezzo di trasmissioni audiovisive in diretta via satellite, tecnologia piuttosto sofisticata vent'anni fa.

fresh, poi, ci si spinse a dettare regole puntuali sulla legge applicabile alle azioni revocatorie (fu prescelta quella statunitense, in quanto meno restrittiva per i curatori). Nei documenti che vedremo appresso, i quali nascono dalla codificazione dei protocolli sopra illustrati, questi profili saranno tutt'altro che marginali. Lo sono invece per il nostro discorso, poiché su molti di questi punti il Regolamento detta una disciplina unificata ed inderogabile, sicché ci soffermeremo maggiormente su altri temi, quali i poteri degli organi, gli obblighi e le modalità di comunicazione e lo scambio di informazioni.

§ 3. Dalla prassi alla teoria: il Cross-border Insolvency Concordat dell'International Bar Association e i successivi strumenti di *soft law*

Merita a questo punto vedere i più importanti strumenti di *soft law* che furono elaborati sulla scorta della ancora breve ma già ricca esperienza degli *insolvency protocol*. Alla redazione di questi documenti, come vedremo, hanno partecipato sia accademici che pratici (spesso gli stessi coinvolti nelle vicende cui ho fatto riferimento). Come ho anticipato, in essi troviamo soluzioni a molteplici profili dell'insolvenza transfrontaliera, dalla legge applicabile, alla giurisdizione sino al tema, rilevante per il nostro discorso, della cooperazione fra gli organi delle procedure. La presenza di così tante sfaccettature è debitrice dello stato, ai tempi ancora lacunoso, del diritto internazionale concorsuale. Certo, erano stati compiuti molti progressi rispetto al *sorry state* della materia all'epoca dell'*affaire* Herstatt; tuttavia, come il lettore avrà avuto modo di constatare nel Capitolo I, alle soglie del Duemila molti nodi rimanevano irrisolti. Nel Regno Unito le *ancillary proceeding* erano sì un istituto consolidato, ma i suoi contorni (come testimoniato dall'insolvenza della Bank of Credit and Commerce International) non erano proprio del tutto nitidi, a tacere dal fatto che questa forma di *judicial self-restraint* era riservata alle sole procedure di *winding up* laddove un'altra procedura liquidatoria stesse già pendendo nello Stato di *incorporation*. L'Insolvency Act del 1986, nondimeno, aveva introdotto una *species* di procedura ancillare meglio definita per via legislativa, ma si trattava di un istituto accessibile solo ad istanza dei giudici di una cerchia ristretta di paesi, all'incirca corrispondente al *club* del Commonwealth.⁴⁷⁹ Negli Stati Uniti, c'era voluta una quindicina d'anni perché la giurisprudenza sulla *section 304* avesse trovato un compromesso accettabile fra le opposte visioni del concetto di *comity*, ponendo fine ad una stagione di sconcertante incertezza sulla possibilità stessa di far ricorso ai *case ancillary to a foreign proceedings*; cosa più importante, però, era che la lista dei rimedi ottenibili in base alla *section 304*, benché non costretti in un *numerus clausus*, non contemplava in alcun modo quello delle azioni revo-

⁴⁷⁹ Recita la *section 426 (4)*: “*The courts having jurisdiction in relation to insolvency law in any part of the United Kingdom shall assist the courts having the corresponding jurisdiction in any other part of the United Kingdom or any relevant country or territory*”. Prosegue la *sub-section* successiva: “*For the purposes of subsection (4) a request made to a court in any part of the United Kingdom by a court in any other part of the United Kingdom or in a relevant country or territory is authority for the court to which the request is made to apply, in relation to any matters specified in the request, the insolvency law which is applicable by either court in relation to comparable matters falling within its jurisdiction. In exercising its discretion under this subsection, a court shall have regard in particular to the rules of private international law*”.

catorie, aporia che si manifestò con tragica intensità nel caso Axona. A questo breve *cahier de doléance*, aggiungiamo poi che il *Bankruptcy Code* americano nulla disponeva per il caso in cui fossero i creditori a chiedere l'apertura di una procedura: i giudici americani non avrebbero potuto fare quello che i loro colleghi britannici facevano da oltre un secolo, cioè modellare la struttura procedurale per farne una procedura ancillare. Il vuoto normativo, perciò, era ancora troppo grande; e come in *Herstatt*, furono le parti a cercare di colmarlo dandosi le regole loro più congeniali, nella speranza che il giudice le facesse proprie e desse loro ufficialità per tramite della sentenza. Non va dimenticato che tutto ciò si è svolto in un contesto di *common law*, ove le corti svolgono un ruolo attivo nel colmare le lacune dell'ordinamento. La situazione muta considerevolmente laddove si ponga sullo sfondo il Regolamento, che risente perlopiù della tradizione continentale: giurisdizione e legge applicabile sono disciplinate per filo e per segno, per cui un nessun protocollo potrebbe derogare alla disciplina imperativa.

Fatta questa lunga ma indispensabile premessa, analizziamo i profili di maggiore interesse (per il fallimentarista europeo) di tre strumenti di *soft law*: 1) il Cross-Border Insolvency Concordat dell'International Bar Association; 2) La legge modello Uncitral; 3) Le *Guidelines Applicable to Court Communications in Cross-Border Cases* dell'American Law Institute, aggiornate e rielaborate nei *Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases*.

Il Cross-Border Insolvency Concordat (di qui in poi: "Concordat") vide la luce intorno alla metà degli anni Novanta e venne ufficialmente approvato dal consiglio della I.B.A. il 31 maggio 1996.⁴⁸⁰ Alla sua stesura parteciparono quattro membri del *committee J* (incaricato di occuparsi di diritto concorsuale) provenienti da entrambe le sponde dell'Atlantico e rappresentanti di entrambe le grandi famiglie giuridiche di *civil law* e *common law*. Più omogenea è invece l'estrazione professionale dei redattori, tutti avvocati di prestigiosi studi di Toronto, New York, Zurigo e Colonia. Il Concordat si poneva letteralmente come un decalogo dell'insolvenza transfrontaliera, occupandosi di tutti le questioni salienti. Così, al *principle 1* troviamo una generale affermazione del principio di universalità, facente perno presso un singolo *forum* che la nota di commento individua nel *nerve center* nonché nel luogo ove si trova una buona parte dei beni ("*many of its assets*"). Il *principle* successivo designa un modello procedurale che sostanzialmente ricalca quello della procedura principale- procedura ancillare di cui alla Convenzione di Istanbul: nei *fora* diversi da quello principale avrà luogo la soddisfazione dei creditori "privilegiati" secondo la *lex concursus* (*privileged claim*, contrapposti ai *common claim*), in seguito alla quale, secondo il quinto *principle*, il saldo andrà trasferito alla procedura principale per la distribuzione ai chirografari. Sono quindi semplificate le modalità di insinuazione per i creditori stranieri, nei confronti dei quali è vietata ogni sorta di trattamento di-

⁴⁸⁰ Fondata nel 1947, l'International Bar Association riunisce avvocati, ordini forensi e *law society* da oltre centosessanta paesi. Il testo del *Concordat* si trova in appendice a LEONARD, *Co-ordinating Cross-border Insolvency Cases*, paper presentato al *colloquium* dell'International Insolvency Institute nel dicembre 2000: <https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/BruceLeonard.pdf>

scriminatorio.⁴⁸¹ I più significativi ai nostri fini sono però i *principle 3* e *4*: nel primo si enuncia il diritto di tutti i curatori nominati nelle varie procedure nonché dei creditori, a prescindere dalla localizzazione, a prendere parte a tutte procedure pendenti e ad esercitare in esse i poteri riconosciuti dalla *lex concursus*, rispettivamente, al curatore e ai creditori insinuati.⁴⁸² Per costoro è poi garantito il beneficio della *limited appearance*.⁴⁸³ Il paragrafo (F) del terzo principio dispone che le informazioni non riservate che siano state pubblicate in un foro lo siano anche negli altri; mentre per le informazioni riservate, la pubblicità viene ristretta ai soli curatori.⁴⁸⁴ Quanto al *principle 4* (che viene in gioco, in particolare, laddove non sia possibile stabilire l'esistenza di un foro principale), al paragrafo (A) si fa espresso riferimento all'uso dei protocolli, al fine di edificare una comune impalcatura procedurale. I paragrafi (B) e (C) tentano una semplificazione dell'accertamento dell'attivo ponendo il principio per cui i creditori dovrebbero limitarsi ad insinuarsi in un solo foro; ove ciò non fosse possibile, si dispone l'applicazione della *hotchpot rule*. I restanti paragrafi dettano regole per la

⁴⁸¹ *Principle 2*: "(C) Common claims are filed in and distributions are made by the main forum. Common creditors not in the main forum must file claims in the main forum but (to the extent allowable under the procedural rules of the main forum) may file by mail, in their local language and with no formalities other than required under their local insolvency law. (D) The main forum may not discriminate against non-local creditors"

⁴⁸² "(A) If there is more than one forum, the official representatives appointed by each forum shall receive notice, and have the right to appear in, all proceedings in any fora. If required in a particular forum, an exequatur or similar proceeding may be utilized to implement recognition of the official representative. An official representative shall be subject to jurisdiction in all fora for any matter related to the insolvency proceedings, but appearing in a forum shall not subject him/her to jurisdiction for any other purpose in the forum State.

(B). To the extent permitted by the procedural rules of a forum, ex parte and interim orders shall permit creditors of another jurisdiction and official representatives appointed by another jurisdiction the right, for a reasonable period of time, to request the court to reconsider the issues covered by such orders".

⁴⁸³ (C). All creditors should have the right to appear in any forum to the same extent as creditors of the forum State, regardless of whether they have filed claims in that particular forum, without subjecting themselves to jurisdiction in that forum (including with respect to recovery against a creditor under voiding rules or otherwise in excess of a creditor's claim).

⁴⁸⁴ *Principle 3* (D)

distribuzione, tenuti in considerazione i privilegi esistenti nei vari ordinamenti coinvolti.⁴⁸⁵

Infine, i *principle* dal sesto al decimo si occupano di profili di legge applicabile, sui quali si può soprassedere.

Come si vede, si tratta di uno strumento ancora acerbo; eppure ebbe un notevole successo: il protocollo siglato nella vicenda *Everfresh*, come ricordato, altro non era che una riformulazione del Concordat, specie nella parte relativa alle norme di conflitto. Il tema della comunicazione e della collaborazione fra organi, invece, è trattato solo di sfuggita, né fra le note esplicative troviamo molte indicazioni al riguardo.

Possiamo invece trarre qualche spunto ulteriore dalla Legge modello compilata dalla Commissione delle Nazioni Unite sul diritto del commercio internazionale (Uncitral).⁴⁸⁶ Tra tutti i testi di cui stiamo trattando, questo è senz'altro quello che può vantare il maggior successo: quarantatré Stati hanno, ad oggi, riformato il proprio diritto internazionale fallimentare recependo, almeno in parte, la Legge modello;⁴⁸⁷ fra questi ordinamenti non potevano non esservi quelli in seno ai quali la legge modello può dirsi esser nata, ossia quello statunitense e quello britannico.⁴⁸⁸ Tuttavia, fra gli intenti dei suoi compilatori, vi era quello di mettere a punto uno strumento che funzionasse sia negli ordinamenti di *common law* che di *civil law*, di talché la tattica adoperata fu quella di offrire agli Stati un modello cui ispirarsi.

I grandi nuclei tematici presenti nella legge modello sono tre: il riconoscimento della procedura straniera, l'apertura e conduzione di una procedura

⁴⁸⁵ "Where there is more than one plenary forum and there is no main forum:

(A) Each forum should coordinate with each other, subject in appropriate cases to a governance protocol.

(B) Each forum should administer the assets within its jurisdiction, subject to principle 4(F).

(C) A claim should be filed in one, and only one, plenary forum, at the election of the holder of the claim. If a claim is filed in more than one plenary forum, distribution must be adjusted so that recovery is not greater than if the claim were filed in only one forum.

(D) Each plenary forum should apply its own ranking rules for classification of and distribution to secured and privileged claims.

(E) Classification of common claims should be coordinated among plenary fora. Distribution to common claims should be pro-rata regardless of the forum from which a claim receives a distribution.

(F) Estate property should be allocated (after payment of secured and privileged claims) among, or distribution should be made by, plenary fora based upon a pro-rata weighing of claims filed in each forum. [...]

⁴⁸⁶ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html

⁴⁸⁷ L'elenco completo è consultabile all'indirizzo http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html

⁴⁸⁸ Negli Stati Uniti, il congresso ha recepito la Legge Modello con il *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* (del 17 ottobre 2005), inserendo nel *Bankruptcy Code* un nuovo *Chapter 15*. V. RANNEY-MARINELLI, *Overview of Chapter 15 Ancillary and Other Cross-Border Cases*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 2008, pp. 269 ss.

Nel Regno Unito, invece, la ricezione è avvenuta un anno più tardi con le *Cross-Border Insolvency Regulations 2006*. V. FLETCHER, "Better late than never": the UNCITRAL Model Law enters into force in Great Britain, in *Insolvency Intelligence*, 2006, pp. 86 ss.

concorrente a quella straniera riconosciuta e la collaborazione tra i giudici e gli altri organi coinvolti. Si tratta di uno schema, se si vuole, simile a quello della Convenzione di Istanbul, senonché nella legge modello è prevista, a differenza che in quella, una procedura di *exequatur* (disciplinata dagli articoli da 15 a 19), che se conclusa positivamente dà luogo a due scenari diversi, secondo che la procedura straniera sia “principale” (cioè aperta presso il *centre of main interest*) ovvero secondaria (cioè aperta nel luogo ove si trovi un *establishment*).⁴⁸⁹ In ciascuna ipotesi, infatti, gli effetti del riconoscimento (regolati dagli articoli 20 e seguenti) sono più o meno ampi; in questa sede non è necessario soffermarvisi, ma è comunque bene notare che in seguito al riconoscimento di una procedura principale, nello Stato ove sia stato ottenuto l'*exequatur* sarà possibile avviare una procedura parallela (con effetti territorialmente limitati) solo nel caso in cui vi si trovino beni del debitore (non si tratta invero di una condizione particolarmente restrittiva: sarà sufficiente un conto corrente!). Il Capitolo V della legge modello tratta del modo di condurre le procedure parallele, disponendo una disciplina piuttosto articolata, che tiene conto di tutti i possibili scenari, con particolare riguardo all'ordine cronologico in cui le procedure vengono aperte. A noi interessa notare come in tali disposizioni sia onnipresente il rinvio al Capitolo IV, completamente dedicato alle modalità di cooperazione fra procedure; i tre articoli ivi contenuti (25, 26 e 27) hanno dunque applicazione generale, e si applicano sia nel caso di semplice riconoscimento della procedura straniera (che dà titolo al relativo curatore di esercitare una serie di poteri) che (e forse, soprattutto) nell'ipotesi di procedure concorrenti. Tale profilo non è privo di rilievo nemmeno per l'applicazione del Regolamento: non v'è ragione per escludere che anche qualora penda solo la procedura principale presso il foro del c.o.m.i. i giudici degli altri Stati membri siano esenti dall'obbligo di cooperare con il tribunale fallimentare, se non altro perché in questo modo sarà ancora una volta possibile ottenere un significativo risparmio di tempo e di risorse, il tutto a beneficio dei creditori e degli altri soggetti a diverso titolo toccati dalla procedura.⁴⁹⁰

Gli articoli 25 e 26 sono “gemelli diversi”, in quanto disciplinano in maniera analoga la comunicazione e collaborazione, rispettivamente, fra giudice “interno” (i.e., dello Stato che recepisce la legge modello) e giudice e curatore straniero (ripeto, sia nell'ipotesi di mero riconoscimento che di procedura parallela), e fra curatore “interno” e giudice e curatore straniero. Ad entrambi gli organi si impone l'obbligo di cooperare “*to the maximum extent possible*”; nei secondi commi di ambo gli articoli, poi, si prevede che il giudice che il curatore siano “*entitled, in the exercise of its functions and subject to the supervision of the court, to communicate directly with foreign courts or foreign representatives*”. Giova precisarlo (se non fosse già chiaro), che tale previsione è imprescindibile negli ordinamenti di *civil law*, dove le Corti non possono conta-

⁴⁸⁹ L'*establishment* è definito dall'art. 2, lett. f in termini analoghi al Regolamento: “[...] *any place of operations where the debtor carries out a non-transitory economic activity with human means and goods or services*”. Manca invece una definizione di *centre of main interest*.

⁴⁹⁰ L'art. 31 del Regolamento e, oggi, gli artt. 41 ss. del *recast*, invece, si applicano solo qualora sia stata aperta una procedura secondaria

re sugli *inherent power* di cui godono i giudici di *common law*. Infine, l'art. 27 elenca, in maniera non esaustiva, le forme che la collaborazione può assumere:

Cooperation referred to in articles 25 and 26 may be implemented by any appropriate means, including:

- (a) Appointment of a person or body to act at the direction of the court;
- (b) Communication of information by any means considered appropriate by the court;
- (c) Coordination of the administration and supervision of the debtor's assets and affairs;
- (d) Approval or implementation by courts of agreements concerning the coordination of proceedings;
- (e) Coordination of concurrent proceedings regarding the same debtor;

Significativamente, la disposizione-modello si chiude con una clausola, messa fra parentesi, con cui si invitano gli Stati attuanti ad implementare nuove forme di collaborazione non elencate (penso, ad es., alla celebrazione di udienze congiunte).

Benché piuttosto scarna sul punto, la *Model Law* ha un valore simbolico notevole, poiché costituisce il riconoscimento della bontà e l'elevazione a modello di una prassi che, all'epoca, era tutto sommato ancora molto giovane. Parve a tutti, insomma, che quella fosse la strada da seguire, almeno nell'immediato. Peccato che il coevo legislatore europeo, probabilmente (come si è ipotizzato nel secondo capitolo di questo lavoro) tradito dalla fretta, sia rimasto sordo a queste indicazioni ed abbia ricopiato nel Regolamento il più striminzito art. 31 della Convenzione, il quale, oltre ad omettere la cooperazione e comunicazione diretta fra giudici, non offre spunti applicativi concreti.

L'ultimo strumento di *soft law* che ci resta da osservare rientra nell'ambizioso Transnational Insolvency Project, prima iniziativa dell'American Law Institute nella materia del diritto internazionale privato.⁴⁹¹ Il progetto, partito nel 1994, era esplicitamente rivolto a fornire una serie di criteri e di guide linea da adoperare nei casi di insolvenza transfrontaliera nei tre paesi aderenti al North American Free Trade Agreement (NAFTA). Dopo una prima fase di studi comparatistici, sfociati in un *vademecum* sul diritto concorsuale canadese, statunitense e messicano, si intraprese una seconda fase di elaborazione di uno strumento di *soft law* per la gestione di casi transfrontalieri. Sotto la guida di uno dei maggiori esperti della materia, Jay Lawrence Westbrook, il secondo stadio del progetto fu portato a compimento nel 2000. Di esso è opportuno osservare le *Guidelines Applicable to Court Communications in Cross-Border Cases*, le quali hanno lo scopo di fornire a giudici e professionisti un modello di riferimento nell'elaborazione dei protocolli.⁴⁹² Ancora una volta, tale modello altro non è se non la codificazione della prassi esistente, la quale, come dimostra il già menzionato caso *Livent*, si era sviluppata con impressionante rapidità. Il documento in esame comprende diciassette linee guida, precedute da una breve in-

⁴⁹¹ All'American Law Institute si debbono la redazione, pubblicazione e revisione dei vari *Restatement of the Law*, *Model Codes* (fra i quali spicca lo *Uniform Commercial Code*) e *Principles of the Law* quotidianamente utilizzati nella pratica forense.

⁴⁹² Per il testo delle *guideline*, v. il *paper* di Bruce LEONARD, *Co-ordinating Cross-border Insolvency Cases*, *cit. supra*.

troduzione, nella quale emergono i due pilastri su cui le *guideline* si fondano: la trasparenza e il rispetto delle norme processuali vigenti. Quanto al primo aspetto, nell'introduzione i compilatori raccomandano che l'adozione formale delle linee guida da parte delle Corti sia preceduta da un adeguato contraddittorio fra le parti, "al pari di quanto avverrebbe per qualsiasi altra decisione concernente questioni procedurali di rilievo". Quanto al rapporto con il diritto procedurale vigente, la prima guida linea chiarisce subito che

Except in circumstances of urgency, prior to a communication with another Court, the Court should be satisfied that such a communication is consistent with all applicable Rules of Procedure in its country

e che pertanto

Where a Court intends to apply these Guidelines (in whole or in part and with or without modifications), the Guidelines to be employed should, wherever possible, be formally adopted before they are applied

Le *guideline* 3 e 4 sono una specificazione dei summenzionati articoli 25 e 26 della Legge modello Uncitral, in quanto vi si elencano i soggetti fra i quali il processo comunicativo si può svolgere: le Corti possono comunicare direttamente fra loro (l.g. 2) o per tramite di un rappresentante della Corte, ovvero direttamente col curatore straniero (l.g. 3); il curatore potrà invece mettersi in diretto contatto con la Corte straniera previa autorizzazione del "proprio" giudice, ovvero stabilire un canale di scambio informativo col curatore straniero ovvero il rappresentante menzionato in precedenza (l.g. 4). Si tratta naturalmente di indicazioni esemplificative, di possibili canali che possono essere stabiliti sulla base delle esigenze e delle caratteristiche del caso concreto. Nella quinta linea guida, concernente le modalità di risposta che le Corti debbono impiegare, si mette poi particolare enfasi sul profilo della trasparenza, nella parte in cui richiamano le norme processuali nazionali in tema di *ex parte communications* (nell'ipotesi in cui la Corte risponda direttamente al curatore straniero) ovvero la settima linea guida ove la comunicazione avvenga fra i giudici.

Quest'ultima *guideline*, infatti, disciplina nel dettaglio il caso in cui le Corti comunichino fra loro per mezzo del telefono o della videoconferenza o di altri "electronic means" (cd. *two-way communications*): l'obiettivo della trasparenza è raggiunto attraverso una disciplina il cui garantismo è paragonabile a quello del processo penale, specie ove si dispone il diritto degli avvocati di intervenire direttamente nella comunicazione nonché la documentazione tramite verbale o registrazione della comunicazione stessa, seguita dal loro inserimento nei fascicoli di ambo i procedimenti. Le stesse formalità vengono poi estese all'ipotesi di comunicazione fra giudice e curatore straniero o rappresentante del giudice straniero (l.g. 8). La prassi più creativa è però indubbiamente riflessa nella *guideline* 9, in tema di udienze congiunte (*joint hearings*); la loro disciplina puntuale è rimessa al concerto delle corti coinvolte, che possono consultarsi per mezzo delle già viste *two-way communication*; tre principi, tuttavia, debbono essere

rispettati:⁴⁹³ innanzitutto, il mezzo prescelto per mettere in comunicazione le due aule di tribunale deve permettere la reciproca interazione; in secondo luogo, le memorie e i documenti da presentare in vista di una delle udienze debbono essere messi a disposizione anche dei partecipanti all'altra udienza, con trasmissione diretta alla Corte ovvero tramite una piattaforma informatica accessibile a tutti; infine, la presentazione di istanze ad un giudice diverso da quello di fronte al quale si appare dev'essere espressamente autorizzata dal destinatario delle stesse. Nel corso delle *guideline* ora esposte, più volte emerge la questione, molto delicata nel diritto processuale di *common law*, dell'assoggettamento alla giurisdizione di una Corte in forza dell'apparizione dinanzi ad essa; i redattori, pertanto, hanno in più punti e con diverse sfumature insistito sul principio di *limited appearance*, apponendo una clausola di chiusura (la l.g. 13) in virtù della quale:

The Court may issue an Order or issue Directions permitting the foreign Insolvency Administrator or a representative of creditors in the proceedings in the other jurisdiction or an authorized Representative of the Court in the other jurisdiction to appear and be heard by the Court without thereby becoming subject to the jurisdiction of the Court.

Mette conto leggere, infine, le linee guida da 10 a 12. Quest'ultima introduce un utile strumento di pianificazione denominato *service list* ("lista delle notifiche"), ossia una lista di soggetti (in particolare, residenti all'estero) i quali potranno beneficiare delle comunicazioni provenienti dalle Corti sugli svolgimenti del processo ovvero sui documenti e le memorie presentati dalle parti (eventualmente, tramite caricamento sulle piattaforme informatiche che abbiamo incontrato trattando della l.g. 7). Le *guideline* 10 e 11 inglobano invece il principio di *mutual trust*, declinato come presunzione (relativa) di autenticità e regolarità del diritto e degli atti stranieri; le disposizioni citate riflettono enormemente il contesto di *common law* in cui le *guideline* sono sorte: è infatti noto che di fronte

⁴⁹³ È bene riportare la *guideline* per intero: "A Court may conduct a joint hearing with another Court. In connection with any such joint hearing, the following should apply, unless otherwise ordered or unless otherwise provided in any previously approved Protocol applicable to such joint hearing:

- (a) Each Court should be able to simultaneously hear the proceedings in the other Court;
- (b) Evidentiary or written materials filed or to be filed in one Court should, in accordance with the Directions of that Court, be transmitted to the other Court or made available electronically in a publicly accessible system in advance of the hearing. Transmittal of such material to the other Court or its public availability in an electronic system should not subject the party filing the material in one Court to the jurisdiction of the other Court;
- (c) Submissions or applications by the representative of any party should be made only to the Court in which the representative making the submissions is appearing unless the representative is specifically given permission by the other Court to make submissions to it;
- (d) Subject to Guideline 7(b), the Court should be entitled to communicate with the other Court in advance of a joint hearing, with or without counsel being present, to establish Guidelines for the orderly making of submissions and rendering of decisions by the Courts, and to coordinate and resolve any procedural, administrative, or preliminary matters relating to the joint hearing;
- (e) Subject to Guideline 7(b), the Court, subsequent to the joint hearing, should be entitled to communicate with the other Court, with or without counsel present, for the purpose of determining whether coordinated orders could be made by both Courts and to coordinate and resolve any procedural or non-substantive matters relating to the joint hearing".

ad un giudice inglese od americano il diritto straniero debba essere debitamente provato (al pari dei fatti di causa) dalla parte che lo invoca.⁴⁹⁴ Con la l.g. 10, in sostanza, tale onere della prova viene invertito.⁴⁹⁵

Ho citato queste ultime disposizioni anche per evidenziare ancora una volta una delle caratteristiche delle *ALI Guidelines*, ossia la loro forte dipendenza dalle caratteristiche degli ordinamenti giuridici dei paesi membri del NAFTA. Consci di tale limite, l'American Law Institute ha di recente pubblicato una monumentale revisione sia dei *Principles for Cooperation* (dei quali per ragioni tematiche e di economia ho ommesso l'esposizione) che delle *Guidelines*, questa volta collocandoli in un contesto globale: ne sono usciti i *Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases* e le *Global Guidelines for Court-to-Court Communications in International Insolvency Cases*.⁴⁹⁶ Tale documento rappresenta, senza dubbio, l'avanguardia delle tecniche di gestione delle insolvenze transfrontaliere. Tant'è che è stato proprio su di esso che sono stati elaborati i recentissimi strumenti di *soft law* pensati appositamente per il contesto dell'Unione Europea. Naturalmente, è a questi ultimi che dovrò necessariamente tributare, nel prossimo paragrafo, una più approfondita analisi.

§ 4. La situazione in Europa: dalle *CoCo Guidelines* ai *JudgeCo Principles*.

Come ho anticipato, in Europa si è fatto un ricorso limitato ai protocolli e ad altre forme di cooperazione e comunicazione. I casi in cui ciò avvenuto possono contarsi sulle dita di due mani, forse di una sola; e il guaio è che si tratta perlopiù di casi di cui si hanno scarse notizie, poiché le relative decisioni sono quasi tutte inedite. Ciò concorre a spiegare anche la poca attenzione della dottrina a questi temi.

Qualcosa, però, si è mosso anche nel Vecchio Continente: la presa d'atto della vaghezza dell'obbligo di cooperazione e comunicazione di cui all'art. 31 ha portato alcuni studiosi in senso alla INSOL Europe ad impegnarsi nella composizione di un *corpus* di principi ispirato ai menzionati ALI Principles & Guidelines, con lo scopo di fornire ai professionisti una pratica guida ad una materia quasi del tutto ignota. Tra il 2005 e il 2007 hanno pertanto visto la luce le *European Communication and Cooperation Guidelines For Cross-Border Insolvency* (in gergo note come *CoCo Guidelines*), diciotto direttive rivolte ai curatori di procedure principali e secondarie. Tali Guideline non hanno tuttavia fatto

⁴⁹⁴ V. la rule 25 di Dicey e Morris: "(1) *In any case to which foreign law applies, that law must be pleaded and proved as a fact to the satisfaction of the judge by expert evidence or sometimes by certain other means. (2) In the absence of satisfactory evidence of foreign law, the court will apply English law to such a case*".

⁴⁹⁵ Si legge infatti nella decima linea guida: "*The Court should, except upon proper objection on valid grounds and then only to the extent of such objection, recognize and accept as authentic the provisions of statutes, statutory or administrative regulations, and rules of court of general application applicable to the proceedings in the other jurisdiction without the need for further proof or exemplification thereof*".

⁴⁹⁶ Entrambi i testi possono essere acquistati all'indirizzo <https://www.ali.org/publications/show/transnational-insolvency>. V. FLETCHER, *Shaping Rules for Cooperation in International Corporate Insolvency Cases through Dialogue*, in *European Company Law*, 2010, pp. 149 ss.

breccia nella prassi, troppo impegnata nelle infinite discussioni sul significato della nozione di *centre of main interest*; in dottrina, poi, tale documento è rimasto a lungo un tema raramente trattato in una materia già di per sé di nicchia.⁴⁹⁷ Ciò non ha reso giustizia alla bontà e all'importanza dell'iniziativa: non solo le CoCo Guidelines, concepite come "traduzione" negli schemi del diritto concorsuale europeo dei principi e linee guida codificati dall'American Law Institute, sono il primo strumento di *soft law* del settore puramente europeo, ma hanno anche esercitato una notevole influenza nella compilazione dei Global Principles & Guidelines dell'ALI. Rispetto agli analoghi *principles* americani, tuttavia, le CoCo Guidelines avevano un oggetto ed una portata più limitata: in esse trovava infatti spazio solo la disciplina della collaborazione fra curatori, l'unica esplicitamente prevista dall'art. 31 del Regolamento. Di conseguenza, cadevano anche buona parte delle direttive circa la comunicazione fra Corti. In totale, rimanevano in piedi diciotto linee guida, accomunate dall'obiettivo generale di "permettere ai giudici ed ai curatori di operare con efficienza ed efficacia nelle procedure d'insolvenza ricadenti nell'ambito di applicazione del Regolamento" nel rispetto degli interessi dei creditori (*guideline 1*). Poiché buona parte di tali linee guida è stata riprodotta o riformulata negli *EU Principles & Guidelines*, è sufficiente citarne alcune fra le più significative:

- alla *guideline 4*, data la definizione di "curatore", si richiede, a mo' di requisito per l'ammissione all'ufficio, un'adeguata conoscenza del Regolamento;
- la linea guida 5 legittima i curatori ad accedere direttamente alle corti coinvolte e in condizioni di parità rispetto ai colleghi;
- le linee guida 6 e 7 disciplinano, rispettivamente, il dovere di comunicazione reciproca tra curatori e quello di trasmissione delle informazioni rilevanti agli altri curatori nonché alle corti; sulla scorta di ciò, la linea guida 8 specifica i doveri informativi del curatore della procedura secondaria, finalizzandoli all'esercizio delle prerogative del curatore della procedura principale;
- la linea guida 11 affronta la questione dell'allocazione delle spese fra procedure: in linea di principio, ogni procedura sopporta (come crediti della massa) le proprie spese, eccezion fatta per le spese contratte nella procedura principale ma riguardanti la gestione dei beni poi ricompresi in una procedura secondaria, nel qual caso eccezionalmente i costi andranno a gravare sull'attivo della procedura secondaria, cioè di una procedura diversa da quella che tali spese ha generato.

Le direttive appena citate non hanno trovato posto nel più recente strumento di *soft law* concepito appositamente per il contesto europeo, ossia gli *EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Cooperation Principles*, accompagnati dalle *EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Communication Guidelines*, rispettivamente soprannominati, per brevità, *EU JudgeCo Principles* ed *EU*

⁴⁹⁷ VAN NIELEN, *European Communication and Cooperation ('CoCo') Guidelines for Cross-border Insolvency Proceedings*, in *European Company Law*, 2007, pp. 260 ss., che riporta in appendice il testo delle *guideline*.

JudgeCo Guidelines.⁴⁹⁸ Questo decalogo, pubblicato nel febbraio del 2015 (all'incirca tre mesi prima dell'approvazione del *recast*), si rifà esplicitamente ai *Global Principles* e alle *Global Guidelines* elaborate sulla scorta dello strumento già messo a punto dall'American Law Institute nel 2000. Oltre a numerose disposizioni, i due testi hanno in comune gli autori (due europei): Ian Fletcher e Bob Wessels. L'operazione condotta dai due eminenti studiosi è stata semplicemente quella di scartare quei *Global Principles* contrastanti con la disciplina imperativa dettata dal Regolamento e riformulare i rimanenti secondo il gergo giuridico comunitario. Oltre a questa operazione, sono state apportate marginali aggiunte, per cui sostanzialmente i due strumenti possono per buona parte considerati e studiati assieme.

Gli *EU JudgeCo Principles* sono un *corpus* di quindici principi accomunati dall'obiettivo di “*enabling courts and insolvency practitioners to operate effectively and efficiently in international insolvency cases with the goals of maximising the value of the debtor's global assets, preserving where appropriate the debtor's business, and furthering the just administration of the proceeding*” (*principle 3*). A tal fine, i principi si propongono di “*facilitate the coordination of the administration of international insolvency cases involving the same debtor, including where appropriate through the use of a protocol*” (*principle 4*).⁴⁹⁹ Trattandosi di uno strumento di *soft law*, ciò che questi principi non intendono fare è quello di sostituirsi al diritto positivo vigente, nazionale o comunitario, come esplicitato dal *principle 1*.⁵⁰⁰ Il loro scopo è semmai quello di intervenire fra le pieghe del diritto vigente, guidando nella direzione indicata dai citati *principle 3* e *4* la discrezionalità di cui dispongono i soggetti preposti all'amministrazione delle procedure. Fra questi, ricorda il *principle 5*, vi possono essere tanto i curatori quanto i giudici, a seconda dell'importanza loro conferita dal diritto nazionale; in entrambi i casi, il *case management* dovrà passare attraverso “l'effettiva, efficiente e puntuale” organizzazione, da condursi “*in consultation with the parties, the insolvency practitioners and with courts involved*”: a tal fine, sono suggerite la “calendarizzazione” delle fasi del procedimento, nonché la tenuta di incontri periodici con le parti interessate di aggiornamento sullo stato della causa.

⁴⁹⁸ Il testo, corredato da una breve presentazione, si trova in WESSELS, *A Glimpse into the Future: Cross-border Judicial Cooperation in Insolvency Cases in the European Union*, in *International Insolvency Review*, 2015, pp. 96 ss. Un dettagliato commentario ai singoli *principle* e *guideline* è ancora in corso di pubblicazione.

⁴⁹⁹ Curiosamente, il *principle 4* non menziona le procedure aperte a carico di diverse società componenti un gruppo, benché per stessa ammissione di Wessels vi sia stato modo di tenere conto, nel processo di redazione, del testo del *recast*: WESSELS, *op. ult. cit.*, p. 107

⁵⁰⁰ “*Nothing in these EU JudgeCo Principles is intended to:*

(i) *Interfere with the independent exercise of jurisdiction by a national court involved, including in its authority or supervision over an insolvency practitioner;*
(ii) *Interfere with the national rules or ethical principles by which an insolvency practitioner is bound according to applicable national law and professional rules; or*
(iii) *Confer substantive rights, to interfere with any function or duty arising out of any applicable law and professional rules or to encroach upon any local law.”*

Particolarmente incisivo è il successivo *principle 6*, rubricato “*Equality of arms*”, ma più in generale dedicato alla realizzazione del contraddittorio nelle procedure. Fermo il rispetto della legge processuale applicabile, i giudici degli Stati Membri vengono incoraggiati ad intraprendere pratiche più rispettose dei diritti partecipativi delle parti coinvolte, in particolare dei creditori. Riemerge in questo *principle* una vecchia caratteristica dei protocolli e dei vari strumenti di *soft law* su di essi sviluppati, ossia l’intenzione di promuovere un’armonizzazione “dal basso”, un’adozione spontanea di determinate pratiche *praeter legem*. In particolare, dispone il paragrafo terzo:

Where the urgency of a situation calls for a court to issue an order, decision or judgment on an expedited basis, the court should *so far as national law permits* ensure:

- (i) That reasonable notice, consistent with the urgency of the situation, is provided by the court or the parties to all parties who may be affected by the order, decision or judgment, including the major unsecured creditors, any affected secured creditors, and any relevant supervisory governmental authorities;
- (ii) That each party may seek to review or challenge the order, decision or judgment issued on an expedited basis as soon as reasonably practicable, based on local law;
- (iii) That any order, decision or judgment issued on an expedited basis is temporary and is limited to what the debtor or the insolvency practitioner reasonably requires in order to continue the operation of the business or to preserve the estate for a limited period, appropriate to the situation. Such order, decision or judgment will contain a ‘come back’ clause to allow objections to be heard on a timely basis. The court should then hold further proceedings to consider any appropriate additional relief for the debtor or the affected creditors, in accordance with Principle 6.1.

Ho di proposito aggiunto il corsivo all’inciso “*so far as national law permits*”, poiché mi sembra riassume bene la caratteristica appena descritta di questi strumenti. Si prenda il punto (ii): quel che si chiede ai giudici è, in altri termini, di interpretare il più estensivamente possibile le rilevanti disposizioni nazionali in tema di legittimazione attiva all’impugnazione delle decisioni emesse nelle procedure d’insolvenza, in modo da raggiungere, nel caso concreto, un determinato risultato pratico: quello di permettere ai creditori di ottenere l’annullamento (o perlomeno una revisione) delle decisioni che comportassero loro un qualche pregiudizio. La stessa chiave di lettura vale per altri principi: per il *principle 7*, dedicato alla motivazione e alla pubblicità delle decisioni; per il *principle 13*, in tema di partecipazione dei curatori alle procedure diverse da quelle proprie; per il *principle 14*, che promuove la semplificazione delle formalità necessarie per l’utilizzo di più lingue nei procedimenti.

Dai principi di ordine più generale, conviene transitare ad altri di carattere più specifico, in quanto relativi a singole fasi o tipologie procedurali. I *principle 11* e *12*, ad es., concernono la fase di apertura delle procedure secondarie; in essi si cerca di spronare i giudici (sempre nel rispetto della legge vigente) alla cautela nella trattazione dei procedimenti prodromici, suggerendo, in determina-

te ipotesi, il rinvio delle udienze o delle deliberazioni o finanche il rigetto dell'istanza.⁵⁰¹

I *principle* da 19 a 21, invece, sono pensati per i curatori, in quanto dettano *best practice* da adottare nella fase della liquidazione dell'attivo. Il *principle* 21, ad esempio, richiama genericamente il dovere di cooperazione nello svolgimento di vendite transfrontaliere (*cross-border sales*):

1. When there are parallel insolvency proceedings and assets are to be disposed of (whether by sale, transfer or some other process), courts, insolvency practitioners, the debtor and other parties should cooperate in order to obtain the maximum aggregate value for the assets of the debtor as a whole, across national borders.
2. Where required to act, each of the courts involved should make orders approving disposals of the debtor's assets that will produce the highest overall value for creditors.

I *principle* da 22 a 25, invece, riguardano le procedure di risanamento e di tipo concordatario. Il *principle* 22 è particolarmente significativo, benché un tantino vago:

If in another Member State a main insolvency proceeding is opened, which concerns a reorganisation with respect to the debtor, the court should conduct any parallel secondary proceeding in a manner that is consistent with the reorganisation objective in the main proceeding.

Infine, il *principle* 16 funge da ponte con l'altro plesso di *soft law* di cui ci stiamo occupando, le *JudgeCo Guidelines*, dedicate al tema della comunicazione fra organi delle procedure. Queste diciotto linee guida, in realtà, non sono che una riproposizione, con qualche marginale aggiunta, delle *Global Guidelines for Court-to-Court Communications in International Insolvency Cases*, non essendo presentata, nel corso della redazione, l'esigenza di espungere linee guida incoerenti con la disciplina del Regolamento, che anzi taceva sul tema. In esse troviamo quindi codificati tutti i metodi già adoperati dalla prassi americana, dalle *two-way communication* (qui ridenominate, nelle *guideline* 8 e 9, *e-communication*) alle udienze congiunte, disciplinate dalla *guideline* 10.

⁵⁰¹ Principle 11: "1. Where main insolvency proceedings are pending in another State, the court that is deciding whether to open secondary proceeding may postpone its decision where it becomes aware of evidence which warrants such action. Such evidence may include evidence that (i) there was fraud in the opening of the foreign main insolvency case, or that (ii) the foreign main insolvency case was opened in the absence of international jurisdiction as provided in Article 3 of the EIR. 2. Where main insolvency proceedings are pending in another State, the court that has opened secondary proceeding may postpone a hearing where it becomes aware of evidence in the meaning of paragraph 1 or may in such a case revoke its decision if national law allows such revocation."

Principle 12: "Where there is more than one insolvency case pending with respect to a debtor, and the court determines that an insolvency case pending before it is not a main proceeding and that the forum state has little interest in the outcome of the proceeding pending before it, the court should consider to dismiss the insolvency case, if dismissal is permitted under its law and no undue prejudice to creditors will result".

EPILOGO

“O re, che debbo mai, che debbo, estraneo sopra estraneo suol, svelare, ascondere di quest'uomo al sospetto? A me tu dillo: poi che ogni arte supera l'arte e il sapere di colui che reggere può lo scettro di re”

È questa l'invocazione che il coro rivolge a Odisseo nella prima strofe della parodo del Filottete di Sofocle. Trovandosi l'imberbe Neottolema, figlio del Pelide, a dover compiere la delicata missione di ottenere la cooperazione dell'eroe tradito Filottete, imprescindibile condizione affinché, giusta l'oracolo, gli achei espugnino le possenti mura di Troia, a quale migliore maestro ci si poteva rivolgere se non al *polytropos* Odisseo, campione di persuasione (e di inganno)?

Il *leitmotiv* della *paideia* tiene insieme anche il tema delle insolvenze europee, dei loro rivolgimenti negli ultimi vent'anni e del loro futuro. L'aspirazione all'inveterato sogno dell'unità e dell'universalità non è certamente sopita, nonostante la crisi che questa filosofia sta attraversando negli ultimi anni. Complice di questo ripensamento è anche l'immaturità in cui lo *universalism* ancora versa, finanche nel più ambizioso ed avanzato progetto di insolvenza transnazionale finora mai tentato in nessun angolo del globo. Giudici e curatori europei hanno ancora molto da apprendere: saper riconoscere “l'occhio della tormenta finanziaria” (come definisce il *centre of main interest* Jay Lawrence Westbrook con un'immagine fortemente evocativa) e costruirci intorno una procedura ben architettata e partecipata; riconoscerne la centralità anche laddove le pressioni dello “interesse locale” costringano i timonieri delle imprese in crisi a deviare dalle rotte prestabilite e ad attraccare negli agitati porti delle giurisdizioni degli *establishment*.

Occorre però innanzitutto trovare i giusti maestri. Da almeno due secoli giudici e *solicitor* d'Oltremarica, ai tempi operanti nell'epicentro del più vasto impero politico, commerciale -e, aggiungerei, giuridico- che l'umanità abbia conosciuto, insegnano che l'esercizio della giurisdizione è quanto di più delicato vi sia in una procedura di proporzioni internazionali, a *matter of discretion and convenience*; che efficienza gestionale ed equità distributiva esigono che una sola sia la procedura di testa, e che tutte le altre si atteggino da gregarie; e che gli scopi di una procedura concorsuale possono essere raggiunti soltanto combinando sapientemente solidità e organizzazione con flessibilità e sensibilità per i tratti distintivi di ciascun caso concreto. Sono tutte lezioni con successo assimilate dai *practitioner* del Nuovo Mondo, che negli ultimi anni paiono aver addirittura superato i loro antichi maestri.

Tocca ora a noi europei cogliere la ghiotta occasione offertaci dal nuovo Regolamento per vestire panni nuovi ed imbarcarci con più giudizio in questa seconda traversata nella fascinosa avventura delle insolvenze transnazionali. Il *recast*, benché meno ambizioso di quanto sperato da alcuni (e temuto da altri), ci offre fra i suoi innumerevoli difetti anche dei buoni spunti da cui ripartire. La nuova disciplina dell'insolvenza dei gruppi societari multinazionali e la più approfondita sostanzaione dell'obbligo di cooperazione e informazione reciproca apporteranno sfide inedite per la nuova generazione di pratici, nell'attesa che la definitiva affermazione del *c.o.m.i.* -supportata dalle importanti adesioni alla *Uncitral Model Law* registratesi negli ultimi dieci anni- come chiave di volta del sistema faccia emergere con meno tentennamenti tutte le profonde contraddizioni alle quali è innatamente condannato il modello territorialista. In tutto questo il

ruolo dell'*expertise* europea e non nella materia sarà ancora una volta quello dipinto da Ian Fletcher come una vera e propria vocazione: *spreading the Gospel*. L'auspicio è quello che l'Unione, in questa pedagogica missione, non resti inerte, ma si faccia promotrice dell'elevazione professionale dei giovani *practitioner*. I mezzi non le mancano ed è tutto nel suo interesse, giacché, come sentenza un vero *magister* della materia:⁵⁰²

an insolvency law, however modern and finely crafted its provisions, is only as effective as the quality and competence of those administering it enable it to be.

Staremo anche ad attendere, poi, che si realizzi finalmente l'antico progetto dell'ottimo Jabez Henry di un unico *bankruptcy code* per tutte le nazioni d'Europa, che molto potrà contribuire alla causa universalista, al funzionamento del Regolamento e all'ammodernamento dei diritti concorsuali dei membri del *club* commerciale e politico più lungimirante del secolo corrente. Anche nella nostra storia, prima o poi, verrà un Eracle *-deus ex machina* nel dramma sofocleo- a sigillare la fedeltà del diffidente ed ostinato Filottete all'armata greca.

⁵⁰² FLETCHER, *Spreading the gospel: the mission of insolvency law, and insolvency practitioners, in the early 21st century*, in *Journal of Business Law*, 2014, p. 535

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA⁵⁰³

- Anonimo, *Going Mad*, in *The Economist*, 25 Maggio 1996
- Anonimo, *That Sinking Feeling*, in *The Economist*, 1° settembre 2016
- Anonimo, *The Wrong and Winding Road*, in *Financial Times*, 12 aprile 2005
- A.a.v.v., *Debt Restructuring*, Oxford, 2016 (2^a edizione)
- A.a.v.v., *External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings*, Vienna-Heidelberg, 2012
- A.a.v.v., *Harmonization of Insolvency Law at EU Level*, 15 aprile 2010, <http://www.europarl.europa.eu/studies>
- A.a.v.v., *Principles of European Insolvency Law*, Deventer, 2003
- A.a.v.v., *Revision of the European Insolvency Regulation. Proposals by INSOL Europe*, <https://www.insol-europe.org/download/documents/588>
- Epp Aasaru, *The Desirability of 'Centre of Main Interests' as a Mechanism for Allocating Jurisdiction and Applicable Law in Cross-Border Insolvency Law*, in *European Business Law Review*, 2011, pp. 349 ss.
- Roberto Adam, Antonio Tizzano, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2010 (2^a edizione)
- Stefano Ambrosini, Gino Cavalli, Alberto Jorio, *Il fallimento*, Padova, 2009
- Neil Andrews, *English Civil Procedure*, Oxford, 2003
- Manfred Balz, *Cross-border insolvency and the EU Draft Convention*, in *International Financial Law Review*, 1994, pp. 17 ss.
- Manfred Balz, *The European Union Convention on Insolvency Proceedings*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 1996, pp. 485 ss.
- Joseph Becker, *International Insolvency: the Case of Herstatt*, in *American Bar Association Journal*, 1976, p. 1292
- Samantha Bewick, *First Do Not Harm. Changes to the EU Insolvency Regulation*, in *Corporate Rescue and Insolvency*, 2012, pp. 128 ss.
- Samantha Bewick, *The EU Insolvency Regulation, Revisited*, in *International Insolvency Review*, 2015, pp. 172 ss.

⁵⁰³ Tutti gli URL riportati in questo lavoro sono stati consultati per l'ultima volta il 1° settembre 2017

- Sido Bonfatti, Paolo Felice Censoni, *Lineamenti di Diritto Fallimentare*, Padova, 2013
- Ole Borch, *EU Convention on Insolvency Proceedings: A Major Step Forward*, in *International Business Lawyer*, 1996, pp. 224 ss.
- Reinhard Bork, *Moratoria (or “Stays”) Under the New European Insolvency Regulation*, in *Insolvency Intelligence*, 2016, pp. 1 ss.
- Douglass G. Boshkoff, *United States Judicial Assistance in Cross-border Insolvencies*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 1987, pp. 729 ss.
- Samuel Bufford, *Center of Main Interests, International Insolvency Case Venue, and Equality of Arms: The Eurofood Decision of the European Court of Justice*, in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2007, pp. 351 ss.
- Samuel Bufford, *International Insolvency Case Venue in the European Union: the Parmalat and Daisytek Controversies*, in *Columbia Journal of European Law*, 2006, pp. 429 ss.
- Samuel Bufford, *Venue Controls Are Coming: A Reply to Professor LoPucki*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 2005, pp. 105 ss.
- Edward T. Canuel, *United States - Canadian Insolvencies: Reviewing Conflicting Legal Mechanisms, Challenges and Opportunities for Cross-Border Cooperation*, in *Journal of International Business & Law*, 2005, pp. 8 ss.
- Sergio Maria Carbone, *Il c.d. fallimento internazionale tra riforma italiana del d.i.p. e normativa di diritto uniforme*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1998, p. 633 ss.
- Paul D. Carrington, *Cross-border Insolvency under Common Law: the Maxwell Case*, in *Forum Internationale*, 1993, pp. 31 ss.
- Maurizio Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2010
- Lee Colgate, Merley Okine, *Establishment for the purpose of the European Regulation on Insolvency Proceedings*, in *Insolvency Intelligence*, 2015, pp. 107 ss.
- Frederique Dahan, *The European Convention on Insolvency Proceedings and the administrative receiver: a missed opportunity?*, in *Company Law*, 1996, pp. 181 ss.
- Jan H. Dalhusein, *International Insolvency and Bankruptcy*, New York, 1986, vol. I, p. 3-100

- Luigi Daniele, *Les problemes internationaux de la faillite: heur et malheur du projet de convention communautaire*, in *Cahiers de droit Européen*, 1987, pp. 512 ss.
- Tomas Davulis, *2008/94/EC: Employer Insolvency*, in Monika Schlachter (a cura di), *EU Labour Law. A Commentary*, Alphen aan den Rijn, 2015
- Margreet B. de Boer, Bob Wessels, *The Dominance of Main Insolvency Proceedings under the European Insolvency Regulation*, in Paul J. Omar (a cura di), *International Insolvency Law: Themes and Perspectives*, Aldershot, 2008, pp. 185 ss.
- Stanislao De Matteis, *Istruttoria prefallimentare: il procedimento*, in Antonio Caiafa (a cura di), *Le procedure concorsuali*, Padova, 2011, p. 53 ss.
- Francesco De Santis, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Francesco Galgano, Vol. LXIII, Padova, 2012, pp. 176 ss.
- Rolef J. De Weijs, *Harmonisation of European Insolvency Law and the Need to tackle two Common Problems: Common Pool & Anticommons*, working paper n. 2011-16 del Centre for the Study of European Contract Law, in <http://ssrn.com/abstract=1950100>
- Peter Declercq, *Secondary Proceedings Are a Risk, Not a Tool*, in *International Financial Law Review*, 2006, pp. 32 ss.
- Jean-Pierre Deguée, *The Winding Up Directive Finally Establishes Uniform Private International Law for Banking Insolvency Proceedings*, in *European Business Law Review*, 2004, pp. 99 ss.
- Simona Di Sano, *COMI: The Sun Around Which Cross-Border Insolvency Proceedings Revolve*, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2009, pp. 88 ss. (1^a parte), pp. 127 ss. (2^a parte)
- Albert V. Dicey, John H. C. Morris, *The Conflict of Laws*, Londra, 2000 (13^a edizione)
- Bernard Dutoit, *Droit international privé suisse: Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Basilea, 2016 (5^a edizione)
- Massimo Fabiani, *sub art. 18*, in Alberto Jorio, Massimo Fabiani (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2010
- John H. Farrar, *The EEC Draft Convention on Bankruptcy and Winding Up: A Progress Report and Evaluation*, in *Journal of Business Law*, 1977, pp. 320 ss.

- Richard Fentiman, *International Commercial Litigation*, Oxford, 2010 (2^a edizione)
- Pietro P. Ferraro, *Il sistema di pubblicità europeo delle insolvenze transfrontaliere*, in *Diritto fallimentare*, 2016, pp. 30 ss.
- Evan D. Flaschen, Ronald J. Silverman, *Cross-border Insolvency Cooperation Protocols*, in *Texas International Law Journal*, 1998, pp. 587 ss.
- Evan D. Flaschen, Ronald J. Silverman, *The Role of the Examiner as Facilitator and Harmonizer in the Maxwell Communication Corporation International Insolvency*, in Jacob Ziegel (a cura di), *Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law*, Oxford, 1994, pp. 621 ss.
- Ian F. Fletcher, *The Proposed Community Convention in Bankruptcy and Related Matters*, in Kurt Lipstein (a cura di), *Harmonisation of Private International Law by the E.E.C.*, Londra, 1977, p. 124
- Ian F. Fletcher, *"Better late than never": the UNCITRAL Model Law enters into force in Great Britain*, in *Insolvency Intelligence*, 2006, pp. 86 ss.
- Ian F. Fletcher, *Conflict of Laws and European Community Law*, Amsterdam, 1982
- Ian F. Fletcher, *Harmonisation of Jurisdictional and Recognition Rules: The Istanbul Convention and the Draft EEC Convention*, in Jacob Ziegel (a cura di), *Current Developments in International and Comparative Insolvency Law*, Oxford, 1995, pp. 123 ss.
- Ian F. Fletcher, *Insolvency in Private International Law. National and International Approaches*, Oxford, 2005 (2^a edizione)
- Ian F. Fletcher, *International Insolvency: A Case for Study and Treatment*, in *International Lawyer*, 1993, pp. 429 ss.
- Ian F. Fletcher, *Shaping Rules for Cooperation in International Corporate Insolvency Cases through Dialogue*, in *European Company Law*, 2010, pp. 149 ss.
- Ian F. Fletcher, *Spreading the gospel: the mission of insolvency law, and insolvency practitioners, in the early 21st century*, in *Journal of Business Law*, 2014, p. 535
- Ian F. Fletcher, *The European Insolvency Recast: The Main Features of the New Law*, in *Insolvency Intelligence*, 2015, pp. 97 ss.
- Ian F. Fletcher, *The European Union Convention on Insolvency Proceedings: an Overview and Comment, with U.S. Interest in Mind*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 1997, pp. 25 ss.

- Ian F. Fletcher *The Law of Insolvency*, Londra, 2002 (3^a edizione)
- Ian F. Fletcher, Bob Wessels, *Harmonisation of Insolvency Law in Europe*, Deventer, 2012, pp.
- John Flood, Eleni Skordaki, *Normative Bricolage: Informal Rulemaking by Accountants and Lawyers in Mega-insolvencies*, in Gunther Teubner (a cura di), *Global Law Without a State*, Aldershot, 1997, pp. 134 ss.
- Marina Forti, *La bancarotta delle navi Hanjin è lo specchio della crisi globale*, in *Internazionale*, 14 settembre 2016
- Mario Franzosi, *Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo*, in *European Intellectual Property Review*, 1997
- José M. Garrido, *Some Reflections on the EU Bankruptcy Convention and its Implications for Secured and Preferential Creditors*, in *International Insolvency Review*, 1998, pp. 79 ss.
- Roy Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, Londra, 1997 (2^a edizione)
- Henry L. Goodman, Mark P. Friedman, William H. Schrag, *Use of United States Bankruptcy Law in Multinational Insolvencies: the Axona Litigation- Issues, Tactics, and Implications for the Future*, in *Bankruptcy Developments Journal*, 1992, p. 23.
- David Graham, *The Insolvent Italian Banks of Medieval London*, in *International Insolvency Review*, 2000, p. 147 ss. (1^a parte) e p. 213 ss. (2^a parte)
- Salvatore Guzzi, *La convenzione comunitaria sulle procedure di insolvenza: prime osservazioni*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1997, pp. 901 ss.
- Hans Hanisch, *Internationale Insolvenzrechte des Auslandes und das Gegenrecht nach Art. 166 Abs. 1 IPRG*, in *Swiss Review of International & European Law*, 1992, pp. 3 ss.
- Alfried Heidbrink, *Report from Germany*, in *European Company Law*, 2005, pp. 66 ss.
- Thomas H. Jackson, *Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements and the Creditors' Bargain*, in *Yale Law Review*, 1982, pp. 862 ss
- Othmar Jauernig, *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*, Monaco di Baviera, 1999 (11^a edizione)
- Gordon W. Johnson, *The European Union Convention on Insolvency Proceedings: a Critique of the Convention's Corporate Rescue Paradigm*, in *International Insolvency Review*, 1996, pp. 80 ss.

- Alberto Jorio, *Il fallimento nel diritto comunitario*, in *Digesto delle discipline privatistiche - sezione commerciale - V*, Torino 1990.
- Fritz Juenger, *Forum Shopping, Domestic and International*, in *Tulane Law Review*, 1989, p. 560
- Fritz Juenger, *The Recognition of Money Judgments in Civil and Commercial Matters*, in *American Journal of Comparative Law*, 1988, pp. 7-8
- Armin J. Kammel, *The Law and Economics of Corporate Insolvency. Some Thoughts*, in Paul J. Omar (a cura di), *International Insolvency Law: Themes and Perspectives*, Aldershot, 2008, pp. 61 ss.
- Nicky Kayser, *A Study of the European Convention on Insolvency Proceedings*, in *International Insolvency Review*, 1998, pp. 95 ss.
- Georges Khairallah, *The 'Centre of the Debtor's Main Interests': Comments on the Eurofood Judgment of the ECJ*, in Wolf-Georg Ringe, Louise Gullifer, Philippe Théry, *Current Issues in European Financial and Insolvency Law*, Oxford, 2009, pp. 111 ss.
- Eva-Maria Kieninger, *Rechtsentwicklung im Wettbewerb der Rechtsordnungen*, in Claus Ott, Hans-Bernd Schäfer (a cura di), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen*, Tubinga, 2002, pp. 77 ss.
- Alan Kromberg, Sarah Paterson, *Forum Shopping as a Restructuring Tool*, in A.a.v.v., *Debt Restructuring*, Oxford 2016 (2^a edizione), p. 116 ss.
- Rosa M. Lastra (a cura di), *Cross-Border Bank Insolvency*, Oxford, 2011
- Paul L. Lee, *Global Finance and Transnational Failure: Comity and the Bankruptcy Code*, in *Banking Law Journal*, 2001, pp. 624 ss.
- Bruce Leonard, *Co-ordinating Cross-border Insolvency Cases*, 2000,: <https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/BruceLeonard.pdf>
- Julian D. M. Lew, *EEC Draft Convention on Bankruptcy*, in *New Law Journal*, 1975, pp. 628 ss.
- Kurt Lipstein (a cura di), *Harmonisation of Private International Law by the E.E.C.*, Londra, 1977, p. 124
- Lynn LoPucki, *Universalism Unravels*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 2005, pp. 150 ss.
- Stephan Madaus, *The EU Recommendation on Business Rescue: Only Another Statement or a Cause for Legislative Action Across Europe?*, in *Insolvency Intelligence*, 2014, pp. 81 ss.

- Gerard McCormack, *Something Old, Something New: Recasting the European Insolvency Regulation*, in *The Modern Law Review*, 2016, pp. 121 ss.
- Donna McKenzie, *The EC Convention on Insolvency Proceedings*, in *European Review of Private Law*, 1996, pp. 181 ss.
- Irit Mevorach, *Jurisdiction in Insolvency: a Study of European Courts' Decisions*, in *Journal of Private International Law*, 2010, pp. 327 ss.
- J. Gareth Miller, *Bankruptcy and Foreign Revenue Claims*, in *Journal of Business Law*, 1991, pp. 144 ss.
- Massimo Montanari, *La nuova disciplina del giudizio di apertura del fallimento: questioni aperte in tema di istruzione e giudizio di fatto*, in *Il fallimento*, 2007, pp. 559 ss.
- Massimo Montanari, *Appunti sul processo di fallimento*, Torino, 2015
- Cesare Montella, *Il fallimento del COMI?*, in *Il Fallimento*, 2010, pp. 59 ss.
- Cesare Montella, *La procedura secondaria: un rimedio contro il forum shopping del debitore nel Regolamento CE n. 1346/2000*, in *il Fallimento*, 2009, pp. 1299 ss.
- Susan Moore, *COMI Migration: the Future*, in *Insolvency Intelligence*, 2009, pp. 25 ss.
- Gabriel Moss, *A Very Peculiar Establishment*, in *Insolvency Intelligence*, 2006, pp. 20 ss.
- Gabriel Moss, Ian F. Fletcher e Stuart Isaacs, *Moss, Fletcher and Isaacs on the EU Regulation on Insolvency Proceedings*, Oxford, 2016 (3^a edizione)
- Gabriel Moss, Ian F. Fletcher e Stuart Isaacs, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A Commentary and Annotated Guide*, Oxford, 2002 (1^a edizione)
- Gabriel Moss, *Hunting "Establishment" in Estonia*, in *Insolvency Intelligence*, 2007, pp. 43 ss.
- Gabriel Moss, *The Impact of EU Regulation on UK Insolvency Proceedings*, in *International Insolvency Review*, 2002, p. 152
- Gabriel Moss, *Viennese Waltz for Two Main Proceedings: the Stojevic Saga*, in *Insolvency Intelligence*, 2005, pp. 141 ss.
- Gabriel Moss, Bob Wessels, Matthias Haentjens, *EU Banking and Insurance Insolvency*, Oxford, 2017 (2^a edizione)

- Federico M. Mucciarelli, *A New Insolvency Regulation at Last*, in *European Company Law*, 2016, pp. 44 e 45
- Federico M. Mucciarelli, *Not Just Efficiency: Insolvency Law in the EU and Its Political Dimension*, in *European Business Organization Law Review*, 2013, p. 198
- Federico M. Mucciarelli, *Private International Law Rules in the Insolvency Regulation Recast: A Reform or a Restatement of the Status Quo?*, in *European Company & Financial Law Review*, 2016, p. 19
- Muir Hunter, *The Draft EEC Bankruptcy Convention: A Further Examination*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1976, p. 310
- Kurt Nadelmann, *Israel-British Bank (London) Ltd.: Yet Another Transatlantic Crossing*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 1978, pp. 369 ss.
- Kurt Nadelmann, *Solomons v. Ross and International Bankruptcy Law*, in *The Modern Law Review*, 1946, pp. 154 ss.
- Kurt Nadelmann, *Bankruptcy Treaties*, in *University of Pennsylvania Law Review*, settembre 1944, p. 58 ss.
- Kurt Nadelmann, *Clouds over International Efforts to Unify Rules of Conflict of Laws*, in *Law and Contemporary Problems*, 1977, pp. 63 ss.
- Kurt Nadelmann, *Rehabilitating International Bankruptcy Law: Lessons Taught by Herstatt and Company*, in *New York University Law Review*, 1977, pp. 7 ss.
- Alessandro Nigro, Daniele Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2014 (3^a edizione)
- Paul J. Omar, (a cura di), *International Insolvency Law: Themes and Perspectives*, Aldershot, 2008, 178 ss.
- Paul J. Omar, *Genesis of the European Initiative in Insolvency Law*, in *International Insolvency Review*, 2003, p. 184-185
- Paul J. Omar, *The case for a European Convention in insolvency*, in *International Company and Commercial Law Review*, 1996, pp. 163 ss.
- Paul J. Omar, *The Challenge of Diverse Priority Rules in European Insolvency Laws*, in *Eurofenix*, 2011, p. 32
- Paul J. Omar, *The Landscape of International Insolvency*, in *International Insolvency Review*, 2002, pp. 187-189
- Paul J. Omar, *The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, in *International Company and Commercial Law Review*, 1999, p. 242

- OTT, SCHÄFER (a cura di), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen*, Tubinga, 2002, pp. 77 ss.
- Elizabeth G. Palmer, *A Modern Application of Section 304(c) of the Bankruptcy Code: In Re Gercke*, in *Journal of International Law & Commerce Regulation*, 1991, pp. 657 ss.
- Sarah Paterson, *Forum Shopping as a Restructuring Tool*, in A.a.v.v., *Debt Restructuring*, Oxford, 2016 (2^a edizione), pp. 106 ss.
- Georgina Peters, *Developments in the EU*, pp., in Rosa M. Lastra (a cura di), *Cross-Border Bank Insolvency*, Oxford, 2011, pp. 128 ss.
- Vincenzo Proto, *Le procedure concorsuali nella comunità europea*, 1995, pp. 1169 ss.
- Anna Maria Pukszto, *Harmonisation of insolvency law at EU level with respect to opening of proceedings, claims filing and verification and reorganisation plans*, 15 marzo 2011 (codice PE 432.766), in <http://www.europarl.europa.eu/studies>
- Walter Raeburn, *Application of the Maxim Mobilia Sequuntur Personam to Bankruptcy in Private International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 1949, pp. 177 ss.
- Michel Ramackers, *Reflexions critiques sur la Convention Européenne relative a certains aspects internationaux de la faillite*, in *La Semaine Juridique*, 23 giugno 1993, pp. 279 ss.
- Stephan Rammeloo, *Corporation in Private International Law*, Oxford, 2001
- Alesia Ranney-Marinelli, *Overview of Chapter 15 Ancillary and Other Cross-Border Cases*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 2008, pp. 269 ss.
- Edoardo F. Ricci, *Lezioni sul fallimento*, I, Milano, 1992
- Edoardo F. Ricci, *Le procedure locali previste dal regolamento CE n. 1346/2000*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2003, pp. 900 ss.
- Melissa S. Rimel, *American Recognition of International Insolvency Proceedings: Deciphering Section 403(c)*, in *Bankruptcy Developments Journal*, 1992, pp. 459-460.
- Wolf-Georg Ringe, Louise Gullifer, Philippe Théry: *Current Issues in European Financial and Insolvency Law*, Oxford, 2009
- Wolf-Georg Ringe, *Strategic Insolvency Migration and Community Law*, in Wolf-Georg Ringe, Louise Gullifer, Philippe Théry, *Current Issues in European Financial and Insolvency Law*, Oxford, 2009, pp. 75 ss.

- Salvatore Satta, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996 (3^a edizione aggiornata ed ampliata a cura di R. Vaccarella e F. P. Luiso)
- Monika Schlachter (a cura di), *EU Labour Law. A Commentary*, Alphen aan den Rijn, 2015
- Eberhard Schollmeyer, *The New European Convention on International Insolvency*, in *Bankruptcy Developments Journal*, 1997, pp. 421 ss.
- William H. Schrag, Wendy S. Walker, Jason Blumberg, *Cross-border Insolvencies: Plenary Cases and Ancillary Proceedings Involving Foreign Debtors in US Bankruptcy Courts*, in *Business Law International*, 2004, pp. 151 ss.
- Philip St. J. Smart, *Carrying on Business as a Basis of Recognition of Foreign Bankruptcies in English Private International Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1989, pp. 557 ss.
- Philip St. J. Smart, *Cross-Border Insolvency*, Londra, 1998 (2^a edizione), pp. 46 ss.
- Andreas Spahlinger, *Sekundäre Insolvenzverfahren bei grenzüberschreitenden Insolvenzen*, Tubinga, 1998, p. 74
- Kathy Stones, *Hotchpot (or the Equality Rule)*, in *Corporate Rescue and Insolvency*, 2015, pp. 62 ss.
- Joseph Story, *Commentaries on the Conflict of Laws*, Boston, 1883, p. 575
- Pál Szirányi, *EU-wide Interconnection of Insolvency Registers*, in *Europäische Rechtsakademie Forum*, 2015, pp. 220 ss.
- Guido U. Tedeschi, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006
- Richard Tett, Nicola Spence, *COMI: Presumption, What Presumption?*, in *Insolvency Intelligence*, 2004, pp. 139 ss.
- Gunther Teubner (a cura di), *Global Law Without a State*, Aldershot, 1997
- Christoph Thole, Manuel Dueñas, *Some Observations on the New Group Coordination Procedure of the Reformed European Insolvency Regulation*, in *International Insolvency Review*, 2015, pp. 214 ss.
- Paul Torremans, *Coming to Terms with the COMI Concept in the European Insolvency Regulation*, in Paul J. Omar, (a cura di), *International Insolvency Law: Themes and Perspectives*, Aldershot, 2008, 178 ss.
- Frederick Tung, *Fear of Commitment in International Bankruptcy*, in *George Washington International Law Review*, 2001, pp. 555 ss.

- Frederick Tung, *Is International Bankruptcy Possible?*, in *Michigan Journal of International Law*, 2001, pp. 31 ss.
- Geert Van Calster, *COMIng and Here to Stay: The Review of the European Insolvency Regulation*, in *European Business Law Review*, 2016, pp. 735 ss.
- Robert Van Galen, *The Revision of the EU Insolvency Regulation*, in <http://www.europarl.europa.eu/studies>
- Willen J. B. Van Nielen, *European Communication and Cooperation ('CoCo') Guidelines for Cross-border Insolvency Proceedings*, in *European Company Law*, 2007, pp. 260 ss.
- Manuel Virgòs, Etienne Schmit, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, in <http://globalinsolvency.com>
- Daniela Vogler, *Die internationale Zuständigkeit für Insolvenzverfahren*, Vienna, 2004
- Paul Volken, *Cross-Border Insolvency: Co-operation and Judicial Assistance*, in *Forum Internationale*, 1993 (n. 29), p. 26.
- Adrian Walters e Anton Smith, *'Bankruptcy Tourism under the EC Regulation on Insolvency Proceedings: A View from England and Wales*, in *International Insolvency Review*, 2010, pp. 181 ss.
- Charles Warren, *Bankruptcy in United States History*, Harvard, 1935
- Michael Weiss, *Bridge Over Troubled Water: the Revised Insolvency Regulation*, in *International Insolvency Review*, 2015, pp. 192 ss.
- Bob Wessels, *A Glimpse into the Future: Cross-border Judicial Cooperation in Insolvency Cases in the European Union*, in *International Insolvency Review*, 2015, pp. 96 ss.
- Bob Wessels, *Banks in Distress under Rules of European Insolvency Law*, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2006, pp. 301 ss.
- Bob Wessels, *District Court Rotterdam Opens Secondary Proceedings*, in <http://bobwessels.nl/2016/11/2016-11-doc14-district-court-rotterdam-opens-secondary-proceedings-re-hanjin-europe>
- Bob Wessels, *Is Switzerland Opening up for Cross-border Insolvency?*, in *Insolvency Intelligence*, 2012, pp. 121 ss.,
- Bob Wessels, Bruce A. Markell e Jason Kilborn, *International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters*, Oxford, 2009
- Bob Wessels, Manuel Virgòs, *Accommodating Cross-border Coordination: European Communication and Cooperation Guidelines For Cross-Border Insolvency*, in *International Corporate Rescue*, 2007, pp. 1 ss.

- Martin Wolff, *Private International Law*, Oxford, 1950 (2^a edizione)
- Philip R. Wood, *Principles of International Insolvency*, Londra, 1995 (2^a edizione)
- Giorgio M. Zamperetti, Maria F. Nodari, *Verso l'armonizzazione comunitaria del diritto fallimentare: lo stato dell'arte*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1997, pp. 607 ss.
- Jacob Ziegel (a cura di), *Current Developments in International and Comparative Insolvency Law*, Oxford, 1995
- Paul H. Zumbro, *Cross-border Insolvencies and International Protocols - an Imperfect but Effective Tool*, in *Business Law International*, 2010, pp. 157 ss.

GIURISPRUDENZA

Unione Europea⁵⁰⁴

Henri Gourdain c. Franz Nadler, C-133/78

Horst Ludwig Martin Hoffmann c. Adelheid Krieg, C-145/86

Staubitz-Schreiber, C-1/04

Eurofood IFSC Ltd., C-341/04

Interedil Srl, in liquidazione c. Fallimento Interedil Srl e Intesa Gestione Crediti SpA, C-396/09

Bank Handlowy w Warszawie SA e PPHU «ADAX»/Ryszard Adamiak c. Christianapol sp. z o.o., C-116/11

Burgo Group SpA c. Illochroma SA e Jérôme Theetten, C-327/13

Comité d'entreprise de Nortel Networks SA and others v. Cosme Rogeau, C-649/13

Austria⁵⁰⁵

OLG Innsbruck, 8.7.2008 (1 R 176/08d)

OLG Linz 7.9.2004 (2 R 160/04v), [2004] EIRCR(A) 347

OLG Wien, 9.11.2004 (28 R 225/04w)

OLG Wien, 30.9.2004 (28 R 210/04i), [2004] EIRCR(A) 348

OGH, 17.3.2005 (8 Ob 135/04t)

OGH, 30.11.2006, 8 Ob 12/06g; [2006] EIRCR(A) 40

Belgio

Court d'Appel de Bruxelles, 9^a camera, 8 aprile 2004, in *Revue pratique des sociétés*, 2004, p. 175. [2004] EIRCR(A) 413

Hof van Beroep te Gent, 7^a camera, 19 January 2009, Nr. 2006/AR/1200, www.juridat.be; [2009] EIRCR(A) 124

⁵⁰⁴ Tutte le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, corredate delle conclusioni degli Avvocati Generali, sono reperibili nel portale web della Corte: curia.europa.eu

⁵⁰⁵ Tutte le sentenze dei giudici ordinari austriaci, ove non sia indicato diversamente, sono reperibili nella banca dati all'indirizzo www.ris.bka.gv.at/Jus

Rechtbank van Koophandel te Gent, 3^a camera, 21 febbraio 2006, A/05/02654 Nr. 1430; inedita; [2006] EIRCR(A) 123

Francia

Tribunal de commerce de Pontoise, 1^o luglio 2003, inedita. [2003] EIRCR(A) 83

Tribunal de commerce de Roubaix-Tourcoing, 21 aprile 2008, RG n. 2008-1062, inedita; [2008] EIRCR(A) 342

Cour d'Appel de Orléans, 8 ottobre 2009, RG n°: 07-02272; inedita; [2009] EIRCR(A) 210

Cour d'appel di Versailles, 24^a camera, 4 settembre 2003, n° 2003/05038, in <http://www.legifrance.gouv.fr>; [2003] EIRCR(A) 81

Tribunal de commerce de Nanterre, 15 febbraio 2006, n° 2006P00148; inedita; [2003] EIRCR(A) 222

Tribunal de commerce de Paris, 2 agosto 2006, n° 2006047554, inedita; [2006] EIRCR(A) 143

Germania⁵⁰⁶

AG Köln v. 23.1.2004 - 71 IN 1/04; in *Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, 2004, pp. 151 ss.; [2004] EIRCR(A) 102

AG Düsseldorf 12.3.2004 (502 IN 126/03), in *Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, 2004, pp. 269 ss.

AG München, 5.4.2004 (1501 IE 1276/04), in *Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, 2004, pp. 450 ss.

AG Düsseldorf 7.4.2004 (502 IN 124/03), in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2004, pp. 866 ss.

AG Siegen, 1.7.2004 (25 IN 154/04), in *Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, 2004, pp. 673

AG Nürnberg v 15.8.2006 (8004 IN 1326 bis 1331/06), in *Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung*, 2007, pp. 185

AG Düsseldorf 6.6.2003 (502 IN 126/03), *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2003, pp. 30 ss.

⁵⁰⁶ Tutte le sentenze del *Bundesgerichtshof* (BGH) sono liberamente reperibili nel sito della Corte: www.bundesgerichtshof.de

AG Nürnberg 1.10.2006 (8034 IN 1326/06), *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2007, pp. 83 ss.

OLG Düsseldorf 9.7.2004 (I-3 W 53/04), *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2004, pp. 1514 ss.

BGH, 20.5.2010, IX ZB 101/08, [2010] ERICR(A) 331

BGH, 1.12.2011 -IX ZB 232/10-

BGH 21.6.2007 -IX ZB 51/06-

Inghilterra e Galles

Houlditch v. Donegall [1834], 2 Cl. 7 F., 470

Alivon v. Furnival [1834] 1 Cr. M. & R., 227

Udny v. Udny [1869] L.R. 1 Sc. & Div., 441

Re Davidson's Settlement Trusts [1873] L.R. 15 Eq., 383

Levasseur v. Mason & Barry Ltd [1891] 2 Q.B., 73

Waite v Bingley [1882] 21 Ch. D., 674

Re Lloyd Generale Italiano, [1885] 29 Ch. D., 219

In re Commercial Bank of South Australia [1886], 33 Ch. D. 174

In re Queensland Mercantile Agency Co. Ltd. [1888] 58 L.T., 878

Queensland Mercantile and Agency Co. Ltd. v. Australian Investment Co. Ltd. [1888] 15 R., 935

North Australian Territory Co. Ltd. Goldsbrough, Mort and Co. Ltd. [1889] 61 L.T., 716

North Australian Territory Co. Ltd. v. Goldsbrough Mort and Co. Ltd. [1889] 61 L.T., 716

In re Federal Bank of Australia Ltd. [1893] 62 L.J.Ch., 561

In re English, Scottish, and Australian Chartered Bank [1893] 3 Ch., 385

Re Lawson's Trusts [1896] 1 Ch., 175

Re Macfayden & Co. [1908] 1 K.B., 675

Galbraith v Grimshaw, [1910] A.C., 508

[1910] 1 K.B., 339

Re Burke, King & Terry [1919], 54 L.Jo., 430

Sedgwick Collins and Co. v. Rossia Insurance Co. of Petrograd [1926] 1 K.B. 1, 13

Re National Benefit Assurance Co. [1927] 3 D.L.R., 289

Re Kooperman [1928] W.N., 101

Re Osborn, [1931-32] B & C.R., 189

In re Vocalion (Foreign) Ltd. [1932] 2 Ch. 196, 207

Sparkasse Hilden Ratingen Velbert v Benk [2012] EWHC, 2432 (Ch)

In re Suidair International Airways Ltd. [1951] Ch., 165

Government of India v. Taylor [1955] A.C. 491-510

In re Hibernian Merchants Ltd. [1958] Ch., 76

Re Fuld's Estate (No. 3), [1965] All E.R., 776

Colt Industries v. Sarlie [1966] 1 All E.R., 673

Maharanee of Baroda v. Wildenstein [1972] 2 All E.R., 691

Re Compania Merabello San Nicholas S.A. [1973] Ch., 75

Penn Central Transportation Co. [1981], 2 F.C., 307

Shah v Barnet London Borough Council [1983] 2 A.C., 309

Re a Debtor (No. 00359 of 1987), [1988], Ch., 120

The Spiliada [1986] 3 All E.R., 846

Brink's Mat Ltd v Elcombe [1988] 1 WLR, 1350

Felixtowe Dock and Railway Co. v. United States Lines Inc. [1989] Q.B., 360

Re Thulin [1995] 1 W.L.R., 165

Stein v. Blake [1996] A.C., 243, 251, 255

In re Bank of Credit and Commerce International S.A. (No. 10) [1997] Ch. 213, 247

Re Mid East Trading Ltd. [1997] 3 All. E.R., 481

Lehman Bros Inc. v Phillips: Re Mid East Trading Ltd. [1998] 1 All. E.R., 557

BRAC Rent-A-Car [2003] 2 All ER 201

Re Daisytek [2003] B.C.C., 562; [2004] B.P.I.R., 30

Shierson v Vlieland-Boddy [2005] EWCA Civ, 974, [2005] EIRCR(A) 262

In re Collins & Aikman Corporation Group [2005] EWHC, 1754 (Ch)

MG Rover I, inedita; [2005] EIRCR(A) 260

Re Collins & Aikman Europe SA, [2006] EWHC, p. 1343 (Ch)

Re MG Rover Belux SA/NV [2006] EWHC 1296 (Ch), inedita; [2006] EIRCR(A) 277

Re Hans Brochier Holdings Ltd, 8 dicembre 2006, inedita; [2006] EIRCR(A) 303

Re Collins & Aikman Europe SA and Others [2006] EWHC 1343 (Ch); [2007] 1 B.C.L.C., 182; [2006] EIRCR(A) 278

Re Eichler [2007] BPIR, 1636

The joint administrators of the Nortel Group [2009] EWHC 206 (Ch), [2009] EIRCR(A) 276

Official Receiver v Mitterfellner [2009] BPIR, 1075

Re Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A. [2011] EWHC 15 (Ch); [2011] B.C.C., 579

Trillium (Nelson) Properties Limited v Office Metro Limited [2012] EWHC 1191 (Ch), [2012] EIRCR(A) 290

Trustees of the Olympic Airlines SA Pension & Life Assurance Scheme v Olympic Airlines SA [2015] 1 WLR, 2399

Italia

Trib. Roma, 14 agosto 2003, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, pp. 685 ss.

Corte d'Appello di Torino, 10 marzo 2009, n. 361, in *Il Fallimento*, 2009, con nota di MONTELLA, pp. 1299 ss.

Cass.civ., 1 febbraio 1983, n. 861, in *Giustizia civile*, 1984, pp. 281 ss.

Cass. civ., sez. un., 14 aprile 2008, n. 9743, inedita

Cass.civ., sez. un., n. 22093/2015; inedita

Paesi Bassi

Rechtbank Utrecht, 27 aprile 2005, in www.rechtspraak.nl; [2005] EIRCR(A) 360

Rechtbank Haarlem, 7 settembre 2010, LJN: BN9813, in zoeken.rechtspraak.nl; [2010] EIRCR(A) 235

Rechtbank Rotterdam, 25 novembre 2016, inedita; [2016] ERICR(A) 530

Stati Uniti d'America

Hilton v. Guyot: 159 U.S. 113 (1895)

Canada Southern Railway v. Gebhard, 109 U.S. 527, 1883

In re Berthoud, 231 F. 529 (S.D.N.Y.) e 238 F. 797 (2nd Circ. 1916)

Fuentes v. Shevin, 407 U.S. 67 (1972)

Israel-British Bank (London) Ltd. v. Federal Deposit Ins. Corp., 536 F. 2d 509 (2nd Circ. 1976)

In re Lineas Aereas de Nicaragua, 10 B.R., p. 790 (Bankr. S.D. Fla., 1981)

In re Culmer, 25 B.R., p. 621 (Bankr. S.D.N.Y., 1982)

Universal Casualty ibid. Angulo v. Kedsep Ltd, 29 Bankr. 417 (S.D. Tex. 1983)

In re Toga Manufacturing, 28 B.R., p. 165 (Bankr. E.D. Mich., 1983)

Cunard Steamship Co. v. Salen Reefer Services, 773 F.2d 452 (2nd Cir., 1985)

In re Metzeler, 78 B.R., 674 (Bankr. S.D.N.Y., 1987)

Koreag, 130 B.R., 705, Bankr. S.D.N.Y., 1991)

In re Gercke, 122 B.R., 629 (Bankr. D.C., 1991)

In re Evans, 177 B.R., 193 (Bankr. S.D.N.Y., 1995)

In re Axona, 170 B.R., 801 (Bankr. S.D.N.Y., 1994); 186 B.R., 814 (Bankr. S.D.N.Y., 1995); 93 F.3d, 1042 (Corte Suprema)

Altre giurisdizioni

Estonia

Tallinna Ringkonnakohus, 14 giugno 2006 [2006] EIRCR(A) 62, in kola.just.ee/

Irlanda

Re Eurofood IFSC Ltd (No 2) [2006] IESC 41, in <http://www.courts.ie>

Repubblica Ceca

Usnesení Nejvyššího soudu České republiky, 31 gennaio 2008, sp.zn. 29 Odo 164/2006, in <http://www.nsoud.cz>; EIRCR(A) 73

Slovenia

Višje sodišče v Ljubljani, 11 maggio 2011, Cst 78/2011; St 10/2011; [2011] EIR-CR(A) 37