

L'INSOLVENZA TRANSNAZIONALE NELL'UNIONE EUROPEA: UNA PANORAMICA DELLA DISCIPLINA IN VIGORE

CROSS BORDER INSOLVENCY IN THE EUROPEAN UNION: AN OVERVIEW OF THE CURRENT DISCIPLINE

MICHELLE VANZETTI*

ABSTRACT

Con questo lavoro, l'autrice offre una panoramica della disciplina dell'Unione Europea relativa all'insolvenza transnazionale: prendendo le mosse dai ben noti principi di territorialità e universalità, ella spiega la scelta del legislatore europeo di adottare, sia nel Regolamento (CE) n. 1346/2000, sia nel successivo recasting del medesimo, vale a dire nel Regolamento (UE) n. 848/2015, il differente principio di "universalità limitata". L'autrice esamina altresì le più importanti decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che hanno influenzato la stesura del Regolamento (UE) n. 848/2015, attualmente in vigore.

PAROLE CHIAVE: Insolvenza transnazionale. Unione Europea. Reg. (UE) n. 848/2015.

ABSTRACT

With this paper, the author gives an overview of European Union law on cross-border insolvency: starting from the well known principles of territoriality and universality, she explains the choice of the European legislator to adopt the principle of "coordinated universality" both in Regulation (EC) n. 1346/2000 and in its subsequent recasting, i.e. in Regulation (EU) n. 848/2015. The author then examines the most important decisions made by the EU Court of Justice, which influenced the drafting of Regulation (EU) no. 848/2015, currently in force.

KEYWORDS: Cross-border insolvency. European Union. Reg. (EU) n. 848/2015.

SOMMARIO: I. L'insolvenza transnazionale: premesse. - II. Ambito di applicazione del Regolamento (UE) n. 848/2015 e carattere transnazionale dell'insolvenza. - III. L'universalità limitata. - IV. La "competenza internazionale" ad aprire una procedura concorsuale. - V. Procedura principale e procedure locali: presupposti di apertura. - VI. Il concetto di centro degli interessi principali del debitore (C.O.M.I.) e la giurisprudenza della Corte di giustizia. Conflitti di competenza (internazionale). - VII. La procedura principale: riconoscimento ed effetti. - VIII. Le procedure locali: riconoscimento ed effetti. - IX. I poteri del curatore. - X. I creditori concorsuali.

SUMMARY: I. *Transnational insolvency: premises.* - II. *Scope of Regulation (EU) No 848/2015 and transnational nature of insolvency.* - III. *Coordinated universality.* - IV. *The "international*

* Professore aggregato, Università degli Studi di Milano – E-mail: michelle.vanzetti@unimi.it.

jurisdiction” to open an insolvency proceedings. - V. Main proceedings and local proceedings: prerequisites for opening. - VI. The concept of the centre of main interests (C.O.M.I.) of the debtor and the case law of the Court of Justice. Conflicts of (international) jurisdiction. - VII. The main procedure: recognition and effects. - VIII. Local procedures: recognition and effects. - IX. The powers of the liquidator. - X. Creditors within the insolvency procedure.

I. L'INSOLVENZA TRANSNAZIONALE: PREMESSE.

Quando si parla di insolvenza transnazionale ci si riferisce a tutte le possibili situazioni di crisi *lato sensu* finanziarie di soggetti che, nello svolgimento della loro attività, quale che essa sia, siano entrati in contatto con diversi ordinamenti.

I principi cui si sono storicamente ispirate le leggi nazionali, per regolare l'insolvenza transfrontaliera, sono due: quello cosiddetto di territorialità e quello opposto di universalità extraterritoriale¹. Laddove un Paese adotti il primo principio menzionato, una procedura d'insolvenza avviata all'interno del medesimo non ha alcuna pretesa di produrre effetti al di là dei confini nazionali, e una eventuale procedura avviata all'estero non ha la possibilità di produrre effetto alcuno all'interno. Corollario del principio di territorialità è la possibile coesistenza di una pluralità di procedure nei diversi ordinamenti nei confronti del medesimo debitore. Ove, viceversa, un ordinamento opti per il principio di universalità extraterritoriale, le procedure avviate al suo interno vantano la pretesa di estendere i loro effetti anche all'estero e quelle avviate all'estero possono produrre i loro effetti tipici anche entro i confini nazionali. Conseguenza applicativa di questo secondo principio è la tendenziale unità della procedura di insolvenza, esclusa dunque la possibilità di avviarne più di una nei confronti dello stesso debitore, anche sul piano internazionale².

Allo stato attuale, l'Italia non si è ancora dotata di una disciplina organica dell'insolvenza transfrontaliera, la cui regolamentazione va ricavata dalla lettura congiunta della legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267)³ con la legge n. 218 del 31 maggio 1995, recante la Riforma del sistema italiano di diritto

1 V. Colesanti, *Unità e universalità del fallimento nel progetto di convenzione della C.E.E.*, in *Riv. dir. int. e proc.*, 1970, p. 522 e ss.; G. Bongiorno, *Osservazioni in tema di universalità e territorialità del fallimento*, in *Dir. fall.*, 1974, I, p. 261 e ss.; Id., *Universalità e territorialità del fallimento (problemi antichi ma sempre più attuali)*, in *Dir. fall.*, 1991, I, p. 666 e ss.

2 *Si vis*, M. Vanzetti, *L'insolvenza transnazionale: storia del problema in Germania, in Italia e nei progetti di convenzione internazionale*, Milano, 2006, p. 5 ss.

3 E, prossimamente, da quello che è stato battezzato come Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII): Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, in attuazione della Legge 19 ottobre 2017, n. 155.

internazionale privato⁴, da un lato, e con il Regolamento (UE) n. 848/2015, relativo alle procedure di insolvenza⁵, dall'altro lato. Le regole che l'interprete

4 Con specifico riguardo al fenomeno dell'insolvenza, che interessi, oltre all'Italia, ordinamenti extra U.E., sono soprattutto tre le novità di rilievo introdotte dalla legge n. 218 del 1995: anzitutto, l'art. 3, co. 2, che rispetto al profilo della giurisdizione ha previsto una norma generale e residuale in virtù della quale – per le materie non espressamente regolate altrove – la giurisdizione italiana sussiste “in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio”. Il criterio attributivo della competenza per territorio, vale a dire la presenza della sede principale dell'impresa (art. 9, co. 1, l. fall.), è diventata dunque un titolo di giurisdizione. Va sottolineato che la regola menzionata ha trasformato in titolo di giurisdizione anche il criterio di competenza contenuta nell'art. 24 l. fall., in forza del quale il tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere di tutte le azioni che derivano dal fallimento. In secondo luogo, l'art. 7 della legge in esame, che, modificando la disciplina precedente, ha attribuito rilievo alla litispendenza internazionale. In terzo luogo l'art. 64 l. 218/95, il quale, abrogando il procedimento di delibazione di cui agli artt. 796 e ss. c.p.c., ha stabilito il riconoscimento automatico in Italia delle sentenze straniere. Per quanto concerne la materia fallimentare – espressamente esclusa dal campo di applicazione della Convenzione di Bruxelles e del Reg. 44/2001, e oggi anche dal Reg. 1215/2012 – gli articoli menzionati hanno suscitato notevoli problemi interpretativi, in particolare in relazione all'attuale terzo (già secondo) comma dell'art. 9 l. fall., quale norma che sancisce il principio di territorialità per le procedure di insolvenza avviate all'estero. È emerso, infatti, il contrasto che sorge tra le previsioni contenute negli artt. 7 e 64 l. 218/95 e la possibilità – contemplata appunto dall'attuale art. 9, co. 3, l. fall. – che l'imprenditore, che abbia all'estero la propria sede principale, venga ciò non di meno dichiarato fallito in Italia «anche se è stata pronunciata dichiarazione di fallimento all'estero». Secondo parte della dottrina si tratterebbe di un falso problema, dovendosi considerare, per diverse ragioni, inapplicabili gli articoli 7 e 64 l. 218/1995 alla materia fallimentare. Altri, invece, hanno risolto la questione affermando che le nuove norme di diritto internazionale privato avrebbero addirittura abrogato questa parte dell'art. 9 l. fall. (A. Proto, *La riforma del diritto internazionale privato e le procedure concorsuali*, in *Il fall.*, 1997, 18). Vi è infine anche chi ha cercato di armonizzare e coordinare le norme menzionate, ritenendole conseguentemente applicabili (sul punto si v. I. Queirolo, *Le procedure di insolvenza nella disciplina comunitaria*, Torino, 2007, 294 ss.). Va sottolineato che il d.lgs. 5/2006, nel riformare la legge fallimentare del '42, ha mantenuto la previsione contenuta nell'attuale terzo comma dell'art. 9, smentendo – come ci pare – coloro che la ritenevano abrogata. Peraltro – essendo ormai consolidatasi la disciplina europea – sembra oggi destinata a prevalere la tesi secondo la quale, da un lato, le norme menzionate della l. 218/95 sarebbero applicabili alla materia fallimentare, nel senso di consentire, attraverso una interpretazione sistematica, il riconoscimento delle procedure straniere (extra-UE); e, dall'altro lato, l'art. 9, co. 3, l. fall. andrebbe interpretato, sempre per via sistematica, nel senso di ritenersi ammissibile l'apertura di una procedura locale in Italia avente meri effetti territoriali, anche qualora in un Paese straniero (non membro dell'U.E.) sia già pendente una procedura di insolvenza contro un determinato debitore che colà abbia la sua sede principale. In argomento, L. Baccaglini, *Il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza fallimentare straniera in Italia*, Trento, 2008, spec. 71 ss.. V. anche A. Bonfanti, *Le procedure concorsuali internazionali tra il regolamento 1346/2000 e la disciplina di diritto internazionale privato*, in *Dir. comm. int.*, 2003, p. 407 e ss. citati.

5 È noto che questo Regolamento rappresenta il *recasting* del precedente Regolamento (CE) n. 1346/2000, ed è stato adottato dal Consiglio d'Europa dopo oltre un decennio di applicazione del precedente, sulla base delle decisioni rese dalla Corte di giustizia UE, in sede di rinvio pregiudiziale, di cui si è ampiamente tenuto conto. Per una panoramica sul Regolamento CE n. 1346/2000, si vedano in particolare: S. Bariatti, *L'applicazione del Regolamento CE n. 1346/2000 nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. proc.* 2005, 673 e ss.; Id., *Le garanzie finanziarie nell'insolvenza transnazionale: l'attuazione della direttiva 2002/47/CE*, in *Riv. dir. int. priv. proc.* 2004, 850 e ss.; E. F. Ricci, *Le procedure locali previste dal regolamento CE n. 1346/2000*, in *Giur. comm.* 2004, 900 e ss.; Id., *Il riconoscimento delle procedure d'insolvenza secondo il regolamento CE n. 1346/2000*, in *Riv. dir. proc.* 2004, 387 e ss.; S. Vincere, *Il Regolamento (CE) delle procedure d'insolvenza e il diritto italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 213 e ss.; P. De Cesari – G. Montella, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria – Commentario articolo per articolo del regolamento CE n. 1346/2000*, Milano 2004; Carbone S. M., *Il regolamento (CE) n. 1346/00 relativo alle procedure di insolvenza*,

può trarre da queste norme mostrano alcune rilevanti differenze, secondo che si tratti di casi d'insolvenza che presentino collegamenti anche o solo con Paesi *extra*-U.E., ovvero di casi d'insolvenza che presentino collegamenti solo con Paesi membri dell'Unione Europea. Solo in questa seconda eventualità, infatti, troverà piena applicazione il Regolamento (UE) n. 848/2015, unitamente alla legge fallimentare⁶; per contro, ove l'insolvenza coinvolga Paesi non appartenenti all'Unione Europea, rispetto a questi dovrà essere applicata la legge n. 218 del 1995 congiuntamente alla legge fallimentare, dovendosi tuttavia tenere presenti le forti incertezze interpretative cui il coordinamento dei due insiemi di norme ha dato luogo⁷.

La disciplina che si ricava dal Regolamento europeo è ispirata al principio che la dottrina ha definito di “universalità limitata”, espressione con la quale si indica una sorte di compromesso tra i due opposti principi sopra richiamati. Il risultato cui si è giunti nel contesto europeo è il frutto di decenni di studio e di infruttuosi tentativi di predisporre convenzioni internazionali sull'insolvenza fondate sul principio di universalità extraterritoriale, rivelatosi in concreto impraticabile⁸. Il Regolamento dota la U.E. di norme direttamente

in Carbone, Frigo, Fumagalli, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano 2004, 88 e ss.; C. Punzi, *Le procedure di insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 997 e ss.; A. Cavalaglio, *Spunti in tema di Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza e riforma urgente della l.f.*, in *Il fall.*, 2003, 237 e ss.; A. Di Majo, *Linee generali di coordinamento tra le procedure concorsuali in Italia e in Europa*, in *Dir. fall.*, 2003, I, 597 e ss.; R. Caponi, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Foro it.* 2002, c. 220 e ss.; R. Battaglia, *Brevi note sul Regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2002, I, 22 ss.; I. Queirolo, *L'evoluzione dello spazio giudiziario in Europa. In particolare la disciplina comunitaria delle procedure d'insolvenza*, in *Comunicazioni e studi*, 2002, 903 e ss.; C. Paulus, *Die Europäische Insolvenzordnung und der deutsche Insolvenzverwalter*, in *NZl*, 2001, 505 e ss.; L. Fumagalli, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Riv. Dir. Proc.* 2001, p. 677 e ss.; G. Pisciotta, *Il Regolamento (CE) n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 413 e ss.; CARRARA C., *La disciplina comunitaria dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2001, I, 272 e ss.; Corno G., *La disciplina comunitaria dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2002, I, 272 e ss.; R. Caponi, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Foro it.*, 2002, c. 222 e ss.; M. De Cristofaro, *Il Regolamento CE n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, in Ferrari (a cura di) *Le convenzioni di dir. del commercio internazionale*, 2002, 375 e ss.; F. De Santis, *La normativa comunitaria relativa alle procedure di insolvenza transfrontaliere e il diritto processuale interno: dialoghi tra i formanti*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 91 e ss.; S. M. Carbone, *Il regolamento (CE) n. 1346/00 relativo alle procedure di insolvenza*, in Carbone, Frigo, Fumagalli, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano 2004, 88 e ss.. Si veda, infine, la rassegna di giurisprudenza di S. Bariatti, *L'applicazione del Regolamento CE n. 1346/2000 nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. proc.* 2005, 673 e ss..

6 Ad esclusione della Danimarca, che non ha partecipato alla sua adozione. Si v. i considerando 33 del Reg. 1346/2000 e il considerando 88 del Reg. (UE) 848/2015. Ancora da capire cosa accadrà con la Brexit, dato che il Regno Unito (insieme all'Irlanda del Nord), esercitando una propria facoltà, aveva aderito al Regolamento in esame (considerando 87).

7 V. la precedente nota 4. Si tenga comunque presente che – siccome il nostro legislatore nazionale non s'è dato pena di disciplinare l'insolvenza transfrontaliera – anche in tale ultimo caso bisogna fare applicazione del Regolamento (UE) 848/2015, quale parte integrante della disciplina interna di diritto internazionale fallimentare, e dunque nell'ottica di una interpretazione sistematica degli istituti di volta in volta coinvolti.

8 M. Vanzetti, *L'insolvenza transnazionale*, cit., 382 ss.

applicabili negli Stati aderenti, le quali regolano la competenza giurisdizionale per l'apertura delle procedure di insolvenza; disciplinano l'estensione e la qualità degli effetti che le procedure suddette possono produrre nei diversi ordinamenti, e stabiliscono alcune regole di conflitto e di diritto sostanziale uniformi.

Nei paragrafi che seguono, senza la pretesa di fornire una descrizione esaustiva dell'intera disciplina in esame, si analizzeranno gli aspetti più caratterizzanti della medesima: anzitutto ci si occuperà del problema della giurisdizione per l'apertura di una procedura d'insolvenza; si esamineranno, poi, i diversi tipi di procedure introdotte dal Reg. (UE) 848/2015, distinte a seconda degli effetti che esse possono produrre; infine, verranno analizzati i poteri degli amministratori di queste procedure e le modalità con le quali i creditori possono far valere i diritti che vantano verso il debitore all'interno delle medesime⁹. L'analisi terrà conto delle numerose pronunce rese dalla Corte di Giustizia, ai fini dell'esatta interpretazione delle norme regolamentari¹⁰: quelle decisioni hanno svolto un ruolo essenziale nella rifusione del primo Regolamento europeo sull'insolvenza in quello attualmente in vigore.

II. AMBITO DI APPLICAZIONE DEL REGOLAMENTO (UE) N. 848/2015 E CARATTERE TRANSNAZIONALE DELL'INSOLVENZA.

Il Regolamento (UE) n. 848/2015, relativo alle procedure d'insolvenza, rappresenta il *recasting* del precedente Regolamento (CE) n. 1346/2000, e trova integrale applicazione a tutte le procedure di insolvenza aperte dopo il 26 giugno 2017¹¹. Trattandosi appunto di un Regolamento dell'Unione Europea,

⁹ Tralascerò, invece, il tema dell'insolvenza transnazionale dei gruppi di società. Questa scelta deriva dal fatto che, nonostante l'importanza del tema, non ci sembra che il legislatore europeo sia per il momento riuscito a fornire al riguardo una disciplina adeguata ed efficiente.

¹⁰ La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con sede in Lussemburgo, svolge, tra le altre cose, un ruolo essenziale in sede di interpretazione delle norme comunitarie: attualmente, ogni giudice appartenente a un paese membro dell'U.E., ove si trovi a dover applicare un norma europea e abbia dei dubbi sulla sua interpretazione, può (e, se di ultima istanza, deve) rivolgersi alla Corte, la quale, con sentenza, fornisce della norma medesima un'interpretazione che è vincolante non solo per il giudice che alla Corte si è rivolto, ma per tutti i giudici dell'Unione: le decisioni rese dalla Corte in sede di rinvio pregiudiziale hanno infatti un'efficacia paneuropea. In estrema sintesi, il rinvio pregiudiziale può essere domandato da ciascuna delle parti in causa: spetta tuttavia al giudice adito decidere se rimettersi oppure no alla Corte di giustizia. L'art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'UE stabilisce a questo riguardo che «*La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte*», a meno che già vi sia giurisprudenza della Corte in materia.

¹¹ P. De Cesari, *Il regolamento 2015/848 e il nuovo approccio europeo alla crisi dell'impresa*, in

esso è direttamente applicabile in tutti i Paesi membri, poiché «*sostituisce nelle relazioni tra gli Stati membri, per le materie che ne sono oggetto, le convenzioni stipulate fra due o più Stati membri*» (art. 85)¹².

A norma dell'art. 1, il suo ambito oggettivo di applicazione coinvolge tutte le «*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 spossessato, in tutto o in parte, del proprio patrimonio ed è nominato un amministratore delle procedure di insolvenza, (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)*»¹³, fatte salve le eccezioni espressamente previste secondo comma del medesimo articolo¹⁴.

Allo stato attuale, così come già la migliore dottrina affermava nel vigore del Reg. 1346/2000, sembra che non sia più possibile avviare una procedura concorsuale in uno Stato dell'Unione, senza applicare il Regolamento 848/2015¹⁵, il quale va coordinato con le norme interne di diritto fallimentare e di diritto internazionale privato¹⁶. In altre parole, oggi nei singoli ordinamenti europei gli operatori del diritto non possono più occuparsi di una procedura d'insolvenza senza fare immediata e diretta applicazione del regolamento in esame. Ciò che risulta evidente ad esempio dall'obbligo di segnalare sempre se la procedura che venga in ipotesi avviata, abbia natura principale o locale¹⁷;

Fall., 2015, 1026 ss.; L. Panzani, *L'insolvenza in Europa: sguardo d'insieme*, in *Fall.*, 2015, 1013 ss.; Garlatti, *Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle procedure d'insolvenza (rifusione)*, in *Fall.*, 2015, 509 ss..

12 Identica previsione era presente nel Precedente Reg. 1346/2000, art. 44.

13 Non occorre che sia giurisdizionale l'autorità legittimata nei diversi Stati membri ad aprire una procedura di insolvenza o a prendere decisioni nel corso di questa [art. 2, n. 6, ii) e "considerando" 20].

14 Il secondo comma prevede che il regolamento non debba essere applicato «*alle procedure di cui al paragrafo 1 che riguardano: a) le imprese assicuratrici; b) gli enti creditizi; c) le imprese d'investimento e le altre imprese o enti nella misura in cui siano contemplati dalla direttiva 2001/24/CE, oppure d) gli organismi d'investimento collettivo*»: sull'esclusione si veda la spiegazione fornita dal considerando 19.

15 E. F. Ricci, *Le procedure locali previste dal Regolamento CE n. 1346/2000*, cit., 902 ss.; Id., *Il riconoscimento delle procedure d'insolvenza secondo il regolamento ce n. 1346/2000*, cit., 391 ss.

16 Segnaliamo fin d'ora che il nuovo CCII, senza assumersi la briga di disciplinare l'insolvenza transnazionale, prende tuttavia atto dell'esistenza del regolamento in esame, agli artt. 11 e 26.

17 Diversamente da quanto segnalato da E. F. Ricci, *op. loc. ult. cit.*, tuttavia, non credo che l'influenza delle norme di diritto sostanziale e di conflitto uniformi dettate dall'attuale

così come dall'obbligo per ogni Paese membro di riconoscere una procedura avviata nell'U.E., con gli effetti che le sono propri¹⁸, a prescindere da qualunque valutazione sulla transnazionalità della medesima¹⁹.

V'è, peraltro, chi ritiene che la disciplina europea trovi applicazione solo nei casi di insolvenza dotata di carattere transfrontaliero²⁰. Si tratta però di una soluzione che non mi pare accoglibile, non tanto perché tale carattere non è definito in alcun modo dal Regolamento, quanto perché il carattere transnazionale di una procedura non risulta sempre evidente fin dal momento in cui essa deve essere avviata²¹ e, come autorevolmente osservato, esso potrà in concreto emergere o non emergere nel corso della relativa procedura. Ciò induce in ogni caso e senza eccezioni all'applicazione del Regolamento, a prescindere appunto «dall'evidenza o dalla manifestazione fin dall'inizio di elementi di internazionalità, che possono presentarsi in un momento successivo all'apertura della procedura»²².

Il legislatore italiano, sotto questo profilo, non si è dimostrato decisivo. La legge fallimentare attualmente in vigore non contiene alcun riferimento al Reg. 848/2015 (né al precedente Reg. 1346/2000), e il Codice della crisi e dell'insolvenza (CCII), destinato a prenderne il posto, sembra non cogliere l'esatta portata applicativa della disciplina europea: l'articolo 26 – che rappresenta la norma con la quale il nostro legislatore vuole dimostrare di aver preso atto dell'esistenza e del contenuto del Regolamento in esame – dispone espressamente che “*il tribunale, quando apre una procedura di insolvenza transfrontaliera ai sensi del regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo*

Regolamento agli artt. 8-18 (coincidenti con gli artt. Da 5 a 15 del Reg. CE 1346/2000) possano condizionare la legge concorsuale interna senza che sia prima emerso un qualche aspetto di transnazionalità della fattispecie: ciascuna di esse ha, infatti, quale presupposto proprio un elemento di estraneità rispetto alla *lex fori*, talora magari di origine pattizia, ma pur sempre esistente e in assenza del quale, a voler ben guardare, tali norme non vengono neppure in rilievo.

18 V. *infra*, §§ VII e VIII.

19 E. F. Ricci, *Il riconoscimento*, cit., 393 s.

20 Con riguardo al precedente Reg. 1346/2000, si vedano, per esempio, R. Caponi, *Il regolamento comunitario*, cit., 222 ss.; e S. M. Carbone, *Il regolamento (CE) n. 1346/00*, cit., 88 ss.

21 Si pensi all'ipotesi in cui sia presentata istanza per la dichiarazione di fallimento di un soggetto la cui sede principale si assume essere in Italia: in tal caso, ove nel corso dell'istruttoria prefallimentare nessuno sollevi eccezioni di incompetenza, il giudice dovrà ritenere che quella sia in effetti la sua sede principale e non avrà modo di verificare alcun carattere di transnazionalità della procedura. Ciò tuttavia non significa che un simile carattere non possa emergere più avanti, cioè nel corso della procedura. Per questa ragione fin dall'inizio il giudice non potrà in ogni caso esimersi dall'applicare il regolamento in esame. Diverso è ovviamente il discorso nel caso in cui venga chiesto il fallimento di un soggetto prospettandosi come titolo di giurisdizione la presenza in Italia di una sede secondaria: in questa ipotesi fin dal principio il giudice sa che probabilmente sussistono implicazioni transnazionali e sarà quindi più propenso ad applicare il Regolamento 848/2015 fin dall'inizio. Al riguardo v. ancora E. F. Ricci, *Il riconoscimento*, cit., 391 ss.

22 E. F. Ricci, *op. loc. ult. cit.*

e del Consiglio del 20 maggio 2015, dichiara se la procedura è principale, secondaria o territoriale”²³, in tal modo, in sostanza, ribadendo il concetto secondo cui il carattere transfrontaliero dovrebbe essere immediatamente colto in sede di istruttoria prefallimentare. Il legislatore lascia così intendere che in caso contrario sarebbe possibile procedere come se il regolamento in esame non esistesse. Il che è evidentemente sbagliato²⁴.

III. L'UNIVERSALITÀ LIMITATA.

Come accennato, per costruire la disciplina del Regolamento 848/2015 il legislatore europeo si è dunque ispirato alla così detta “universalità limitata”, quale soluzione di compromesso tra i principi della territorialità e dell'universalità extraterritoriale, inaccettabili entrambi nella loro configurazione “pura”.²⁵

Tre sono i cardini sui quali si fonda l'universalità limitata del Regolamento in esame. Il primo è costituito dalla natura universale in termini extraterritoriali delle procedure concorsuali avviate nel luogo in cui il debitore ha il centro dei suoi interessi principali, purché questo si trovi in uno Stato membro. Ciò significa che, qualora venga disposta un'esecuzione concorsuale sul patrimonio di un soggetto nel Paese membro in cui costui ha tale centro di interessi (art. 3, co. 1), la procedura avrà automaticamente efficacia sull'intero suo patrimonio, senza che rilevino i confini nazionali interni all'Unione. In altre parole, la procedura sarà automaticamente riconosciuta in ogni Stato membro, in cui questa circostanza assuma rilievo pregiudiziale (art. 19)²⁶. Il secondo principio è costituito dalla generale applicabilità alla procedura e ai suoi effetti della *lex fori concursus*, vale a dire della legge del luogo in cui la procedura d'insolvenza è stata avviata, come regola (artt. 7, co.1, 20, e 35), fatte salve le eccezioni espressamente previste dal Regolamento stesso²⁷. Il terzo principio,

23 Questa norma riprende infatti il disposto dell'art. 4, co. 1, Reg. 848/2015, ai sensi del quale «Un giudice investito di una domanda di apertura di una procedura d'insolvenza verifica d'ufficio la propria competenza ai sensi dell'articolo 3. Nella decisione di apertura della procedura d'insolvenza il giudice espone i motivi della competenza giurisdizionale, in particolare se questa si fonda sull'articolo 3, paragrafo 1 o paragrafo 2».

24 È tutt'ora diffusa, tra i tribunali italiani, la tendenza a ignorare l'effettiva portata applicativa del Regolamento, che finisce per trovare concreta attuazione solo ove il carattere transfrontaliero della procedura sia immediatamente evidente.

25 Quanto al principio di territorialità, con la sua totale chiusura, esso non è apparso idoneo a far fronte all'insolvenza transnazionale in un'epoca come quella attuale; quanto invece al principio di universalità, esso non è stato accolto perché avrebbe comportato la necessaria e reciproca rinuncia, da parte degli ordinamenti aderenti, ad alcune delle proprie norme di diritto sostanziale, in particolare in tema di cause legittime di prelazione (al riguardo v. la breve spiegazione contenuta nel considerando 22 del Regolamento 848/2015). Si veda, *si vis*, M. Vanzetti, *L'insolvenza transnazionale*, cit., ove ampi rinvii.

26 Il Regolamento prevede anche un sistema di pubblicità delle decisioni di apertura delle procedure dal medesimo disciplinate; tale pubblicità, tuttavia, non può condizionare il (né rapprensenza un presupposto) del riconoscimento. V. P.P. Ferraro, *Il sistema di pubblicità europeo delle insolvenze transfrontaliere*, in *Il dir. fall.*, 2016, 30 ss.

27 Anzitutto, dunque, si tratta delle eccezioni contenute negli artt. 8-18 Reg. 848/2015, le quali,

infine, consiste nella possibilità che siano aperte delle procedure con effetti meramente territoriali, negli Stati in cui il debitore abbia una dipendenza²⁸, e con effetti circoscritti al patrimonio del debitore medesimo che si trovi in quel Paese membro (art. 3, co. 2)²⁹. Questa previsione rende evidentemente possibile la contemporanea pendenza di una pluralità di procedure nei confronti del medesimo soggetto. Si tenga presente poi che anche le procedure territoriali sono, in quanto tali, automaticamente riconosciute in ogni Stato membro dell'U.E. (art. 19), e rispondono alla disciplina dettata dalla legge del luogo in cui sono state avviate. Su ciascuno di questi punti si tornerà nel prosieguo.³⁰

IV. LA “COMPETENZA INTERNAZIONALE” AD APRIRE UNA PROCEDURA CONCORSUALE.

Dalle considerazioni che precedono, emerge l'esistenza, nel Regolamento, di una duplice tipologia di procedure avviabili contro uno stesso soggetto: da una parte, si colloca la c.d. procedura principale, avente efficacia universale, ammissibile unicamente nel luogo in cui il debitore abbia il centro principale dei suoi interessi (art. 3, co. 1), e solo qualora ne ricorrano tutti i presupposti previsti dalla *lex fori*; dall'altra parte, ricorrono le cosiddette procedure locali, aventi mera efficacia territoriale e suscettibili di essere aperte solo nei Paesi membri in cui il debitore abbia una “dipendenza”, così come oggi definita dall'art. 2, n. 10 Reg. 848/2015³¹. Le procedure territoriali possono essere autonome oppure ausiliarie, secondo che vengano avviate *prima* (o comunque in assenza) dell'apertura di una procedura principale ovvero *dopo* che quest'ultima sia stata disposta, in tale ipotesi limitandone da diversi punti di vista l'estensione

peraltro, non rappresentano le uniche eccezioni all'applicabilità della *lex concursus*: esistono infatti nel regolamento altre norme (di diritto materiale o di conflitto uniformi), che derogano alla regola della generale applicabilità della legge del luogo in cui la procedura è stata avviata: si veda per esempio l'art. 36 Reg. cit..

- 28 Ai sensi dell'art. 2, n. 10 Reg. 848/2015, si intende per 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*”.
- 29 Montella, *Procedura principale universale e procedure secondarie territoriali nel regolamento CE n. 1346/2000*, in *Fall.*, 2011, 1386 ss.
- 30 Per una panoramica, nel vigore del precedente Reg. 1346/2000: Bariatti, *Recent Case-Law Concerning Jurisdiction and the Recognition of Judgments under the European Insolvency Regulation*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2009, 629 ss.; C. Paulus, *Zuständigkeitsfragen nach der Europäischen Insolvenzordnung*, in *ZIP*, 2003, p. 1725 e ss.; G. U. Tedeschi, *Procedura principale e procedure secondarie nel Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2003, I, p. 540 e ss.; P. De Cesari, *Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 53 e ss.; Di Amato S., *Le procedure di insolvenza nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera*, in *Il Fall.*, 2002, p. 693 e ss.; Carrara C., *Giurisdizione italiana in materia fallimentare ed effetti del fallimento dichiarato all'estero*, in *Dir. fall.*, 2001, I, p. 508 e ss..
- 31 Quanto alla competenza territoriale interna, essa si determina secondo la *lex fori*: v. considerando 26, Reg. 848/2015.

ultraterritoriale (art. 3, co. 2 e 3). Si noti che, mentre nel caso in cui si voglia aprire una procedura locale autonoma, devono ovviamente sussistere tutti i requisiti previsti dalla *lex fori* per l'avvio di un concorso (fermi peraltro i rigorosi limiti rispetto alla legittimazione a chiederne l'apertura³²), ove si tratti di procedura secondaria non è necessario verificare il requisito dell'insolvenza, nel caso in cui questo sia già stato accertato in sede di apertura della procedura principale (art. 34).

Tutte le procedure menzionate dal Regolamento – ciascuna in quanto tale – sono automaticamente riconosciute in tutti i Paesi dell'Unione (art. 19), e tutte sono disciplinate dalla *lex concursus* (artt. 7 e 35), salvo in particolare quanto disposto dagli articoli da 8 a 18 Reg., i quali contengono delle norme sostanziali e di conflitto uniformi in materia di: diritti reali dei terzi (art. 8); compensazione (art. 9); riserva di proprietà (art. 10); contratti relativi a beni immobili (art. 11); sistemi di pagamento e mercati finanziari (art. 12); contratti di lavoro (art. 13); diritti soggetti a iscrizione in pubblici registri (art. 14); brevetti europei con effetto unitario e marchi comunitari (art. 15); atti pregiudizievoli per la massa (art. 16); tutela del terzo acquirente (art. 17); procedimenti pendenti (art. 18). Altro limite all'applicazione della *lex concursus* dell'ordinamento nel quale sia stata avviata una procedura principale deriva dall'apertura di una procedura territoriale: in quest'ultimo ordinamento troverà, infatti, applicazione la legge locale sull'insolvenza (art. 20, co. 1).³³

V. PROCEDURA PRINCIPALE E PROCEDURE LOCALI: PRESUPPOSTI DI APERTURA.

Considerevoli sono le conseguenze legate all'eventualità che si voglia avviare una procedura di un tipo piuttosto che dell'altro.

Differente è anzitutto la disciplina della legittimazione a chiedere l'apertura della procedura concorsuale. Se si tratti di una procedura principale, infatti, potranno proporre domanda tutti i soggetti normalmente legittimati secondo la *lex fori*. Se, invece, si tratti di promuovere l'avvio di una procedura locale ausiliaria, avrà legittimazione anche il curatore straniero della procedura principale (art. 37)³⁴. Qualora, infine, si voglia aprire una procedura locale

32 V. *infra* nel testo.

33 L. Daniele, *Legge applicabile e diritto uniforme nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.* 2002, p. 33 e ss..

34 Nel vigore del Regolamento 1346/2000 la Corte di giustizia si era espressa nei termini seguenti: «L'articolo 29, lettera b), del regolamento n. 1346/2000 deve essere interpretato nel senso che la questione di sapere quale persona o autorità sia legittimata a chiedere l'apertura di una procedura secondaria di insolvenza deve essere valutata sulla base del diritto nazionale dello Stato membro in cui è stata chiesta l'apertura di detta procedura. Tuttavia, il diritto di chiedere l'apertura di una procedura secondaria di insolvenza non può essere limitato ai soli creditori domiciliati o aventi la loro sede sociale nello Stato membro nel quale si trova la dipendenza in questione ovvero ai soli creditori il cui credito derivi dall'esercizio di tale dipendenza» (C. giust.

autonoma, la domanda dovrà provenire da «(a) *un creditore il cui credito deriva o è legato all'esercizio di una dipendenza situata nel territorio dello Stato membro in cui è richiesta l'apertura della procedura territoriale, oppure (b) un'autorità pubblica che, secondo il diritto dello Stato membro nel cui territorio si trova la dipendenza, ha il diritto di chiedere l'apertura della procedura d'insolvenza*»; con esclusione dunque degli altri soggetti eventualmente legittimati a norma della *lex fori*, fatto però salvo il caso in cui tale procedura locale autonoma voglia essere avviata perché « *in forza delle condizioni previste dalla legislazione dello Stato membro nel cui territorio si trova il centro degli interessi principali del debitore, non si possa aprire una procedura d'insolvenza*» principale [art. 3, co. 4, lett. a) e b), e “considerando” 37]³⁵.

Non è chiaro cosa il legislatore abbia voluto intendere là dove ha fatto richiamo al caso in cui “*non si possa aprire una procedura*”: resta incerto se questa espressione comprenda anche il caso in cui una procedura principale non venga di fatto aperta perché, pur sussistendone astrattamente tutti i presupposti, nessuno dei soggetti legittimati secondo la *lex fori* ne domandi in concreto l'apertura. Peraltro, se così non fosse, graverebbe su chi vuole veder avviata la procedura l'onere di proporre la domanda nel Paese in cui il debitore risulti avere il centro principale dei suoi interessi e, successivamente, solo ove la domanda fosse rigettata, chiedere l'apertura di una procedura locale nel Paese in cui si trovi la sede secondaria³⁶.

Sembra invece rientrare nell'ipotesi contemplata dal Regolamento il caso in cui il debitore, per le sue qualità soggettive, non possa essere dichiarato fallito nel Paese in cui ha il centro principale dei suoi interessi; senza dubbio vi rientra l'ipotesi in cui sia carente il requisito oggettivo per l'avvio di una procedura concorsuale secondo la legge del luogo in cui il debitore ha il centro suddetto.

Diversa è inoltre la disciplina degli effetti dei due tipi di procedure: se, infatti, quella principale produce i propri effetti, determinati dalla *lex fori*

CE 4 settembre 2014, cit.).

35 C. giust. CE 17 novembre 2011, causa *Zaza Retail BV*, (C-112-10), ove si sancisce che «L'espressione “condizioni previste”, di cui all'art. 3, n. 4, lett. a), del regolamento (CE) del Consiglio 29 maggio 2000, n. 1346, relativo alle procedure di insolvenza, la quale rinvia ai requisiti che ostano, secondo la normativa dello Stato membro nel cui territorio il debitore ha il centro dei suoi interessi principali, all'apertura di una procedura principale di insolvenza in tale Stato, deve essere interpretata nel senso che essa non si riferisce ai requisiti che escludono determinate persone dalla cerchia di quelle legittimate a chiedere l'apertura di una siffatta procedura». In questa stessa decisione della Corte di Lussemburgo viene anche dichiarato che «Il termine “creditore”, di cui all'art. 3, n. 4, lett. b), del citato regolamento, utilizzato per indicare la cerchia delle persone legittimate a chiedere l'apertura di una procedura territoriale indipendente, deve essere interpretato nel senso che non comprende un'autorità di uno Stato membro che, in forza del diritto nazionale ad essa applicabile, ha il compito di agire nell'interesse generale, ma che non interviene in veste di creditore, né in nome e per conto dei creditori».

36 Nel caso in cui la domanda ai sensi dell'art. 3, co. 1, Reg. fosse viceversa accolta, nell'ordinamento in cui si trovi la dipendenza potrà solo essere richiesta l'apertura di una procedura territoriale secondaria.

concursum, in tutti i paesi membri dell'UE, conferendo al relativo curatore/amministratore il potere di recuperare per la massa dei creditori tutti i beni del debitore, ovunque (all'interno dell'UE) essi si trovino; le procedure locali, invece, producono i loro effetti, secondo la legge nazionale, limitatamente all'ordinamento nel quale vengono avviate.³⁷

VI. IL CONCETTO DI CENTRO DEGLI INTERESSI PRINCIPALI DEL DEBITORE (C.O.M.I.) E LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA. CONFLITTI DI COMPETENZA (INTERNAZIONALE).

Secondo le regole sulla competenza internazionale dettate dall'art. 3, primo e secondo comma, del Reg. 848/2015, la presenza in un Paese membro del centro principale degli interessi del debitore, oltre a determinare l'applicabilità del Regolamento medesimo, rappresenta il criterio di giurisdizione per avviare una procedura principale; al contrario, la presenza di una dipendenza, come definita dall'art. 2, n. 10, Reg. 848/2015, configura il titolo di giurisdizione per l'apertura di una procedura territoriale.

Così, per esemplificare, la collocazione del centro principale degli interessi del debitore in Italia conferisce, quindi, al giudice italiano il potere di aprire nel nostro ordinamento una procedura d'insolvenza principale; ove in Italia fosse presente solo una dipendenza, sussisterebbe giurisdizione solo per l'apertura di una procedura locale. Ove in Italia difettasse anche una dipendenza del debitore, ai sensi del Regolamento sull'insolvenza il giudice italiano non potrebbe avviare procedura alcuna, rimanendo ciò non di meno possibile che sia aperta in un altro Paese una procedura principale i cui effetti, determinati dalla *lex concursus*, si estenderanno anche sugli eventuali beni del debitore presenti in Italia.³⁸

Un problema di notevole rilievo concernente la competenza internazionale – e che ha finora occupato la Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale almeno una ventina di volte – è quello relativo all'individuazione del “centro degli interessi principali del debitore”³⁹. Per inciso, va qui ricordato che, se il

37 V. *infra* nel testo.

38 C. Carrara, *Giurisdizione italiana in materia fallimentare ed effetti del fallimento dichiarato all'estero*, in *Dir. fall.*, 2001, I, p. 508 e ss..

39 Diverso è il problema dell'individuazione della giurisdizione rispetto alle azioni che derivano da una delle procedure avviate ai sensi del regolamento in esame. La Corte di giustizia si è pronunciata sul tema diverse volte, in particolare con riguardo alla giurisdizione per le azioni revocatorie: C. giust. CE 15 ottobre 2015, causa *Nike European Operations Netherlands BV/ Sportland Oy*, (C-310/14); C. giust. CE 16 gennaio 2014, causa *Schmidt/Hertel*, (C-328/12); C. giust. CE 19 aprile 2012, causa *F-Tex SIA/Lietuvos-Anglijos UAB*, (C-213/10); C. giust. CE 12 febbraio 2009, causa *C. Seagon/Deko Marty Belgium NV*, (C-339/07). Si veda altresì C. giust. CE 4 dicembre 2014, nella causa *H./H.K.*, (C-295/13).

Oggi l'art. 6, co. 1, Reg. 848/2015, prevede che «I giudici dello Stato membro nel cui territorio è aperta una procedura d'insolvenza ai sensi dell'articolo 3 sono competenti a conoscere delle azioni che derivano direttamente dalla procedura e che vi si inseriscono strettamente, come

centro degli interessi principali del debitore è situato in uno Stato non appartenente all'U.E., il Regolamento in esame non trova applicazione: in tal caso, ciascuno Stato applica la propria legge nazionale.

L'art. 3, co. 1, del Regolamento 1346/2000 per le società e le persone giuridiche presumeva che «*il centro degli interessi principali [fosse], fino a prova contraria, il luogo in cui si trova la sede statutaria*».

Il problema che si è posto agli interpreti è stato anzitutto quello di individuare quando sarebbe stato possibile superare la presunzione relativa stabilita dalla norma⁴⁰. Sul punto si è pronunciata diverse volte e in maniera vincolante la Corte di Giustizia, la quale ha chiarito che «quando un debitore è una società controllata la cui sede statutaria è situata in uno Stato membro diverso da quello in cui ha sede la sua società madre, la presunzione contenuta nell'art. 3, n. 1 (...) può essere superata soltanto se elementi obiettivi e verificabili da parte di terzi consentono di determinare l'esistenza di una situazione reale diversa da quella che si ritiene corrispondere alla collocazione nella detta sede statutaria. Ciò potrebbe, in particolare, valere per una società che non svolgesse alcuna attività sul territorio dello Stato membro in cui è collocata la sua sede sociale. Per contro, quando una società svolge la propria attività sul territorio dello Stato membro in cui ha sede, il fatto che le sue scelte gestionali siano o possano essere controllate da una società madre stabilita in un altro Stato membro non è sufficiente per superare la presunzione stabilita dal

le azioni revocatorie». Sul punto, v. da ultimo Baccaglioni, *L'esecuzione transfrontaliera delle decisioni fallimentari nel Regolamento UE 848/2015*, in *Studi in onore di F. Cipriani*, Milano, 2020, 1652 ss.; L. Galanti, *Il problematico inquadramento delle 'azioni strumentali' ad una procedura di insolvenza transfrontaliera: ambito di applicazione del Regolamento (CE) n. 1346/2000 alla luce della riforma attuata con il Regolamento (UE) n. 848/2015*, in *Il dir. fall.*, 2016, 153 ss.; G. Montella, *La prevedibilità della competenza internazionale sulle azioni che derivano dal fallimento secondo il regolamento n. 1346: un valore difficile da attuare e non conveniente da disporre*, in *Fall.*, 2014, 636 ss.; M. Montanari, *La sottrazione al Reg. 44/2001 della materia concorsuale e gli incerti confini delle azioni a tale materia riconducibili*, in *Int'l Lis*, 2012, 1267. Si veda altresì S. Bariatti, *Filling in the gaps of ec conflicts of laws instruments: the case of jurisdiction over actions related to insolvency proceedings*, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato, Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, 23 ss.; F. Corsini, *Le azioni indirettamente derivanti dal fallimento tra regolamento n. 44 del 2001 e regolamento n. 1346 del 2000*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 1083; Id., *Profili transnazionali dell'azione revocatoria fallimentare*, Torino, 2010; M. Fabiani, *La comunitarizzazione della revocatoria transnazionale come tentativo di abbandono di criteri di collegamento fondati sull'approccio dogmatico*, in *Il fall.*, 2004, p. 376 e ss. (nota a Cass. 10 gennaio 2003, n. 261, *ivi*, p. 375). V. altresì E. Frascaroli Santi, *Note a margine di una pronuncia informativa sulla problematica ripartizione della competenza tra giudici della procedura principale e i giudici della procedura secondaria, riguardo alle azioni connesse. Limiti applicativi del Regolamento n. 44/2001* (nota

a C giust. UE, causa *Comité d'entreprise de Nortel Networks SA e altri*, C-649/13), in *Il dir. fall.*, 2015, 603 ss., ove ampi rinvii.

40 P. De Cesari - G. Montella, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana*, Milano, 2009; M. V. Benedettelli, «*Centro degli interessi principali*» del debitore e *forum shopping* nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, in *Riv. dir. int. priv. proc.* 2004, p. 499 e ss.; F. Persano, *Il caso Eurofood, ovvero la contestuale apertura di due procedure principali di insolvenza nello spazio giudiziario europeo*, in *Il fall.*, 2004, p. 1268 e ss. (nota a Trib. Parma 20 febbraio 2004, *ivi*, p. 1265 e ss.)

detto Regolamento».⁴¹ A seguito di questa scelta interpretativa della Corte di Lussemburgo, oggi l'art. 3, co. 1, Reg. 848/2015 prevede espressamente che «1. 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. Per le società e le persone giuridiche si presume che il centro degli interessi principali sia, fino a prova contraria, il luogo in cui si trova la sede legale. Tale presunzione si applica solo se la sede legale non è stata spostata in un altro Stato membro entro il periodo di tre mesi precedente la domanda di apertura della procedura d'insolvenza. 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. Tale presunzione si applica solo se la sede principale di attività non è stata spostata in un altro Stato membro entro il periodo di tre mesi precedente la domanda di apertura della procedura d'insolvenza. 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. Tale presunzione si applica solo se la residenza abituale non è stata spostata in un altro Stato membro entro il periodo di sei mesi precedente la domanda di apertura della procedura d'insolvenza».

Nel caso in cui vengano avviate in diversi ordinamenti più procedure aventi pretese universali (vale a dire più procedure qualificate come “principali”), dandosi così luogo a quello che viene definito “conflitto positivo di competenza”, solo a quella avviata per prima può essere riconosciuta la qualità di procedura principale. Nel vigore del Reg. 1346/2000 a questa conclusione si giungeva attraverso la sua interpretazione sistematica, posto che esso se è vero che, da un lato, non disciplinava espressamente la questione, dall'altro lato affermava però il principio secondo il quale – premessa l'immediata efficacia in tutti i Paesi dell'U.E. di una procedura principale avviata in uno Stato membro, sulla base del suo automatico riconoscimento – un eventuale conflitto positivo di competenza (internazionale) avrebbe dovuto essere risolto applicando il criterio della prevenzione, senza che gli altri Stati membri avessero «la facoltà di

41 C. giust. CE 2 maggio 2006, cit., n. 1). Si vedano anche C. giust. CE 15 dicembre 2011, causa *Rastelli Davide e C. S.n.c./Jean-Charles Hidoux*, (C-191-10); C. giust. CE 20 ottobre 2011, causa *Interedil S.r.l./Fallimento Interedil S.r.l. e Unicredit Gestione crediti S.p.a.*, (C-396/09), ove si chiarisce altresì che «La nozione di “centro degli interessi principali” del debitore, di cui all'art. 3, n. 1, del regolamento (CE) del Consiglio 29 maggio 2000, n. 1346, relativo alle procedure di insolvenza, deve essere interpretata con riferimento al diritto dell'Unione» e che in ogni caso «Il diritto dell'Unione osta a che un giudice nazionale sia vincolato da una norma di procedura nazionale ai sensi della quale egli deve attenersi alle valutazioni svolte da un giudice nazionale di grado superiore, qualora risulti che le valutazioni svolte dal giudice di grado superiore non sono conformi al diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte»: questa sentenza sancisce il primato del diritto dell'U.E., così come interpretato dalla Corte di Giustizia, rispetto alle sentenze dei giudici nazionali di qualunque grado. Sul punto: F. Fradeani, *Insolvenza transfrontaliera e “cedevolezza” del giudicato sulla giurisdizione secondo la Cassazione* (nota a Cass. N. 12317/2015), in *Il dir. fall.*, 2016, 175 ss.

sottoporre a valutazione la decisione del primo giudice» (“considerando” 22, in fine, Reg. 1346/2000).⁴²

Oggi, dopo le numerose sentenze rese sul punto dalla Corte di giustizia, l'art. 4 del Reg. 848/2015, rubricato “Verifica della competenza”, dispone che «Un giudice investito di una domanda di apertura di una procedura d'insolvenza verifica d'ufficio la propria competenza ai sensi dell'articolo 3. Nella decisione di apertura della procedura d'insolvenza il giudice espone i motivi della competenza giurisdizionale, in particolare se questa si fonda sull'articolo 3, paragrafo 1 o paragrafo 2» e il considerando 65 a propria volta precisa che «Il presente regolamento dovrebbe prevedere l'immediato riconoscimento delle decisioni relative all'apertura, allo svolgimento e alla chiusura di una procedura di insolvenza che rientra nel suo ambito di applicazione, nonché delle decisioni strettamente collegate con detta procedura d'insolvenza. Il riconoscimento automatico dovrebbe pertanto avere per conseguenza che gli effetti che il diritto dello Stato membro di apertura della procedura comporta per la stessa si estendono ai rimanenti Stati membri. Il riconoscimento delle decisioni pronunciate dai giudici degli Stati membri dovrebbe poggiare sul principio di fiducia reciproca. A tale riguardo i motivi del mancato riconoscimento dovrebbero essere ridotti al minimo necessario. Si dovrebbe risolvere secondo tale principio anche il conflitto che insorge quando i giudici di due Stati membri si ritengono competenti ad aprire una procedura principale di insolvenza. La decisione del giudice che apre per primo la procedura dovrebbe essere riconosciuta negli altri Stati membri, senza che questi ultimi abbiano la facoltà di sottoporre a valutazione tale decisione». Ne consegue che, una volta avviata una procedura qualificata come principale in uno Stato membro, non può esserne disposta un'altra analoga altrove⁴³, potendosi tutt'al più contestare la decisione del primo giudice attraverso i mezzi e secondo le forme previste dalla *lex concursus*, come espressamente prevede l'art. 5, co. 1, Reg. 848/2015.⁴⁴

La pendenza di una procedura principale non solo impedisce di riconoscere altre procedure analoghe aperte all'estero; essa, qualora in un diverso paese membro dell'UE venga successivamente avviata una procedura d'insolvenza

42 In argomento, v. G. Samori, *Conflitti di competenza nell'apertura delle procedure concorsuali*, Napoli, 2002.

43 In questo senso erano state le indicazioni della Corte di giustizia, la quale, in sede di rinvio pregiudiziale, aveva affermato che «la procedura di insolvenza principale aperta da un giudice di uno Stato membro deve essere riconosciuta dai giudici degli altri Stati membri, senza che questi possano controllare la competenza del giudice dello Stato di apertura»: C. giust. CE (Grande Sezione) 2 maggio 2006, causa *Eurofood IFSC Ltd.*, (C-341/04), n. 2). V. L. Baccaglioni, *Il caso Eurofood: giurisdizione e litispendenza nell'insolvenza transfrontaliera*, in *INT'L LIS*, 2006, 123 ss.

44 V. anche l'art. 11, co. 2, CCII, ai sensi del quale «Avverso il provvedimento di apertura di una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza è ammessa impugnazione per difetto di giurisdizione da chiunque vi abbia interesse».

come principale, dovrebbe comportare che quest'ultima sia "degradata" in sede di riconoscimento al rango di procedura secondaria.⁴⁵

Va infine rilevato come la Corte di Giustizia abbia stabilito l'applicabilità della regola della *perpetuatio iurisdictionis* anche in sede di attuazione del Regolamento sull'insolvenza. Essa ha, infatti, affermato che «l'art. 3, n. 1, del Regolamento (CE) del Consiglio 29 maggio 2000, n. 1346, relativo alle procedure di insolvenza, deve essere interpretato nel senso che il giudice dello Stato membro, nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore al momento della proposizione da parte di quest'ultimo della domanda di apertura della procedura d'insolvenza, resta competente ad aprire la detta procedura quando il debitore trasferisca il centro dei propri interessi principali nel territorio di un altro Stato membro successivamente alla proposizione della domanda, ma anteriormente all'apertura della procedura».⁴⁶

VII. LA PROCEDURA PRINCIPALE: RICONOSCIMENTO ED EFFETTI.

Il Reg. 848/20015 va dunque applicato fin dall'inizio a ogni procedura d'insolvenza, anche se non ne vengano immediatamente in evidenza caratteri di transnazionalità⁴⁷. In particolare, quando risulti che il debitore abbia un unico centro di interessi, questo sarà *a fortiori* il suo centro principale, e quindi la procedura di insolvenza nei suoi confronti sarà una procedura principale *ex art. 3, co.1.*⁴⁸

Come si è già accennato, la procedura principale estende i propri effetti in tutti i Paesi dell'UE.⁴⁹ Il provvedimento di apertura della procedura, infatti, è automaticamente riconosciuto in tutti gli Stati membri non appena produce effetto nel luogo in cui è stato assunto (art. 19, co. 1)⁵⁰, e ciò anche nel caso in

45 V. art. 3, co. 3, ultima frase, Reg. 848/2015.

46 C. giust. CE (Grande Sezione) 17 gennaio 2006, causa *Staubitz-Schreiber* (C-1/04). Ora il problema dello spostamento del C.O.M.I. è espressamente disciplinato dall'art. 3, c. 1, Reg. 848/2015. V. altresì L. Baccaglioni, *In tema di giurisdizione fallimentare europea: trasferimento della sede legale all'estero e "Centro degli interessi principali" della società nel pensiero della S.C., alla vigilia della modifica del Reg. 1346/2000*, in *INT'L LIS*, 2013, 140 ss.

47 Si veda *supra*, § II.

48 Così già E. F. Ricci, *Le procedure locali previste dal Regolamento CE n. 1346/2000*, cit., 902s.

49 C. giust. CE 21 gennaio 2010, causa *Probud Gdynia* (C-444/07), ove si chiarisce appunto che «successivamente all'apertura di una procedura principale di insolvenza in uno Stato membro, le autorità competenti di un altro Stato membro, in cui non sia stata aperta alcuna procedura secondaria di insolvenza, sono tenute, fatti salvi i motivi di rifiuto fondati sugli artt. 25, n. 3, e 26 del medesimo regolamento, a riconoscere e ad eseguire tutte le decisioni relative alla procedura principale di insolvenza, e non hanno quindi il diritto di ordinare, applicando la legislazione di quest'altro Stato membro, provvedimenti esecutivi sui beni del debitore dichiarato insolvente situati nel territorio di quest'ultimo Stato, qualora non lo permetta la legislazione dello Stato di apertura e non siano soddisfatti i presupposti cui è subordinata l'applicazione degli artt. 5 e 10 del citato regolamento».

50 L. Fumagalli, *Apertura della procedura principale, competenza giurisdizionale e riconoscimento della decisione*, in *Giur. Comm.*, 2007, II, 324 ss.

cui il giudice che lo ha pronunciato abbia commesso un errore sulla competenza. L'unico rimedio in tal caso consiste infatti nella possibilità di impugnare il provvedimento nei modi e nei termini stabiliti dalla legge del luogo in cui esso è stato emanato (art. 5).⁵¹ Il riconoscimento automatico opera anche quando il debitore “per le sue qualità” non può essere assoggettato a una procedura di insolvenza negli altri Stati membri.⁵²

Va ribadito che gli effetti della procedura sono quelli dettati dalla *lex concursus*, salvo le eccezioni espressamente previste dal Regolamento. Un ulteriore limite alla applicazione della *lex concursus* è determinato poi dall'apertura di una procedura locale in un altro Stato membro: ad essa, infatti, verrà applicata la *lex fori* congiuntamente alla disciplina europea.⁵³

Queste disposizioni assumono rilievo in particolare quando il curatore proceda alla ricostituzione del patrimonio attivo oggetto della procedura. Nelle azioni intentate dal curatore, volte al recupero dei beni situati nei diversi Paesi membri, infatti, la questione pregiudiziale relativa all'esistenza e all'efficacia di una procedura principale a norma del Regolamento verrà risolta dal giudice *incidenter tantum*, vale a dire senza bisogno di alcun formale procedimento di delibazione. Il fatto che la questione venga risolta incidentalmente (e dunque senza un giudicato sulla questione) determina tuttavia l'eventualità che essa sia risolta da altri giudici in modo difforme. Ci si è allora posti il problema, se sia possibile riconoscere in Italia il provvedimento straniero una volta per tutte e con autorità di giudicato, dal momento che il nostro ordinamento non contempla più una disciplina per la delibazione delle decisioni straniere, ammettendosi il riconoscimento automatico di queste (art. 64 ss. l. n. 218/1995).

Secondo la Corte di Giustizia «l'art. 16, n. 1, primo comma, del regolamento deve essere interpretato nel senso che costituisce una decisione di apertura della procedura di insolvenza ai sensi di tale norma la decisione pronunciata da un giudice di uno Stato membro investito di una domanda in tal senso, basata sull'insolvenza del debitore e finalizzata all'apertura di una procedura di cui all'allegato A del medesimo regolamento, allorché tale decisione comporta lo spossessamento del debitore e comprende la nomina di un curatore previsto dall'allegato C al citato regolamento. Tale spossessamento comporta che il debitore perda i poteri di gestione da lui posseduti sul proprio patrimonio», ipotesi che si verificherebbe anche nel caso di nomina – prima dell'apertura della procedura – di un curatore provvisorio. C. giust. CE 2 maggio 2006, cit., n. 3).

51 C. giust. CE 2 maggio 2006, cit., n. 2). V. art. 5 Reg. 848/2015.

52 E. F. Ricci, *Il riconoscimento delle procedure d'insolvenza secondo il regolamento CE n. 1346/2000*, cit., 387 ss.

53 V. C. giust. CE 15 dicembre 2011, causa *Rastelli Davide e C. S.n.c./Jean-Charles Hidoux*, (C-191-10), ove si precisa che «Il regolamento (CE) del Consiglio 29 maggio 2000, n. 1346, relativo alle procedure di insolvenza, deve essere interpretato nel senso che il giudice di uno Stato membro che ha avviato una procedura principale di insolvenza nei confronti di una società, considerando che il centro degli interessi principali della stessa sia situato sul territorio di tale Stato, può estendere, in applicazione di una norma del suo diritto nazionale, tale procedura ad una seconda società, la cui sede statutaria sia situata in un altro Stato membro, soltanto a condizione che sia dimostrato che il centro degli interessi principali di quest'ultima si trova nel primo Stato membro».

Una prima soluzione prospettata dalla dottrina consiste nell'applicazione analogica dell'art. 67 l. 218/1995. A tal fine sarebbe competente la Corte d'appello nel cui distretto può essere localizzato il debitore o un qualche suo bene; e la legittimazione passiva dovrebbe essere riconosciuta in linea di principio al debitore, nel caso di iniziativa assunta da altri, mentre «lo stesso debitore (se attore) dovrebbe convenire colui che contesta l'efficacia della procedura aperta all'estero».

La dottrina ha anche affermato, in alternativa, la possibilità di impiegare a questo scopo l'ordinario processo di cognizione, attraverso la proposizione di una domanda avente per oggetto la declaratoria di inefficacia del provvedimento straniero (o anche l'inefficacia di quest'ultimo come apertura di una procedura principale, impregiudicato il problema della sua efficacia come apertura di una procedura locale). Secondo questa impostazione, tuttavia, sarebbe possibile ottenere una statuizione definitiva per il solo caso di accoglimento della domanda, vale a dire solo per l'ipotesi di accertamento dell'*inefficacia* del provvedimento; mentre non sarebbe possibile conseguire una decisione avente ad oggetto l'*efficacia* del provvedimento medesimo. Un risultato diverso rispetto a quello appena indicato potrebbe forse raggiungere chi consideri come «autodeterminata» la domanda di accertamento dell'inefficacia (o efficacia) del provvedimento straniero.

Oltre al provvedimento di apertura, sono poi parimenti riconosciute in ogni Stato membro senza alcuna formalità anche tutte le decisioni relative allo svolgimento e alla chiusura di una procedura principale; il concordato successivo all'apertura di una procedura di insolvenza, approvato da un giudice competente in virtù dell'art. 3; «le decisioni che derivano direttamente dalla procedura di insolvenza e le sono strettamente connesse» anche se pronunciate da altro giudice, e quelle riguardanti provvedimenti conservativi presi successivamente alla richiesta d'apertura di una procedura di insolvenza (art. 32)⁵⁴.

L'unico limite al riconoscimento delle decisioni è la possibilità che esse conducano ad «effetti palesemente contrari all'ordine pubblico, in particolare ai principi fondamentali o ai diritti e alle libertà personali sanciti dalla costituzione» (art. 33). Un effetto previsto dalla *lex concursus* non può certamente essere considerato contrario all'ordine pubblico e così impedire il riconoscimento in esame per il solo fatto di non essere contemplato dalla legge dello Stato *ad quem*. In linea con quanto già era stato suggerito dalla dottrina, la Corte di Giustizia ha al riguardo affermato che l'attuale art. 33 del Regolamento «deve essere interpretato nel senso che uno Stato membro può rifiutarsi di riconoscere una

54 Ai sensi dell'art. 32 Reg. 848/2015 «Le decisioni relative allo svolgimento e alla chiusura di una procedura di insolvenza pronunciate da un giudice la cui decisione di apertura è riconosciuta a norma dell'articolo 19, nonché le procedure di composizione approvate da detto giudice, sono egualmente riconosciute senza altra formalità. Tali decisioni sono eseguite a norma degli articoli da 39 a 44 e da 47 a 57, del regolamento (UE) n. 1215/2012».

procedura di insolvenza aperta in un altro Stato membro qualora la decisione di apertura sia stata assunta in manifesta violazione del diritto fondamentale di essere sentito di cui gode un soggetto interessato da una tale procedura».⁵⁵

Per quanto concerne invece la disciplina dell'esecuzione delle decisioni contemplate dall'art. 32, va sottolineato che il Regolamento rinvia espressamente articoli da 39 a 44 e da 47 a 57, del regolamento (UE) n. 1215/2012. Ciò significa, essenzialmente, che quelle decisioni non abbisognano di apposito *exequatur* da parte del giudice dello Stato in cui si vogliono rivendicare i loro effetti esecutivi. Esse richiedono, al contrario, di essere munite di esecutività nello Stato in cui vengono pronunciate. Se si tratta di decisioni che vengono pronunciate a valle di azioni che derivano dalla procedura o che sono ad essa strettamente connesse (si v. art. 6), l'unico motivo che potrà loro impedire di essere invocate come titolo esecutivo in uno Stato membro diverso, è costituito dal mancato rispetto dell'ordine pubblico⁵⁶.

VIII. LE PROCEDURE LOCALI: RICONOSCIMENTO ED EFFETTI.

Qualora si voglia avviare una procedura concorsuale nel Paese in cui il debitore ha una dipendenza, e non il centro principale dei suoi interessi, bisogna valutare se sia già stata aperta una procedura principale altrove, oppure se questo non sia ancora avvenuto. Nel primo caso si avvierà solo una procedura locale secondaria, senza che vi sia la necessità di verificare lo stato di insolvenza del debitore, ove questo sia già stato accertato in sede di apertura della procedura principale (art. 34): dovranno tuttavia sussistere tutti gli altri presupposti richiesti dalla *lex fori* per l'avvio di una procedura di insolvenza. Nel secondo caso, invece, potrà essere iniziata una qualunque delle procedure di cui all'allegato A, purché ne sussistano tutti i presupposti necessari a norma della *lex fori*, e salvi ovviamente i limiti di legittimazione di cui all'art. 3, co. 4, Reg. 848/2015.⁵⁷

In ogni ordinamento, in cui si trovi una dipendenza del debitore, dovrebbe essere prevista la pubblicazione obbligatoria del contenuto essenziale della decisione di apertura della procedura in un altro Stato membro⁵⁸, la quale

55 V. C. giust. CE 2 maggio 2006, cit., n. 4) che si è pronunciata in relazione al precedentemente in vigore art. 25 Reg. 1346/2000.

56 In tema, v. Baccaglioni, *L'esecuzione transfrontaliera*, cit., 1658 ss., cui si rinvia anche per un'analisi del diverso trattamento assegnato all'esecuzione delle decisioni che, pur pronunciate all'interno di una procedura di insolvenza, non possono considerarsi pronunciate a valle di azioni che derivano dalla procedura stessa. Regime di esecuzione che, per questo genere di decisioni, coincide appieno con quello previsto dal Reg. 1215/2012, anche rispetto ai motivi che ostacolano la loro circolazione.

57 Nel caso in cui sia avviata una procedura locale autonoma questa, ove poi venga avviata, nei confronti del medesimo debitore, la procedura principale, si converte in procedura secondaria: art. 3, u.c., Reg. 848/2015.

58 Considerando 75 e art. 28 Reg. 848/2015.

indichi se essa è stata aperta a norma del primo comma oppure del secondo comma dell'art. 3. La pubblicazione suddetta non rappresenta un presupposto per il riconoscimento della procedura straniera⁵⁹. Essa ha invece rilievo essenziale rispetto alla previsione dell'art. 31, a norma del quale «*colui che in uno Stato membro adempie un'obbligazione a favore del debitore assoggettato a una procedura di insolvenza aperta in un altro Stato membro, laddove avrebbe dovuto eseguirla a favore dell'amministratore della procedura, è liberato se non era informato dell'apertura della procedura*»; si presume tuttavia, fino a prova contraria, che chi adempie *prima* delle misure di pubblicità menzionate non fosse a conoscenza dell'apertura della procedura di insolvenza; per contro, si presume – sempre fino a prova contraria – che chi abbia adempiuto *dopo* le misure di pubblicità suddette fosse a conoscenza dell'apertura della procedura.

Una volta avviata una procedura locale, essa sarà automaticamente riconosciuta in quanto tale negli altri Stati membri e i suoi effetti non potranno essere ivi contestati: la territorialità applicata a questo tipo di procedure circoscrive infatti lo spazio entro cui gli effetti delle medesime si producono, ma non anche lo spazio nel quale tali effetti devono essere protetti⁶⁰. Questo significa in particolare che i beni del debitore che, secondo il principio di territorialità, appartengono al patrimonio attivo della procedura locale, potranno essere recuperati dal curatore di quest'ultima anche laddove siano stati trasferiti in un diverso ordinamento successivamente al provvedimento di apertura (art. 21, co. 2).⁶¹

A norma dell'art. 20, co. 2, ultima frase, qualsiasi limitazione dei diritti dei creditori che abbia luogo all'interno di una procedura locale può essere fatta valere rispetto ai beni situati in un altro Stato membro soltanto nei confronti dei creditori che vi abbiano acconsentito. Ciò vuol dire che le rinunce parziali ai crediti, derivanti da soluzioni concordatarie della procedura locale o dall'esdebitazione del debitore, sono opponibili negli altri Paesi membri solo a quei creditori che le abbiano accettate e non a quelli che, per legge, le abbiano subite. Di conseguenza, un creditore potrà agire in un diverso ordinamento per ottenere il residuo del proprio credito, senza che gli venga efficacemente opposta la soluzione concordataria o l'esdebitazione, solo laddove appartenga

59 P.P. Ferraro, *Il sistema di pubblicità europeo delle insolvenze transfrontaliere*, cit., 30 ss.

60 E. F. Ricci, *op. loc. ult. cit.*

61 V. C. giust. UE 11 giugno 2015, causa *Comité d'entreprise de Nortel Networks SA e altri*, (C-649/13), secondo cui «Gli articoli 3, paragrafo 2, e 27 del regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza, devono essere interpretati nel senso che i giudici dello Stato membro di apertura di una procedura secondaria d'insolvenza sono competenti, in via alternativa con i giudici dello Stato membro di apertura della procedura principale, a statuire sulla determinazione dei beni del debitore che ricadono nella sfera degli effetti di tale procedura secondaria». V. E. Frascaroli Santi, *Note a margine di una pronuncia informativa sulla problematica ripartizione della competenza tra giudici della procedura principale e i giudici della procedura secondaria*, cit., 603 ss.

alla seconda categoria. In altre parole, la disposizione in esame consente ai creditori che non abbiano preso parte alla procedura territoriale o che, avendovi preso parte, si siano opposti all'accordo cui conseguiva la "limitazione" dei loro crediti, di agire per far valere i loro diritti al credito residuo in altri ordinamenti. Va sottolineato che questa norma potrebbe rivelarsi deleteria in vista della stipulazione di un concordato, prevedendo un trattamento deteriore per i creditori che vi aderiscano rispetto a quelli che scelgano di non aderirvi.

L'art. 47 prevede poi che qualsiasi limitazione ai diritti dei creditori conseguente a un piano di ristrutturazione, un concordato o una misura analoga, che abbia luogo in una procedura secondaria, «può produrre effetti nei confronti dei beni del debitore che non siano oggetto di detta procedura soltanto con l'assenso di tutti i creditori interessati». Parrebbe dunque che le due diverse categorie di procedure territoriali (autonome da un lato, e secondarie dall'altro) siano soggette a due distinte discipline in relazione al tema in esame.⁶²

Si tenga però presente che, a norma dell'art. 36, qualora una procedura principale sia avviata dopo che, in un altro Paese membro, sia stata aperta una procedura locale autonoma, a quest'ultima si applicheranno le norme espressamente previste dal Regolamento per la procedura secondaria⁶³.

Per concludere in tema di procedure locali, va sottolineato che, al di là di quanto espresso al n. 10 dell'art. 2, quello di "dipendenza" è un concetto tutt'altro che semplice da definire e che ha dato filo da torcere agli interpreti, che si sono dovuti anzitutto porre il problema se esso potesse ricomprendere le società controllate nei gruppi di società. A questo proposito esatta era l'opinione di quanti prospettavano «l'opportunità di una riduzione teleologica dell'ambito di applicazione della nozione di dipendenza, che esclud[esse] la fattispecie della società figlia». Oggi non v'è più alcun dubbio sul fatto che la definizione di dipendenza fornita dal Regolamento prenda in considerazione la sede secondaria quale entità priva di una autonoma e distinta personalità giuridica, così escludendo che una società controllata appartenente a un gruppo possa essere ricompresa nella definizione.

Il diverso problema, se il controllo della società madre sulle società figlie possa implicare che queste ultime abbiano la sede nell'ordinamento in cui è situato

62 L'art. 34, co. 1, Reg. 1346/2000 prevedeva anche che, affinché una procedura secondaria (all'epoca necessariamente liquidatoria) potesse chiudersi con un piano di risanamento o un concordato, sarebbe stato necessario l'assenso del curatore della procedura principale (art. 34, co. 1).

63 Artt. 4, u.c., e 5 Reg. 848/2015. Si tenga peraltro presente che «*Su istanza dell'amministratore della procedura principale di insolvenza, il giudice dello Stato membro in cui è stata aperta la procedura secondaria di insolvenza può disporre la conversione in un altro tipo di procedura d'insolvenza elencato all'allegato A, a patto che siano soddisfatte le condizioni per l'apertura di tale altro tipo di procedura a norma del diritto nazionale, e che questo altro tipo di procedura sia quello più idoneo con riguardo agli interessi dei creditori locali e della coerenza tra la procedura principale e quella secondaria*» (art. 51, co. 1).

il C.O.M.I. della controllante, è stato invece risolto dalla Corte di giustizia, con una soluzione successivamente adottata dal Regolamento in esame, la quale ha sancito che la presunzione della coincidenza della sede effettiva di una società con la sua sede statutaria può essere superata solo qualora «elementi obiettivi e verificabili da parte di terzi»⁶⁴ consentano di determinare l'esistenza di una situazione reale diversa da quella risultante dal suo atto costitutivo, cosa che potrebbe verificarsi, per esempio, nel caso in cui la sede legale della società in questione rappresentasse una mera “letter box”, non svolgendo in realtà alcuna attività riconoscibile dai terzi sul territorio dello Stato membro in cui essa è collocata.

IX. I POTERI DELL'AMMINISTRATORE.

Il Regolamento nel disciplinare i poteri dell'amministratore (*i.e.* curatore), la cui definizione si trova all'art. 2, n. 5⁶⁵, distingue secondo che si tratti del curatore di una procedura avviata a norma del primo ovvero del secondo comma dell'art. 3. Per quanto concerne i poteri e i doveri dell'amministratore di una procedura principale, essi sono quelli previsti dalla *lex fori concursus*: egli può esercitare nel territorio di ogni altro Stato membro tutti i poteri che la legge menzionata gli attribuisce, fintantoché non venga avviata una procedura secondaria (la quale, va ribadito, funge da generale barriera all'applicabilità della *lex concursus*), o non sia adottata alcuna misura conservativa contraria, in seguito alla domanda di apertura di una procedura locale (art. 21, co. 1). Un principio simile vale per i poteri dell'amministratore di una procedura locale autonoma: essi sono quelli previsti dalla *lex concursus*, fintantoché non venga avviata una procedura principale; una volta avviata quest'ultima, essi subiranno le restrizioni conseguenti al necessario coordinamento tra procedure. È chiaro peraltro che, nell'esercizio dei propri poteri, il curatore – sia quello della

64 Bisogna evidenziare che questo concetto, ripreso dall'art. 3 Reg. 848/2015, è piuttosto vago e consente applicazioni probabilmente non in linea con la volontà del legislatore europeo (si v. il caso *Pin Group*, di cui dà conto G. Montella, in *La Corte di Giustizia e il COMI: eppur (forse) si muove*, in *Ilfallimentarista.it.*, 2012. In quella fattispecie, Pin, società madre di un gruppo di imprese, da tempo in uno stato di insolvenza, decideva di trasferire la propria sede dal Lussemburgo alla Germania, dove erano già state sottoposte a procedure di insolvenza altre società appartenenti al gruppo. Mossa dall'intento di sottoporsi anch'essa a procedura di insolvenza (ma in Germania) inviava idonea comunicazione dell'avvenuto trasferimento della sede a Colonia, a tutti i suoi creditori, al solo fine di rispettare il requisito della riconoscibilità del COMI in capo ai terzi, e domandava immediatamente di essere dichiarata insolvente. Non v'è chi non veda come in questo modo, Pin abbia del tutto trascurato l'altro requisito necessario ai fini di superare la presunzione della coincidenza del COMI con la sede statutaria di un'impresa: quello della abitudine nell'esercizio della propria attività.

65 Ai sensi del quale è «“*amministratore delle procedure di insolvenza*”, qualsiasi persona o organo la cui funzione, anche a titolo provvisorio, è quella di: i) verificare e ammettere i crediti fatti valere nelle procedure d'insolvenza; ii) rappresentare l'interesse collettivo dei creditori; iii) amministrare, in tutto o in parte, i beni dei quali il debitore è stato spossessato; iv) liquidare i beni di cui al punto iii); oppure v) sorvegliare la gestione degli affari del debitore. Le persone e organi di cui al primo comma sono elencati nell'allegato B».

procedura principale, sia quello della procedura locale – deve rispettare la legge dello Stato membro nel cui territorio intende agire, in particolare in relazione alle modalità di aggressione esecutiva e liquidazione dei beni (art. 21, co. 3)⁶⁶.

È inoltre previsto un reciproco obbligo di collaborazione e informazione tra il curatore della procedura principale e quelli delle procedure secondarie, «nella misura in cui tale cooperazione non sia incompatibile con le norme applicabili alle rispettive procedure» (art. 41, co. 1 e 2), e che ogni curatore deve insinuare nelle altre procedure i crediti già insinuati nella procedura cui è preposto, potendo altresì ivi esercitare i poteri attribuiti dalla legge a ogni singolo creditore (art. 45, co. 2 e 3)⁶⁷. Sempre nell’ottica della collaborazione (e comunque nell’interesse dei creditori), va altresì sottolineato che, qualora l’attivo di una procedura secondaria consenta la soddisfazione di tutti i creditori ammessi in questa procedura, l’amministratore preposto alla medesima deve trasferire «senza ritardo il residuo dell’attivo all’amministratore della procedura principale» (art. 49 e considerando 68).

Ove la legge del luogo in cui è stata domandata l’apertura di una procedura principale consenta al giudice competente di nominare un curatore provvisorio al fine 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 membro, per il periodo che separa la richiesta dalla decisione di apertura » della procedura (art. 52).⁶⁸ Si tenga presente che l’adozione di misure conservative è possibile anche negli Stati in cui il debitore abbia una dipendenza: in tal caso esse fungeranno da barriera ai poteri del curatore della procedura principale (arg. ex art. 21, co. 1).

Un’importante novità introdotta dal Regolamento n. 848/2015 consiste nella possibilità per il curatore della procedura principale di assumersi un “impegno” al fine di evitare l’avvio di una procedura territoriale potenzialmente

66 L. Baccaglioni, *L'esecuzione transfrontaliera delle decisioni fallimentari nel Regolamento UE 848/2015*, cit., 1652 ss.

67 Il Regolamento 1346/2000 conferiva al curatore della procedura principale una serie di poteri unilaterali di intromissione nelle procedure secondarie. Gravava infatti sui curatori preposti a queste ultime l’onere di attendere che il curatore della procedura principale presentasse «proposte riguardanti la liquidazione o qualsiasi altro uso dell’attivo della procedura secondaria». Inoltre il curatore della procedura principale poteva imporre al curatore di quella secondaria di sospendere «in tutto o in parte le operazioni di liquidazione»: siffatta richiesta avrebbe potuto essere respinta «solo per mancanza manifesta di interesse dei creditori della procedura principale» (art. 33). Infine, al curatore della procedura principale era riconosciuta la facoltà di chiedere al giudice competente ai sensi dell’art. 3, co. 2, che la procedura locale, che già non lo fosse, venisse convertita in una procedura di liquidazione, se ciò si fosse rivelato utile per gli interessi dei creditori della procedura principale (art. 37).

68 Norma sulla quale si è incidentalmente pronunciata la Corte di Giustizia: si vedano i punti 56 e 57 della sentenza della C. giust. CE 2 maggio 2006, cit.. V. in argomento G. Bongiorno, *La tutela dei creditori nella nuova disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2003, I., 640 e ss..

idonea a nuocere agli obbiettivi della prima (art. 36 Reg. 848/2015)⁶⁹: con questa previsione, il legislatore europeo del 2015 vuole prevenire quanto nella prassi si è già verificato in alcune occasioni, e cioè che una procedura principale di risanamento fosse vanificata dall'avvio in un altro Paese membro di una procedura avente carattere liquidatorio⁷⁰.

VIII. I CREDITORI CONCORSUALI.

Una volta avviata una procedura principale, il Regolamento vieta su tutto il territorio dell'U.E. l'inizio o la prosecuzione di azioni esecutive singolari, da parte dei creditori dell'insolvente⁷¹: costoro potranno trovare soddisfazione solo insinuando la loro pretesa nella procedura principale o eventualmente in quelle locali (art. 45, co. 1). Il Regolamento prescrive espressamente che il creditore

69 Attraverso questo istituto, disciplinato dall'art. 36 Reg. 848/2015, il curatore della procedura principale si impegna con i creditori locali a far aver loro in sede distributiva lo stesso trattamento che avrebbero ricevuto qualora fosse stata avviata una procedura secondaria nel loro ordinamento.

70 Nel vigore del precedente Regolamento 1346/2000, infatti, le procedure locali ausiliarie, al contrario di quelle principali e di quelle locali autonome – il cui catalogo era identico ed era riportato nell'allegato A (per l'Italia si trattava del fallimento, del concordato preventivo, della liquidazione coatta amministrativa e dell'amministrazione straordinaria) – potevano avere solo natura liquidatoria e il loro elenco era contenuto nell'allegato B, il quale, per ciò che concerne l'Italia, contemplava il fallimento e la liquidazione coatta amministrativa (artt. 3, co. 3, e 27 Reg. 1346/2000). Orbene, ove fosse stata avviata una procedura secondaria non solo questa non avrebbe potuto che essere liquidatoria, ma neppure era consentito che in questa fosse verificato il requisito dell'insolvenza, e ciò a prescindere dal fatto che esso fosse già stato fatto oggetto oppure no di verifica in sede di avvio della procedura principale. Sul tema si è espressa con sentenza del 22 novembre 2012 la Corte di Giustizia nel caso *Bank Handlowy* (C-116/11): nella fattispecie era emersa l'inadeguatezza del Regolamento (CE) 1346/2000 al riguardo, perché la sua disciplina rischiava di vanificare gli obiettivi di una procedura principale di risanamento, ove fosse stata avviata una procedura secondaria (obbligatoriamente) liquidatoria. Il nuovo regolamento ha preso atto di questa incongruenza e vi ha posto rimedio, da un lato, eliminando la necessaria natura liquidatoria delle procedure secondarie e, dall'altro lato, prevedendo che la verifica del requisito dell'insolvenza possa essere omessa solo nel caso in cui questo sia già stato accertato in sede di apertura della procedura principale. Inoltre, l'art. 51 Reg. 848/2015 prevede ora che «*su istanza dell'amministratore della procedura principale di insolvenza, il giudice dello Stato membro in cui è stata aperta la procedura secondaria di insolvenza può disporre la conversione in un altro tipo di procedura d'insolvenza elencato all'allegato A, a patto che siano soddisfatte le condizioni per l'apertura di tale altro tipo di procedura a norma del diritto nazionale, e che questo altro tipo di procedura sia quello più idoneo con riguardo agli interessi dei creditori locali e della coerenza tra la procedura principale e quella secondaria*». Si veda anche C. giust. CE 4 settembre 2014, causa *Burgo Group S.p.A./ Illochroma SA* (C-327-13), ove viene affermato il principio secondo cui «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. Tuttavia, gli Stati membri, nel determinare le condizioni per l'apertura di una procedura secondaria, devono rispettare il diritto dell'Unione e, in particolare, i principi generali di quest'ultimo nonché le disposizioni del regolamento n. 1346/2000». Si veda G. Montella, *Procedura principale conservativa e procedura secondaria di liquidazione nel Regolamento (CE) n. 1346/2000*, in *Fall.*, 2013, 538 ss.

71 Sull'obbligo di informare i creditori noti, il contenuto della domanda di insinuazione del credito e le altre formalità procedurali si vedano gli artt. 40 e ss..

che, dopo l'apertura di una procedura principale, ottenga con qualsiasi mezzo soddisfazione totale o parziale del proprio credito in un diverso Paese membro, è tenuto a restituire al curatore della procedura principale quanto abbia percepito (art. 23, co. 1): regola, questa, che sembra consentire al curatore di agire per recuperare quanto (indebitamente) ottenuto dal creditore, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo partecipi o non partecipi al passivo della procedura principale. A questa regola fa eccezione l'ipotesi in cui il creditore abbia ottenuto parziale soddisfazione del proprio credito in una procedura concorsuale avviata in un altro Stato membro: in tal caso, tuttavia, egli potrà partecipare ai riparti della procedura principale (o di eventuali procedure secondarie) solo quando in quest'ultima gli altri creditori del suo stesso rango abbiano soddisfatto il loro credito per una quota equivalente (art. 23, co. 2: si tratta della cosiddetta *Hotchpot rule*).

MICHELLE VANZETTI

