

A Nye Tihunder

www.osservatorio.oci.org

Indice

“Insolvenza transfrontaliera: la disciplina comunitaria”

Introduzione

Capitolo primo- la Unione Europea e il processo di integrazione normativa sulla materia

1.1. Prima del regolamento n.1346/2000:

- le Convenzioni fra Stati
- la Convenzione di Bruxelles del 1968

1.2 I progetti di disciplina comunitaria:

- il progetto del 1970
- il progetto del 1981
- la Convenzione del Consiglio d'Europa del 1991
- la Convenzione sulle procedure di insolvenza del 1995

1.3 La UNCITRAL e la “legge modello”

1.4 Il Regolamento n.1346/2000: disciplina generale

- la definizione di C.o.m.i.
- la regola della legge dello Stato di apertura

Capitolo secondo- profili critici e lacune del Regolamento n.1346/2000

2.1 Mancata definizione del concetto di C.o.m.i.

- il caso Eurofood
 - >la fattispecie
 - >le conclusioni
- il *anglo saxon approach*
- il caso Interedill
- il caso Rastelli

2.2 Imprecisa definizione del concetto di dipendenza

- il caso Interedill: le conclusioni della Corte

2.3 Lacunosa disciplina del rapporto fra procedure

- il sistema del Regolamento
- il caso Bank Handlowy

2.4 Mancata indicazione della competenza sulle cause connesse

- i problemi interpretativi
- il caso Seagon c. Deko Marty
- la *vis attractiva* immanente al sistema

2.5 La assenza di una disciplina della insolvenza dei gruppi di imprese

Capitolo terzo- il nuovo Regolamento n. 848/2015

3.1 Ambito di applicazione e definizioni

3.2 3.2.1 Competenza giurisdizionale internazionale

- l'articolo 3
- la regola della legge dello Stato di apertura
- le ipotesi di deroga
- 3.2.2. Disciplina dei conflitti di giurisdizione
- il sistema del precedente regolamento
- il caso Daysitek

3.2.3 Competenza sulle cause connesse

- la nuova disciplina

- i casi giurisprudenziali
- > il caso Gourdain c. Nadler
- > il caso SCT Industri AB c. Alpenblume
- > il caso German Graphics Graphische Maschinen GmbH

–

3.3 Informazione dei creditori ed insinuazione dei crediti

- quali creditori possono insinuarsi e per quale importo del loro credito
- gli obblighi del giudice e dell'amministratore della procedura

3.4 Coordinamento delle procedure

- preminenza della procedura principale
- l'articolo 3: il sistema
- le norme per un miglior coordinamento
- centralità della procedura principale
- > "impegno" ex art. 36
- > informazione creditori; possibilità rifiuto/sospensione apertura procedura secondaria
- > impugnazione della decisione di apertura della procedura secondaria
- > effetti della chiusura
- cooperazione fra giudici e amministratori delle procedure; disciplina dei Registri Fallimentari

3.5 Riconoscimento della procedura di insolvenza

- principio del riconoscimento automatico: differenze fra procedura principale e secondaria
- limite della contrarietà all'ordine pubblico
- l'articolo 18
- l'articolo 32
- la non automaticità degli effetti esecutivi

3.6 Nuova disciplina della insolvenza dei gruppi di imprese

- obblighi di cooperazione
- meccanismo di coordinamento

3.7 Nuova disciplina per la protezione dei dati personali

Capitolo quarto- cenni sulla disciplina della insolvenza transfrontaliera bancaria

4.1 La Direttiva 2001/24/CE

4.2 La nuova Direttiva 2014/59/UE (c.d. *BRRD*) ed il meccanismo del *bail-in*

Conclusioni

Bibliografia

Introduzione

La globalizzazione e l'apertura dei mercati permettono oggi all'impresa di estendere il proprio ambito operativo oltre i confini del territorio nazionale. E se ciò è semplicemente vero a livello globale, nell'ambito della Unione europea le imprese (e le persone) godono di un vero e proprio diritto alla libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, come sancito dal Trattato sul funzionamento della Unione europea.

La crisi costituisce una fase patologica della vita di un'impresa, ma ad oggi, forse, sempre più frequente per via di un contesto socio economico non certo favorevole. Per queste ragioni, ci siamo interessati allo studio della disciplina europea della insolvenza transfrontaliera, inoltre recentemente ritoccata.

L'elaborato si soffermerà innanzitutto su una disamina della evoluzione storica che ha portato al primo Regolamento europeo sulla insolvenza transfrontaliera (Reg. n. 1346/2000), di cui se ne studieranno le lacune ed i punti critici, con ampio riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea elaborata negli anni di applicazione dello stesso. Il nostro studio si soffermerà, quindi, lungamente sul testo di rifusione

(Reg. n. 848/2015), con lo scopo di valutare quanto degli approdi giurisprudenziali sia stato recepito dal legislatore europeo e quanto delle lacune presenti nel primo testo si sia colmato. Ci riserviamo di concentrare nelle *Conclusioni* le nostre considerazioni riguardo questi aspetti e l'effettiva efficacia della disciplina di evitare fenomeni di *forum shopping*; ci chiederemo, inoltre, se sempre queste strategie d'impresa possano essere considerate abuso del diritto (ed in questo senso giustificare la ferma condanna che ne compie il legislatore europeo) e quando, al contrario, le stesse potrebbero addirittura essere d'aiuto al risanamento dell'impresa e quindi alla realizzazione degli interessi dei creditori.

Nel quarto capitolo apriremo, infine, una breve parentesi sulla disciplina sempre europea della insolvenza transfrontaliera delle banche, esclusa dall'ambito di applicazione del regolamento di cui sopra per via della ontologica differenza della impresa bancaria dall'impresa industriale. Lo scopo è, da una parte, di fornire un quadro quanto più completo della disciplina della insolvenza transfrontaliera, e dall'altra, di poter valutare il funzionamento di un diverso modello (come vedremo) di approccio alla problematica. Anche rispetto questa disciplina ci riserviamo di esprimere le nostre considerazioni nelle *Conclusioni*.

Mi permetto di ringraziare già in questa sede il prof. Michele Castellano, per avermi permesso di concludere questo percorso avendolo come Relatore; per avermi trasmesso, prima, con le sue lezioni, la passione per la materia, e per avermi, poi, seguito in questi mesi di scrittura sempre con disponibilità e sorriso.

www.osservatorio.oci.org

Capitolo primo

DALLE CONVENZIONI FRA STATI AL PRIMO REGOLAMENTO COMUNITARIO

1.1 Prima del regolamento 1346/2000: le convenzioni fra gli Stati e la Convenzione di Bruxelles del 1968.

Già prima che si giungesse ad approvare il Regolamento 1346/2000, l'apertura dei mercati e la crescente transnazionalità degli scambi aveva portato gli Stati ad accordarsi singolarmente fra loro per regolamentare il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni e delle sentenze sui rispettivi territori: il Belgio e la Francia avevano stipulato una Convenzione sulla competenza giudiziaria, sull'autorità e sull'esecuzione delle decisioni giudiziarie, dei lodi arbitrari e degli atti autentici già nel 1899; sempre il Belgio aveva stipulato una convenzione con i Paesi Bassi sulla competenza giudiziaria territoriale, sul fallimento, sull'autorità e sull'esecuzione delle decisioni giudiziarie, dei lodi arbitrari e degli atti autentici nel 1925 ed un'altra analoga con l'Austria sul fallimento, sul concordato e la dilazione di pagamento nel 1969;

l'Italia, per parte sua, si era accordata con la Francia nel 1930 con una convenzione sull'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale e poi con l'Austria in materia di fallimento e concordato, nel 1977. Questi giusto per fare alcuni esempi. Si avvertiva, insomma, in questa fase primordiale di globalizzazione, con l'estensione dell'attività d'impresa al di fuori dei territori nazionali, l'apertura dei mercati e l'avvicinamento degli stessi, l'esigenza di regolamentare come le decisioni emesse da un organo giurisdizionale di uno Stato dovessero esplicare i propri effetti ed essere eseguite in un altro. Dapprima queste convenzioni sorsero fra Paesi fra cui erano più frequenti i traffici commerciali, se non altro perché geograficamente confinanti. Ma con la nascita della Comunità Europea e del concetto di Mercato Unico, queste interazioni commerciali crebbero di numero, e fra nuovi Stati; le imprese potevano ora estendere la propria attività lontano, esportando beni e servizi.

Disciplina dell'attività d'impresa significa anche, e forse soprattutto, disciplina dell'insolvenza ed è per questo che già al 1960 iniziarono a Bruxelles i lavori per una convenzione sulle procedure concorsuali in sede comunitaria. In realtà il progetto era ben più ambizioso: si voleva, infatti, regolamentare tutta la materia degli effetti delle sentenze e delle decisioni e della loro esecuzione, inclusa la parte sull'insolvenza.

Progetto, che in linea teorica, al tempo, poteva forse essere fattibile, considerando che gli Stati membri erano solo 5; ma, per contro, si manifestò da subito la problematicità della materia concorsuale. Così, si affidò questa materia ad una Commissione specifica e nel 1968 venne emanata la Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, *latu sensu* intese; convenzione questa ultima che per esplicita previsione non si applicava alle procedure concorsuali. Per quanto concerne la materia concorsuale, nel 1970 venne elaborato un primo progetto (che non divenne mai diritto positivo per mancata adesione di tutti gli Stati membri) che si connotava per l'ispirazione ad un principio di unità ed universalità del fallimento, in virtù del quale si negava che potessero essere instaurate diverse procedure nei confronti dello stesso soggetto. Nel 1981 venne redatto un nuovo testo, col quale si concepiva ancora solo l'apertura di una procedura in unico Stato membro, senza che altrove potessero essere instaurati altri procedimenti concorsuali; già con questo testo, d'altra parte, si assunse un modello di *modified universal insolvency*¹, con l'adozione, come criterio di coordinamento

¹ Come vedremo meglio nel corso dello studio, in sede di coordinamento della disciplina fallimentare fra più ordinamenti si possono adottare fondamentalmente i seguenti tre modelli:

- *full universal insolvency*: viene instaurata una unica procedura gestita dall'autorità di uno Stato membro, che si estende ed esplica i propri effetti su tutto il territorio interessato (modello adottato in sede di insolvenza bancaria);

- *territorial insolvency*: non si crea alcun meccanismo di coordinamento perchè ciascuna autorità nazionale conserva la propria autonomia e sfera di competenza sui casi di insolvenza delle imprese dello Stato;

delle varie discipline nazionali, della regola della legge dello Stato di apertura: sarebbe stata la disciplina applicabile sul territorio dello Stato dove era stata aperta la procedura (unica, ricordiamolo, al tempo) a disciplinare come essa dovesse svolgersi, concludersi ed esplicare i propri effetti. Anche questo testo, però alla fine, non trovò l'appoggio di tutti gli Stati.

La difficoltà di trovare un punto d'incontro si scontrava con l'urgenza di coordinare la materia. Ci si rese conto che il carattere di universalità che si voleva attribuire al fallimento appesantiva la disciplina ma a fronte di ciò vi fu un lungo periodo di silenzio, in assenza di proposte. Questo silenzio venne spezzato dal Consiglio d'Europa. Lo sforzo del Consiglio d'Europa si concretizzò nel 1991 nella Convenzione europea su alcuni aspetti fondamentali del fallimento, che senza alcuna pretesa di universalità permetteva di risolvere alcuni problemi di ordine pratico e in questo senso costituì il modello per il successivo regolamento europeo. Gli aspetti più rilevanti della Convenzione del Consiglio d'Europa (anch'essa mai divenuta diritto positivo) sono:

-contemplazione della possibilità di apertura di una procedura principale, ove fosse situato il “centro dei suoi interessi principali”, e

- *modified universal insolvency*: viene elaborato un meccanismo di coordinamento fra le discipline dei diversi Stati membri, per cui in caso di insolvenza di una impresa transfrontaliera si applicherà solo la disciplina di uno fra gli Stati su cui quella impresa esercita la propria attività (modello, come detto, adottato in sede di insolvenza industriale).

diverse procedure secondarie a livello territoriale: fu questa l'idea di successo che permise poi di superare l' *empasse* in cui si era giunti in Comunità Europea;

-riconoscimento al curatore di determinati poteri esercitabili anche al di fuori del territorio nazionale per permettere lo svolgimento e la positiva conclusione della procedura;

-possibilità per i creditori residenti in Stati diversi da quello del fallimento di partecipare alla procedura, insinuando il proprio credito, senza alcun ulteriore appesantimento;

In realtà, questo testo era ancora lontano dai traguardi poi raggiunti nel 2000. Non era previsto, ad esempio, un riconoscimento automatico ed uniforme degli effetti della decisione finale: la convenzione faceva infatti derivare dall'apertura della procedura in uno Stato effetti autonomamente determinati, notevolmente diversi da quelli previsti dalla legge dello Stato di apertura. Un altro aspetto carente e contraddittorio riguardava più specificamente gli effetti del fallimento sui beni situati sul territorio di uno Stato differente rispetto a quello della procedura perché, a livello convenzionale, la pronuncia del fallimento non produceva alcun effetto su tali beni. Dipendeva dalla legge nazionale se per poter esercitare i propri poteri il curatore

necessitasse di un solo provvedimento unico o di tanti provvedimenti quanti erano i beni assoggettati a concorso. Nella convenzione, inoltre, mancava un divieto generalizzato di azioni esecutive individuali: il paragrafo 2 riconosceva, infatti, ad alcuni creditori la possibilità, nei due mesi dalla pubblicazione della nomina del curatore, di intraprendere azioni individuali.

Nel 1991 ripresero i lavori in Comunità dopo la firma della Convenzione di Istanbul. Gli anni successivi sono gli anni del Trattato di Maastricht, della nascita della Unione Europea, questa confederazione di Stati europei sempre più integrati fra loro, economicamente e politicamente: v'erano le basi per una seria armonizzazione della disciplina dell'insolvenza a livello comunitario. Così nel 1995 i Ministri di Giustizia e degli Interni degli Stati membri approvarono la convenzione sulle procedure di insolvenza, recependo le linee guida elaborate ad Istanbul. Inevitabile lo strumento della convenzione². Modellata sulla Convenzione del Consiglio d'Europa, questi gli aspetti più significativi:

-competente ad aprire una procedura concorsuale è il giudice dello Stato

² Le convenzioni, come noto, hanno un livello di vincolatività decisamente inferiore rispetto, ad esempio, ai regolamenti, in quanto sono propriamente accordi internazionali che per poter essere efficaci all'interno di uno Stato membro devono essere, secondo la disciplina interna, recepiti. L'Unione Europea, invece, si è dotata di uno strumento legislativo, quale i Regolamenti, che in forza del meccanismo democratico di redazione, sono assumibili a vere e proprie leggi europee, immediatamente e direttamente efficaci in tutti gli Stati membri (a meno di riserve).

contraente nel cui territorio v'è il “centro degli interessi principali” del debitore;

-gli effetti della procedura sono dettati dalla *lex concursus* con alcune limitazioni: è offerta la possibilità di aprire a livello territoriale delle procedure secondarie con finalità squisitamente liquidativa (il che significava che potevano apprendersi all'attivo fallimentare della procedura principale solo i beni dislocati nel territorio dello Stato ove tale procedura era stata aperta);

-il curatore della procedura principale può esercitare i poteri previsti dalla *lex concursus* in tutti gli Stati contraenti sulla base dell'automatico riconoscimento della decisione stessa (questa, un'innovazione rispetto anche al testo della Convenzione di Istanbul).

Anche questa convenzione fallì, per non aver ottenuto l'adesione di tutti gli Stati membri. D'altra parte il contenuto della stessa è stato pressoché ricalcato dal Regolamento 1346/2000. Col Trattato di Amsterdam del 1997 si ebbe, poi, una nuova spinta all'integrazione, alla cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale (nel 2001 verrà emanato il Regolamento n.44, testo fondamentale sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale) e alla elaborazione di una disciplina organica comunitaria

dell'insolvenza.

Risulta doveroso, a questo punto, prima di immergerci nell'analisi del Regolamento n. 1346/2000 e del passaggio al successivo Regolamento n. 848/2015, aprire una parentesi sulla UNCITRAL, la Commissione delle Nazioni Unite per il diritto del commercio internazionale, costituita nel 1966 con lo scopo di uniformare a livello mondiale il diritto commerciale. Essa ha elaborato nel 1997 una legge modello, basata anch'essa sul principio di universalità limitata: l'obiettivo non è di unificare le leggi sull'insolvenza (un traguardo, a livello mondiale, di difficile, se non impossibile, attuazione), quanto, nell'epoca della globalizzazione e del Mercato Globale, di permetterne un avvicinamento, per conseguire una migliore cooperazione fra le autorità; l'intento è di creare una base comune di riferimento per gli Stati che si trovino a disciplinare il fenomeno dell'insolvenza transnazionale. La *model law* ci interessa relativamente agli aspetti comuni con la nostra disciplina regionale europea. Fra gli altri:

- esclusione dall'ambito di applicazione delle assicurazioni e degli enti creditizi;

- previsione della possibilità di accesso diretto ai tribunali locali, senza necessità di formalità particolari,

-riconoscimento del diritto dei creditori stranieri ad essere trattati come i creditori nazionali.

Ovviamente, tante altre sono le distanze delle due regolamentazioni: a livello globale le Nazioni Unite non hanno potuto prevedere un procedimento di riconoscimento automatico delle decisioni, per cui le dichiarazioni straniere d'insolvenza hanno effetto in un altro Stato solo a seguito di procedimento di verifica; è contemplata anche qui la compresenza di una procedura principale e “centrale” con altre procedure secondarie territoriali ma non sono previsti quei vincoli particolarmente stretti propri della disciplina comunitaria; non disciplina la giurisdizione.

1.2 Il Regolamento Europeo n. 1346/2000.

Questo lungo iter travagliato non è stato vano: nel 2000 è stato emanato il Regolamento Europeo n. 1346 sull'insolvenza transfrontaliera.

Esso riproduce, in sostanza, il testo della convenzione di Bruxelles del 1995, mai entrata in vigore, ma nelle forme di un regolamento europeo: non più, quindi, solo un accordo fra Stati, ma un vero e proprio testo di legge, immediatamente efficace e vincolante, in ogni sua parte, in tutti

gli Stati membri (accettanti: l'unico stato membro a non aver accettato il regolamento è la Danimarca). Questa forma, oltre a garantire il grado massimo di omogeneità e certezza del diritto, permette alla materia d'essere oggetto diretto di interpretazione da parte della Corte Europea di Giustizia. E colma, in questo modo, quel vuoto normativo lasciato nel 1968 dalla Convenzione di Bruxelles, quando la complessità della materia aveva fatto desistere dal disciplinarla insieme con la restante materia civilistica/commerciale (art. 1, par.2, lett. b) . Lo studio approfondito di questo regolamento è un passo fondamentale, in quanto da una parte, esso sarà ancora in vigore fino al 26 Giugno 2017 e, dall'altra, perché l'intervento del 2015 è stato indirizzato a correggerne specificamente i punti deboli così come si sono manifestati nella pratica in 15 anni di attuazione.

La struttura del regolamento è piuttosto semplice: 33 considerando iniziali, 47 articoli suddivisi in 5 capitoli (disposizioni generali, riconoscimento della procedura di insolvenza, procedure secondarie di insolvenza, informazione dei creditori ed insinuazione dei loro crediti, disposizioni transitorie e finali), allegati. Il campo di applicazione del regolamento sono “le procedure concorsuali fondate sull'insolvenza del debitore che comportano lo spossessamento parziale o totale del debitore stesso e la designazione di un curatore” (art.1), ma

esso non si applica alle imprese assicuratrici o gli enti creditizi, alle imprese di investimento che forniscono servizi che implicano la detenzione di fondi o di valori mobiliari di terzi, agli organismi d'investimento collettivo. Esso si informa ad un principio di universalità attenuata, in linea con i nuovi traguardi raggiunti con le precedenti convenzioni in ambito europeo. Competenti ad aprire la procedura principale sono i giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore (che non si definisce; solo si presume coincidere con la sede statutaria per le società e le persone giuridiche); a questo punto, i giudici di un altro stato membro saranno competenti ad aprire una altra procedura di insolvenza nei confronti del debitore solo se questi possiede un dipendenza nel territorio di tale altro stato membro, con effetti limitati ai beni del debitore che si trovino su detto territorio (procedura secondaria). È la legge dello Stato di apertura a disciplinare lo svolgimento e la chiusura della procedura.³ A questa

³Art. 7, par.2 : "La legge dello Stato di apertura determina le condizioni di apertura, svolgimento e la chiusura della procedura di insolvenza. Essa determina in particolare:

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

regola, d'altra parte, sono poste delle deroghe giustificate dall'esigenza di tutelare l'affidamento dei terzi per garantire il corretto funzionamento del Mercato o dal carattere propriamente nazionale della materia⁴. In queste ipotesi si applicherà la *lex rei sitae*. La decisione di apertura della procedura di insolvenza è automaticamente riconosciuta in tutti gli altri Stati membri e questo riconoscimento le permette di esplicitare gli stessi effetti previsti dalla legge dello Stato di apertura; al curatore si riconosce il potere di esercitare tutti i poteri riconosciuti dalla legge dello Stato di apertura, anche sul territorio di un altro stato membro (il curatore non può, però, impiegare mezzi coercitivi e non ha il diritto di decidere una controversia o una lite). Le decisioni relative allo svolgimento e alla chiusura di una procedura di insolvenza, parimenti, godono del riconoscimento automatico in tutti gli Stati membri (a meno che non siano contrarie all'ordine pubblico)

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 di creditori.”

⁴ artt.5-15: diritti reali dei terzi, compensazione, riserva di proprietà, contratto relativo a un bene immobile, sistemi di pagamento e mercati finanziari, contratti di lavoro, effetti sui diritti soggetti a iscrizione nei pubblici registri, brevetti e marchi comunitari, atti pregiudizievoli, tutela del terzo acquirente, effetti della procedura di insolvenza sui procedimenti pendenti.

Capitolo Secondo

PROFILI CRITICI E LACUNE

DEL REGOLAMENTO 1346/2000

Il regolamento n.1346/2000, pur costituendo un approdo fondamentale nel processo di integrazione europea, anche a livello di cooperazione giudiziaria, pecca, in alcuni punti, di incompletezza e della mancata definizione di alcuni concetti essenziali. Lo studio dei più rilevanti profili critici del regolamento del 2000 ci permetterà di comprendere meglio se e come nel 2015 si è intervenuto sugli stessi, e quali problematiche ancora residuano.

2.1 Mancata definizione concetto di C.o.m.i.

La prima e, forse, più importante lacuna del regolamento 1346/2000 consiste nella mancata definizione del concetto di C.o.m.i. (*centre of main interest*) che, come sappiamo, costituisce il criterio adottato per individuare il giudice competente e la legge applicabile alla procedura principale. La norma di riferimento sarebbe il primo paragrafo dell'art. 3

del regolamento⁵, ma essa manca totalmente di una definizione specifica del C.o.m.i.; v'è solo una presunzione semplice di corrispondenza del C.o.m.i. con la sede statutaria in caso di società e persone giuridiche.

Questa imprecisione del regolamento non è di poco conto poiché può facilmente dar luogo a conflitti di giurisdizione, se non a una vera e propria strategia di *forum shopping* da parte dell'impresa. A ciò si aggiunga che non è neppure prevista una procedura compiuta per la risoluzione di eventuali conflitti di giurisdizione; è indicato semplicemente come criterio di risoluzione di conflitti positivi di giurisdizione il criterio della prevalenza (quindi il criterio del C.o.m.i. non è veramente inderogabile?); manca, invece, alcun criterio di risoluzione di eventuali conflitti negativi, e ciò sfocia, inevitabilmente, in un intollerabile vuoto di tutela⁶.

Rispetto alla definizione del C.o.m.i e alle vicende che possono verificarsi poco prima dell'apertura della procedura (vedi, spostamento repentino della sede sociale in altro Stato membro), la giurisprudenza nazionale e della Corte di Giustizia Europea ha avuto modo di esprimersi più volte. Impossibile non citare, a questo proposito, il

⁵Art. 3, paragrafo 1: "Sono competenti ad aprire la procedura di insolvenza i giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore. Per le società e le persone giuridiche si presume che il centro degli interessi principali sia, fino a prova contraria, il luogo in cui si trova la sede statutaria".

⁶ Ancorchè, come vedremo meglio successivamente, il problema non si sia posto frequentemente nella pratica e sia, quindi, non così rilevante.

leading case Eurofood (C-341/2004)⁷. In breve i fatti.

Nel 2003, poco dopo l'emanazione del decreto legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, veniva ammessa alla procedura la Parmalat S.p.a., di cui era stata già dichiarata l'insolvenza dal Tribunale di Parma. Del gruppo Parmalat faceva parte anche Eurofood, piccola società figlia di diritto irlandese, con sede a Dublino. A fronte dell'insolvenza di questa ultima, la Bank of America chiedeva ai giudici irlandesi l'apertura di una procedura di liquidazione coatta e per questa venne nominato un curatore, detto Mr. Farrell. Contemporaneamente, in Italia, in base alle disposizioni della Legge Marzano⁸, si chiedeva l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria anche della piccola società Eurofood, sulla base del presupposto che il C.o.m.i. della stessa fosse ubicato in Italia, poiché società facente parte del gruppo Parmalat, con sede in Italia, che d'altra parte ne possedeva l'intero capitale. Questa affermazione, ovviamente, venne contestata dai giudici irlandesi, che sottolinearono come la nomina del Mr Farrell, quale curatore della procedura di liquidazione

⁷ Case C- 341/04 *Eurofood IFSC Ltd*, consultabile in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62004CJ0341>.

⁸ Ci riferiamo alla disciplina della procedura di amministrazione straordinaria delle grandissime imprese insolventi che è stata introdotta nel nostro ordinamento dopo il crollo della Parmalat (appunto), allo scopo di disciplinare il dissesto. Fondamentalmente l'idea è che in caso di impresa „grandissima“, per tale intendendosi una impresa dotata di almeno 500 dipendenti e gravata da un debito di almeno 300 milioni, se ne debba tentare la ristrutturazione economico- finanziaria in ogni caso (secondo una prospettiva che ad oggi è stata adottata trasversalmente nel sistema di diritto fallimentare interno ed internazionale). Legge 18 febbraio 2004, n. 39, di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, recante misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza, consultabile in <http://www.camera.it/parlam/leggi/04039I.htm>.

irlandese, costituisse il momento iniziale di detta procedura, e che, quindi, in ragione di ciò e dell'esistenza di un criterio di prevalenza come regolatore dei conflitti di giurisdizione, dovesse prevalere la procedura irlandese. La questione giunse alla Corte di Giustizia Europea che ebbe modo, riprendendo quanto affermato dal considerando n.13 del regolamento, di dare una definizione compiuta di C.o.m.i., come del “luogo in cui il debitore gestisce i suoi interessi in modo abituale e riconoscibile da terzi”.⁹

Gli elementi distintivi erano, quindi, fondamentalmente tre:

- “gestione degli interessi”: essa va intesa con riferimento al patrimonio globalmente inteso, e non soltanto alle attività. Non è possibile meglio definire a che interessi si faccia riferimento, per l'assenza di una specificazione da parte del regolamento; non è possibile neppure chiarire ciò riferendosi esclusivamente a quanto previsto dalle discipline nazionali. Le opinioni dottrinali a riguardo sono molteplici, ma ritengo che molto semplicemente per gestione degli interessi vada intesa l'attività di amministrazione e compimento degli atti tipici

⁹ Si veda, in relazione alla autonomia delle definizioni e della interpretazione del diritto dell'unione rispetto ai diritti nazionali, quanto espresso dalla Corte nella successiva Sentenza Interedil: “Secondo giurisprudenza costante, tanto l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione quanto il principio di uguaglianza esigono che una disposizione di diritto dell'Unione che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata deve normalmente dar luogo, nell'intera Unione europea, ad un'interpretazione autonoma e uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione stessa e dello scopo perseguito dalla normativa di cui trattasi.”

dell'attività economica compiuta dal debitore (ad es. in caso di attività di commercio di un determinato bene, nelle attività di compimento degli ordini, immagazzinamento, gestione degli invii, ricezione della clientela). E per l'individuazione del luogo di gestione di questi “interessi principali” dovrebbe adottarsi, a mio parere, anche un criterio quantitativo, nel senso che sede di amministrazione di un'attività può essere considerata la sede in cui, più che in altri luoghi, che potremmo definire dipendenze, vengano compiuti quegli atti tipici, di cui sopra.

□ “abitualità” : questo requisito va inteso come sussistenza di una certa stabilità dell'attività economica che sia, quindi, da intendersi “radicata” sul territorio; fattori determinanti, a proposito, possono essere l'ubicazione della sede e, soprattutto, il lasso di tempo di svolgimento di detta attività su quel territorio. La verifica della sussistenza di questo requisito avrebbe portato, forse, ad una soluzione diversa del famoso caso Pin Group¹⁰. La Pin Group era società lussemburghese, i cui amministratori, manifestatasi l'insolvenza, decisero di spostare la sede sociale a Colonia, per aprire una procedura

¹⁰ A riguardo, si legga G. Montella- *La Corte di Giustizia e il COMI: eppur (forse) si muove!*: “ecco, quindi, che questo caso PIN sembra dimostrare come un'applicazione troppo meccanica del criterio della riconoscibilità possa dar luogo a fenomeni abbastanza evidenti di *forum-law shopping*. A dire il vero, però, il Regolamento offre un rimedio contro questo rischio: e infatti proprio il già ricordato considerando 13 stabilisce, come requisito del COMI, non solo la riconoscibilità del luogo di gestione degli interessi del debitore, ma anche, e forse soprattutto, la abitualità di tale collocazione. Ed è chiaro che, se si fosse prestata attenzione al criterio anche della abitualità, probabilmente, per tornare al caso PIN, non sarebbe stato così facile per la neotedesca Pin ottenere l'apertura a suo carico di un fallimento in Germania, anziché in Lussemburgo”. <http://ilfallimentarista.it/articoli/focus/la-corte-di-giustizia-e-il-comi-eppur-forse-si-muove>.

tedesca, e non lussemburghese, di insolvenza; procedura tedesca al pari delle procedure a cui erano state sottoposte le altre società facenti parte del gruppo. La manovra, al tempo, fu possibile perché il trasferimento fu pienamente dichiarato e riconosciuto da parte dei terzi, mancando, però, appunto, una compiuta valutazione sulla sussistenza anche del carattere di abitudine dell'attività su quel territorio;

□ “riconoscibilità da parte dei terzi”: questo, probabilmente, è il requisito più problematico e al tempo stesso quello a cui nella prassi si dà più peso. La “riconoscibilità da parte dei terzi” implica un giudizio sulla manifestazione esterna e la destinazione al mercato della detta attività di impresa, un giudizio positivo sulla legittima prevedibilità/aspettativa da parte dei terzi che quella impresa sia radicata sul territorio di dato stato membro. Come compiere questa valutazione? Ci si ricollega inevitabilmente al requisito dell'abitudine. Ma, soprattutto: quali terzi? L'aspettativa di chi è rilevante per determinare se un'attività di impresa sia radicata su di un territorio in base ad una valutazione di legittima aspettativa? Ora, nel caso di specie, la Corte tenne in considerazione soprattutto gli investitori istituzionali; ma la giurisprudenza, a riguardo, è quanto mai discorde e variegata (v'è da tenere in considerazione un certo e diffuso atteggiamento “campanilista” della giurisprudenza delle Corti Nazionali- la nostra Cassazione, per

prima-, che sfruttano l'ambiguità di questi concetti per non concedere, se non quando inevitabile, e comunque con una certa riluttanza, l'*honorem* della competenza ad altra giurisdizione). Di base, ritengo che in ragione di una condizione di *par condicio creditorum*, che informa tutta e tutte le procedure concorsuali tenute in considerazione dal regolamento, non si debba dar rilevanza maggiore all'aspettativa di alcuni creditori, piuttosto che di altri, se non, al limite, sulla base del “peso” del loro credito sulla massa fallimentare e che, comunque, non si debba tenere in considerazione esclusivamente l'aspettativa dei creditori; ritengo, insomma, che la riconoscibilità da parte dei terzi implichi un giudizio che si estenda, per quanto possibile, alla globalità dei terzi che siano entrati in contatto con l'impresa, negli anni di esercizio.

Un aspetto fondamentale sottolineato nella suddetta pronuncia da parte della Corte, è la possibilità di superamento della presunzione di coincidenza del C.o.m.i. con la sede statutaria per le persone giuridiche, “solo se elementi obiettivi e valutabili da terzi” mostrino la falsità, nel caso di specie, di detta corrispondenza. Ciò accadrebbe, ad esempio, se di fatto la società non svolgesse alcuna attività sul territorio sul quale è ubicata la sede statutaria (“società fantasma”). Ma “quando una società svolge la propria attività sul territorio dello Stato membro su 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 contenuta nel Regolamento”. Nel caso di specie, quindi, la Corte diede ragione, sulla base di queste argomentazioni, alla procedura irlandese.

La Corte si assestò, insomma, su una posizione molto rigida nell'interpretazione del C.o.m.i., dando rilevanza quasi esclusiva all'ubicazione della sede statutaria, essendo la presunzione contenuta nel Regolamento molto difficilmente superabile; d'altra parte non si può negare, per le ragioni già esposte poco innanzi, che questa pronuncia non abbia goduto di una applicazione precisa e puntuale, rigida, al pari della posizione espressa dalla Corte di Giustizia Europea. Si parla, a questo proposito, addirittura di *anglo-saxon approach*, per riferirsi all'atteggiamento assunto in più occasioni dalle Corti inglesi, che hanno ostinatamente affermato la sussistenza del C.o.m.i. di imprese figlie di gruppi societari, in Inghilterra, dove era ubicata la sede dell'impresa madre¹¹. A dir poco eclatante (ma, v'è da dire, antecedente alla emanazione del regolamento nel 2000) è stato il caso Eurotunnel (C 408/95)¹², eclatante per aver il Tribunal de Commerce di Parigi

¹¹ Non da meno, del resto, la nostra Corte di Cassazione: si veda la sent. n. 22093/2015, in relazione alla possibilità di apertura di una procedura secondaria nel nostro Paese, non ostante a ciò la precedente apertura di una procedura principale in Belgio- a proposito del problema del concetto di dipendenza si veda più diffusamente in seguito

¹² Case C-408/95 *Eurotunnel SA and Others v SeaFrance, formerly Société Nouvelle d'Armement Transmanche SA (SNAT)*, consultabile in

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db17a7c964f6504f96b08fa6ade75dc4a3.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuLaxr0?text=&docid=100793&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst>

affermato la propria competenza a dichiarare l'insolvenza e gestirne la conseguente procedura per diciassette società, tutte facenti parte del *Channel Tunnel Group Limited*, con sede a Parigi, che avevano lavorato alla grande opera del tunnel sotto la Manica, sulla base del presupposto che "alla luce di una giurisprudenza europea ormai ben consolidata, occorre basarsi su elementi obiettivi e ben verificabili da parte di terzi che consentano di determinare una situazione reale diversa da quella che si ritiene corrispondere alla ubicazione di detta sede statutaria"; elementi obiettivi, riscontrati dalla Corte, che dimostravano, nella valutazione compiuta, la concreta gestione da parte di Parigi dell'attività delle suddette società del gruppo.

Una altra pronuncia rilevante, a proposito, è la sentenza *Interedil* (C 396/09)¹³. Questi, in breve, i fatti. *Interedil* era una società costituita in Italia, con sede a Monopoli (Bari) ma controllata da una società londinese; nel 2001 la *Interedil* aveva proceduto ad un trasferimento della sede a Londra per favorire l'acquisizione della società da parte del gruppo britannico che la controllava: era stata, perciò, cancellata dal registro delle imprese italiano ed iscritta in quello corrispondente inglese come *foreign company*. La società, però, continuava a svolgere

[&dir=&occ=first&part=1&cid=1264822](#).

¹³ Case C- 396/09 *Interedil srl, in liquidation v Fallimento Interedil srl and Intesa Gestione Crediti SpA*, consultabile in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62009CJ0396>.

alcune attività in Italia (possesso di immobili, stipulazione di contratti di finanziamento, concessione in locazione di due complessi alberghieri) e, sulla base di ciò, un creditore della stessa aveva chiesto al Tribunale di Bari l'apertura di una procedura concorsuale. Questo ultimo, senza attendere la pronuncia della Corte di Cassazione, che era stata nel frattempo adita per dirimere il conflitto di giurisdizione, aveva dichiarato il fallimento della Interedil. La questione giunse alla Corte di Giustizia Europea, che riprese e ribadì il concetto espresso in Eurofood, specificando alcuni ulteriori elementi. In questa occasione, infatti, la Corte affermò che il legislatore europeo aveva voluto dare maggiore rilevanza all'individuazione del luogo dell'amministrazione principale della società, corrispondente in linea di massima con la sede statutaria, ma da accertarsi, di fatto, in base ad un giudizio sulla obiettività e riconoscibilità da parte dei terzi; obiettività e riconoscibilità che risultano soddisfatte “qualora gli elementi materiali presi in considerazione per stabilire il luogo in cui la società debitrice abitualmente gestisce i suoi interessi siano stati fatti oggetto di pubblicità o, quanto meno, siano stati circondati da una trasparenza sufficiente a far sì che i terzi – vale a dire segnatamente i creditori della società stessa- ne abbiano potuto aver conoscenza”. La Corte smorzò, quindi, con questa pronuncia, la rigidità della posizione espressa in

Eurofood (in cui, in pratica, era ammesso il superamento della presunzione di cui all'art. 3, par.1 solo in caso di “società fantasma”), dando rilevanza all'elemento della esteriorità e manifestazione esterna, tutelando il legittimo affidamento di terzi e creditori, e ciò in linea, oserei dire, con la disciplina delle deroghe all'applicazione del regolamento .

Il rischio che l'incertezza di queste definizioni comporta è che si fomenti il fenomeno di "Turismo dell'insolvenza" o forum shopping, fenomeno che con questa disciplina l'Unione si è impegnata fermamente a frenare in quanto costituisce, nell'ottica del legislatore, un abuso del diritto alla libera circolazione e prestazione di servizi, riconosciuto dal Trattato sul Funzionamento della Unione Europea¹⁴. Le differenze di disciplina negli ordinamenti dei diversi stati membri spingono, infatti, le imprese a spostare la propria sede al manifestarsi delle prime difficoltà, per poter avvantaggiarsi del regime più favorevole della nuova disciplina una volta instaurata la procedura di insolvenza. Prevalentemente i fenomeni migratori hanno visto come meta l'Inghilterra per via di una serie di particolarità della disciplina fallimentare che la rendono particolarmente allettante¹⁵. Su questo fenomeno la Corte ha avuto modo di esprimersi

¹⁴ Avremo modo di esprimere in *Conclusioni* la nostra posizione sul fenomeno.

¹⁵ Fra gli altri, la possibilità di avvalersi della *pre-packaged bankruptcy*, cioè di organizzare la

più volte; il caso che analizzeremo è il caso Rastelli (C 191/10)¹⁶. La questione, in sostanza, era se la confusione di patrimoni fra due società, delle quali una assoggettata a procedura concorsuale in uno Stato membro, fosse sufficiente per giustificare lo spostamento del C.o.m.i., e, quindi, l'apertura di una seconda procedura per la seconda società in detto Stato. La Corte richiamò la posizione espressa in Eurofood, per cui solo la sussistenza di elementi obiettivi e riconoscibili da terzi può giustificare il discostarsi dalla presunzione di coincidenza del C.o.m.i. con la sede statutaria, per affermare, in questa occasione, che la mera valutazione del patrimonio non era sufficiente per giustificare lo spostamento del C.o.m.i., essendo necessaria, come già affermato in Eurofood, una valutazione globale e complessiva dell'attività di impresa. Non permise la Corte alle società di aggirare la disciplina del C.o.m.i. con questo “espediente” della confusione dei patrimoni; si superò, insomma, anche in questo caso il rigido criterio della ubicazione della

vendita dell'azienda in funzionamento prima dell'apertura della procedura, evitando così i costi di predeuzione che si accumulano durante la prosecuzione dell'attività dell'impresa prima della vendita, o il regime dell'azione revocatoria in caso in cui vengano concesse nuove garanzie a fronte di nuovi finanziamenti, che possono anche coprire in parte precedenti erogazioni di credito. In generale, quello inglese è un sistema più liberale e meno rigido. Ciò ha reso frequenti, ad esempio, migrazioni in Inghilterra dalla Germania, nella quale vige invece la regola del "21 giorni", in forza della quale quando il debitore è una società o comunque una persona giuridica i cui soci sono soltanto altre persone giuridiche, i suoi amministratori sono tenuti a presentare la domanda di apertura della procedura al più tardi entro 3 settimane dal manifestarsi della insolvenza; lo scopo è di assicurare il pronto ingresso dell'imprenditore in procedura, ma non si agevolano in questo modo le trattative con i creditori. Su tutto questo, Panzani Luciano, *"La dimensione internazionale dell'insolvenza. Recenti sviluppi"*, relazione al Convegno *Il diritto e le discipline economiche*, tenutosi a Torino, 8 maggio 2014.

¹⁶ Case C- 191/10 „Rastelli Davide e C. snc v Jean-Charles Hidoux, in his capacity as liquidator appointed by the court for the company Médiasucre international“, consultabile in <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=116681&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=233942>.

sede, come risultante dallo statuto sociale, a favore della realtà esterna, così come conosciuta dai terzi.

In conclusione, possiamo affermare che, nonostante la granitica posizione espressa dalla Corte di Giustizia nel *leading case* Eurofood rispetto alla definizione di C.o.m.i., ora la stessa giurisprudenza della Corte, ora la giurisprudenza delle Corti nazionali, di fatto, hanno smontato di volta in volta l'edificio concettuale che la Corte volle costruire con quella prima pronuncia. La questione risulta quasi obsoleta ormai (o quasi), considerando le disposizioni del nuovo regolamento del 2015, che è intervenuto proprio per chiarire alcune questioni, fra cui questa del C.o.m.i. Interessante sarà studiare il rapporto fra queste pronunce e il nuovo regolamento, per poter valutare quanto delle prime “sopravvive” ancora, e può costituire ancora un punto di riferimento nell'applicazione anche di questo nuova disciplina. Di questo, in seguito.

2.2 Imprecisa definizione del concetto di dipendenza.

Come sappiamo, la novità introdotta nel testo di convenzione redatto dal Consiglio d'Europa, e mai divenuto diritto positivo, che permise di

superare l'empasse in cui ci si era arenati in Comunità Europea, fu l'abbandono della presunzione di universalità ed unicità della procedura concorsuale, per ammettere la possibilità di aprire delle procedure secondarie, territoriali, aventi effetto limitatamente a quei beni del debitore situati su quel territorio. L'unico requisito richiesto per far ciò, come previsto dall'art.3 paragrafo 2¹⁷ del regolamento 1346/2000, è l'esistenza di una “dipendenza” sul territorio di un altro Stato membro, diverso da quello in cui era stata individuata l'esistenza del C.o.m.i.. Del concetto di “dipendenza”, in effetti, viene data, a differenza del C.o.m.i., una definizione all'articolo 2, lett. h): < “dipendenza”, qualsiasi luogo di operazioni in cui il debitore esercita in maniera non transitoria un'attività economica con mezzi umani e beni>. Nonostante ciò, i nodi interpretativi che sorgono in relazione a questo concetto sono molteplici.

I requisiti richiesti dall'art.2, lett. h), sono alquanto elastici. Si parla in generale di “operazioni” connesse con lo svolgimento di una qualunque attività economica con mezzi umani e beni: tutti termini sufficientemente generici, che però non specificano il rapporto che deve intercorrere fra l'attività svolta nella sede principale (*Centre of main*

¹⁷Art. 3 paragrafo 2: “Se il centro degli interessi principali del debitore è situato nel territorio di uno Stato membro, I giudici di un altro Stato membro sono competenti ad aprire una procedura di insolvenza nei confronti del debitore solo se questi possiede una dipendenza nel territorio di tale altro Stato membro. Gli effetti di tale procedura sono limitati ai beni del debitore che si trovano in tale territorio”.

interests) e quella svolta nella dipendenza. Quale è il grado di autonomia che questa deve possedere per essere qualificata come semplice dipendenza? Si sostanzia in compimento di “operazioni” legate all'esercizio di una attività economica con mezzi umani e beni, anche il mero possesso di beni?

Questa definizione di dipendenza può essere confrontata con quella di “succursale, agenzia o qualsiasi altro genere di attività”, di cui all’art. 5 n. 5, del Regolamento n.44/2001¹⁸. Il presupposto della nozione di cui all’art. 5 n. 5 è la possibilità di riscontrare un rapporto di direzione concreto da parte della società madre, di modo che i terzi che si interfaccino con la succursale/agenzia siano ben consci, comunque, di instaurare un rapporto con detta società madre avente sede in un altro Stato membro. La nozione di cui al regolamento n. 1346/2000, al contrario, sembra richiedere l’instaurarsi di un rapporto più diretto fra dipendenza e cliente, in cui non sia palesemente manifesto l’essere, della dipendenza, una “succursale/ un’agenzia” di altra attività ubicata altrove. Ciò complica, quindi, le cose.

Per chiarire in qualche modo questo concetto possiamo richiamare quanto detto dalla Corte a riguardo nella già citata sentenza *Interedil*, in

¹⁸ Art. 5, n. 5 del Regolamento n.44/2001 : “ la persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in altro Stato membro qualora si tratti di controversia concernente l’esercizio di una succursale, di un’agenzia o di qualsiasi altra sede d’attività, davanti al giudice del luogo in cui essa è situata”

cui, al punto n. 4 delle conclusioni, così statuisce:

“La nozione di «dipendenza» ai sensi dell’art. 3, n. 2, del medesimo regolamento deve essere interpretata nel senso che essa richiede la presenza di una struttura implicante un minimo di organizzazione e una certa stabilità ai fini dell’esercizio di un’attività economica. La mera presenza di singoli beni o di conti bancari non corrisponde, in linea di principio, a tale definizione”.

In definitiva, quindi, l’attività svolta in questo secondo Stato, per potersi qualificare come dipendenza, non deve essere necessariamente qualitativamente differente dall’attività principale esercitata nella sede del C.o.m.i., dovendo implicare, appunto, un “minimo di organizzazione ed una certa stabilità” (elementi che richiamano la abitudine e la riconoscibilità da parte dei terzi di cui abbiamo parlato a proposito del C.o.m.i.); piuttosto, la differenziazione si deve avere da un punto di vista quantitativo, per cui l’attività svolta in questo secondo stato non deve assumere i caratteri di attività principale, gestoria del complesso degli impegni di detta attività di impresa. Differenziazione quantitativa che non può tradursi, d’altronde, come affermato dalla stessa Corte, nella sproporzionata distanza fra esercizio effettivo di una qualsiasi attività economica e mero possesso di beni/immobili. In questo modo si chiarisce la posizione, potremmo dire, “intermedia” assunta dal

legislatore europeo che, al momento di fornire la definizione di “dipendenza”, dovette controbilanciare le posizioni opposte manifestate dagli Stati membri, divisi fra quelli per i quali era necessario l’esercizio effettivo di una consistente porzione delle attività afferenti all’impresa, e quelli per cui anche il mero possesso di beni/immobili potesse giustificare l’apertura di una procedura secondaria.

2.3 Lacunosa disciplina del rapporto fra le procedure.

Il regolamento 1346/2000 manca di definire compiutamente i rapporti fra le procedure principale e secondaria/territoriale. A questo proposito, risulta opportuno aprire una piccola parentesi sul sistema delineato da questo regolamento. Una volta instaurata una procedura principale nello Stato di ubicazione del Comi, sarà possibile instaurare una procedura secondaria, a livello territoriale e con effetti limitati ai beni che si trovino su quel territorio, qualora sussista la competenza di un giudice in base al disposto dell'art. 3, paragrafo 2¹⁹, (esistenza, su detto territorio, di una “dipendenza” dell’impresa- si veda a proposito quanto detto precedentemente); e per far ciò, non sarà necessaria una nuova verifica dello stato di insolvenza, essendo sufficiente la valutazione compiuta al

¹⁹ Art. 3, paragr. 2: “Se il centro di interessi principali del debitore è situato nel territorio di uno Stato membro, I giudici di un altro Stato membro sono competenti ad aprire una procedura di insolvenza nei confronti del debitore solo se questi possiede una dipendenza nel territorio di tale altro Stato membro. Gli effetti di tale procedura sono limitati ai beni del debitore che si trovano in tale territorio”.

momento di apertura della procedura principale²⁰.

A livello locale, inoltre, è possibile aprire una procedura territoriale "indipendente", prima e fintanto che non si sia instaurata, nella sede del C.o.m.i., una procedura principale, procedura secondaria che in questo momento sarà indipendente dalla principale: ciò significa che essa potrà assolvere non solo ad una finalità liquidativa, ma anche risanatoria del complesso dell'impresa. Nel momento in cui, però, dovesse aprirsi, in un altro stato membro, una procedura principale, la procedura instaurata a livello locale ne diventa dipendente, non potendo contrastare con la prima e dovendo, per queste ragioni, realizzare al più una finalità liquidativa.

A questo proposito, la previsione che la procedura secondaria dovesse assolvere esclusivamente ad una finalità liquidativa, nella pratica si traduceva in una serie di difficoltà applicative, soprattutto nel caso in cui a livello territoriale si fosse aperta una di quelle procedure che perseguono maggiormente un fine di riorganizzazione dell'attività del debitore, piuttosto che di sua liquidazione. La Corte di Giustizia europea ebbe modo di esprimersi sulla questione nel caso *Bank Handlowy*²¹ (C-

²⁰ Art. 27: "La procedura di cui all'art. 3, paragrafo 1, aperta da un giudice di uno Stato membro e riconosciuta in un altro Stato membro (procedura principale) permette di aprire, in quest'altro Stato membro, I cui giudici siano competenti ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, una procedura secondaria d'insolvenza, senza che in questo altro Stato sia esaminata l'insolvenza del debitore. Tale procedura deve essere una delle procedure che figurano nell'allegato B. I suoi effetti sono limitati ai beni del debitore situati in tale altro Stato membro".

²¹ Case C- 116/11 *Bank Handlowy w Warszawie SA, PPHU «ADAX»/Ryszard Adamiak v Christianapol sp. z o.o.*, consultabile in

116/11) del 2012²². In Francia, Stato membro di localizzazione degli interessi principali del debitore, era stata aperta una procedura principale di insolvenza, la *procédure de sauvegarde* contemplata dal diritto francese, che possiede preliminarmente la funzione di riorganizzare la attività del debitore, piuttosto che procedere alla sua liquidazione (tant'è che essa è esperibile su istanza del debitore che non si trovi in una situazione di cessazione dei pagamenti ma che abbia a fronteggiare delle difficoltà economiche che non è in grado di superare autonomamente); si adiva, quindi, la Corte perché si esprimesse sulla possibilità di aprire una procedura secondaria in Polonia, dove la detta Bank Handlowy possedeva una dipendenza ai sensi del regolamento. La risposta della Corte fu in certi versi impacciata²³: essa affermò che il carattere non esclusivamente liquidatorio della procedura principale non ostava in linea di principio all'apertura di una procedura territoriale, ancorché essa potesse assurgere al più ad una finalità liquidativa. D'altra parte, inevitabilmente, l'instaurazione di questa ultima poteva costituire un ostacolo alla realizzazione della procedura principale in Francia, ma

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=130249&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=236129>.

²² Sul punto, si veda più diffusamente:

- F. M. Buonaiuti- *Dibattito sul SIDIBlog:La revisione del Regolamento sulle procedure di insolvenza/ Il coordinamento tra procedure d'insolvenza basato sulla prevalenza della procedura principale nel Regolamento (UE) n.2015/848 di rifusione-* www-sidi-isil.org/sidiblog
- G. Montella- *Problemi di applicazione del Reg. n. 1346/2000 e soluzioni del nuovo Reg. n. 848/2015* ("Fallimento e concordato preventivo" -UTET 2016)

²³ In questi termini, G. Montella- *Problemi di applicazione del Reg. n. 1346/2000 e soluzioni del nuovo Reg. n. 848/2015* ("Fallimento e concordato preventivo" - UTET 2016)

questi potenziali problemi di compatibilità dovevano essere affrontati a livello di coordinamento tra le diverse procedure. Si richiamò, in proposito, il ruolo di impulso precipuo conferito all'amministratore della procedura d'insolvenza principale dalle norme degli articoli 33 e 34, che riconoscono a questo ultimo la possibilità di richiedere al giudice della procedura secondaria di sospendere in tutto o in parte le operazioni di liquidazione, salva la prestazione di idonee garanzie ai creditori della procedura secondaria.

Ciò detto, il quadro delineato dal passato regolamento risultava alquanto scarno, ma le indicazioni della Corte sulla necessità di un coordinamento fra le procedure improntato al principio di prevalenza della procedura principale, sono state accolte dal legislatore europeo che su tutti questi punti è intervenuto proficuamente con il regolamento 848/2015, predisponendo una disciplina ben più specifica.

2.4 Mancata indicazione della competenza sulle cause connesse.

Non v'è alcuna norma nel testo del 2000 che specifichi a chi spetti la competenza sulle cause connesse (ed in particolar modo, le cause

revocatorie). Esse sono menzionate solo all'art. 25 che sancisce il riconoscimento automatico tanto delle "decisioni relative allo svolgimento e alla chiusura di una procedura di insolvenza", quanto delle "decisioni che derivano direttamente dalla procedura di insolvenza e le sono direttamente connesse, anche se prese da altro giudice". La lacuna non era di poco conto e permise il sorgere di una serie di importanti dubbi interpretativi; a ciò si aggiunga che il Reg. n. 1346/2000, al momento della sua emanazione, si affiancava e andava coordinato con la Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (poi sostituita prima dal Reg.n. 44/2001 e ancora dal Reg. n. 1215/2012). La questione ovviamente si pose con maggiore urgenza per quanto concerne la competenza sulle cause revocatorie: ma sul punto il problema venne chiarito dalla Corte di Giustizia nel 2009 con la sentenza *Seagon c. Deko Marty Belgium*²⁴ (C-339/07). Questi i fatti in breve: il curatore di un fallimento tedesco aveva avviato una revocatoria a carico di un convenuto residente in Belgio, non in questo ultimo paese, bensì in Germania. Il giudice di primo grado aveva rigettato la richiesta per difetto di competenza del giudice tedesco (si consideri che manca nell'ordinamento tedesco una norma analoga al

²⁴ Case C-339/07 *Christopher Seagon, in his capacity as liquidator in respect of the assets of Frick Teppichboden Supermärkte GmbH, v Deko Marty Belgium NV*, consultabile in <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76240&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=237297>.

nostro art. 24 1. fall.²⁵, per cui la competenza, anche quella internazionale, sulle azioni revocatorie fallimentari segue le regole ordinarie). La questione giungeva alla Cassazione tedesca e quindi alla Corte di Giustizia. Questa ultima affermò per le cause revocatorie la competenza internazionale del giudice dello Stato della procedura, sulla base del primo paragrafo dell'art. 3 e dei considerando nn. 2, 4, 6, e 8 del Regolamento, fra cui si dice: "tale concentrazione di tutte le azioni direttamente legate all'insolvenza di un'impresa dinanzi ai giudici dello Stato membro competente per l'avvio della procedura di insolvenza risulta anche conforme all'obbiettivo del miglioramento della efficacia e della rapidità delle procedure di insolvenza che presentano effetti transfrontalieri"²⁶. Si confermò, dunque, con questa pronuncia, l'esistenza di una sorta di *vis attractiva* immanente al sistema del Regolamento, già individuata da parte degli studiosi.

Al di là di questo chiarimento, permaneva una certa lacunosità della disciplina e vari problemi di coordinamento con la Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale e il riconoscimento

²⁵ Art. 24 1. fall.: "Il tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore". Si veda più diffusamente G. Montella- *Problemi di applicazione del Reg.n. 1346/2000 e soluzioni del nuovo Reg.n.848/2015* (UTET 2016)

²⁶ Si segnala la quasi esatta coincidenza di questa pronuncia della Corte di Giustizia con una ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione di marzo 2009 , con la quale si è ritenuto che la competenza internazionale sulla domanda di ripetizione di indebito svolta da un fallimento italiano contro una società tedesca andava valutata alla stregua del Reg. n.44/2001 (allora vigente), e non di quello n.1346/2000. Detta azione, infatti, non fu considerata come derivante dal fallimento, e assoggettabile alla disciplina del Regolamento n.1346/2000, in quanto già presente nel patrimonio del debitore indipendentemente dalla circostanza che questi fosse o no fallito.

delle sentenze nella materia civile e commerciale (ed i regolamenti n.44/2001 e n.1215/2012 che la hanno sostituita ed implementata). Essi sono stati in parte risolti da diverse sentenze della Corte di giustizia europea, in cui essa ha avuto modo di pronunciarsi sulla natura fallimentare o meno di una serie di azioni, decidendo sulla applicazione dell'una o dell'altra disciplina (ricordiamo che la Convenzione di Bruxelles ed i regolamenti che le hanno fatto seguito non si applicano, per esplicita previsione, alla materia dell'insolvenza, per la quale sono stati concepiti i testi di cui al nostro studio). Di questa giurisprudenza daremo conto in seguito, parlando del testo di rifusione, in quanto ancora attuale per l'inquadramento di dette azioni.

2.5 Assenza di disciplina dell'insolvenza dei gruppi di imprese.

Infine, il regolamento 1346/2000 manca totalmente di disciplinare l'ipotesi della insolvenza dei gruppi societari. Non un accenno, non una norma riguardo questo fenomeno che certo non può dirsi, oggi giorno, trascurabile. La dottrina ha cercato negli anni di far fronte a questa lacuna; ma ciò che è stato elaborato ci interessa relativamente dato che

con il regolamento n. 848/2015 questa lacuna è venuta meno.

www.osservatorio.oci.org

Capitolo terzo

IL REGOLAMENTO n. 848/2015:

DISCIPLINA GENERALE E PUNTI DI INTERVENTO

SUL PRECEDENTE IMPIANTO

La normativa europea sull'insolvenza transfrontaliera, con le modifiche e le innovazioni apportate dal nuovo regolamento di rifusione n. 848/2015, è sicuramente più corposa, più specifica e, in taluni punti, più complessa rispetto all'assetto precedente.

Il nuovo regolamento consta di ben 7 capi e 92 articoli, a fronte dei soli 47 articoli del precedente impianto, a dimostrazione della essenzialità e lacunosità di questo ultimo; d'altra parte, con questo intervento, il legislatore europeo ha manifestato una certa ansia di riuscire a contemplare tutte le possibili sfaccettature della realtà fenomenica (atteggiamento, direi, proprio anche del nostro legislatore), rischiando, forse, di disarmare l'interprete, se questi non può più far riferimento a principi generali chiari e concisi, quanto piuttosto ad un fiume di norme estremamente specifiche²⁷.

²⁷ Cfr. G. Montella-"Problemi di applicazione del Reg. n. 1346/2000 e soluzioni del nuovo Reg. n. 848/2015", pagg. 592-593 (, *Fallimento e concordato preventivo* " -UTET 2016).

L'approccio alle ipotesi di insolvenza di imprese societarie ed individuali a livello transnazionale (nei limiti del territorio dell'Unione) rimane inalterato, e basato sulla possibilità di aprire diverse procedure di insolvenza (una principale e una o più secondarie) e sul principio del riconoscimento automatico delle decisioni da parte degli altri Stati membri.

Quel che cambia è la prospettiva con cui si affronta la crisi d'impresa: non più solo ed esclusivamente in vista dei creditori, "vittime" di una gestione scellerata dell'imprudente imprenditore, quanto nell'ottica del recupero del complesso aziendale di questo ultimo, ora lui per primo vittima di un contesto socio-economico sfavorevole. Nuova prospettiva adottata in Europa in linea con quanto già si sta facendo a livello di ordinamenti statali a partire, ed in ragione del persistere dal 2008, della situazione di crisi economica.²⁸

La maggiore coerenza del testo è data dall'inserimento di una serie di definizioni, con la finalità di sciogliere i nodi interpretativi che erano sorti negli anni in applicazione del Regolamento precedente; dalla previsione di una disciplina molto dettagliata del rapporto e del coordinamento delle procedure, con la nascita di un Registro Fallimentare europeo, che garantisca una diffusa ed omogenea

²⁸ E azzardare a dire, per via, forse, di una attuale diffusa "stanchezza" al consumismo, connessa innegabilmente con la persistenza della crisi.

circolazione delle informazioni, a tutela dei creditori; dalla introduzione, ex novo, di una disciplina sull'insolvenza dei gruppi e sulla protezione dei dati personali.

Procederemo, adesso, ad un studio completo della disciplina generale, considerando già le novità introdotte e cercando di considerare quelli che erano stati gli approdi della giurisprudenza, così come precedentemente individuati, per delineare se gli stessi siano stati inglobati dal nuovo regolamento e/o siano ancora attuali, o meno.

Disciplina generale della insolvenza transfrontaliera industriale.

3.1. Ambito di applicazione e definizioni.

Una delle prime e più rilevanti novità consiste nella definizione più specifica dell'ambito di applicazione del regolamento, che si estende a "le procedure concorsuali pubbliche, comprese le procedure provvisorie", che comportino lo spossessamento totale o parziale del debitore del proprio patrimonio, con conseguente nomina di un amministratore, e l'assoggettamento di detti beni al "controllo o alla sorveglianza di un giudice", oppure una sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali, concessa dal giudice o per legge (art.1,

paragrafo 1²⁹); ciò significa, per quanto ci interessa, che il nuovo Regolamento si applica anche a procedure di salvataggio dell'impresa non ancora in crisi ma in difficoltà ("procedure provvisorie"), nell'ottica valorizzata in questi ultimi anni, come già detto prima, di evitarne il collasso. A fronte di questa definizione generica delle procedure a cui si applica questo regolamento, v'è poi una indicazione molto specifica delle singole procedure nazionali contemplate dal regolamento, che sono quelle di cui all'allegato A³⁰; il primo paragrafo dell'art. 1 va quindi considerato più che altro come l'enunciazione di un principio³¹ a cui rifarsi in futuro, nell'eventualità, ad esempio, che la Danimarca, che tuttora non ha accettato la disciplina di questo regolamento e non ne è destinataria, muti orientamento.

Permane l'esclusione in caso di imprese assicuratrici, enti creditizi, imprese d'investimento et simila (art.1, paragrafo 2³²),

²⁹ Art. 1, paragrafo 1: "1. Il presente regolamento si applica alle procedure concorsuali pubbliche, comprese le procedure provvisorie disciplinate dalle norme in materia di insolvenza e in cui, ai 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,
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). (...)
Le procedure di cui al presente paragrafo sono elencate nell'allegato A."

³⁰ Per quanto concerne l'Italia: fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa, accordi di ristrutturazione, procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento del consumatore (accordo o piano), liquidazione dei beni.

³¹ Cfr. P. De Cesari- "L'evoluzione della legislazione europea in tema di insolvenza", pagg. 504-505 (., *Fallimento e concordato preventivo* " -UTET 2016).

³² Art.1, paragrafo 2: "2. Il presente regolamento non si applica alle procedure di cui al paragrafo 1 che riguardano:

a) le imprese assicuratrici;

corrispondentemente alle discipline più specifiche previste in queste ipotesi in ragione dei rilevanti interessi in gioco³³.

Come già detto prima, il nuovo testo, all' art. 2, contiene un elenco di definizioni sicuramente più ampio del precedente. Si dà, ad esempio, una definizione di "procedura concorsuale" (a cui ora, ricordiamolo, bisogna far riferimento per individuare l'ambito di applicazione del Regolamento, piuttosto che alle sole procedure di insolvenza) come: <una procedura che comprende tutti o una parte significativa dei creditori di un debitore a condizione che, nel secondo caso, la procedura non pregiudichi i crediti dei creditori non interessati dalla procedura stessa>: l'ottica, in sostanza, è analoga a quella adottata nel nostro ordinamento dove, grazie alle procedure concorsuali, si intende garantire la *par condicio creditorum* nei rapporti con il debitore, insolvente o meno che sia. A questo proposito non possiamo esimerci dal notare l'assenza, tanto in questo testo, tanto nel precedente, di alcuna definizione dell'insolvenza in sé! Ad esempio, è insolvente chi non è in grado di pagare ma sul territorio di uno Stato UE diverso da quello ove si accerta il requisito? E come può rispondere di bancarotta chi ha

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 di investimento collettivo."

³³ Rinviamo all'ultimo capitolo della tesi per un cenno sulla disciplina della insolvenza bancaria.

commesso atti distrattivi o dissipativi su di un territorio in cui i mezzi patrimoniali di cui disponeva erano sufficienti ad assicurare pagamenti regolari? Il problema è che la tendenziale universalità del giudizio si scontra con la segmentazione, da una parte, territoriale dell'Autorità preposta all'accertamento (che si alimenta del concetto di sovranità nazionale), dall'altra, normativa fra uno Stato e l'altro³⁴. Si confronti ad esempio, la definizione di cui all' art. 5 della nostra legge fallimentare³⁵ con la corrispondente definizione di cui alla legge fallimentare francese, che invece adotta dei parametri contabili, facendo dipendere la sussistenza di una situazione di insolvenza dalla condizione di "impossibilità del debitore di far fronte al passivo esigibile con l'attivo disponibile". In realtà, una disamina dei singoli ordinamenti nazionali non solo è inutile, ma quanto mai proibita, dato che questa di insolvenza dovrebbe costituire una nozione autonoma di diritto europeo. Si può ritenere, guardando alle procedure di insolvenza contemplate dagli allegati, che si sia assunta una nozione sicuramente più ampia di quella del nostro art. 5 della legge fallimentare, o che d'altra parte non la si sia

³⁴ Su questo, D. Galletti- *"L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario"*, dal Trattato di diritto bancario europeo di Francesco Vella, pp.546-547.

³⁵ Art.5 L. fall., comma 2 : " lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni".

Decisamente vicina a questa definizione di insolvenza è quella di cui all'art. 15 della Insolvenzgericht (ultima legge fallimentare tedesca), per cui la domanda di ammissione alla procedura concorsuale deve essere presentata entro 3 settimane (tempistica, questa, al contrario, decisamente lontana da quella italiana) da quando l'impresa "diventi incapace di soddisfare i propri debiti o oberata dagli stessi". E sarà considerata fondata la domanda di ammissione in caso in cui sussista una di queste tre condizioni: insolvibilità/incapacità a pagare, pericolo di insolvibilità o eccesso di indebitamento.

proprio voluta definire, limitandosi convenzionalmente a stabilire le procedure "d'insolvenza" da far rientrare negli allegati suddetti, e demandando alla disciplina nazionale applicabile alla procedura la previsione delle condizioni per l'assoggettamento alla stessa. Confortante, a riguardo, la previsione di cui alla lett. a) del secondo paragrafo dell'art.7, per cui: "la legge dello stato di apertura determina (...) i debitori che per la loro qualità possono essere assoggettati ad una procedura di insolvenza". Questa scelta, frutto dell'adozione di un modello di *modified universal insolvency*, in cui si ha un mero coordinamento fra le procedure nazionali, disciplinate dalla loro propria legge, fa sorgere delle distonie derivanti dalle inevitabili distanze fra gli ordinamenti dei diversi Stati membri. Detta distonia si coglie, ad esempio, a livello delle categorie di imprenditori assoggettabili a procedura concorsuale, che in Italia, come sappiamo, è limitata agli imprenditori commerciali; limitazione questa che non sussiste nella maggior parte degli ordinamenti degli altri Stati membri, per i quali anche nei confronti del professionista, che nel nostro paese vive ancora di aurea di sacralità ed intoccabilità, può essere instaurata una procedura concorsuale. Probabilmente, come da più parti rilevato, in questo senso il Regolamento promuoverà una modificazione sostanziale anche delle discipline interne dell'insolvenza, favorendo una loro

omogeneizzazione³⁶.

D'altra parte, come già detto, il Regolamento di rifusione non richiede l'insolvenza quale requisito per l'inclusione di una procedura nel suo ambito di applicazione, estendendosi anche alle procedure volte al risanamento dell'impresa in difficoltà, ma non insolvente; e viene meno, di conseguenza, anche la necessità dello spossessamento del debitore³⁷, considerazione che compiamo, al di là della lettera della norma, in ragione dell'inclusione dei nostri accordi di ristrutturazione nell'allegato A, (comprensivo delle procedure di insolvenza di cui all'art.4, punto 4).

Nel testo rifuso si dà una nuova e più completa definizione di "amministratore (non più "curatore") delle procedure in insolvenza", specificando le funzioni che in base agli ordinamenti nazionali questi dovrebbero svolgere³⁸; ma anche in questo caso si rimanda poi alla elencazione di cui all'allegato B³⁹. Per definire la figura di "giudice"

³⁶ "Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza"- relazione del dott. Valentino Lenoci, Sezione Fallimentare del Tribunale di Bari.

³⁷ Vedi, ancora, P. De Cesari: ".. visto che il nuovo strumento estende il proprio ambito di applicazione a procedure che promuovono il salvataggio di società economicamente valide, ma che si trovano in difficoltà economiche, lo spossessamento non è più considerato requisito necessario per l'inclusione in esso di una procedura nazionale, anche se l'art.1 rifuso si riferisce ancora a procedure nelle quali il debitore sia <spossessato in tutto o in parte del proprio patrimonio> ". („Fallimento e concordato preventivo“ -UTET 2016)

³⁸ Art.2, n.5) : "<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."

³⁹ Per quanto concerne l'Italia: curatore, commissario giudiziale, commissario straordinario,

(n.6) si rinvia, senza ulteriore specificazione, ad una serie di norme del Regolamento, per poi stabilire che, per tutti gli altri articoli, è tale “l'autorità giudiziaria o qualsiasi altro organo competente di uno Stato membro legittimato ad aprire una procedura d'insolvenza, a confermare l'apertura o a prendere decisioni nel corso della procedura”.

Si amplia notevolmente il n. 9 che definisce lo "Stato in cui si trovano i beni", con l'aggiunta del riferimento alle quote di partecipazione in società di capitali, agli strumenti finanziari in generale, al contante detenuto, addirittura ai brevetti europei.

Rilevante è anche l'aggiunta alla definizione di "dipendenza" di cui al n. 10, come rimedio al fenomeno di *forum shopping*, dell'elemento temporale dei tre mesi anteriori alla richiesta di apertura della procedura principale d'insolvenza da tenere in considerazione per valutare la possibilità di assurgere a "dipendenza" l'attività svolta in questo altro Paese diverso da quello di ubicazione del C.o.m.i.⁴⁰.

3.2. Competenza giurisdizionale internazionale.

Il criterio per l'individuazione della disciplina da applicarsi alla procedura, già adottato con il precedente regolamento, si basa sul

commissario liquidatore, liquidatore giudiziale, professionista nominato dal Tribunale, organismo di composizione della crisi nella procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento del consumatore, liquidatore.

⁴⁰ Art.2, n.10): "<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".

concetto di C.o.m.i., il *Centre of main interestes* del debitore. Come abbiamo sottolineato precedentemente, una delle maggiori lacune del precedente impianto era l'assenza di una definizione compiuta e di indicazioni specifiche per l'individuazione dello stesso⁴¹, condizione che favoriva conseguentemente fenomeni di *forum e law shopping*. La Corte di giustizia europea era intervenuta sulla questione nella famosa sentenza Eurofood, per riprendere quanto del C.o.m.i. si diceva nei considerando al regolamento; si erano individuati così ne

- la gestione di interessi principali
- la abitualità e
- la riconoscibilità da parte di terzi,

i caratteri che connotavano l'attività svolta in detto C.o.m.i..

Riprendendo quanto già detto, la Corte, con quella pronuncia, assunse una posizione alquanto rigida, dichiarando possibile derogare alla presunzione di corrispondenza dello stesso con la sede statutaria in caso di società e persone giuridiche solo ed esclusivamente nelle ipotesi, alquanto rare, di "società fantasma"; la stessa Corte, poi, (ma in realtà vi stavano già provvedendo le singole giurisprudenze nazionali) smussò nelle pronunce successive la rigidità di questo approccio, dando rilevanza ad altri elementi, quali la pubblicità e la trasparenza delle

⁴¹ L'articolo 3, ricordiamolo, conteneva esclusivamente una presunzione di corrispondenza del Comi di società e persone giuridiche con il luogo della sede statutaria delle stesse.

operazioni compiute, e nel complesso dando maggior peso alla realtà così come conoscibile da terzi, ed in particolare i creditori (tutelando, in questo modo, il loro affidamento).

L' articolo 3. Come si è intervenuto nel 2015 in questo quadro?

Tutto l'art. 3 è demandato non solo a definire il C.o.m.i., quanto anche a regolare quando e come sia possibile instaurare una procedura secondaria, anticipando in parte la complessa disciplina dei rapporti fra dette procedure che poi segue.

Il legislatore del 2015 ha semplicemente recepito quelli che erano stati già gli approdi della giurisprudenza⁴²; e questo, forse, volutamente, per poter mantenere in piedi l'edificio concettuale che si è costruito negli anni grazie alle pronunce che abbiamo studiato precedentemente e che possiamo, quindi, considerare ancora pienamente attuali.

Quel che v'è di veramente nuovo è l'introduzione di una serie di presunzioni che facilitino l'individuazione dello C.o.m.i. nel caso concreto. Così per "le società e le persone giuridiche" e per "le persone fisiche che esercitano una attività imprenditoriale o professionale indipendente" si presume che il C.o.m.i. corrisponda, fino a prova contraria, con la sede legale della società/sede principale di attività.

⁴² Art. 3, paragrafo 1: "Sono competenti ad aprire la procedura d'insolvenza i giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore (<procedura principale di insolvenza>). 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".

Presunzione che non è efficace, in entrambi i casi, in caso di spostamento della stessa "entro il periodo di tre mesi precedente la domanda di apertura della procedura d'insolvenza". Per le "altre persone fisiche" sussiste una presunzione semplice di corrispondenza del C.o.m.i. con la residenza abituale, che perde d'efficacia se essa viene spostata entro il periodo, questa volta, di sei mesi precedenti la domanda di ammissione alla procedura di insolvenza. Dobbiamo considerare questo termine dei tre/sei mesi come perentorio? Ritengo che sia più corretto far riferimento a principi e concetti generali ed ampi, piuttosto che ancorarsi a rigidi dati numerici; e che quindi, certo bisogna tenere in considerazione il termine indicato dal legislatore, ma che d'altra parte sia pur sempre necessaria una valutazione della sussistenza effettiva del requisito della abitualità (che mancherebbe se, ad esempio, l'impresa, radicata da anni in detto Stato A, avesse compiuto un primo spostamento in uno Stato B, avente, magari, una disciplina di maggior favore, permanendo in questo ultimo il minimo tempo necessario, per poi effettuare un nuovo spostamento in un altro Stato C). Ciò che intendo dire è che, non rispettandosi questo termine, comunque non debba automaticamente considerarsi sede degli interessi principali lo Stato di precedente ubicazione della sede legale⁴³

⁴³ Sugli effetti del trasferimento della sede, P. Celle *“La disciplina dell’Unione Europea sull’insolvenza transfrontaliera: riflessi nel settore dello shipping”* (contributo tratto, con modifiche e

Il secondo paragrafo sancisce che: “ se il centro degli interessi principali del debitore è situato nel territorio di uno Stato membro, i giudici di un altro Stato membro sono competenti ad aprire una procedura di insolvenza nei confronti del debitore solo se questi possiede una dipendenza nel territorio di tale altro Stato membro. Gli effetti di tale procedura sono limitati ai beni del debitore che si trovano in tale territorio”. Per quanto concerne il concetto di dipendenza vale quanto detto precedentemente, e nello specifico le conclusioni della Corte nella sentenza Interedil già richiamata⁴⁴. Oggi, col nuovo regolamento, è previsto che sia lo stesso “giudice investito di una domanda di apertura di una procedura d'insolvenza” a verificare d'ufficio la propria competenza ai sensi dell'art.3 (art.4)⁴⁵; la decisione dovrà essere specificamente motivata, e (e questa è un'altra importante novità del

adattamenti, dalla relazione “*L'impatto delle procedure concorsuali sui contratti in corso e la disciplina della Unione Europea sull'insolvenza transfrontaliera*” tenuta nel Convegno “Crisi economica e mercato dello shipping” organizzato dall'AIDIM a Genova il 9 giugno 2014): “E' abbastanza frequente che una società, in stato di difficoltà, trasferisca la propria sede legale- sfruttando la libertà di stabilimento garantita dal diritto dell'Unione europea- per cercare di localizzarsi in un ordinamento che meglio possa tutelare la sua posizione di debitore insolvente. ... due specifici interventi interpretativi della Corte di giustizia, la quale ha affermato che se il trasferimento si realizza successivamente alla proposizione della domanda, ma anteriormente alla decisione di apertura della procedura di insolvenza, resta giurisdizionalmente competente a decidere sull'apertura della procedura lo Stato membro di partenza (CGCE C-1/04). Se, invece, il trasferimento si realizza anteriormente alla stessa proposizione della domanda, si dovrebbe comunque presumere che il centro degli interessi principali di tale società si trovi presso la nuova sede statutaria della medesima, salva la possibilità di prova contraria...”.

⁴⁴ Sent. Interedil, punto n. 4 delle conclusioni:

“*La nozione di «dipendenza» ai sensi dell'art. 3, n. 2, del medesimo regolamento deve essere interpretata nel senso che essa richiede la presenza di una struttura implicante un minimo di organizzazione e una certa stabilità ai fini dell'esercizio di un'attività economica. La mera presenza di singoli beni o di conti bancari non corrisponde, in linea di principio, a tale definizione*”.

⁴⁵Se “a norma del diritto nazionale vi è assenza del giudice, gli Stati membri possono incaricare l'amministratore delle procedure di insolvenza” nominato dalla procedura ad esaminare la domanda di apertura pendente (art.4, secondo paragrafo).

nuovo testo) sarà impugnabile da parte tanto del debitore o di qualsiasi creditore, per motivi di competenza giurisdizionale internazionale, quanto da parti diverse o per motivi diversi, qualora il diritto nazionale lo preveda (art.5).

La regola della legge dello Stato di apertura. Nulla cambia rispetto all'impianto precedente in relazione all'adozione, per l'individuazione della legge applicabile alla procedura, del criterio dello Stato di apertura⁴⁶, come sancito nell'art. 7, che contiene una specifica elencazione (non mutata, mi ripeto, rispetto al testo del 2000) delle questioni disciplinate dalla legge dello Stato di apertura, *id est* la disciplina dello Stato del C.o.m.i.⁴⁷; elencazione che possiamo ritenere non esaustiva, ma meramente indicativa⁴⁸ (<la legge dello Stato di

⁴⁶ A riguardo, P. Celle, op. citata; A. Leandro "Il ruolo della *lex concursus* nel Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza" - Bari, 2008.

⁴⁷ Art. 7: Art. 7, par.2 : "La legge dello Stato di apertura determina le condizioni di apertura, svolgimento e la chiusura della procedura di insolvenza. Essa determina in particolare:

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

⁴⁸ Cfr. G. Montella- "Problemi di applicazione del Reg. n 1346/2000 e soluzioni del nuovo Reg. n.

apertura disciplina tutta la procedura, in particolare...>). Come già previsto nel testo del 2000, a questa regola sono, poi, poste una serie di deroghe (da considerarsi tassative?) dalle disposizioni successive, che possiamo ora analizzare specificamente.

Le ipotesi di deroga alla regola della legge dello Stato di apertura.

Gli artt. 8-18 del Regolamento prevedono una serie di ipotesi di deroga alla regola della legge dello Stato di apertura, giustificate dall'esigenza, ritenuta preminente, di tutela dell'affidamento dei terzi per garantire il corretto funzionamento del Mercato. In queste ipotesi, di fatto, verrà applicata non la disciplina dello stato di apertura della procedura, quanto quella dello stato in cui è ubicata la cosa/diritto in questione (*lex rei sitae*); sempre che le stesse non coincidano, poiché in quel caso, ovviamente, non si porrà alcun problema.

Uno dei maggiori ostacoli alla integrazione comunitaria della disciplina dell'insolvenza è stata da sempre la questione, non certo di poco conto, di garantire la medesima (o quasi) soddisfazione dei creditori, in particolar modo di quelli a cui il debitore aveva concesso una qualsiasi garanzia, magari su beni che si trovano su un territorio differente da quello di apertura della procedura. L'art. 8 si preoccupa proprio di stabilire che "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 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". Una specificazione delle situazioni a cui ha voluto riferirsi il legislatore comunitario ci proviene direttamente dal secondo paragrafo della norma: " i diritti di cui al paragrafo 1 sono, in particolare, i seguenti:

-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;

-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;

- il diritto di esigere il bene e chiederne la restituzione al debitore o a chiunque lo detenga e/o lo abbia in godimento contro la volontà dell'avente diritto;

-il diritto reale di acquistare i frutti di un bene."

Si tratta, in sostanza, di diritti di garanzia su cosa concessi dal debitore prima dell'apertura della procedura di insolvenza.

Il terzo paragrafo prevede, poi, una ulteriori ipotesi, una clausola di

chiusura, potremmo dire, per cui "è assimilato ad un diritto reale il diritto, iscritto in un pubblico registro ed opponibile a terzi, sulla base del quale è consentito ottenere un diritto reale ai sensi del paragrafo 1".

In questa ipotesi, evidentemente, l'ubicazione di detti beni sul territorio di un altro Stato, fa sì che la disciplina a cui sarebbero soggetti ordinariamente e quella della procedura transfrontaliera non coincidono, ma la norma ci dice che i diritti reali di creditori e terzi non possono essere pregiudicati dall'apertura della procedura. Che cosa significa in pratica? Ciò significa che qualsiasi sia la legge della procedura, qualsiasi sia, quindi, la disciplina applicabile, questi diritti di garanzia non potranno (non dovrebbero) essere pregiudicati dall'applicazione del Regolamento, dovendosi garantire, cioè, al creditore almeno la soddisfazione sul bene oggetto della garanzia, fermo restando quanto diremo in seguito sulla disciplina del grado dei crediti. Una lettura del Considerando n.68 ci chiarisce ulteriormente la *ratio* e la portata della norma. Stante la rilevanza dei diritti reali per la concessione dei crediti (ed il funzionamento del Mercato), si dice che "la costituzione, la validità e la portata di diritti reali dovrebbero essere disciplinate, di norma, dalla legge del luogo in cui si trovano i beni e su di esse non dovrebbe incidere l'apertura della procedura d'insolvenza. Pertanto il

titolare di un diritto reale dovrebbe poter continuare a far valere il diritto di separare la garanzia dalla massa". Come ciò concretamente possa accadere viene specificato dall'ultima parte del medesimo considerando: "se i beni sono soggetti a diritti reali a norma della *lex situs* di uno Stato membro, mentre la procedura principale di insolvenza si svolge in un altro Stato membro, l'amministratore della procedura principale di insolvenza dovrebbe poter chiedere l'apertura di una procedura secondaria di insolvenza nella giurisdizione in cui sorgono i diritti reali purché il debitore possenga una dipendenza in tale Stato. Se non è aperta una procedura secondaria di insolvenza, l'eventuale residuo del ricavato della vendita del patrimonio coperto da diritti reali dovrebbe essere ceduto all'amministratore della procedura principale".

Questa norma va posta in correlazione con quanto disposto dall' art. 7, per cui la legge dello Stato di apertura disciplina tutta la procedura, ed, in particolare (lettera i): “le disposizioni relative alla ripartizione del ricavato della liquidazione dei beni, il grado dei crediti⁴⁹ 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”. Dal combinato disposto di queste due disposizioni, l'art. 7 e l'art. 8, deduciamo quindi che in generale il grado del credito

⁴⁹ In pratica la procedura dovrà procedere ad una "riclassificazione" dei vari diritti di preferenza, sforzandosi di incasellare il titolo di preferenza straniero, attribuito dalla *lex causae*, nell'istituto nazionale che più ne rispecchi la *ratio* e la struttura: operazione che, stanti le differenze fra gli ordinamenti, sarà spesso di rilevante difficoltà pratica.

viene stabilito dalla legge della procedura⁵⁰, fermo restando che ciò non potrà comportare pregiudizio dei creditori a cui fosse stato concesso un diritto reale di garanzia.

L'ultimissimo paragrafo dell'art. 8 contiene una indicazione di non poco conto; si dice, infatti, che "la disposizione di cui al paragrafo 1 non pregiudica le azioni di annullamento, di nullità o di inopponibilità di cui all'articolo 7, paragrafo 2, lettera m)". La norma in questione stabilisce che si applicheranno le disposizioni della disciplina prevista nello Stato di apertura anche, fra le altre ipotesi, per quanto concerne la "nullità, l'annullamento o l'inopponibilità degli atti pregiudizievoli per la massa dei creditori". Si pone, quindi, un limite all'operabilità della deroga nello stesso contenuto quando, a fronte dell'esigenza di tutelare l'affidamento di creditori e terzi garantiti, vi sia una preminente esigenza di tutelare la restante massa di creditori: siamo cioè, nell'ambito della disciplina della revocatoria di atti pregiudizievoli per i creditori. Stiamo parlando, cioè, di concessione di garanzie a creditori e terzi avvenuta dopo o nei pressi dell'apertura della procedura di insolvenza, quando, magari, la

⁵⁰ Si pensi, ad esempio, ad una società di diritto italiano con stabile organizzazione in Francia, che chieda di aprire una procedura di concordato preventivo in Italia, in quanto avente una dipendenza sul territorio della penisola. Nell'ambito di questa procedura aperta in Italia, a cui si applicherà il regolamento europeo per espressa previsione, dovranno riconoscersi al credito TVA (corrispondente IVA francese) lo stesso privilegio riconosciuto dall'art.2752, comma 3 del nostro codice civile ai crediti per tributi diretti dello Stato (IVA), e ciò in applicazione proprio della disposizione di cui alla lettera i) dell'art.7.

situazione del debitore è già fortemente critica o comunque quando l'entità della garanzia concessa risulta sproporzionata rispetto tanto all'entità del credito, quanto al patrimonio disponibile del debitore; quando, in ultima analisi, risulti il carattere quasi "fraudolentemente" pregiudizievole dell'atto, magari con la consapevolezza del beneficiario dello stesso ed in ragione di tutto ciò si preferisce tutelare la restante massa dei creditori.

Non potremo dar conto di tutte le ipotesi di deroga contemplate in queste disposizioni; ma ci soffermeremo sulle ipotesi che hanno avuto più ricadute nella pratica, come dimostrato dall'elaborazione giurisprudenziale cui esse hanno dato luogo.

Innanzitutto, l'art.16 dispone che: "l'art.7, par.2, lett. m) non si applica quando chi ha beneficiato di un atto pregiudizievole per la massa dei creditori prova che: -tale atto è soggetto alla legge di uno Stato contraente diverso dallo Stato di apertura, e che – tale legge non consente, nella fattispecie, di impugnare tale atto con alcun mezzo”.

Come regola generale è previsto, proprio dall'art.7, par.2, lett. m), che la legge dello Stato di apertura regoli anche la nullità, l'annullamento o l'inopponibilità degli atti pregiudizievoli per la massa di creditori, ma a ciò, appunto, è posta una deroga da questo art. 16. Fondamentalmente

l'idea è che se un creditore ha compiuto un atto per il recupero del proprio credito (danneggiando in ciò gli altri creditori), facendo affidamento sulla “disciplina applicabile a quell'atto”, ancorché la legge della procedura dovesse far rientrare quella ipotesi in una di quelle considerate "atti pregiudizievoli", ed in quanto tale prevederne, almeno, la sua annullabilità o la sua inopponibilità alla procedura, comunque l'atto non potrà per questo essere dichiarato, appunto, inefficace⁵¹. La *ratio* è chiara: l'esigenza è di garantire la certezza delle situazioni giuridiche, ma si viene a creare un fenomeno curioso per cui un dato atto è regolato in via di azione da una certa legge nazionale (quella dello Stato di apertura), mentre in via di eccezione, ove questa sia sollevata, da quella che disciplina sostanzialmente l'atto⁵². Inoltre, si pone un importante problema di coordinamento fra le discipline per quanto concerne soprattutto i casi di esenzione degli atti da revocatoria. Ci si chiede, infatti: è necessario che l'atto non sia revocabile neanche in astratto, oppure sarà sufficiente la irrevocabilità in concreto? Se si considera la *ratio* della deroga, che mira a consentire ai finanziatori di confidare sulla valutazione di stabilità dell'atto assicurata dalla *lex causae*, sembrerebbe doversi propendere per la tesi della irrevocabilità

⁵¹ Se, ad esempio, dovesse essere stato compiuto in un altro Paese, entro 6 mesi dalla dichiarazione di fallimento in Italia, un pagamento da parte del debitore di un debito non scaduto, in quanto tale possibile oggetto di revocatoria ordinaria/fallimentare, esso comunque non potrà essere attaccato se la disciplina di quell'altro Stato membro non lo prevede.

⁵² Si veda sempre G.Montella -“Problemi di applicazione del Reg. n.1346/2000 e soluzioni del nuovo Reg.n.848/2015” („*Fallimento e concordato preventivo*“ -UTET 2016), pagg. 587-588

in concreto. Ma ammessa questa impostazione, ci sarebbe da domandarsi se tutti i requisiti di revocabilità della *lex causae* non debbano essere egualmente accertati in concreto. Il giudice nazionale si troverebbe a dover accertare in concreto la revocabilità secondo la propria legge nazionale e poi, solo in caso di verifica positiva, sulla base della legge dello Stato d'origine, al fine di giudicare nel merito: la macchinosità di questo sistema (con la conseguente incentivazione al compimento dell'atto in modo da intercettare le disposizioni nazionali più favorevoli), consiglia di aderire alla soluzione più restrittiva, per cui solo gli atti qualificati come espressamente e sempre irrevocabili sarebbero esentati⁵³.

L'art. 9 sancisce che "la procedura di insolvenza non pregiudica il diritto del creditore di invocare la compensazione del proprio credito con il credito di un debitore, quando la compensazione è consentita dalla legge applicabile al credito del debitore insolvente". Questa norma va correlata con l'articolo 7 ("legge applicabile"), il quale alla lettera d) del secondo paragrafo stabilisce che la legge dello Stato di apertura determina anche le condizioni di opponibilità della compensazione; ma

⁵³ D'altra parte, sussiste la possibilità, offerta alle parti dalla Convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali, di poter scegliere espressamente la legge applicabile e quindi di sottoporre l'atto alla legge di uno Stato membro che ne sancisca l'irrevocabilità (così, Danilo Galletti- "*L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario*"). Un sistema così impostato facilita la concessione di finanziamenti da parte di operatori professionisti che abbiano la scaltrezza di sottoporre l'atto a questa o quell'altra disciplina, a danno dell'ingenuo piccolo creditore.

se la legge dello Stato di apertura non consente la compensazione, il creditore ne dovrebbe comunque aver diritto se essa è possibile in base alla legge applicabile al credito del debitore insolvente, cioè il creditore può sempre fare affidamento sulla compensazione ed essa diventa, quindi, una specie di garanzia disciplinata, tra l'altro, dalla legge che il creditore conosce. Ciò porta a domandarci: quando la compensazione fra crediti potrebbe non essere ammessa? Per quanto concerne la disciplina italiana, l'art. 56 della legge fallimentare consente ai creditori del fallito di compensare il proprio credito con crediti che lo stesso fallito vanta nei loro confronti, in questo modo riuscendo ad essere in parte soddisfatti al di fuori del riparto, evitando loro di (poter solo) sperare di essere soddisfatti in moneta fallimentare; ciò è possibile anche per debiti non scaduti⁵⁴, ma solo quando questi non siano stati acquisiti per atto tra vivi dopo la dichiarazione di fallimento o nell'anno anteriore.

Le altre ipotesi rilevanti di deroga alla regola della legge dello Stato di apertura sono innanzitutto in caso di contratti relativi a beni immobili (art.11), nella cui ipotesi si applica la legge dello Stato membro nel cui territorio il bene è situato; per tutto quanto concerne i contratti di lavoro

⁵⁴ Non rilevando che scaduto sia il credito del fallito o del creditore; al contrario essendo condizione necessaria il sorgere di entrambi i crediti prima della dichiarazione di fallimento.

(art.13), ai quali si applicherà la legge applicabile al contratto medesimo, in base alle norme generali sui conflitti di leggi⁵⁵; inoltre, "gli effetti della procedura d'insolvenza su un procedimento giudiziario o arbitrale pendente relativo a un bene o a un diritto facente parte della massa fallimentare di un debitore sono disciplinati esclusivamente dalla legge dello Stato membro in cui il procedimento è pendente o ha sede il collegio arbitrale" (art.18).

Ancora, in caso di:

- partecipanti a sistemi di pagamento o regolamento o a mercati finanziari (art.12), si applicherà la legge dello Stato membro applicabile a quel sistema o mercato;
- brevetti europei con effetto unitario, marchi comunitari o altri diritti analoghi istituiti dalla normativa dell'Unione, questi potranno essere inclusi solo nella procedura di cui all'art. 3, paragrafo 1 (procedura principale) (art.15).

Infine: l'art. 14 sancisce che "gli effetti della procedura di insolvenza in ordine ai diritti di un debitore su un bene immobile, su una nave o su un aeromobile, soggetti ad iscrizione in un pubblico registro, sono disciplinati dalla legge dello Stato membro sotto la cui autorità si tiene il

⁵⁵ Riguardo ai contratti di lavoro, il testo del 2015 ha di nuovo la previsione di cui al secondo paragrafo dell'art. 13 per cui i giudici dello Stato membro in cui può essere aperta la procedura secondaria di insolvenza restano competenti ad approvare la risoluzione o la modifica degli stessi contratti "anche se non sono state aperte procedure d'insolvenza in quello Stato membro"; competenza che è, poi, estesa dal secondo comma di questo secondo paragrafo a tutte le autorità competenti, secondo il diritto nazionale, ad approvare la risoluzione o la modifica di detti contratti.

registro". Concetto ribadito dall'art. 17, in base al quale, "qualora, per effetto di un atto concluso dopo l'apertura della procedura di insolvenza, un debitore disponga a titolo oneroso: di un bene immobile, di una nave o di un aeromobile soggetti ad iscrizione in un pubblico registro o di valori mobiliari la cui esistenza necessita l'iscrizione in un registro previsto dalla legge, la validità di detto atto è disciplinata dalla legge dello Stato nel cui territorio è situato il bene immobile o sotto la cui autorità si tiene il registro".

In definitiva, il legislatore comunitario, nello svolgersi della procedura, ha evitato al giudice la stortura del dover applicare la disciplina di uno altro Stato membro in materie propriamente "statuali" (vedi nelle ipotesi in cui entrino in gioco pubblici registri) o in altre ipotesi in cui il corretto funzionamento del Mercato o la tutela dei lavoratori imponga di salvaguardare l'aspettativa degli agenti all'applicazione della disciplina originaria.

E' possibile concepire ulteriori ipotesi in cui le stesse esigenze possano legittimare nuove deroghe alla regola della legge dello Stato di apertura?

A proposito ritengo che, agendo queste norme in regime di deroga rispetto ad una disciplina comune, non possano che considerarsi tassative e, ad oggi, anche, esaustive.

La disciplina dei conflitti di giurisdizione. Una fra le altre lacune del Regolamento del 2000 era stata l'assenza di una disciplina compiuta dei conflitti di giurisdizione: l'ipotesi del conflitto positivo di giurisdizione era risolto in base alla regola tradizionale della prevenzione (per cui il giudice adito successivamente doveva spogliarsi della causa), ma era totalmente assente alcuna norma di risoluzione di eventuali conflitti negativi, il che sfociava in un intollerabile vuoto di tutela.

IL CASO DAYSITEK. La problematica si impose nel 2003 in occasione del caso Daysitek, una classica ipotesi di conflitto positivo di competenza internazionale. La High Court of Justice di Leeds (Inghilterra) il 16 Maggio apriva a carico della società Daysitek una procedura principale d'insolvenza, avendo ravvisato il Comi, appunto, in Inghilterra, nonostante la ubicazione della sede statutaria in Francia (si ricordi quanto detto su il *anglo saxon approach*); essendo, però, la Daysitek proprietaria a Pontoise (Francia) di un importante stabilimento industriale, il Tribunale di Commercio di Pontoise apriva a carico della stessa una procedura francese di *redressement judiciaire*, anche questa ultima procedura principale. Il caso non giunse alla Corte di Giustizia Europea, perché la Francese, a cui nel frattempo era giunto il ricorso dei

curatori inglesi contro la decisione dei giudici francesi, riconosceva che in base all'art. 16 dell'allora vigente Reg. n. 1346/2000, il giudice francese era tenuto a riconoscere la decisione inglese, poiché precedente nel tempo, e che, al più, la contestazione della sussistenza del Comi in Inghilterra doveva essere compiuta direttamente presso i giudici inglesi. In quella occasione, quindi, la Cassazione Francese individuò nel Regolamento un sistema implicito di soluzione dei conflitti positivi di competenza fondato sul principio di prevenzione, come conseguenza del meccanismo di riconoscimento automatico delle decisioni, e sul principio per cui l'eventuale contestazione della decisione di apertura della procedura poteva essere sì effettuata, ma solo secondo i rimedi previsti da quel paese⁵⁶. Questa decisione era destinata a trovare conforto in Eurofood che, come si ricorderà riguardava proprio un'ipotesi di conflitto positivo fra Irlanda e Italia: in quella occasione l'amministratore straordinario della procedura aperta in Italia dovette impugnare la decisione dei giudici irlandesi direttamente presso le Corti irlandesi, sino alla locale Corte suprema, la quale, a sua volta, in quanto giudice di ultima istanza sollevò la questione pregiudiziale avanti la Corte di Giustizia Europea.

Come detto, infine, il Regolamento n.1346 mancava di regolamentare i

⁵⁶ Ad oggi la possibilità di impugnare la decisione di apertura di una procedura è espressamente prevista dall'art. 5 del nuovo Regolamento (si veda sopra).

conflitti negativi, in quanto l'art.16 prescriveva il riconoscimento solo delle decisioni che aprono la procedura, e non anche di quelle che tale apertura rifiutano.

Il Regolamento n.848/2015 conferma il medesimo criterio della priorità temporale per la risoluzione dei conflitti positivi di competenza internazionale, cioè la procedura aperta per prima da un giudice di uno Stato membro deve essere riconosciuta dai giudici degli altri Stati membri. (art.19). V'è da sottolineare come detta priorità temporale debba essere valutata con riferimento non al momento di presentazione della richiesta di apertura della procedura, bensì al momento effettivo di apertura della stessa. Questa decisione è figlia di un'esigenza di celerità nello svolgimento della procedura; ma d'altro verso potrebbe legittimare a conoscere della procedura il giudice di uno Stato differente da quello di ubicazione effettiva del C.o.m.i. dell'imprenditore, in questo potendo addirittura favorire, contrariamente agli obiettivi perseguiti dal legislatore europeo, fenomeni di forum shopping.

Di nuovo vi sono le previsioni di cui agli artt. 4 e 5. Il primo impone al giudice investito della domanda di apertura di una procedura di insolvenza di verificare d'ufficio la propria competenza internazionale ai sensi dell'art. 3 e motivare la decisione sul punto, specificando se si

tratta di procedura principale o secondaria.⁵⁷ L'art. 5 riconosce il diritto di impugnare detta decisione "per ragioni di competenza internazionale" (*id est* per carenza di giurisdizione) al debitore e qualsiasi creditore o anche per altri motivi qualora il diritto nazionale lo preveda. L'impugnazione va proposta "davanti al giudice", che in assenza di qualsiasi specificazione riteniamo sia il giudice che ha pronunciato la decisione di apertura. Manca ancora una norma sulla risoluzione di eventuali conflitti negativi, anche se l'inconveniente sembrerebbe avere poco rilievo pratico; a proposito De Cesari, in *Diritto internazionale privato*, p.275, suggerisce come soluzione parziale l'apertura di una procedura territoriale ai sensi dell'art.3, par.4, lett. a): il giudice di uno Stato diverso da quello di ubicazione del Comi, rifiutandosi i giudici di questo ultimo di instaurare una procedura principale, potrebbe aprire almeno una procedura territoriale indipendente, sussistendone i presupposti.

Cause connesse. Una questione non meglio specificata dalle norme del Regolamento nel testo del 2000 riguardava la competenza sulle cause

⁵⁷ Il secondo paragrafo specifica che se viene aperta una procedura in assenza della decisione del giudice, gli Stati membri possono incaricare l'amministratore della procedura di insolvenza ad esaminare la competenza.

connesse ad una procedura di insolvenza: solo all'articolo 25 si faceva menzione di dette cause, là dove si sanciva il riconoscimento automatico delle "decisioni relative allo svolgimento e alla chiusura di una procedura di insolvenza", nonché delle "decisioni che derivano direttamente dalla procedura di insolvenza e le sono direttamente connesse, anche se sono prese da altro giudice". La lacuna non era di poco conto e permise il sorgere di una serie di importanti dubbi interpretativi; a ciò si aggiunga che il Reg. n. 1346/2000, al momento della sua emanazione, si affiancava e andava coordinato con la Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (poi sostituita prima dal Reg. n. 44/2001 e ancora dal Reg. n. 1215/2012). La questione ovviamente si pose con maggiore urgenza per quanto concerne la competenza sulle cause revocatorie: ma sul punto il problema venne chiarito dalla Corte di Giustizia nel 2009 con la sentenza Seagon c. Deko Marty Belgium (C-339/07), di cui abbiamo già detto; gioverà in questa sede ricordare che la Corte in quella occasione riconobbe l'esistenza di una sorta *vis attractiva* immanente al sistema del Regolamento, già individuata da parte degli studiosi, per la quale erano competenti per le cause revocatorie i giudici dello Stato della procedura, e ciò sulla base del primo paragrafo dell'art.3 e dei

considerando nn. 2, 4, 6, e 8 del Regolamento, fra cui si dice: "tale concentrazione di tutte le azioni direttamente legate all'insolvenza di un'impresa dinanzi ai giudici dello Stato membro competente per l'avvio della procedura di insolvenza risulta anche conforme all'obbiettivo del miglioramento della efficacia e della rapidità delle procedure di insolvenza che presentano effetti transfrontalieri"⁵⁸.

LA NUOVA DISCIPLINA. Il Reg. n. 848 è intervenuto sul punto, recependo anche gli approdi giurisprudenziali di cui si è dato conto, con una disciplina molto puntuale di cui all'art.6. Il primo paragrafo della disposizione introduce uno specifico titolo di giurisdizione per le "azioni che derivano direttamente dalla procedura", fra cui le azioni revocatorie: i giudici dello Stato membro in cui è aperta la procedura di insolvenza ai sensi dell'art. 3 sono infatti direttamente competenti a conoscere di dette azioni. La norma prosegue: "se una azione è connessa ad un'azione in materia civile e commerciale (ai sensi del Reg. n. 1215/2012) contro lo

⁵⁸ Si segnala la quasi esatta coincidenza di questa pronuncia della Corte di Giustizia con una ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione di marzo 2009 , con la quale si è ritenuto che la competenza internazionale sulla domanda di ripetizione di indebito svolta da un fallimento italiano contro una società tedesca andava valutata alla stregua del Reg. n.44/2001 (allora vigente), e non di quello n.1346/2000. Detta azione, infatti, non fu considerata come derivante dal fallimento, e assoggettabile alla disciplina del Regolamento n.1346/2000, in quanto già presente nel patrimonio del debitore indipendentemente dalla circostanza che questi fosse o no fallito.

stesso convenuto, l'amministratore delle procedure di insolvenza può ottenere la riunione delle due azioni dinanzi ai giudici dello Stato membro nel cui territorio il convenuto ha il domicilio oppure, se l'azione è promossa contro più convenuti, dinanzi ai giudici dello Stato membro nel cui territorio uno dei convenuti ha il domicilio, purché tali giudici siano competenti ai sensi del Regolamento (UE) n.1215/2012⁵⁹. Questa disposizione si applica a condizione che il diritto nazionale consenta al debitore non spossessato di promuovere azioni per la massa fallimentare (art.6 par.2). Questo meccanismo della riunione, che persegue il fine apprezzabile della concentrazione delle cause connesse presso lo stesso giudice, potrebbe, quindi, portare a decidere di una causa derivante dalla procedura di insolvenza (ma, come detto, connessa con altra civile o commerciale) un giudice individuato in base a regole corrispondenti a quelle di cui al regolamento 1215/2012. Giudice, questo ultimo, che difficilmente coinciderà con il giudice della procedura, anzi in determinati casi potrebbe addirittura appartenere ad uno Stato differente⁶⁰: forse, optare per la riunione di dette cause non presso

⁵⁹ Competenza che andrà accertata in relazione, ovviamente, alla causa connessa/collegata, non rientrando nell'ambito di applicazione del Regolamento n. 1215/2012 la materia dell'insolvenza.

⁶⁰ Si legga a riguardo F. M. Buonaiuti- *“La revisione del Regolamento sulle procedure di insolvenza/ Il coordinamento tra procedure d'insolvenza basato sulla prevalenza della procedura principale nel regolamento (UE) n.2015/848 di rifusione”*: <... Sostanzialmente, la regola introdotta nel regolamento n. 2015/848, se da una parte persegue il fine apprezzabile della concentrazione dell'azione derivante direttamente dalla procedura d'insolvenza e dell'azione ad essa connessa davanti ad un unico giudice, dall'altra presenta la criticità di attrarre la prima delle due azioni anziché alla competenza del giudice della procedura d'insolvenza, come avverrebbe in applicazione della regola di cui al par. 1 e già secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia interpretativa dell'art. 3 del regolamento n.1346/2000, alla competenza del giudice individuato secondo regole corrispondenti a

questo ultimo, quanto presso il giudice della procedura sarebbe stato in certi termini più coerente, ma probabilmente questa scelta è dipesa dall'esistenza di una sorta di gerarchia interpretativa fra i due regolamenti, di cui diremo in seguito. In sintesi, quindi, delle cause che derivano dalla procedura, che siano "autonome" e non connesse con altre in materia civile/commerciale, è competente il giudice della procedura; delle cause, invece, che derivano anch'esse dalla procedura, ma presentano una connessione (nel senso di cui diremo in seguito) con altre in materia civile/commerciale, a cui si applicherebbe la disciplina, oggi, del Regolamento (UE) n.1215/2012, è competente un giudice individuato in base al criterio del domicilio del convenuto- che è lo stesso criterio adottato nel regolamento da ultimo citato.

Come anticipato, l'art. 6 fornisce anche una nozione del concetto di "cause connesse", qualificando tali quelle azioni aventi tra loro un "legame così stretto da rendere opportuno trattarle e decidere in merito contestualmente".

CASI GIURISPRUDENZIALI ESPLICATIVI. In realtà, stante questa disciplina così puntuale, che sicuramente ha sciolto i nodi interpretativi in relazione alla competenza sulle cause revocatorie, codificando l'esplicarsi di detta *vis attractiva*, ed estendendola alle "azioni che

quelle del regolamento n.1215/2012..>

derivano direttamente dalla procedura di insolvenza e che vi si inseriscono strettamente", permangono alcuni dubbi riguardo alle azioni in relazione alle quali non sia possibile scorgere questo forte legame con la procedura. Sicuramente questa non è una materia semplice, perché è difficile individuare un criterio unico ed univoco per determinare quando più cause sono fra loro connesse, ed in che grado; criterio che, appunto, manca per esempio nel nostro ordinamento, come accade probabilmente anche negli ordinamenti degli altri Stati membri⁶¹.

A riguardo, illuminante può essere lo studio di una serie di casi giurisprudenziali sul tema⁶². Ancora attuale è, innanzitutto, la pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *Gourdain c. Nadler* (C-133/78), riguardante la proposizione da parte di un curatore francese di una azione di responsabilità per l'aggravamento del dissesto nei confronti dell'amministratore tedesco di una società fallita, non in Francia ma in Germania; si poneva la questione se tale causa rientrasse o meno nella materia fallimentare e di conseguenza chi ne fosse competente. La Corte si espresse nel senso della natura fallimentare, e ancorché al tempo non

⁶¹In relazione al fallimento, ad esempio, l'art. 24 della nostra legge fallimentare sancisce sinteticamente che: "il tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore". La portata di questa espressione è stata in qualche modo definita dal lavoro negli anni di dottrina e giurisprudenza, per cui ad oggi, in linea di massima, possiamo includere in questa nozione di "azioni che derivano dal fallimento" le azioni concernenti diritti che terzi vogliono far valere nei confronti della procedura, e, dal lato attivo, quelle che la legge espressamente definisca tali, quelle che non potrebbero esistere in mancanza di una procedura fallimentare e quelle che, pur potendo esistere a prescindere dal fallimento, comunque sono soggette, se fallimento vi è, ad una disciplina in parte differente dal quella ordinaria.

⁶² Su tutto ciò, si veda più diffusamente G. Montella- *Problemi di applicazione del Reg.n. 1346/2000 e soluzioni del nuovo Reg.n.848/2015* ("Fallimento e concordato preventivo"- UTET 2016)

si ponesse il problema dell'applicazione del Regolamento n.1346/2000, la pronuncia è ancora attuale per aver chiarito la natura di detta azione. Un altro caso particolare è quello di cui alla sentenza SCT Industri AB c. Alpenblume (C-111/08) che riguardava, del vero, dei fatti alquanto singolari. Il curatore del fallimento in corso in Svezia a carico della società Industri cedeva alla società svedese Alpenblume una quota nella società austriaca SCT Hotelbetrieb. Chiusa la procedura svedese, la Industri tornava *in bonis* e chiedeva, ed otteneva, da un giudice austriaco la dichiarazione di nullità della cessione ad Alpenblume della quota in SCT, in quanto il fallimento svedese, in assenza di convenzioni internazionali, non era stato riconosciuto in Austria (siamo nel 1997, ben prima del Reg. n. 1346/2000) e quindi il curatore non aveva i poteri per l'alienazione di beni- detta quota- localizzati in quel Paese. La questione giungeva molti anni dopo alla Cassazione svedese e quindi alla Corte di Giustizia, in questi termini: se il Reg. n. 44/2001 (nel frattempo emanato) si applicasse alla decisione resa nello Stato membro A relativa ai diritti di proprietà su una società con sede in A, diritti che erano stati ceduti dal curatore di un fallimento instaurato nello Stato B, nell'ipotesi in cui il giudice di Stato A non avesse riconosciuto al curatore detto potere, in virtù dell'assenza di convenzioni internazionali a riguardo. Si trattava di stabilire, insomma, se la questione fosse di diritto

fallimentare, nel qual caso non si sarebbe applicato il Reg. n. 44/2001 e la decisione austriaca non sarebbe stata riconoscibile in Svezia. La questione sulla vendite effettuate da parte del curatore di una procedura, il cui ricavato sia stato poi riversato nell'attivo fallimentare, è stata riconosciuta dalla Corte, sussistendo questi presupposti, come rientrante nella materia fallimentare.

Infine, una specificazione di portata ben più ampia dei rapporti fra il Reg. n.44/2001 e il Reg. n.1346/2000 ci è fornita dalla Corte di Giustizia nella successiva pronuncia nel caso German Graphics Graphische Maschinen GmbH (C-298/08). La German Graphics, società tedesca, aveva ceduto ad una società olandese certi macchinari, riservandosene comunque la proprietà. In seguito al fallimento di detta società olandese, la German Graphics chiedeva, ed otteneva, da un giudice tedesco un provvedimento cautelare su detti macchinari, provvedimento poi riconosciuto dal giudice olandese; a ciò però si opponeva il curatore della procedura fallimentare, che otteneva l'annullamento dell'ordinanza di esecutività. La questione giunse, infine, alla Corte di Giustizia in questi termini: cioè se la rivendica esercitata dal venditore di un bene su cui questi vanta una riserva di proprietà e che si trovi, al momento in cui si apre la procedura di insolvenza a carico dell'acquirente, nello stesso Paese di apertura,

comporta che detta azione di rivendica vada considerata rientrante nella materia fallimentare. La Corte ha risposto, questa volta, negativamente, in quanto l'azione di rivendica rientrava nel patrimonio del venditore anche indipendentemente dal fallimento⁶³. Al di là della soluzione del caso di specie, la Corte colse l'occasione per stabilire (ed è questo l'aspetto più interessante) che alcuni dei considerando del Reg. n. 44/2001 "manifestano la volontà del legislatore comunitario di far propria una concezione ampia della materia civile e commerciale" di cui allo stesso regolamento, estendendone di conseguenza l'ambito di applicazione. E si leggano, a riguardo, anche il primo periodo del sesto considerando del regolamento n.1346/2000 e il corrispondente sedicesimo considerando del nuovo testo, i quali evidentemente puntano a limitare l'ambito di applicazione di detti regolamenti sull'insolvenza, che non dovrebbe essere inteso in senso ampio.⁶⁴ Si instaura quindi, una sorta di gerarchia interpretativa fra le due discipline⁶⁵, che possiamo ritenere sussistere nei successivi regolamenti

⁶³ La Corte ha ragionato insomma come la nostra Corte di Cassazione nell'ordinanza da primo richiamata (vedi nota n.20).

⁶⁴ Considerando n.6 del Reg. n. 1346/2000: "secondo il principio di proporzionalità, il presente regolamento dovrebbe limitarsi a disposizioni che disciplinano le competenze per l'apertura delle procedure di insolvenza e per le decisioni che scaturiscono direttamente da tali procedure e sono ad esse strettamente connesse".

Considerando n.16 del Reg. n. 848/2015: "il presente regolamento dovrebbe applicarsi alle procedure disciplinate dalle norme in materia di insolvenza. Tuttavia, non si dovrebbero considerare disciplinate dalle norme in materia di insolvenza le procedure che sono disciplinate dal diritto societario generale non destinato esclusivamente alle situazioni di insolvenza".

⁶⁵ Che a volte è stata, forse, portata ad estreme conseguenze dalla Corte, come quando, nel caso F-Tex c. Jadecloud-Vilma (C-213/10) essa negò la natura fallimentare di un'azione revocatoria fallimentare (sembra una contraddizione in termini) che era stata, nell'ambito di una fattispecie

n. 848/2015 e n. 1215/2012, che hanno sostituito quelli a cui si è fatto riferimento.

3.3 Informazione dei creditori ed insinuazione dei crediti

Il capo quarto del testo rifuso è dedicato alla disciplina della insinuazione dei crediti nelle procedure d'insolvenza transfrontaliere instaurate ai sensi del regolamento, disciplina che ad oggi risulta in certi aspetti più snella rispetto a quanto previsto nel testo del 2000.

In base all'art. 53 rimane fermo, rispetto all'impianto precedente, il principio per cui ogni creditore straniero può insinuare i crediti nella procedura principale e in qualsiasi procedura secondaria di insolvenza, “con qualunque mezzo di comunicazione ammesso dalla legge dello Stato di apertura”; v'è di nuovo che ai fini esclusivi della insinuazione dei crediti, ad oggi, non è obbligatorio essere rappresentati da un avvocato o altro professionista legale. Inoltre anche gli amministratori delle procedure principale o secondaria insinuano nelle altre procedure i crediti già insinuati nella procedura cui sono preposti, “nella misura in cui ciò sia di utilità per i creditori di quest'ultima procedura e fatto salvo il diritto di questi ultimi di opporvisi o di rinunciare a tale insinuazione, qualora la legge applicabile lo preveda”. Ovviamente la possibilità di

alquanto complessa, ceduta da una società ad un'altra dopo l'apertura della procedura di insolvenza.

una contemporanea insinuazione in più procedure dei medesimi crediti ha reso necessario garantire un miglior coordinamento tra le procedure⁶⁶: per queste ragioni è stato previsto (con un meccanismo forse assimilabile a quello delle nostre azioni revocatorie) che il creditore che, dopo l'apertura di una procedura principale, abbia ottenuto con qualsiasi mezzo, in particolare azioni esecutive, soddisfazione totale o parziale del credito con beni di un debitore situati nel territorio di un altro stato membro, debba restituire all'amministratore delle procedure di insolvenza quanto ha ottenuto. Inoltre il creditore che in una procedura di insolvenza abbia recuperato una quota del proprio credito, può partecipare ai riparti effettuati in un'altra procedura soltanto allorché i creditori dello stesso grado o della stessa categoria abbiano ottenuto in tal altra procedura una quota equivalente (art. 23). Fondamentalmente, quindi, ogni credito deve essere presentato per il suo importo originario, senza dedurre la parte soddisfatta in altre procedure, restando inteso che il credito verrà considerato al momento del riparto, solo quando i creditori dello stesso rango (secondo la legge regolatrice della procedura) abbiano ottenuto in questo procedimento una percentuale di soddisfazione del proprio credito uguale a quella già conseguita dal creditore in altri procedimenti.⁶⁷

⁶⁶ Coordinamento fra procedure, di cui diremo più diffusamente in seguito.

⁶⁷ "Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza"- Relazione del dott. Valentino Lenoci-

Ferma rispetto al precedente impianto rimane, infine, la sussistenza in capo al giudice competente dello Stato membro di apertura o all'amministratore delle procedure di insolvenza di obblighi informativi, da adempiersi “senza ritardo” (art.54), nei confronti dei creditori stranieri conosciuti. Queste informazioni vengono trasmesse mediante una nota individuale, contenente in particolare i termini da rispettare, le sanzioni previste circa i termini e l'organo o l'autorità legittimati a ricevere l'insinuazione dei crediti; nota individuale per la redazione della quale ad oggi è previsto un modulo uniforme elaborato dalla Commissione, pubblicato e reso disponibile sul portale europeo della giustizia elettronica. Un modulo uniforme apposito è, inoltre, ad oggi, previsto anche per l'insinuazione dei crediti (art. 55) e ciò, insieme con la non obbligatorietà dell'assistenza legale, nella pratica di certo favorirà l'avanzamento delle pretese creditorie nell'ambito di queste procedure. Detto modulo uniforme per l'insinuazione dei crediti ha un contenuto minimo obbligatorio⁶⁸ e deve essere, se nel caso, corredato da copia di

Sezione Fallimentare del Tribunale di Bari.

⁶⁸Art. 55, paragrafo 2: “Il modulo uniforme per l'insinuazione di crediti di cui al paragrafo 1 include le seguenti informazioni:

- a) il nome, il recapito postale, l'indirizzo di posta elettronica, se del caso, il numero di identificazione personale, se del caso, nonché le coordinate bancarie del creditore straniero di cui al paragrafo 1;
- b) l'importo del credito, comprensivo di capitale e, se del caso, interessi, e data alla quale è sorto nonché data alla quale è divenuto esigibile, se diversa;
- c) in caso di interessi, il tasso d'interesse, se gli interessi sono di natura legale o contrattuale, il periodo di tempo per il quale tali interessi sono richiesti e l'importo capitalizzato degli interessi;
- d) in caso di spese derivanti dalla rivendicazione del credito prima dell'apertura della procedura, l'importo e il dettaglio di tali spese;

documenti giustificativi. Molto importante è la previsione di cui al sesto paragrafo dell'art. 55 per la quale “i crediti sono insinuati entro il termine previsto dalla legge dello Stato di apertura” (in ciò confermando quanto disposto dall'art. 7); la norma, poi, prosegue: “per i creditori stranieri tale termine non è inferiore a 30 giorni a decorrere dalla pubblicazione dell'apertura della procedura di insolvenza nel registro fallimentare dello Stato di apertura. Qualora uno stato membro faccia assegnamento sull'articolo 24, paragrafo 4, tale termine non è inferiore a 30 giorni a decorrere dalla data in cui il creditore è stato informato ai sensi dell'articolo 54”. L'articolo 24, a cui si rinvia, disciplina, come vedremo meglio in seguito, la creazione di registri fallimentari da parte di tutti gli Stati membri, in cui devono essere pubblicate e rese accessibili le informazioni inerenti alle procedure instaurate.⁶⁹

3.4 Coordinamento delle procedure.

Il testo rifuso si connota per una disciplina dettagliata dei rapporti e del coordinamento fra la procedura principale e la singola o le più

e) la natura del credito;

f) l'eventuale diritto di prelazione e il relativo fondamento;

g) l'eventuale garanzia reale o riserva di proprietà e, in tal caso, i beni che costituiscono la garanzia invocata, la data alla quale la garanzia è stata concessa e, qualora sia stata scritta, il numero d'iscrizione; e

h) l'eventuale compensazione e, in tal caso, gli importi dei crediti reciproci in essere alla data di apertura della procedura d'insolvenza, la data alla quale sono sorti e l'importo preteso al netto della compensazione”.

⁶⁹ Il quarto paragrafo contiene una deroga all'obbligatorietà dell'adempimento di detti obblighi informativi in caso di persone fisiche che non esercitano un'attività imprenditoriale o professionale indipendente, “a condizione che i creditori stranieri conosciuti siano informati, ai sensi dell'articolo 54, degli elementi di cui al paragrafo 2, lettera j)” dell'art. 24.

procedure secondarie, improntata fundamentalmente all'idea di preminenza della procedura principale. Era sorto, infatti, negli anni di applicazione del regolamento precedente (che sulla materia era, al solito, a tratti lacunoso), il problema della convivenza delle due procedure, nella misura in cui l'instaurazione della procedura secondaria poteva costituire un ostacolo alla soddisfacente conclusione della principale. Per evitare ciò, era previsto che le eventuali procedure territoriali (divenute secondarie in seguito all'apertura della procedura principale) dovessero avere necessariamente il carattere di procedure di liquidazione: questa previsione si traduceva nella pratica in una serie di difficoltà applicative, soprattutto nel caso in cui a livello territoriale si fosse instaurata una procedura che perseguisse maggiormente un fine di riorganizzazione dell'attività del debitore, piuttosto che di sua liquidazione.

Ad oggi il quadro è mutato. Si ha l'impressione che l'instaurazione di una procedura secondaria debba essere considerata una *extrema ratio* a cui ricorrere qualora non sia possibile soddisfare le medesime esigenze, che ne giustificherebbero l'apertura, all'interno della procedura principale. E, per questo, l'obiettivo del coordinamento tra procedure d'insolvenza appare, oggi, in modo residuale di fronte al nuovo obiettivo

della concentrazione delle diverse operazioni nell'ambito della stessa procedura principale di insolvenza⁷⁰; e la strada della concentrazione ritengo sia l'unica che effettivamente possa garantire un migliore gestione delle procedure e il soddisfacimento equo dei creditori (si consideri, come si dirà successivamente, che nel testo di rifusione è venuta meno la previsione per cui le procedure secondarie debbano avere necessariamente finalità liquidativa, il che, se non fosse stato affiancato da una nuova strutturazione dei rapporti fra procedure in termini di netta preminenza della principale sulla secondaria, avrebbe probabilmente causato diversi problemi pratici di coordinamento delle stesse).

Il Regolamento n. 848/2015 disciplina la questione all'art. 3 (che abbiamo in parte già studiato in riferimento al Comi) per poi dedicarne un intero capo, il terzo (artt. 34- 52), intitolato "procedure secondarie di insolvenza".

Il sistema di base risulta immutato rispetto all'impianto precedente. Il primo paragrafo dell'art. 3 sancisce che è possibile instaurare una procedura principale nello Stato di ubicazione del Comi, statuizione a cui fanno seguito le presunzioni di cui abbiamo dato conto precedentemente; la norma continua, al secondo paragrafo: "se il centro

⁷⁰In questi termini, F. M. Buonaiuti- *“La revisione del Regolamento sulle procedure d'insolvenza. Il coordinamento tra procedure d'insolvenza basato sulla prevalenza della procedura principale nel regolamento (UE) n. 2015/848 di rifusione”* - <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/>.

degli interessi principali del debitore è situato nel territorio di uno Stato membro, i giudici di un altro Stato membro sono competenti ad aprire una procedura di insolvenza nei confronti del debitore solo se questi possiede una dipendenza nel territorio di tale altro Stato membro. Gli effetti di tale procedura sono limitati ai beni del debitore che si trovano in tale territorio". Queste procedure saranno, se è aperta una procedura principale ai sensi del primo paragrafo, "procedure secondarie di insolvenza"⁷¹. D'altra parte è possibile che la procedura d'insolvenza territoriale di cui al secondo paragrafo abbia luogo prima dell'apertura di una procedura principale, ma "solamente allorché:

a) 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 di cui al paragrafo 1, oppure

b) l'apertura della procedura territoriale d'insolvenza sia richiesta da:

i) 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

ii) un'autorità pubblica che, secondo il diritto dello Stato membro nel cui territorio si trova la dipendenza, ha il diritto di chiedere l'apertura

⁷¹ Art. 35: "Salvo disposizioni contrarie del presente regolamento, si applica alla procedura secondaria di insolvenza la legge dello Stato membro nel cui territorio questa è aperta".

della procedura d'insolvenza"

Se la procedura principale d'insolvenza è aperta, la procedura territoriale diviene una procedura secondaria di insolvenza". (paragrafo 4).

Rimane quindi fermo lo schema di base del regolamento, fondato sulla possibilità di instaurare sostanzialmente tre tipi di procedure: principale, territoriale autonoma e secondaria; ferma rimane anche la regola del riconoscimento automatico della decisione di apertura della procedura d'insolvenza, discendente dal principio generale di reciproca fiducia tra i sistemi giurisdizionali degli Stati membri, contenuta oggi nell'art.19 del regolamento⁷² che giustifica l'adozione del criterio della prevenzione nella risoluzione dei conflitti positivi di giurisdizione.

A fianco di queste disposizioni vi sono poi quelle con cui il regolamento di rifusione ha inteso garantire un migliore coordinamento tra la procedura principale e le procedure secondarie eventualmente aperte. In questo quadro rientra, in primo luogo, la eliminazione della previsione per cui le procedure secondarie di insolvenza debbano presentare necessariamente il carattere di procedure di liquidazione, rendendo in ciò la disciplina più flessibile e facendo venir meno le difficoltà

⁷² In base al quale, in particolare, una volta che un giudice di uno Stato membro abbia aperto la procedura d'insolvenza principale ritenendo localizzato nel proprio Stato membro il centro degli interessi principali del debitore, i giudici di tutti gli altri Stati membri sono tenuti a riconoscere tale decisione e possono soltanto aprire, ricorrendone i presupposti, una procedura secondaria d'insolvenza. Specifichiamo, inoltre, che il diritto di chiedere l'apertura della procedura secondaria di insolvenza è riconosciuta all'amministratore della procedura principale di insolvenza e a qualsiasi altra persona o autorità legittimata a chiedere l'apertura della procedura di insolvenza secondo la legge dello Stato membro nel cui territorio è chiesta l'apertura della procedura secondaria di insolvenza (art.37).

applicative di cui abbiamo detto sopra. Il contrappeso a questa nuova previsione è data dalla strutturazione del rapporto fra le procedure, come detto, come di netta preminenza della principale rispetto alla secondaria, dovendosi puntare per quanto possibile, alla concentrazione delle operazioni. Il legislatore, recependo quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Bank Handlowy*, ha anche fornito una disciplina più puntuale sulla apertura delle procedure secondarie d'insolvenza nel nuovo art. 34, che dispone oggi che se la procedura principale d'insolvenza presupponeva lo stato d'insolvenza del debitore, questo non può essere riesaminato dal giudice della procedura secondaria, il quale deve pertanto ritenersi vincolato dall'accertamento effettuato in proposito dal giudice della procedura principale⁷³. Stona con l'esigenza di coordinamento fra procedure il riconoscimento della legittimazione a richiedere l'instaurazione di una procedura secondaria non soltanto all'amministratore della principale, ma a “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 di insolvenza” (art.37).

La centralità della procedura principale d'insolvenza è realizzata attraverso una serie di previsioni nuove, che ci impongono di concepire,

⁷³ Nella pronuncia sul caso *Bank Handlowy* la Corte, ricordiamo, sancì la non necessaria rivalutazione della situazione di insolvenza da parte del giudice della procedura secondaria, facendo dipendere questo assunto proprio dal principio di fiducia reciproca tra i sistemi giurisdizionali degli Stati membri.

come già detto, l'instaurazione di una procedura secondaria quasi come una *extrema ratio* alla difficoltà/impossibilità di soddisfacimento dei creditori locali nell'ambito della procedura principale.

Centralità della procedura principale. In primo luogo risalta la possibilità, disciplinata dal lunghissimo art. 36, di contrarre da parte dell'amministratore della procedura principale di insolvenza, un impegno con i creditori locali "al fine di evitare l'apertura della procedura secondaria di insolvenza". Con detto impegno, l'amministratore della procedura principale fondamentale si impegna, nel ripartire i beni situati nello Stato membro in cui potrebbe essere aperta una procedura secondaria di insolvenza, o il ricavato del loro realizzo, a rispettare "i diritti nella ripartizione dei beni e i diritti di prelazione previsti dal diritto nazionale di cui i creditori avrebbero goduto". Questa previsione assolve evidentemente anche alla finalità di evitare la dispersione dei privilegi eventualmente riconosciuti ai creditori, nell'instaurazione di una procedura di insolvenza non più nazionale, ma transfrontaliera⁷⁴. Detto impegno "vincola il patrimonio"

⁷⁴ Rimandiamo a quanto detto precedentemente a riguardo, ricordando sinteticamente in questa sede che dal combinato disposto degli artt. 7 e 8 del nuovo testo possiamo desumere che sarà la legge dello Stato di apertura a disciplinare "la 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 d'insolvenza in virtù di un diritto reale o a seguito di compensazione" (art. 7, secondo paragrafo, lett. i), ma che comunque "l'apertura della procedura di insolvenza non pregiudica il diritto reale del creditore o del terzo... che al momento dell'apertura si trovano nel territorio di un altro Stato membro" (art.8, primo paragrafo).

(così il sesto paragrafo dell'articolo), cioè: "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". L'impegno è contratto per iscritto (ed è soggetto agli altri eventuali requisiti di forma previsti dalla legge applicabile), è approvato dai creditori locali conosciuti; detti creditori locali possono addirittura ricorrere tanto ai giudici dello Stato membro in cui è stata aperta la procedura principale, quanto ai giudici dello Stato membro in cui potrebbe essere aperta la procedura secondaria, affinché sia garantito il rispetto delle condizioni dell'impegno. Infine, l'amministratore delle procedure di insolvenza risulta responsabile di eventuali danni derivanti ai creditori locali dall'inosservanza, da parte sua, di detti obblighi.

La centralità della procedura principale, e della figura dell'amministratore della stessa, è poi ribadita dalle previsioni di cui all'art. 38. Innanzitutto, il giudice investito di una domanda di apertura di una procedura secondaria è tenuto ad informarne immediatamente l'amministratore delle procedure di insolvenza (o il debitore non

spossessato). Inoltre, l'amministratore della procedura principale ha il potere di rifiutarsi di aprire una procedura secondaria qualora ritenga che l'impegno contratto a norma dell'art. 36, tuteli adeguatamente gli interessi dei creditori locali; d'altra parte, lo stesso può anche sospendere l'apertura della procedura secondaria di insolvenza per un periodo non superiore a tre mesi, qualora sia stata concessa una sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali⁷⁵ e si punti al raggiungimento di un accordo fra debitore e creditori. Questa ultima innovazione del testo del 2015 non è di poco conto: essa conferma quanto disposto dall'attuale art. 46 (si veda nota n. 32), riconoscendo all'amministratore della procedura principale il potere non più solo di sospendere le operazioni di realizzo dell'attivo, quanto addirittura di sospendere l'apertura della stessa procedura secondaria. Quella residua autonomia delle procedure secondarie viene (quasi) meno, ponendo i presupposti per concepire la instaurazione di procedure di insolvenza transfrontaliere, ai sensi del regolamento in esame, come l'instaurazione di una unica procedura su tutto il territorio europeo, cioè quella gestita dall'amministratore della procedura principale. Gli interessi dei creditori locali sono tutelati dalla possibilità che il giudice della procedura

⁷⁵ Si fa riferimento alla disposizione di cui all'art. 46 (non mutata nella sua formulazione rispetto al testo precedente), per cui: “a richiesta dell'amministratore della procedura principale di insolvenza, il giudice che ha aperto la procedura secondaria di insolvenza sospende in tutto o in parte le operazioni di realizzo dell'attivo”. Anche in questi casi la sospensione può durare al massimo tre mesi e al giudice è riconosciuto il potere di concedere misure atte a garantire gli interessi dei creditori locali.

secondaria disponga dei provvedimenti conservativi o altre misure idonee; inoltre se la continuazione della sospensione dovesse essere per loro pregiudizievole essa può essere revocata dal giudice d'ufficio o su istanza di un creditore.

Ancora, l'art. 39 riconosce all'amministratore della procedura di insolvenza il potere di impugnare la decisione di apertura della procedura secondaria di insolvenza dinanzi ai giudici dello Stato membro in cui è stata aperta la procedura secondaria di insolvenza “a motivo del fatto che il giudice non ha rispettato le condizioni e i requisiti dell'articolo 38”.

Per quanto concerne, invece, gli effetti della chiusura della procedura di insolvenza, si è prediletto un principio di autonomia fra le stesse procedure: l'art. 48 dispone, infatti, che “fatto salvo l'articolo 49⁷⁶, la chiusura della procedura di insolvenza non osta alla continuazione di altre procedure d'insolvenza riguardanti lo stesso debitore ancora pendenti al momento della chiusura”.

Disposizioni sulla cooperazione fra giudici ed amministratori; istituzione dei Registri Fallimentari europei. Sempre inerente al

⁷⁶ Art. 49 (formulazione immutata rispetto al precedente testo): “se il realizzo dell'attivo della procedura di insolvenza consente di soddisfare tutti i crediti ammessi in questa procedura, l'amministratore delle procedure di insolvenza ad essa preposto trasferisce senza ritardo il residuo dell'attivo all'amministratore della procedura principale di insolvenza”.

coordinamento fra le procedure, rientrano innanzitutto le disposizioni di cui agli artt. 41-43, che (a onor del vero, in modo quasi ridondante) impongono degli obblighi di cooperazione in “qualsiasi forma” fra gli amministratori delle procedure di insolvenza (art. 41); “con qualsiasi mezzo” fra tutti i giudici fra i quali sia pendente una domanda di apertura di una procedura o che l'abbiano aperta (art.42); ed infine, se ciò non bastasse, “ con qualsiasi mezzo opportuno” tra amministratori delle procedure di insolvenza e giudici, il tutto al fine di “facilitare il coordinamento tra la procedura d'insolvenza e quelle territoriali e secondarie aperte nei confronti dello stesso debitore” (art.43).⁷⁷

Ben più interessante è, invece, la previsione dell'obbligo (che prima era solo una facoltà), in capo agli Stati membri, di creare e tenere nel loro territorio uno o più registri in cui sono pubblicate informazioni relative alle procedure d'insolvenza (“registri fallimentari”). La norma di riferimento è l'art. 24, che al paragrafo 2 elenca una serie di informazioni che obbligatoriamente devono essere rese pubbliche tramite detti registri fallimentari, fra cui: la data di apertura della procedura, il giudice che ha aperto la procedura e il tipo di procedura d'insolvenza aperta di cui all'allegato A, le generalità del debitore, il

⁷⁷Si tenga in considerazione l'esistenza a livello mondiale di “Principi di cooperazione nell'ambito del diritto commerciale internazionale”, elaborati dalla UNCITRAL (la Commissione per il Diritto Commerciale dell'ONU), a cui sicuramente il legislatore europeo si è ispirato per l'elaborazione della disciplina studiata.

termine per l'insinuazione dei crediti, la data di chiusura della procedura principale di insolvenza, se del caso, il giudice dinanzi al quale poter eventualmente presentare richiesta di impugnazione della decisione di apertura della procedura d'insolvenza. Queste indicazioni non ostano all'inserimento di informazioni aggiuntive, quali eventuali interdizioni di amministratori in relazione a insolvenze, a discrezione degli Stati membri; d'altra parte, “gli Stati membri non sono tenuti a includere nei registri fallimentari le informazioni di cui al paragrafo 1 del presente articolo (*id est*, tutte le informazioni pubblicate in detti registri) con riguardo alle persone fisiche che non esercitano un'attività imprenditoriale o professionale indipendente, né a rendere pubbliche tali informazioni tramite il sistema di interconnessione di tali registri, a condizione che i creditori stranieri conosciuti ne siano informati, ai sensi dell'articolo 54..” (si veda, a riguardo, quanto detto precedentemente in relazione alla procedura di insinuazione dei crediti). Gli effetti della pubblicazione di dette informazioni sono i medesimi previsti dal diritto nazionale e dal regolamento all'art. 55 in relazione alla procedura di insinuazione dei crediti. La finalità è quella di facilitare i creditori nel conoscere dell'instaurazione a carico del debitore di una procedura di insolvenza (anche in un altro Stato membro), per poter tempestivamente procedere all'insinuazione del proprio credito, secondo la disciplina che

analizzeremo più oltre. Perché ciò avvenga, detti registri devono essere fra loro interconnessi: a tal proposito l'art. 25 impone alla Commissione di creare, mediante atti di esecuzione, un sistema decentrato di interconnessione, che si componga di detti registri e del portale europeo della giustizia elettronica, che funge da punto di accesso elettronico centrale del pubblico alle informazioni del sistema. Fra queste, le informazioni obbligatorie di cui all'art. 24, devono essere accessibili gratuitamente; invece, “il presente regolamento non impedisce agli Stati membri di applicare una tariffa di importo ragionevole per l'accesso ai documenti o alle informazioni aggiuntive di cui sempre all'art.24, paragrafo 3” (art.27).⁷⁸

3.5 Riconoscimento della procedura di insolvenza

Al riconoscimento delle decisioni assunte dai giudici nello svolgersi della procedura di insolvenza è dedicato tutto il capo secondo del regolamento (artt. 19-33) che, in realtà, non risulta sostanzialmente mutato rispetto all'impianto precedente⁷⁹, se non per l'inserimento delle

⁷⁸ A richiesta dell'amministratore delle procedure di insolvenza o del debitore non spossessato, l'avviso della decisione di apertura della procedura di insolvenza e la decisione che nomina l'amministratore delle procedure di insolvenza potranno essere pubblicate in qualunque altro stato membro in cui si trova una dipendenza del debitore (art. 28); e se la disciplina dello Stato membro in cui si trova la dipendenza del debitore esige che le informazioni sull'apertura di una procedura di insolvenza siano annotate nei registri immobiliari, l'amministratore delle procedure di insolvenza o il debitore non spossessato adotteranno “tutte le misure necessarie per garantire detta annotazione”.

⁷⁹L'esperienza degli anni di applicazione del precedente regolamento ci ha dimostrato come questa

disposizioni sulla creazione ed interconnessione dei Registri Fallimentari, di cui abbiamo detto.

Il principio del riconoscimento automatico. Il capo si apre, quindi, con l'enunciazione all'art.19, del “principio del riconoscimento automatico”⁸⁰, per cui la decisione di apertura della procedura di insolvenza da parte di un giudice di uno Stato membro competente in virtù dell'articolo 3, è riconosciuta in tutti gli altri Stati membri dal momento in cui essa produce effetto nello Stato di apertura; e ciò avviene anche quando un debitore, per la sua qualità, non può essere assoggettato a una procedura negli altri Stati membri. Si aggiunge poi, superflualmente direi, che: “il riconoscimento di una procedura di cui all'articolo 3, paragrafo 1 (*id est*, procedura principale), non osta all'apertura di una procedura di cui all'articolo 3, paragrafo 2 (*id est*, procedura secondaria), da parte del giudice di un altro Stato membro. Questa ultima è una procedura secondaria di insolvenza ai sensi del capo III”. Quali sono gli effetti del riconoscimento? In regime di reciproca fiducia fra i sistemi giurisdizionali degli Stati membri, “la

disciplina, come detto sostanzialmente immutata nel testo di rifusione, abbia avuto come principale uso quello della risoluzione dei conflitti di competenza, in ragione del principio di prevenzione, individuato dalla Cassazione Francese nella sentenza sul caso "Daysitek" come direttamente discendente dal principio dell'immediato e automatico riconoscimento delle decisioni. Sul punto si veda G. Montella “*Problemi di applicazione del Reg. n. 1346/2000 e soluzioni del nuovo Reg. n. 848/2015*” (UTET 2016).

⁸⁰Considerando n. 65: “il presente regolamento dovrebbe prevedere l'immediato riconoscimento delle decisioni relative all'apertura... Il riconoscimento automatico dovrebbe pertanto avere per conseguenza che gli effetti che il diritto dello Stato di apertura comporta per la stessa si estendono ai rimanenti Stati membri”.

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

In pratica, per fare un esempio, gli effetti che conseguono alla dichiarazione di fallimento nel nostro ordinamento, quali lo spossessamento del debitore e la perdita di capacità processuale in relazione alle controversie aventi ad oggetto rapporti patrimoniali, dovranno esplicitarsi, se il fallimento italiano si apre come procedura principale, anche negli altri Stati membri; tutto ciò fintantoché non venga instaurata una procedura secondaria, la quale detterà legge in relazione ai beni (da intendersi ampiamente come i rapporti giuridici) situati sul territorio di tale altro Stato membro, limitando, in questo modo, l'estendersi degli effetti della procedura principale. Per quanto concerne, invece, gli effetti della procedura di cui all'articolo 3, paragrafo 2, essi semplicemente “non possono essere contestati negli altri Stati membri. Qualsiasi limitazione dei diritti dei creditori, in particolare una dilazione di pagamento o la remissione di un debito risultante da tale procedura, può essere fatta valere per i beni situati nel territorio di un altro Stato membro soltanto nei confronti dei creditori

che vi hanno acconsentito” (così l'art. 20). Le ragioni di tale diversità vanno ravvisate nella differente natura delle due procedure: la prima, quella principale, ha una vocazione universale, ed in quanto tale è destinata ad espandere i suoi effetti su tutto il territorio della Unione, al contrario delle procedure secondarie, i cui effetti, per definizione, possono esplicarsi solo all'interno dello Stato di apertura.

Il limite della contrarietà all'ordine pubblico. L'unico limite all'esplicarsi del principio del riconoscimento automatico è individuato dall'art. 33 del testo di rifusione laddove si afferma che: “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”. Come si sa, la clausola di ordine pubblico costituisce un elemento costante nelle convenzioni internazionali sul riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie; ma se normalmente il parametro è costituito dal cosiddetto “ordine pubblico internazionale”, per cui è necessario che la decisione estera da riconoscere sia compatibile non soltanto con le norme inderogabili, bensì anche con i principi ispiratori dell'ordinamento *ad quem*, nel caso del Regolamento comunitario, in ragione della stretta

vicinanza ed integrazione fra gli ordinamenti degli Stati membri, si va oltre, poiché è sufficiente la compatibilità con i principi fondanti e le libertà personali, sanciti a livello costituzionale. L'interpretazione che di questo concetto di ordine pubblico è stata data nelle varie occasioni dalla giurisprudenza europea e nazionale ha, poi, ulteriormente limitato le ipotesi in cui sia concesso ad uno Stato membro di rifiutarsi di riconoscere una decisione: si veda a riguardo, ancora, Eurofood⁸¹ (che costituisce, ad oggi, l'unica pronuncia della Corte sul tema). In quella occasione, come si ricorderà, in esame era la decisione del Tribunale di Parma, che nell'ambito della c.d. “legge Marzano”, aveva dichiarato l'insolvenza della società del gruppo Parmalat, pochi giorni dopo la nomina del *provisional liquidator* ad opera del giudice irlandese. Sulla possibilità di uno Stato membro, nel caso di specie l'Italia, di rifiutarsi di riconoscere una decisione straniera, la Corte si esprime in questi termini: l'invocazione della clausola dell'ordine pubblico è “immaginabile solo nel caso in cui il riconoscimento o 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 di una regola di diritto considerata

⁸¹Su tutto quanto, si veda più diffusamente G. Montella “ *Problemi di applicazione del Reg. n. 1346/2000 e soluzioni del nuovo Reg. n. 848/2015*” (“*Fallimento e concordato preventivo*”-UTET 2016).

essenziale nell'ordinamento giuridico dello Stato richiesto o di un diritto riconosciuto come fondamentale nello stesso ordinamento giuridico". In questo caso il mancato riconoscimento della decisione irlandese, si contestava, aveva violato i principi del giusto processo (e quindi il diritto di difesa delle parti) in quanto non era stato possibile per il *provisional liquidator* irlandese accedere ad una serie di documenti processuali. Di fatto, nella maggior parte dei casi, la clausola dell'ordine pubblico è stata invocata quando l'esistenza di un conflitto di competenze fra le diverse giurisdizioni minava all'esercizio del diritto di difesa delle parti. Molteplici sono le pronunce dei giudici degli Stati membri a riguardo, i quali, tendenzialmente, si sono uniformati all'interpretazione restrittiva data dalla Corte di Giustizia in Eurofood, come detto. In un'occasione, la Corte d'Appello di Lisbona⁸², ad esempio, dichiarò che la circostanza per cui, a seguito dell'avvio di una procedura di insolvenza in Inghilterra fosse precluso ad un soggetto di adire la giurisdizione portoghese per la tutela di un proprio diritto, non fosse incompatibile con le garanzie costituzionali portoghesi, non impedendone il riconoscimento; e ciò in ragione del fatto che detto diritto di difesa poteva essere esercitato nello Stato di apertura, senza che la maggiore difficoltà nel far ciò potesse costituire, nell'interpretazione della Corte, una ragione sufficiente per considerare

⁸² 29.05.2008, in www.dgsi.pt.

il riconoscimento della procedura inglese come contrario all'ordine pubblico. Oppure, ancora, la Corte di Appello di Vienna nel 2004 ritenne che, la circostanza per la quale la decisione di apertura, da riconoscersi nel caso di specie, non fosse impugnabile per assenza di dettagliata motivazione, non costituisse una ragione valida per negarne il riconoscimento; decisione che venne a sua volta confermata dalla Cassazione austriaca, che negò l'applicabilità della clausola di ordine pubblico in relazione ad una pretesa errata affermazione, da parte del giudice *a quo*, della propria competenza internazionale. L'aspettarsi delle Corti, Europea e nazionali, su questa posizione interpretativa così restrittiva, se sicuramente è conforme ai principi e agli obiettivi della disciplina sotto esame poiché realizza in fatto lo “spazio giuridico unico europeo”, d'altra parte rischia, a mio avviso, di penalizzare, e non poco, le parti in causa, se queste devono per ogni questione adire una corte straniera (come imposto dalla decisione della Corte d'Appello di Lisbona nella decisione sopra richiamata) o vedersi violati alcuni diritti fondamentali (quali quello all'impugnazione) nell'ambito dello svolgimento del “giusto processo”; d'altra parte, ciò costituisce il contrappeso inevitabile ai vantaggi connessi al processo di integrazione giurisdizionale europea.

Per concludere, gli effetti del riconoscimento automatico si esplicano

anche in relazione ai poteri esercitabili dall'amministratore (non più curatore) delle procedure d'insolvenza, il quale, in base all'art. 21, “può esercitare nel territorio di un altro Stato membro tutti i poteri che gli sono attribuiti dalla legge dello Stato di apertura, finché non vi sia aperta un'altra procedura d'insolvenza o non vi sia adottato un provvedimento conservativo contrario, in seguito a una domanda di apertura di una procedura d'insolvenza in tale Stato”. Nello specifico, si dice, egli può trasferire i beni del debitore fuori dal territorio dello Stato membro in cui si trovano, far valere in via giudiziaria o stragiudiziaria che un bene mobile è stato trasferito dal territorio dello Stato di apertura nel territorio di tale altro Stato membro dopo l'apertura della procedura di insolvenza e può anche esercitare ogni azione revocatoria che sia nell'interesse dei creditori. Questa disposizione, insieme con la previsione di cui all'art. 7 del testo rifiuto, che sancisce l'applicazione della legge dello Stato di apertura nello svolgimento e conclusione della procedura, costituiscono gli strumenti più forti di realizzazione effettiva dello “spazio giuridico unico europeo”, perché una volta instaurata una procedura di insolvenza, la sua disciplina, che contempla anche i poteri che l'amministratore delle procedure può esercitare, sarà applicata in tutti i territori in cui si estenderà la procedura d'insolvenza. D'altra parte, l'esercizio di questi poteri da parte dell'amministratore delle

procedure non può essere assolutamente illimitato; infatti, l'art. 21 prosegue: “nell'esercizio dei propri poteri, l'amministratore delle procedure di insolvenza rispetta la legge dello Stato membro nel cui territorio intende agire e in particolare le modalità di liquidazione dei beni. Tali poteri non possono includere misure di coercizione, salvo se disposte dal giudice di quello Stato membro, o il diritto di decidere di una controversia o una lite”.

L'articolo 18. Per chiudere il quadro dobbiamo richiamare la disposizione di cui all'art. 18, che dispone che ai procedimenti giudiziari o arbitrari pendenti relativi a un bene o a un diritto facente parte della massa fallimentare di un debitore, si applica esclusivamente la legge dello Stato membro in cui il procedimento è pendente o ha sede il collegio arbitrale (non la legge dello Stato di apertura). Quindi, in generale, i poteri dell'amministratore della procedura e gli effetti in generale che l'apertura di questa esplica sono disciplinati dalla legge dello Stato di apertura della procedura; ma l'esercizio di detti poteri non potrà comportare violazione del diritto locale e specificamente riguardo i procedimenti pendenti, cioè gli effetti dell'apertura della procedura su questi, e le modalità di liquidazione dei beni si applicherà la legge del luogo in cui il procedimento si sta svolgendo.

L'articolo 32. Per quanto concerne, invece, il riconoscimento e

l'esecuzione delle altre decisioni la norma di riferimento è l'articolo 32, che prescrive il riconoscimento automatico altresì delle decisioni relative allo svolgimento e alla chiusura di una procedura di insolvenza rese da un giudice la cui decisione di apertura è riconosciuta secondo le norme del Regolamento; analoga previsione è prevista per le procedure di composizione approvate dallo stesso giudice, nonché per le decisioni che derivano direttamente dalla procedura di insolvenza e sono a questa strettamente connesse, anche se prese da un altro giudice.⁸³. Sempre l'articolo 32 impone, ancora, il riconoscimento automatico e lo stesso regime di esecuzione per i provvedimenti conservativi presi successivamente alla richiesta di apertura di una procedura di insolvenza. In realtà questa norma costituisce, in questi termini, una peculiarità nella misura in cui il riconoscimento automatico normalmente presuppone che si sia risolta positivamente la questione sulla sussistenza della competenza del giudice ex art. 3, cosa che non avviene con i provvedimenti cautelari, assunti normalmente quando detta questione ancora non s'è posta.

La non automaticità degli effetti esecutivi. Questo meccanismo del riconoscimento automatico, tuttavia, vale solo per quanto concerne gli effetti dichiarativi e costitutivi dei provvedimenti, e non gli effetti

⁸³ Abbiamo già detto a proposito delle problematiche inerenti alla qualificazione di una controversia come connessa a quella instaurata direttamente per via della procedura d'insolvenza.

esecutivi. Per quanto concerne l'esecuzione, infatti, sempre l'art. 32 rinvia alla disciplina convenzionale sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giurisdizionali, e cioè, oggi, il Regolamento n.1215/2012 (che ha sostituito la Convenzione di Bruxelles del 1968 e il successivo Regolamento n. 44/2001): ciò significa che sarà necessario presentare una istanza al giudice locale (si intende competente, cioè quello che in Italia è il giudice della esecuzione) che dovrà aprire un procedimento a contraddittorio eventuale e differito per decidere della esecuzione di detta sentenza straniera.

3.6 Nuova disciplina dell'insolvenza dei gruppi societari.

Il testo di rifusione del 2015 ha sopperito ad una importante mancanza del testo precedente, cioè l'assenza totale di una disciplina dell'insolvenza dei gruppi societari; ad essa oggi è dedicato tutto il quinto capo del Regolamento (artt. 56-77). Fondamentalmente, si è intervenuto su due fronti: da una parte, imponendo dei generali obblighi di cooperazione e di comunicazione fra gli organi delle procedure (prima sezione del capo) e, dall'altra, istituendo quello che dovrebbe essere un vero e proprio meccanismo di coordinamento delle singole procedure "individuali" (di cui alla seconda sezione), azionabile a

richiesta dell'amministratore della procedura di una società.

Il capo si apre, così, con l'art. 56 che sancisce un primo, generale obbligo di cooperazione fra amministratori: questa cooperazione può realizzarsi in qualsiasi forma; addirittura tutti o alcuni degli amministratori possono convenire di conferire ulteriori poteri all'amministratore delle procedure di insolvenza nominato in una delle procedure laddove un tale accordo sia consentito dalle norme applicabili a ciascuna procedura, o possono convenire la ripartizione di taluni compiti tra di essi. Più precisi ed incisivi sono i poteri specificamente riconosciuti dall'art. 60 agli amministratori delle procedure di insolvenza instaurate nei confronti di una società facente parte del gruppo. Questi ultimi possono, infatti, innanzitutto essere sentiti nelle procedure nei confronti di un'altra società dello stesso gruppo; chiedere, inoltre, l'apertura di una procedura di coordinamento; ma, soprattutto, hanno il potere, sussistendo alcune condizioni, di chiedere la sospensione per un periodo massimo di tre mesi di qualsiasi provvedimento relativo al realizzo dell'attivo nella procedura aperta nei confronti di un'altra società dello stesso gruppo. Nello specifico, la sospensione dei provvedimenti di realizzo dell'attivo è possibile purché: sia stato concordato fra gli amministratori un piano di ristrutturazione per tutte o alcune delle società del gruppo per le quali è stata aperta una

procedura d'insolvenza, che presenti ragionevoli probabilità di successo, tale sospensione sia necessaria al fine di garantire l'adeguata attuazione del piano di ristrutturazione, il piano di ristrutturazione sia a vantaggio dei creditori nell'ambito della procedura per la quale è stata richiesta la sospensione e, infine, né la procedura di insolvenza in cui l'amministratore delle procedure di insolvenza aperta nei confronti di una società facente parte del gruppo sia stato nominato né la procedura per la quale è stata richiesta la sospensione siano soggette al coordinamento di cui alla seconda sezione.

La seconda sezione introduce e disciplina un meccanismo di coordinamento fra le procedure individuali instaurate a carico delle singole società del gruppo. L'articolo 61 dispone che "le procedure di coordinamento di gruppo possono essere chieste⁸⁴ dinanzi a qualsiasi giudice competente per le procedure d'insolvenza riguardanti società facenti parte del gruppo da un amministratore delle procedure di insolvenza nominato in procedure d'insolvenza aperte nei confronti di una società del gruppo"; nel caso di conflitto, "i giudici diversi dal giudice adito in precedenza dichiarano la propria incompetenza a favore di tale giudice" (così l'art.62). La struttura di un gruppo societario

⁸⁴ La domanda è presentata in conformità della legge applicabile alle procedure in cui l'amministratore delle procedure di insolvenza è stato nominato e deve essere corredata dei seguenti elementi, indicati sempre all'art. 61: una proposta relativa alla persona da nominare come coordinatore di gruppo, le linee generali del coordinamento di gruppo proposto, con l'indicazione dei costi stimati e un elenco degli amministratori delle procedure di insolvenza nominati.

implica l'esistenza di una società madre e una o diverse società figlie minori e sarebbe forse parsa in questi termini più coerente la scelta di imporre il coordinamento presso il giudice della procedura riguardante la società madre, di maggiori dimensioni; ma il legislatore comunitario ha voluto (a ragione, a mio avviso) evitare la forzatura di imporre che detto coordinamento avvenga esclusivamente presso un giudice: in fondo, come dirò meglio in seguito, questo "meccanismo" di coordinamento si traduce in realtà in una opzione molto blanda di considerare anche quanto stia accadendo per le altre società del gruppo. Il giudice della procedura di coordinamento è individuato in base ad un accordo comune scritto, raggiunto fra almeno i due terzi di tutti gli amministratori nominati nelle procedure di insolvenza, i quali ritengano costui essere il più appropriato e riconoscendogli così competenza esclusiva in relazione alla procedura.

Come in concreto debba realizzarsi questo coordinamento è specificato dalle disposizioni della seconda sezione che indicano i compiti e i poteri del coordinatore. Innanzitutto questi è una persona abilitata a svolgere la funzione di amministratore delle procedure di insolvenza ai sensi della legislazione di uno Stato membro (si deduce, anche se non detto esplicitamente, Stato membro di appartenenza di almeno una delle società del gruppo); inoltre egli non è uno degli amministratori già

nominati in relazione alla procedura instaurata per una società del gruppo e non deve presentare conflitto d'interessi. Il suo compito è di definire e formulare le raccomandazioni ai singoli amministratori e proporre un piano di coordinamento del gruppo. Questo ultimo deve indicare le misure che si vogliono adottare per il successo della procedura coordinata, e nello specifico: le misure per ripristinare la redditività e la solidità finanziaria del gruppo o della sua parte, la composizione delle controversie infragruppo e gli accordi fra gli amministratori delle procedure. Il coordinatore può: essere sentito e partecipare alle procedure aperte nei confronti di una società del gruppo, mediare nelle controversie, presentare il suo piano di coordinamento, chiedere agli amministratori delle procedure di insolvenza informazioni su qualsiasi società del gruppo e chiedere una sospensione delle procedure aperte nei confronti di qualunque società del gruppo per un periodo non superiore a sei mesi. Di base, quindi, il coordinamento delle procedure di insolvenza delle diverse società di un gruppo si dovrebbe realizzare, nell'ottica del legislatore comunitario, grazie a questa figura del coordinatore, a cui però, in tutta franchezza, non sono stati riconosciuti dei poteri effettivamente incisivi di intervento nelle procedure d'insolvenza individuali; sembra, a dirla tutta, che quello del coordinamento delle procedure sia più che altro, come detto, una

opzione offerta agli amministratori delle procedure singole di “tenere in considerazione” quanto stia avvenendo nel corso delle procedure aperte a carico delle altre società del gruppo.

3.7 Nuova disciplina sulla protezione dei dati personali.

Per concludere questa disamina sulla nuova disciplina comunitaria della insolvenza transfrontaliera, facciamo un cenno alla seconda novità del testo di rifusione: il nuovo capo sesto (artt. 78-83) dedicato alla protezione dei dati personali.

Al trattamento dei dati personali eseguito negli Stati membri si applicano le norme nazionali di recepimento della direttiva 95/46/CE, mentre al trattamento dei dati personali eseguito dalla Commissione si applica il regolamento CE n.45/2001. La protezione dei dati personali è garantita dagli stessi organismi esistenti nei singoli Stati membri a tutela dei dati personali a norma del diritto nazionale: "ogni Stato membro comunica alla Commissione il nome della persona fisica o giuridica, dell'autorità pubblica, del servizio o di qualsiasi organismo designato dalla legge nazionale ad esercitare le funzioni di responsabile del trattamento" dei dati personali. La responsabilità in ordine ad eventuali violazioni dei diritti connessi ai dati personali è ripartita fra gli Stati, che

assicurano l'attuazione delle misure tecniche tese a garantire la sicurezza dei dati personali trattati nei registri fallimentari, e che sono, in questi termini, responsabili della raccolta e conservazione dei dati nelle banche nazionali, e la Commissione, che esercita la funzione di responsabile del trattamento dei dati personali e definisce le politiche necessarie, applicando le soluzioni tecniche del caso per adempiere alle proprie responsabilità entro i limiti della funzione di responsabile del trattamento. Inoltre la Commissione informa gli interessati, mediante pubblicazione attraverso il portale europeo della giustizia elettronica, circa il suo ruolo nel trattamento dei dati e gli scopi perseguiti.

Ad ogni modo è stabilito che "per quanto concerne le informazioni provenienti da banche dati nazionali interconnesse, nessun dato personale degli interessati è conservato nel portale europeo della giustizia elettronica. Tutti questi dati sono conservati nelle banche dati nazionali gestite dagli Stati membri o da altri organismi".

Capitolo quarto

GESTIONE DELLA CRISI E DELLA INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA BANCARIA

Per esplicita previsione, il Regolamento n. 848/2015, finora analizzato, non si applica "alle procedure di insolvenza che riguardano le imprese assicuratrici, gli enti creditizi, le imprese di investimento, nonché altre società, istituzioni o imprese cui si applica la direttiva 2001/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e gli organismi d'investimento collettivo, poiché sono tutte soggette a un regime particolare e le autorità di vigilanza nazionali sono investite di ampi poteri di intervento" (considerando n.19, Reg. n.848/2015).

La gestione delle crisi bancarie è materia alquanto complessa. Ad oggi, in particolar modo, l'attività degli istituti di credito, da una parte, non è più confinata all'interno di unico stato, agendo essi a livello transfrontaliero mediante la istituzione di succursali dell'istituto centrale, o il controllo di istituti minori; d'altra parte, le banche non svolgono più esclusivamente attività di erogazione del credito, ma si spingono a compiere rischiosi investimenti finanziari, e lo sviluppo del mercato per il trasferimento del rischio di credito (dagli intermediari

finanziari al mercato) ha fatto sì che il modello di banca tradizionale, denominato "originate-and-hold" («crea e detieni»: la banca che ha erogato il prestito lo mantiene in bilancio fino alla scadenza), sia stato sostituito per molti operatori da quello "originate-to-distribute" («crea e distribuisce»: l'intermediario seleziona i debitori, ma poi trasferisce ad altri il prestito, recuperando la liquidità e il capitale regolamentare prima impegnati (cartolarizzazione) o il puro rischio di credito (derivati creditizi)); infine le banche, oggi, normalmente vivono di rapporti di stretta interdipendenza, poiché si prestano denaro a vicenda per far fronte alle attività e agli investimenti che intraprendono. Sussiste, per tutte queste ragioni, una ontologica differenza dell'impresa bancaria dall'impresa industriale, per via della sua complessità e delle interrelazioni fra i propri flussi finanziari e della conseguente alta sensibilità alle fluttuazioni del mercato. L'esperienza della recente crisi dei mutui subprime⁸⁵, che è sorta nel 2006 e dal 2008 ha portato al

⁸⁵ Ricordiamo, la crisi dei mutui subprime è sorta per lo scoppio successivo di una serie di bolle speculative concernenti il mercato immobiliare e la concessione di mutui, favorito dai seguenti fattori. Innanzitutto l'andamento del mercato immobiliare, che a partire dagli anni 2000 negli Stati Uniti aveva registrato una crescita esponenziale, comportando un aumento graduale del costo delle case. Questo fattore, insieme con l'esiguità dei tassi di interesse (tenuti bassi dalla FED per favorire il ricorso al credito) aveva comportato una "corsa al mutuo", a cui le banche americane non avevano opposto un atteggiamento razionale, concedendo, al contrario, appunto detti mutui subprime, concessi cioè a chi non poteva offrire alcuna garanzia di pagamento degli stessi. In questo le banche erano confortate dalla possibilità, da una parte, di rivendere l'immobile non acquistato dal mutuatario, il cui valore nel frattempo era aumentato, e dall'altra, soprattutto, di poter vendere il rischio sui mutui a società veicolo, che cercavano, sulla base delle rate di mutui che spettavano loro, di acquisire finanziamenti e guadagnarci dalla differenza nei tassi di interesse. Infine, non sussisteva al tempo alcuna disciplina che limitasse il leverage finanziario delle banche, potendo queste accrescere le proprie attività sproporzionalmente rispetto al capitale effettivamente posseduto. L'espansione della crisi a livello globale, poi, è stata determinata dalla sussistenza fra le banche, come detto, di rapporti di interdipendenza, in quanto, manifestatesi le prime crisi di liquidità, le banche si indebitavano le

crollo dei più grandi istituti di credito a livello mondiale, a partire dalla Lehman Brothers, molto ci ha insegnato sulla necessità di intervenire anticipatamente sull'attività bancaria per evitare che si gonfino bolle speculative, che, scoppiate, causino dissesti catastrofici come quello che abbiamo vissuto ("la più grande crisi economico-finanziaria dalla Grande Depressione degli anni '30"). Detto ciò, sia chiaro, non intendiamo dire che l'insolvenza bancaria sia qualcosa di differente dall'insolvenza industriale⁸⁶. Il giudizio ex art. 5 l.fall. è identico al giudizio da compiersi ex art. 82 T.u.b.⁸⁷: semplicemente quello bancario è un ambito di imprese, come detto, caratterizzate da intensa smaterializzazione degli *assets* e dalla sensibilità alle fluttuazioni del mercato, che fanno dell'impresa bancaria un naturale acceleratore dei fattori di crisi.

Sempre la crisi dei mutui subprime ci ha insegnato che la crisi finanziaria conseguente al crollo delle banche può tradursi in crisi dell'economia reale. Per questo, a maggior ragione, intervenire tempestivamente ed efficacemente in caso di dissesto risulta di primaria

une con le altre, e dall'essere, inoltre, non pochi coloro i quali a livello globale avevano acquisito obbligazioni delle banche americane, che negli anni di funzionamento di questo gioco sembravano solide e ricche.

⁸⁶Così, D. Galletti "L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario".

⁸⁷Art. 5 l.fall. : "L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza è dichiarato fallito. Lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni".

Art. 82 T.u.b.: " Se una banca non sottoposta a liquidazione coatta amministrativa si trova in stato di insolvenza, il Tribunale del luogo in cui essa ha la sede legale.....dichiara lo stato di insolvenza con sentenza in camera di consiglio".

importanza. I governi hanno reagito al dissesto delle banche dapprima con forti iniezioni di liquidità, e facendo ciò hanno evitato, in molti casi, che la crisi finanziaria si propagasse o peggiorasse la crisi dell'economia reale. Queste politiche, però, hanno fatto ricadere il peso del dissesto bancario sui contribuenti; inoltre esse sono evidentemente non conformi con il divieto, sussistente a livello europeo, degli aiuti di Stato alle imprese. Il problema è, inoltre, che così facendo, come detto, i governi hanno incentivato i grandi gruppi bancari ad allargarsi e assumersi sempre più rischi nelle operazioni di *Core business* (il c.d. Moral hazard). Ciò ha comportato l'abbandono graduale del principio "Too Big To Fail", secondo il quale certi gruppi bancari erano troppo grandi per fallire, per approdare al rischiosissimo "Too Big To Save".

Per quanto riguarda l'Europa, poi, la disomogeneità degli interventi delle *authorities* nazionali e della legislazione sull'insolvenza bancaria ha causato, molto spesso, un aggravamento dei costi del dissesto. In realtà, la Comunità Europea già dal 2001 con la Direttiva 2001/24/CE (quasi in contemporanea, quindi, del primo regolamento sull'insolvenza in generale- il Reg. n. 1346/2000) si era dotata di un meccanismo di coordinamento delle procedure di insolvenza degli istituti di credito a livello comunitario, basato, in questo caso⁸⁸, sul modello del *full*

⁸⁸In questo caso perché, come sappiamo, al contrario il modello di coordinamento delle procedure per quanto concerne l'insolvenza in generale, è il *modified universal insolvency*.

universal insolvency. Detta direttiva era stata recepita nel nostro ordinamento nel 2004 con l'aggiunta di una Sezione IIIbis al T.u.b. (artt. 95-bis - 95-septies).

Dopo lo scoppio della crisi del 2008 si è manifestata l'insufficienza del sistema di cui alla Direttiva del 2001. Innanzitutto essa non definiva una disciplina unica a livello comunitario della crisi d'impresa: il legislatore comunitario si era infatti limitato (come vedremo) ad indicare le modalità ed i meccanismi di coordinamento tra le diverse giurisdizioni nazionali per consentire la prevalenza e l'operatività della procedura d'intervento nel caso concreto. Inoltre, con questo meccanismo, le filiali transfrontaliere (*cross-border branches*) di un istituto erano trattate come parti dello stesso, e quindi incluse nelle procedure di insolvenza sotto il regime applicabile dello stato membro di appartenenza. Soluzione questa, che non prendeva in considerazione il pericolo di contagio a sfavore della stabilità finanziaria del sistema bancario dello Stato membro ospitante⁸⁹.

Per queste ragioni si sono avute negli anni una serie di consultazioni pubbliche e relazioni sulle opportunità di modifica della disciplina, che si sono tradotti bene o male, nel nuovo testo della ultimissima Direttiva 2014/59/UE, la così detta Direttiva BRRD (*Bank Recovery and*

⁸⁹Inoltre, la direttiva non prende assolutamente in considerazione l'ipotesi di succursali all'estero (*cross-border subsidiaries*) che sono soggette al regime di insolvenza dello Stato in cui sono state costituite. Si parla a questo proposito di "doppio binario di intervento".

Resolution Directive). Essa in realtà fa parte di un pacchetto comprendente anche il Regolamento europeo n. 806/2014, pienamente operativo da gennaio 2016, che ha introdotto il Meccanismo di risoluzione unico delle banche e delle società di intermediazione mobiliare (SIM) che prestano servizi che comportano l'assunzione di rischi in proprio (Single Resolution Mechanism, SRM); meccanismo, questo ultimo, complementare al Meccanismo di vigilanza unico (Single Supervisory Mechanism, SSM) già esistente. Ancora, è stato istituito il Fondo di risoluzione unico per il finanziamento dei programmi di risoluzione (Single Resolution Fund, SRF) alimentato dai contributi degli intermediari dei paesi dell'area dell'euro con un piano di versamenti distribuito in 8 anni, senza utilizzo di denaro pubblico.

Il nostro studio si soffermerà prevalentemente sulla Direttiva del 2001, nell'ottica di valorizzare le differenze di questa disciplina dell'insolvenza transfrontaliera bancaria rispetto alla disciplina finora analizzata; accenneremo poi brevemente, alle ultime novità introdotte per sottolineare come si sia intervenuto incisivamente per evitare il collasso bancario in via preventiva.

4.1 La direttiva 2001/24/CE

Con la Direttiva 2001/24/CE⁹⁰ è stato così adottato a livello comunitario, nel comparto bancario, un tipico modello concorsuale di *full universal insolvency*⁹¹, che prevede cioè, l'instaurazione di una unica procedura di risoluzione della crisi universalmente valida (in questo consistendo la prima grande differenza rispetto alla disciplina generale dell'insolvenza transfrontaliera, finora analizzata, che come abbiamo visto si basa su un meccanismo di coordinamento delle singole discipline nazionali dell'insolvenza- *modified universal insolvency*). Nell'ambito della insolvenza bancaria⁹² si è reso, cioè, necessario attribuire allo Stato di origine della banca il potere di instaurare e gestire una unica procedura, ancorché avente risvolti transfrontalieri, per il tramite della propria Autorità di Vigilanza, ed applicando la propria legge; unica procedura coinvolgente tanto la banca in sé, che le sue succursali diffuse sul territorio comunitario (elaborazione del principio del *home country control*). In precedenza, in caso di procedure di crisi di una succursale di un ente creditizio in Stati membri diversi da quello di origine, le autorità di vigilanza degli Stati ospitanti potevano autorizzare procedure concorsuali separate (cd. Procedure secondarie). I vantaggi,

⁹⁰Recepita nel nostro ordinamento con il D.lgs. n. 197/2004 che ha introdotto una Sezione III- bis al T.u.b. (artt. 95bis – 95-septies), intitolata “Banche operanti nel settore comunitario”.

⁹¹Praticamente omogeneo, si sottolinea, è il regime che interessa le assicurazioni, in forza della quasi coeva Direttiva 2001/17, che è stata attuata nel nostro ordinamento nel 2003 attraverso il d.lgs. n. 93.

⁹²Vi è da sottolineare che né la direttiva né il testo attuativo fanno alcun riferimento alla insolvenza come requisito di apertura di una procedura: il campo di applicazione della direttiva è pacificamente inteso come inclusivo anche di procedure che non presuppongono l'insolvenza ma una mera situazione di irregolarità amministrativa (amministrazione straordinaria, vedi art. 95 septies T.u.b. di ricezione della direttiva).

invece, di un sistema improntato al modello del *full universal insolvency* in questo ambito sono molteplici. Le notevoli limitazioni che ciò comporta per la sovranità nazionale sono limitate in un settore che già da tempo conosce il principio del *home country control*. Detto principio, come sappiamo, trova applicazione nei settori bancario e assicurativo nell'ambito del mercato unico europeo per garantire le quattro libertà fondamentali previste dal Trattato costitutivo della Unione Europea⁹³ e per impedire discriminazioni in base alla nazionalità, presupponendo il reciproco riconoscimento delle *authorities* degli Stati membri e un minimo di armonizzazione delle loro leggi; *authorities* e Stati che in questo modo accettano una notevole ridefinizione della loro sovranità, in genere limitata ai confini geografici dello Stato, acquisendo poteri regolatori nei confronti di tutti i soggetti che operano nel territorio, aventi sede legale al suo interno o in altri Paesi della Unione. Sussistendo, quindi, questo presupposto, l'esistenza di una rete di Autorità nazionali, dotate degli stessi poteri e funzioni, dovrebbe rendere efficiente la cooperazione, posto che all'eventuale inerzia di una potrebbe sopperire l'intervento delle altre. Inoltre il rischio di *forum shopping* è praticamente eliso poiché le banche operano sulla base di una autorizzazione i cui presupposti sono ormai armonizzati a livello

⁹³*Id est* libertà di circolazione di persone, di merci, di capitali e di idee.

internazionale⁹⁴; d'altra parte, in situazioni più delicate, quali ad esempio la tutela dei lavoratori, laddove le differenze di disciplina potrebbero maggiormente essere avvertite, è comunque prevista l'applicazione obbligatoria della disciplina dello Stato ospitante, ove è ubicata la succursale. Inoltre, in generale, il modello *full universal insolvency* risulta essere più efficiente di modelli di integrazione meno intensa e questo ne ha suggerito l'adozione per via della particolare delicatezza dell'attività bancaria che impone, come detto, di anticipare il giudizio sull'insolvenza in caso di istituti di credito. La Direttiva “si iscrive nel contesto legislativo comunitario realizzato dalla Direttiva 2000/12/CE relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio. Ne consegue che, nel corso del periodo di attività, l'ente creditizio e le sue succursali formano un'entità unica soggetta alla vigilanza delle autorità competenti dello Stato nel quale è stata rilasciata l'autorizzazione valida nell'insieme della Comunità” (considerando n.3), per cui sarebbe inopportuno rinunciare a tale unità che l'ente forma con le sue succursali allorché è necessario adottare provvedimenti di

⁹⁴Intendiamo riferirci, in particolar modo, alle previsioni degli Accordi di Basilea, conclusi nel 1988 fra i Paesi facenti parte del G10. Il testo del primo accordo, che introduceva solamente dei requisiti patrimoniali minimi per l'esercizio dell'attività bancaria, fu poi rivisto, a partire dal 2004, entrando definitivamente in vigore nel 2008, con l'Accordo di Basilea 2. Quest'ultimo si connotava per una disciplina più specifica dei requisiti patrimoniali minimi delle banche, con l'introduzione dei cosiddetti 3 pilastri della disciplina della vigilanza bancaria: requisiti patrimoniali, controllo prudenziale e disciplina di mercato. Basilea 3 è, infine, un insieme di nuove regole elaborate dagli Stati facenti parte del G20, in risposta alla crisi finanziaria, per prevenire l'eccessiva assunzione di rischi da parte degli operatori e rendere il sistema finanziario più solido. Esso prevede, per gli intermediari finanziari, l'introduzione di standard minimi di liquidità, del concetto di capitale regolamentare, e di più alti requisiti patrimoniali, di misure per il contenimento del livello di leva finanziaria e misure atte a ridurre la prociclicità delle regole prudenziali.

risanamento o aprire una procedura di liquidazione”. La Direttiva, quindi, non punta ad armonizzare a livello comunitario la legislazione dei vari Stati membri in materia di provvedimenti di risanamento e di procedure di liquidazione: quello, al più, sarà un effetto collaterale dell'integrazione che si sta producendo in questo ambito a livello europeo.

La Direttiva, nella versione del 2001, costituisce un testo normativo molto breve (35 articoli in tutto) e poco complesso. Essa si applica “agli enti creditizi e alle loro succursali istituite in uno Stato membro diverso da quello della sede legale” e alle succursali di un ente creditizio la cui sede legale si trova fuori della Comunità “soltanto allorquando detto ente abbia succursali in almeno due Stati membri della Comunità”. (art.1), tanto in caso di provvedimenti di risanamento, che in caso di procedure di liquidazione. Nello specifico, i provvedimenti di risanamento sono quelli “destinati a salvaguardare o risanare la situazione finanziaria di un ente creditizio e che possono incidere sui diritti preesistenti dei terzi, compresi i provvedimenti che comportano la possibilità di una sospensione dei pagamenti, di una sospensione delle procedure di esecuzione o di una riduzione dei crediti, ovvero si tratta di provvedimenti amministrativi destinati a mantenere o ristabilire la situazione finanziaria della banca, consentire alle autorità di effettuare

controlli e verifiche, imporre le misure conseguenti”; le procedure di liquidazione sono le “procedure concorsuali aperte e controllate dalle autorità amministrative o giudiziarie di uno Stato membro al fine della realizzazione dell'attivo sotto la vigilanza di dette autorità, compreso il caso in cui dette procedure si chiudano con un concordato o un provvedimento analogo”.

Stante questo ambito di applicazione, l'adozione del principio del mutuo riconoscimento non avrebbe comportato particolari problemi in caso di provvedimenti di risanamento che tendenzialmente non comportano pregiudizio per i creditori, quanto piuttosto per le procedure concorsuali di liquidazione, in ragione delle difficoltà specifiche dovute alla diversità di trattamento nella ripartizione dell'attivo e nel concorso tra i privilegi dei creditori prevista dagli ordinamenti giuridici della sede principale e delle succursali. La soluzione adottata è stata quella della integrale applicazione della legislazione del Paese di origine anche alle succursali in altri Stati membri (art.10)⁹⁵, che permette anche ad amministratori straordinari e liquidatori di esercitare nel territorio di tutti gli Stati membri "tutti i poteri che esercitano nel territorio dello

⁹⁵ Nel caso di provvedimenti di risanamento, l'articolo 3 prevede che "le autorità amministrative o giudiziarie dello Stato membro d'origine sono le sole competenti a decidere sull'applicazione ad un ente creditizio, incluse le succursali stabilite in altri Stati membri, di uno o più provvedimenti di risanamento" e "i provvedimenti di risanamento sono applicati secondo le leggi, i regolamenti e le procedure applicabili nello Stato membro d'origine, salvo che la presente direttiva non disponga diversamente, e producono i loro effetti secondo la legge di tale Stato membro in tutta la Comunità, senza ulteriori formalità". Stessi principi valgono in caso di procedure di liquidazione (artt.9-10).

Stato membro d'origine", potendo designare persone incaricate di assisterli o rappresentarli negli Stati membri ospitanti. Il principio della legge dello Stato d'origine è in parte attenuato attraverso l'inserimento di alcune deroghe, in maniera analoga a quanto, abbiamo visto, accade in virtù degli artt. 8 e seguenti del Reg. n. 848/2015. Le ipotesi sono praticamente identiche e la ratio di dette deroghe consiste sempre nell'esigenza ora di garantire la certezza del diritto, ora di salvaguardare i rapporti fra creditori, in ragione dei privilegi loro legittimamente spettanti. Nelle seguenti ipotesi di deroga si applicherà quindi il diritto dello Stato ospitante, e nello specifico:

- in caso di contratti di lavoro, la *lex contractus* (art.20),
- per quanto concerne il godimento o l'acquisto di beni immobili, la *lex rei sitae* (art.20),
- in caso di diritti reali e riserva di proprietà, la *lex contractus* (artt.21 e 22),
- per quanto concerne beni sottoposti a registrazione e i diritti di proprietà su strumenti registrati in un conto, registro o deposito, la *lex rei sitae* (art.24),
- per quanto concerne accordi di compensazione e novazione, si applicherà la legge dello Stato membro applicabile agli accordi (art.25),
- nel caso di transazioni effettuate in un mercato regolamentato e delle

cessioni con patto di riacquisto, la *lex contractus* (artt. 26 e 27).

Per quanto concerne i creditori, essendo la procedura unica, anche quelli che hanno la residenza, il domicilio o la sede legale in uno Stato membro diverso dallo Stato membro d'origine hanno il diritto di insinuare i propri crediti, beneficiando inoltre "dello stesso trattamento e dello stesso grado dei crediti di natura equivalente che possono essere insinuati dai creditori aventi la residenza, il domicilio o la sede legale nello Stato membro d'origine".⁹⁶ Due ultime previsioni sono, infine, rilevanti. La direttiva, in primo luogo, intende "proteggere i creditori che hanno effettuato transazioni con l'ente creditizio prima dell'adozione di un provvedimento di risanamento o dell'apertura di una procedura di liquidazione, contro le disposizioni relative alla nullità, all'annullamento o all'inopponibilità previste dalla legge dello Stato membro d'origine": a riguardo, l'art. 30 prevede che non si applica la legge dello Stato di origine in relazione alla nullità o annullamento o inopponibilità degli atti pregiudizievoli alla massa dei creditori "quando il beneficiario di tali atti prova che:

- l'atto pregiudizievole alla massa dei creditori è soggetto alla legge di uno Stato membro diverso dallo Stato membro d'origine, e

⁹⁶ Principio ribadito dall'art.21, appena richiamato, il quale prevede che: "l'adozione di un provvedimento di risanamento o l'apertura di una procedura di liquidazione 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 dell'ente creditizio, che al momento dell'adozione del provvedimento o dell'apertura di una tale procedura si trovano nel territorio di un altro Stato membro".

- questa legge non consente, nella fattispecie, di impugnare detto atto con alcun mezzo".

La formulazione della norma è praticamente identica alla corrispondente di cui al Reg. n. 848/2015 e valgono, a riguardo, le medesime considerazioni. Il legislatore comunitario ha inteso in questo modo garantire certezza del diritto, soprattutto per quanto concerne la materia (delicata) delle azioni revocatorie e delle altre azioni avverso gli atti pregiudizievoli ai creditori, conscio della incidenza del rischio di revocatoria sulle scelte degli operatori del mercato. Infine, per quanto concerne l'istituto della compensazione, l'art. 23 dispone che: "l'adozione di un provvedimento di risanamento o l'apertura di una procedura di liquidazione non pregiudica il diritto del creditore di invocare la compensazione del proprio credito con il credito dell'ente creditizio, quando la compensazione sia consentita dalla legge applicabile al credito dell'ente creditizio".

4.2 La Direttiva BRRD e l'Unione Bancaria Europea

Con il manifestarsi della crisi del 2008 il sistema che abbiamo appena descritto è parso insufficiente per una corretta gestione delle crisi

bancarie⁹⁷. Si sono avute, a onor del vero, non solo a livello europeo, se non internazionale, una serie di consultazioni pubbliche e dibattiti sulle opportunità di modifica della disciplina, nell'ottica di una maggiore integrazione legislativa e di una maggiore cooperazione fra le Autorità operanti nei diversi paesi. Il frutto di queste consultazioni fu l'individuazione, innanzitutto, degli obiettivi che dovevano essere perseguiti e, quindi, degli strumenti adatti a ciò. In questi termini la Commissione europea ha considerato prioritario⁹⁸ l'introduzione di una disciplina unitaria a livello europeo della gestione transfrontaliera delle crisi bancarie, al fine di consentire la risoluzione della crisi " in continuità" (c.d. *going concern*) ovvero l'ordinaria liquidazione dei gruppi bancari. Per cui da una parte è necessario che "tutte le autorità nazionali di vigilanza dispongano di strumenti adeguati per individuare i problemi esistenti nelle banche in una fase abbastanza precoce"; dall'altra, bisogna "evitare che in caso di crollo di banche transnazionali si producano gravi turbative in servizi bancari vitali o effetti di contagio sull'intero sistema finanziario. Questo implica l'elaborazione di un quadro europeo di risoluzione dei problemi e di misure per eliminare gli

⁹⁷ "La crisi finanziaria ha evidenziato una mancanza significativa di strumenti adeguati a livello di Unione per gestire con efficacia gli enti creditizi e le imprese di investimento (<enti>) in crisi o dissesto"- primo considerando della Direttiva 2014/59/UE.

⁹⁸ Ved. COMMISSIONE EUROPEA- "Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, alla Corte di Giustizia delle Comunità europee e alla Banca centrale europea, relativa a un quadro europeo per la gestione transfrontaliera delle crisi nel settore bancario", Bruxelles, 20.10.2009

ostacoli che l'approccio esclusivamente territoriale e per entità separate ai problemi di insolvenza frapponesse ad un'efficace risoluzione transfrontaliera".

Sono stati, quindi, individuati i momenti di intervento nella crisi finanziaria di un gruppo bancario in: *early intervention*, *resolution plan* e *orderly liquidation*. Questa ultima è propriamente la fase di dismissione dell'ente in dissesto, attraverso la liquidazione di tutto il suo patrimonio (fase di *gone concern*). Le due prime fasi di intervento sono, invece, ancora fasi di *going concern*, in cui cioè ancora è possibile l'esercizio dell'attività bancaria da parte dell'ente. Nello specifico, si interverrà in *early intervention*, con strumenti poco invasivi quali sistemi di controllo preventivo, di tipo cartolare o ispettivo⁹⁹, quando l'ente non risponde più ai requisiti di patrimonializzazione di Basilea 3¹⁰⁰. Quando però non solo l'ente non rispetti più i requisiti di patrimonializzazione, ma sia propriamente in crisi (ancorché non cronica), si è già in fase di *resolution plan*. È riguardo questa fase che la Direttiva in esame ha inciso maggiormente. L'obiettivo è di ampliarla quanto più possibile, nell'ottica di risanare il dissesto dell'ente e garantire la continuità nell'offerta dei servizi: le Autorità di vigilanza

⁹⁹ È previsto che periodicamente le banche inviino delle segnalazioni contenenti le informazioni necessarie per valutare il rispetto di suddetti requisiti (controllo cartolare); indagini più specifiche sono quelle operate dalle autorità di vigilanza per valutare l'attendibilità delle informazioni trasmesse (controllo ispettivo).

¹⁰⁰ Si veda nota n.10

dovrebbero essere dotate di poteri e strumenti che, senza pesare sulle finanze dello Stato, ma scaricando il peso del dissesto tutto all'interno della banca (attraverso il *bail-in*), rendano ciò possibile. Detti strumenti e poteri erano già stati individuati nella proposta di direttiva elaborata nel 2009¹⁰¹. Varcate le soglie di intervento, la *illiquidity threshold* o il *balance sheet threshold*¹⁰², l'autorità nazionale competente potrà agire attraverso i seguenti strumenti di risoluzione:

- La vendita delle attività: con questo strumento le autorità di risoluzione sono legittimate a vendere un istituto di credito, o parte delle attività/passività, ad uno o più acquirenti a condizioni di mercato senza che sia richiesto il consenso degli azionisti;

- Creazione di una banca ponte: le autorità di risoluzione possono trasferire tutte o parte delle attività di un istituto di credito ad una banca ponte, con lo scopo di ristrutturare l'organizzazione societaria rafforzandone la robustezza senza pregiudizio del mercato. Ciò è possibile in quanto l'ente originario continua a svolgere la propria attività; il destino della banca ponte comunque è d'essere liquidata, ma sul ricavato di detta liquidazione azionisti e creditori dell'istituto

¹⁰¹ COMMISSIONE EUROPEA, Commission staff working document impact assessment Accompanying the Communication from the Commission to European Parliament, the Council, The European economic and social committee, the European Court of Justice and the European central bank.

¹⁰² Queste le soglie di intervento adottate nella maggior parte degli Stati membri. Quella della *illiquidity threshold* è la soglia di intervento adottata nel nostro sistema fallimentare, corrispondente con la situazione in cui il debitore non sia capace di adempiere alle obbligazioni assunte; in altri ordinamenti si interviene, invece, in situazione di *balance sheet threshold*, quando cioè il bilancio dell'azienda mostri un valore netto negativo.

principale non possono avanzare alcuna pretesa (se non eventualmente sull'eventuale eccedenza che residua in seguito alla liquidazione).

- Separazione delle attività: questo strumento permette alle autorità di risoluzione di trasferire certe attività, in particolare le attività soggette ad alto rischio tale da influenzare l'equilibrio finanziario dell'istituto di credito, ad un organismo pubblico (*bad bank*) che ne gestisca la liquidazione in tempi ragionevoli. Anche in questo caso azionisti e creditori non possono avanzare pretese sulle attività trasferite.

- Conversione del debito- "write down powers"/ bail-in: questo istituto è il più complesso e discutibile. Permette di affrontare situazioni in cui *LCFIs* (Large Complex Financial Institutions) sono troppo grandi perché siano sufficienti gli ordinari strumenti di intervento. La conversione del debito si attua fundamentalmente mediante o la conversione di strumenti di debito dell'istituto in strumenti di rischio, o tramite la forzosa riduzione del valore contabile di alcuni attivi sopravvalutati rispetto al valore di mercato (con vantaggi, in primo luogo, a livello fiscale).¹⁰³

¹⁰³ Sul meccanismo del *bail-in* e della sua legittimità si potrebbe discutere a lungo, ma questa non è forse la sede opportuna. Ricordiamo semplicemente che questo strumento è stato pensato per evitare che il peso del dissesto della banca sia scaricato sui contribuenti nelle manovre di salvataggio pubblico. Per questa ragione si è ritenuto di far gravare il debito della banca su chi nella stessa aveva investito, con azioni ed obbligazioni subordinate. Per cui si ammette, come detto, la riduzione forzosa del valore delle azioni e di alcuni crediti, o la conversione di crediti in azioni, secondo un ordine di priorità che vede per primi gli azionisti, seguiti da detentori di altri titoli di capitale, gli altri creditori subordinati, le persone fisiche e le piccole e medie imprese titolari di depositi per importo eccedente i 100000 euro (i depositanti per importi minori, piccolissimi risparmiatori, sono esclusi dall'ambito di applicazione del meccanismo ed in questo tutelati), il fondo di garanzia per i depositi. Si vuole scaricare, insomma, il peso del dissesto su chi abbia investito imprudentemente nella banca,

Questi fondamentalmente sono stati gli approdi delle consultazioni pubbliche e della ultima proposta di direttiva del 2009, recepiti nella Direttiva 2014/59/UE, più nota come Direttiva BRRD (*Bank Recovery and Resolution Directive*) adottata dall'Unione Europea il 12 Giugno 2014. Essa, inoltre, introduce regole nuove ed armonizzate che, negli auspici del legislatore europeo, permettano di intraprendere un nuovo corso nella gestione non già solo della crisi della impresa bancaria, quanto, prima, dell'attività bancaria in sé. Queste nuove norme "consentiranno di gestire le crisi in modo ordinato attraverso strumenti più efficaci e l'utilizzo di risorse del settore privato, riducendo gli effetti negativi sul sistema economico"¹⁰⁴.

In fase di *early intervention* è imposta, infatti, alle banche la predisposizione, e riesamina con cadenza almeno annuale, di piani di risanamento individuali- *recovery plan*- che individuino le strategie e le azioni da intraprendere in caso di crisi. Il piano deve essere basato su assunzioni realistiche e relative a scenari che prevedano situazioni di crisi anche gravi; non deve assumere come possibile l'accesso a forme di

dimenticando che spesso l'azionista o l'obbligazionista della banca non è quello speculatore spregiudicato che si vuol credere, ma anche lui un "innocente" risparmiatore. In questo modo si disincentiva l'investimento dei piccoli e si ostacola la circolazione della ricchezza. Il dissesto di una banca è spesso di proporzioni immense; ma meglio sarebbe farlo gravare in primo luogo e per quanto più possibile su chi quel dissesto ha causato (che, al contrario, spesso va- quasi- esente da responsabilità).

¹⁰⁴ Relazione della Banca d'Italia sulla nuova direttiva- "*Che cosa cambia nella gestione delle crisi bancarie*", consultabile al <https://www.bancaditalia.it/media/approfondimenti/2015/gestione-crisi-bancarie/index.html>

finanziamento pubblico straordinarie e deve contemplare una serie di scenari di grave stress macroeconomico e finanziario attinenti alla specifica situazione della banca, individuando le misure idonee a farvi fronte. Il piano dovrà essere approvato dall'organo di amministrazione della banca ed approvato dalla autorità di vigilanza competente. Questa ultima, a sua volta, dovrà elaborare anch'essa dei piani di risoluzione per banche non sottoposte a vigilanza su base consolidata ovvero piani di risoluzione di gruppo. Nonostante questa disciplina così specifica, è difficile non pensare che l'elaborazione di detti piani non finisca per tradursi in una mera formalità, stante oggi giorno la subitaneità e soprattutto imprevedibilità delle fluttuazioni del mercato, e delle crisi che ne derivano. Ben più efficace, a mio parere, potrà essere l'esercizio da parte delle Autorità di risoluzione delle misure di intervento precoce, che sono state ampliate dalla direttiva in esame. Infatti ai primi segnali di deterioramento delle condizioni finanziarie o patrimoniali della banca¹⁰⁵, e da una parte, misure alternative di natura privata (quali aumenti di capitale) o di vigilanza non consentano di evitare in tempi ragionevoli il dissesto¹⁰⁶, dall'altra, sottoporre la banca alla liquidazione ordinaria non permetterebbe di salvaguardare la stabilità sistemica e

¹⁰⁵ Quali "rapido deterioramento della situazione finanziaria, peggioramento della situazione di liquidità, rapido aumento dei livelli di leva finanziaria, crediti in sofferenza o concentrazione delle esposizioni" (art.27 Direttiva in esame).

¹⁰⁶ Per la definizione del momento in cui l'ente è considerato in dissesto o a rischio dissesto si veda l'art. 32 della direttiva.

proteggere depositanti e clienti, le Autorità di vigilanza potranno (su richiesta degli stessi Stati membri, che in questo modo vengono responsabilizzati innanzi al complesso degli Stati della Unione) chiedere all'organo di amministrazione dell'ente di preparare un piano per negoziare la ristrutturazione del debito con tutti o alcuni dei creditori o, anche, rimuovere i vertici della banca e nominare amministratori straordinari, richiedere cambiamenti nella strategia aziendale dell'ente o alle strutture giuridiche o operative dello stesso, o adottare gli strumenti di intervento di cui sopra.

Conclusioni

Al termine dello studio dei Regolamenti europei sulla insolvenza transfrontaliera c.d. “industriale”, e poi delle due direttive sulla insolvenza transfrontaliera bancaria, fondamentalmente possiamo compiere le seguenti considerazioni.

Il testo di rifusione ha colmato le lacune del testo originario?

Innanzitutto, possiamo chiederci se il testo di rifusione abbia effettivamente colmato le lacune di cui al primo regolamento, e se sia possibile, oggi, un ulteriore e più profondo livello di integrazione fra le normative dei diversi Stati membri. A mio parere il testo di rifusione del

2015 ha ben colmato alle lacune del Reg. n. 1346/2000.

Per quanto concerne la nuova disciplina della insolvenza dei gruppi di imprese, probabilmente non poteva prevedersi più che un meccanismo di coordinamento quale è quello che abbiamo studiato. Ma in realtà la problematica veramente centrale era e rimane quella della individuazione del C.o.m.i., poichè, come sappiamo, è in base ad esso che viene individuata la disciplina della procedura concorsuale e quindi si determina il trattamento delle pretese dei creditori. Il testo di rifusione ha recepito gli approdi della giurisprudenza sui criteri di individuazione di detto C.o.m.i. ed ha introdotto tanto nuove presunzioni (anche per le persone fisiche), quanto la previsione per cui lo spostamento della sede avvenuto nei pressi della apertura della procedura di insolvenza non è efficace. Non penso sia possibile concepire un meccanismo che garantisca maggiore certezza nella individuazione del C.o.m.i; il margine di incertezza che permane è, direi, fisiologico e legato alla varietà dei casi della realtà e delle possibilità di smistamento delle attività di gestione da parte dell'impresa sui diversi territori. L'accertamento del luogo in cui il debitore ha il suo C.o.m.i. dipende in misura rilevante, cioè, da accertamenti di fatto, che si prestano ad interpretazioni differenti.

Forum shopping: sempre da condannare? Quello su cui maggiormente possiamo discutere sia della correttezza della posizione assunta dal legislatore comunitario, che ha fermamente e sempre condannato queste strategie di impresa di spostamento della sede e scelta della disciplina "più appetibile", quondanche, come vedremo, le stesse potrebbero addirittura favorire una migliore realizzazione degli interessi dei creditori.

Fondamentalmente il problema che il trasferimento della sede determina, e che il legislatore comunitario pare abbia tenuto in considerazione, è che esso crea una pericolosa incertezza sulla disciplina legale, per cui potrebbe darsi che una impresa finisca per essere liquidata secondo una disciplina che è diversa da quella che regola il suo asset societario. La valutazione della disciplina applicabile, come sappiamo, ha un ruolo fondamentale nelle scelte di imprese ed investitori e quindi detta incertezza può essere quanto mai pericolosa per una fluida e serena circolazione della ricchezza. Ma in realtà la questione risulta più complessa e per comprenderla dobbiamo innanzitutto individuare quelle che sono le ragioni più comuni che spingono un'impresa al trasferimento della propria sede¹⁰⁷. Allettante

¹⁰⁷ Su tutti questo, L. Panzani- "La dimensione internazionale dell'insolvenza. Recenti sviluppi", relazione al Convegno *Il diritto e le discipline economiche*, tenutosi a Torino, 8 maggio 2014

potrebbe essere, ad esempio, la prospettiva di potersi avvalere di un diverso regime delle revocatorie o di una disciplina che non condanni alla postergazione i finanziamenti concessi dai soci. In entrambi questi casi ciò che spinge l'impresa al trasferimento della sede è la possibilità che con quella altra disciplina essa possa meglio realizzare i propri interessi, a scapito dei creditori. In queste ipotesi, evidentemente queste manovre costituiscono abuso del diritto alla libertà di stabilimento e prestazione dei servizi, in quanto l'intenzione è di trarre vantaggio dalla disciplina dell'Unione, a danno dei creditori, la cui *par condicio* viene irrimediabilmente alterata.

D'altra parte, altre potrebbero essere le considerazioni compiute dall'impresa che trasferisce la propria sede. Allettante potrebbe essere anche, infatti, la possibilità di variare più facilmente i piani di ristrutturazione elaborati con i creditori o poter ottenere il consenso dei creditori su forme di ristrutturazione secondo il modello della *pre-packaged bankruptcy*¹⁰⁸. Queste due ipotesi, in realtà, sono compatibili con quello che è certamente lo scopo principale della disciplina comunitaria: che si proceda alla ristrutturazione in modo tale da assicurare la massimizzazione delle attività nell'interesse dei creditori.

¹⁰⁸ Ci stiamo riferendo ad uno strumento contemplato dall'ordinamento inglese (verso cui, come diremo in seguito, maggiormente si sono verificati fenomeni di migrazioni della sede), che permette di organizzare la vendita dell'azienda in funzionamento prima dell'apertura della procedura, evitando quindi i costi in prededuzione che si accumulano durante la prosecuzione dell'attività dell'impresa prima della vendita.

Il *forum shopping* dell'impresa in crisi manifesta, quindi, questa natura duplice, a tratti vantaggiosa e a tratti non vantaggiosa per gli interessi dei creditori. Come rapportarsi ad esso? È corretto impedire sempre e comunque che l'impresa scelga una disciplina di maggior favore?

Bisogna partire innanzitutto da una considerazione, e cioè che ovviamente non è sempre una sola fra queste quattro ragioni ad aver determinato l'impresa al trasferimento della sede: ben potrebbe quest'ultimo essere vantaggioso, ad esempio, tanto in relazione al regime dei piani di ristrutturazione, quanto a quello delle azioni revocatorie. Fatta questa premessa indispensabile, ritengo corretto l'atteggiamento di generale condanna del fenomeno da parte del legislatore europeo; in fondo, è sempre più corretto che si applichi comunque la normativa che fin dal principio avrebbe disciplinato la procedura di insolvenza. D'altra parte, altre volte, impedendo il *forum shopping* si perde una occasione importante di massimizzare le attività in sede di ristrutturazione a tutto vantaggio dei creditori. Quindi? Quindi teoricamente dovrebbe concepirsi un meccanismo che permetta proprio a questi ultimi di esprimersi sulla scelta dell'impresa. Non dimentichiamo, ovviamente, che il ceto creditorio è una entità quanto mai grande ed eterogenea (a maggior ragione per imprese che, riteniamo, operino a livello transfrontaliero); ma la previsione di un

meccanismo democratico di votazione, fondato anche sul peso del singolo credito nel passivo, forse costituisce la strada migliore per non perdere questa opportunità.

È necessario un ulteriore livello di integrazione, con l'adozione di un modello di *full universal insolvency*? Ci si potrebbe chiedere, a questo punto, se sia auspicabile raggiungere un ulteriore livello di integrazione, adottando un modello di *full universal insolvency* anche in sede di insolvenza industriale. In realtà in questo ambito mancano le esigenze che hanno portato all'adozione di quel modello in caso di insolvenza bancaria (come abbiamo analizzato); inoltre, il regolamento, come disciplina di diritto internazionale privato di coordinamento delle discipline nazionali, ha finora dato buona prova. V'è da dire che pur permanendo delle importanti differenze negli ordinamenti dei diversi Stati membri, che costituiscono la causa del fenomeno di *forum shopping*, l'esistenza di una disciplina comune, ancorché di mero coordinamento, ha comunque facilitato una certa osmosi fra gli ordinamenti degli Stati membri, permettendone un loro avvicinamento. Non nascondiamo, infine, che lo scenario futuro vada oltre la adozione di un nuovo modello di mero coordinamento, seppur di *full universal insolvency*, e prospetta l'elaborazione di una normativa sostanziale unica

a livello europeo della insolvenza transfrontaliera. Così la Commissione europea nella Raccomandazione del 12 marzo 2014, nella quale già sono stati sanciti alcuni principi che dovrebbero informare questa eventuale futura disciplina¹⁰⁹.

La disciplina speciale della insolvenza bancaria. Il modello *full universal insolvency* risulta, invece, perfettamente funzionante in ambito di insolvenza bancaria, per le ragioni sopra esposte. Il sistema, pur nella identità di alcune disposizioni, risulta impostato in maniera decisamente differente rispetto al sistema della insolvenza transfrontaliera dell'impresa industriale. In particolar modo, peculiari sono i meccanismi pensati per evitare il dissesto e poi, in caso in cui comunque si manifesti, scaricarne il peso su azionisti ed obbligazionisti.

¹⁰⁹ Fra gli altri, stante che *"gli effetti del fallimento, in particolare la stigmatizzazione sociale, le conseguenze giuridiche e l'incapacità di far fronte ai propri debiti sono un forte deterrente per gli imprenditori che intendono avviare un'attività o ottenere una seconda opportunità (anche se è dimostrato che gli imprenditori dichiarati falliti hanno maggiori probabilità di avere successo la seconda volta)"* (ventesimo considerando), bisognerebbe tentare la ristrutturazione ad ogni costo, con l'adozione di procedure flessibili e l'esdebitazione dovrebbe essere concessa automaticamente al decorso di un certo tempo, senza l'intervento del giudice.

Bibliografia

- BENEDETTELLI MASSIMO V., "Centro degli interessi principali del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, pp. 499-530;
- CELLE PIERANGELO- "La disciplina dell'Unione europea sull'insolvenza transfrontaliera: riflessi nel settore dello <shipping>", in *Diritto del commercio internazionale*, 2014, pp. 853-873;

- COMMISSIONE EUROPEA- "Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, alla Corte di Giustizia delle Comunità europee e alla Banca centrale europea, relativa a un quadro europeo per la gestione transfrontaliera delle crisi nel settore bancario", Bruxelles, 20.10.2009;
- DE CESARI PATRIZIA- "L'evoluzione della legislazione europea in tema di insolvenza", in *Fallimento e concordato fallimentare*, 2016, pp.494- 540;
- DI AMATO SERGIO, "Le procedure di insolvenza nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera", in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2002, pp. 693-703;
- FUMAGALLI- "Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza", in *Riv. Dir. Proc.* 2001;
- GALLETTI DANILO- "L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario", in *Banca borsa e titoli di credito*,2006, pp. 546-572;
- MARONGIU BUONAIUTI FABRIZIO, "La revisione del Regolamento sulle procedure di insolvenza/ Il coordinamento tra procedure di insolvenza basato sulla prevalenza della procedura principale nel Regolamento (UE) n.2015/848 di rifusione",- www.sidi-isil.org/sidiblog/;

- MONTELLA GALEAZZO, “Problemi di applicazione del Regolamento n.1346/2000 e soluzioni del nuovo Regolamento n.848/2015”, in *Fallimento e concordato fallimentare*, 2016, pp. 540-594;
- PANZANI LUCIANO- “Abuso del diritto. Profili di diritto comparato con particolare riferimento alla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera”, in *Giustizia civile*, 2014, pp. 693-739;
- PANZANI LUCIANO, "La dimensione internazionale dell'insolvenza. Recenti sviluppi", relazione al Convegno *Il diritto e le discipline economiche*, tenutosi a Torino, 8 maggio 2014;
- PROTO VINCENZO- “L'insolvenza transfrontaliera nell'ordinamento comunitario”, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2003, pp. 561-579;
- Relazione della Banca d'Italia sulla nuova direttiva- "*Che cosa cambia nella gestione delle crisi bancarie*", consultabile al <https://www.bancaditalia.it/media/approfondimenti/2015/gestione-crisi-bancarie/index.html>;
- RICCI E.F.- "Il riconoscimento delle procedure di insolvenza secondo il regolamento n. 1346/2000", in *Riv. Dir. Proc.* 2003, p. 391;
- VELLANI- "Approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera", Milano 2006.

Vorrei ringraziare mamma, papà, Federica e Jacopo, per essere sempre presenti e pazienti con me.

Vorrei ringraziare anche te, lettore ignoto, per avermi dato fiducia ed aver almeno sfogliato questa tesi.