IL REGOLAMENTO COMUNITARIO N. 1346/2000

relativo alle procedure di insolvenza

Obiettivi del Regolamento 1346/00

Obiettivo dichiarato dal Regolamento è quello di istituire una normativa di coordinamento tra le diverse procedure di insolvenza nazionali che presentino implicazioni transfrontaliere e ciò al fine di assicurare il buon funzionamento del mercato interno europeo (considerando n. 2 e 3).

Le notevoli differenze esistenti fra le normative dei diversi Stati membri ha consigliato di rinunciare al progetto di istituire un'unica procedura di insolvenza avente valore universale per tutta l'Unione, anche perché in quest'ambito esistono importanti interessi pubblici ai quali i singoli Stati sembravano non essere disponibili a rinunciare.

Si tratta, comunque, di un importante tassello in quel processo di cooperazione in materia giudiziale che ha visto, specie negli ultimi dieci anni, l'emanazione di numerosi regolamenti.

In un periodo di forte mobilità delle imprese e dei capitali è logico che molte società finiscano per possedere sedi secondarie e/o capitali all'estero mentre è altrettanto naturale che le vicissitudini di società che operino in più Stati dell'Unione finiscano per dare origine all'insorgenza di nuove problematiche, sconosciute in passato (quali ad esempio il **c.d. "forum shopping"**). Da qui la necessità di un atto comunitario che, con una visione globale ed unitaria delle rispettive procedure di insolvenza dei singoli Stati membri dell'Unione, coordini i provvedimenti che possono essere emanati in merito al patrimonio del debitore insolvente.

Non è, però, facile coordinare ordinamenti che presentano notevoli diversità derivanti da differenze storico-culturali che si sono andate consolidando nel tempo. Così se l'elemento oggettivo (e cioè lo stato di insolvenza) è (più o meno) ovunque lo stesso, molteplici sono le differenze che riguardano i presupposti soggettivi. Alcuni Stati, infatti, assoggettano a fallimento solo gli imprenditori commerciali (ad es. Italia e Belgio) mentre altri applicano procedure di insolvenza anche a persone fisiche (ad es. Germania e Paesi Bassi). Alcuni ordinamenti ricomprendono nel patrimonio del debitore fallito solo i beni presenti, altri anche quelli futuri. Diversa, in molti casi, è la disciplina dell'azione revocatoria o del rapporto di lavoro.

Va anche detto che tali diversità sono spesso conseguenza di un diverso modo di concepire la procedura di insolvenza. Taluni Stati, infatti, tendono a privilegiare la tutela degli interessi dei creditori, favorendo, quindi, le

procedure miranti alla liquidazione del patrimonio, altri, invece, privilegiano il salvataggio dell'impresa stessa.

Ambito di applicazione

Passando ad esaminare nello specifico il regolamento 1346/00 va preliminarmente detto che le disposizioni del suddetto regolamento si applicano solo alle procedure di insolvenza aperte dopo la sua entrata in vigore (cioè il 31.05.2002), mentre gli atti compiuti in precedenza dal debitore rimangono disciplinati dalla legge applicabile al momento del loro compimento (**art. 43**).

Qualche dubbio interpretativo ha suscitato il riferimento al “*momento di apertura*” che sembra vada individuato con quello in cui la decisione di apertura, sia essa definitiva o non definitiva, inizia a produrre i suoi effetti (si veda suo punto CGCE 17.01.2006 causa C1/04 – rivista il Fallimento anno 2006 pag. 907 e segg.).

Sotto il **profilo territoriale** già si è detto il regolamento si applica a tutti gli Stati membri ad eccezione della Danimarca.

Si dica, poi, che in passato, per risolvere le problematiche legate agli aspetti internazionali delle procedure di insolvenza, molti Stati erano ricorsi allo strumento delle convenzioni bilaterali. In tal senso la più riuscita è quella tra i Paesi Scandinavi, stipulata nel 1933 tra Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia e Svezia, ed il Trattato Benelux (in realtà, però, mai applicato per la mancata ratifica da parte del Lussemburgo) tra Belgio, Paesi Bassi e Lussemburgo.

Quanto all'Italia ricordiamo l'accordo in materia di fallimento stipulato nel 1924 tra Italia e lo Stato Serbo-Croato-Sloveno; la Convenzione tra Italia e Francia del 30.06.1930; la Convenzione di amicizia e buon vicinato stipulato tra Italia e Repubblica di San Marino nel 1939; la Convenzione tra Italia e Gran Bretagna sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale stipulata il 7.02.1964 e la Convenzione tra Italia ed Austria del 12.07.1977.

Oggi in forza del dettato di cui **all'art. 44**, il regolamento sostituisce, nelle relazioni tra gli Stati membri per le materia che ne sono oggetto, le convenzioni stipulate fra due o più Stati membri. Ne consegue che le convenzioni internazionali elencate nell'art. 44 par. 1 continuano a produrre effetti nelle materie disciplinate dal regolamento limitatamente alle procedure avviate prima della sua entrata in vigore.

Per quanto attiene **all'ambito materiale** di applicazione del regolamento esso è rappresentato dalle procedure concorsuali che presentano implicazioni transfrontaliere.

In particolare **l'art. 1** del reg. 1346/00 stabilisce che la disciplina in esso dettata si applica alle 1) **procedure concorsuali** b) che trovino il loro

presupposto nella insolvenza del debitore e inoltre che **comportino c)** lo **spossessamento totale o parziale** del debitore e d) la **designazione di un curatore**.

Si tratta di quattro criteri che devono coesistere tutti contemporaneamente (**art. 1**).

Si dice, poi, che esista anche un quinto requisito (o requisito implicito) dato dal carattere transfrontaliero della procedura (il regolamento, infatti, disciplina il rapporto tra Stati e **non incide sulle fattispecie meramente interne**).

Il regolamento si applica, pertanto, solo alle **procedure di natura concorsuale**: deve, pertanto, trattarsi di procedure in cui tutti i creditori possono far valere i loro crediti esclusivamente all'interno di esse. Sono, quindi, esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina comunitaria i mezzi giurisdizionali che, nei paesi membri, permettono ai singoli creditori di esperire azioni individuali nei confronti dei loro debitori.

Tale criterio, però, si è detto va inteso non in senso assoluto. Così in Italia esso subisce una importante eccezione dal momento che la nostra legge consente al **creditore a titolo di mutuo fondiario** di agire esecutivamente in via individuale sui beni costituiti in garanzia e ciò anche quando il debitore sia assoggettato ad una di quelle procedure ricomprese nell'allegato A.

La procedura deve fondarsi, poi, sullo stato di insolvenza del debitore anche se il regolamento non ne fornisce una autonoma definizione e va, pertanto, stabilita di volta in volta in base all'ordinamento giuridico dello Stato membro interessato (per l'Italia il riferimento è all'art. 5 L.F.).

Nell'allegato A risulta, però, ricompresa anche l'amministrazione controllata. Ora è risaputo che l'amministrazione controllata, a rigore, sarebbe incompatibile con lo stato di insolvenza in quanto essa si applica solo "*all'imprenditore che si trova in temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni*" (art. 187 LF). In questo caso si potrebbe ipotizzare un contrasto tra i requisiti dell'art. 1 e l'inserimento dell'amministrazione controllata nell'allegato A. Si è però preferito dire che il concetto di insolvenza a livello comunitario ha una accezione più ampia rispetto a quella prevista dal nostro art. 5 L.F.

L'apertura della procedura deve, poi, implicare lo **spossessamento del debitore** vale a dire il trasferimento ad altra persona dei poteri per amministrare il patrimonio del debitore. In tale conteso il regolamento non distingue tra uno spossessamento totale e/o solo parziale.

Ciò spiega perché il regolamento si applichi (in Italia) sia al fallimento (che notoriamente comporta uno spossessamento totale dei beni del debitore) sia ad altre procedure quali il concordato preventivo o l'amministrazione controllata (in cui lo spossessamento è di norma parziale).

Vi è poi la necessità della designazione di un **curatore** ossia di una persona che provveda all'amministrazione e/o liquidazione del patrimonio del debitore e/o anche solo a sorvegliarne la gestione dei suoi affari.

Riassumendo, quindi, l'art. 1 indica quelle che sono le caratteristiche che la procedura deve possedere per rientrare nell'applicazione del regolamento. Nell'Allegato A, poi, sono indicate - per ogni Stato - le procedure aventi le caratteristiche sopra illustrate.

Per l'Italia si tratta in particolare del **fallimento**, del **concordato preventivo**, della **liquidazione coatta amministrativa**, dell'**amministrazione controllata** e dell'**amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi**.

La sopra citata formulazione della norma pone un primo problema: l'interprete può stabilire quando una procedura di insolvenza rientri tra quelle regolate dal regolamento oppure l'elencazione contenuta nell'allegato A è vincolante? Il problema è quello del raccordo tra l'art. 2 lett a) e l'art. 1 par. 1. In definitiva ci si è chiesti cosa serve dare un'indicazione astratta dei requisiti che deve possedere una procedura nazionale per rientrare nel regolamento quando, poi, il regolamento stesso esplicita nell'allegato A, nominativamente, le procedure cui esso si applica? La risposta data dai primi commentatori è che il regolamento dura nel tempo ed i singoli ordinamenti possono mutare la loro disciplina interna introducendo nuove figure o variando quelle già esistenti. Tale nuove procedure potranno essere inserite nell'allegato A nella misura in cui rispettino i requisiti di cui all'art. 1 par. 1.

Sono, invece, **espressamente escluse** dall'ambito di applicazione del regolamento le procedure di insolvenza che riguardano le imprese assicuratrici o gli enti creditizi, le imprese d'investimento che forniscono servizi che implicano la detenzione di fondi o valori mobiliari di terzi, agli organismi d'investimento collettivo (art. 1, par 2).

Per completezza si deve pure dire che il regolamento indica le caratteristiche giurisdizionali che deve possedere l'organo preposto all'apertura della procedura di insolvenza. A tal proposito **l'art. 2** introduce una nozione di "**giudice**" con un significato maggiore sia rispetto alla nozione operante nel nostro ordinamento sia rispetto alla nozione adottata nel Reg. 44/01 (concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale). La qualifica di organo giurisdizionale, infatti, non spetta esclusivamente all'autorità giudiziaria, ma anche a qualsiasi altro organo od ente appartenente all'Amministrazione di uno Stato membro (può, quindi, trattarsi anche di un organo amministrativo e la sua individuazione deve essere effettuata nei singoli Stati secondo la **lex fori**). Per **decisione**, quindi, deve intendersi quella di qualsiasi organo competente che sia legittimato ad aprire la procedura o a nominare un curatore.

Va per contro precisato che il regolamento si applica **chiunque sia il debitore**, potendo essere sia persona fisica che giuridica, commerciante o non commerciante. Il discrimine, quindi, è dato dalla disciplina prevista nello Stato membro in cui si deve aprire la procedura di insolvenza. Sotto questo profilo la disciplina comunitaria sembra assicurare uno scarso livello di armonizzazione delle legislazioni nazionali, potendo il medesimo

soggetto essere assoggettato alla disciplina sull'insolvenza transfrontaliera a seconda che si applichi la legge fallimentare dell'uno o dell'altro Stato membro.

Altro punto debole della disciplina introdotta dal regolamento 1346/00 deriva dal fatto che la normativa comunitaria in esame **non si applica alle procedure di insolvenza** che presentano collegamenti con più Stati membri, laddove il centro degli interessi principali del debitore sia **localizzato in uno Stato extra-UE**. Sembra, infatti, che il regolamento in questione disciplini esclusivamente le procedure che riguardino debitori il cui centro principale degli interessi si trovi nello spazio giudiziario europeo.

Il Giudice competente

L'art. 3 costituisce il cardine di tutto il regolamento:

- esso infatti disciplina la competenza giurisdizionale ad aprire la procedura d'insolvenza;
- stabilisce la distinzione tra procedura principale e procedura secondaria;
- detta le regole essenziali dei rapporti tra procedura principale e procedure secondarie.

Il regolamento adotta **due distinti criteri di giurisdizione**: il centro degli interessi principali del debitore attribuisce al giudice di uno stato membro la giurisdizione ad azionare la procedura principale; la presenza invece di una dipendenza costituisce criterio di giurisdizione per l'apertura di una procedura secondaria.

Il legislatore comunitario ha quindi optato per una soluzione ispirata al c.d. modello della universalità limitata in forza del quale esiste un procedura c.d. principale che ha portata tendenzialmente universale ed è situata nello Stato in cui il debitore ha il suo centro principale degli interessi ed una (o più) procedura c.d. secondaria, di carattere locale, che è situata nel luogo in cui il debitore possiede una dipendenza ovvero dei beni.

Nell'operare tale scelta taluni commentatori hanno accusato il legislatore comunitario di scarso coraggio. In realtà il persistere di forti differenze tra le varie legislazione degli Stati membri unitamente alla presenza di forti interessi pubblici connaturati alla particolare materia trattata hanno consigliato di rinunciare ad introdurre una procedura unica d'insolvenza limitandosi ad attuare un coordinamento tra le varie discipline esistenti consentendo la contestuale apertura, nei confronti del debitore, di più procedure concorsuali.

Indubbiamente il riferimento contenuto nell'art. 3 **al centro degli interessi principali del debitore** (criterio che serve a individuare il Giudice competente ad aprire la procedura d'insolvenza c.d. principale) ha suscitato

non poche difficoltà interpretative e numerose sono le pronunce che riguardano tale concetto (sia della Corte di Giustizia sia dei vari organi giurisdizionali degli Stati membri).

Il 13 considerando precisa che il **c.d. C.O.M.I.** si identifica con il luogo in cui il debitore esercita in modo abituale la gestione dei suoi interessi. Per le società e persone giuridiche esso viene presunto, fino a prova contraria, coincide con il luogo in cui si trova la sede statutaria (art. 3, par. 1). Non rilevano, pertanto, sotto tale profilo né il luogo in cui sono localizzati i beni del debitore né una sua diversa volontà.

In più occasioni la giurisprudenza comunitaria ha affermato che il C.O.M.I. ha un significato autonomo (non può, pertanto, essere desunto dalle nozioni operanti nei singoli Stati membri) dovendosi interpretare in modo uniforme in tutti gli Stati membri. Dovendosi garantire la certezza del diritto e la prevedibilità nella individuazione del giudice competente, esso va individuato sulla scorta di criteri obiettivi e verificabili dai terzi. (*si veda pronuncia Eurofood e su 20.05.05 n. 10606 e SU 28.01.05 n. 1734*).

Indubbiamente la vicenda legata al caso Parmalat/Eurofood con le varie pronunce dapprima dei giudici nazionali, poi, della stessa Corte di Giustizia in Adunanza plenaria, ha dato non pochi spunti alla discussione.

Così il Tribunale di Parma per radicare la competenza in Italia al fine di dichiarare l'insolvenza di alcune società olandesi, lussemburghesi e irlandesi, ha ritenuto che, al di là della sede statutaria delle singole società, bisognasse individuare quella che era l'attività di direzione ed il centro propulsore dell'impresa ove operano gli amministratori.

Sta di fatto che nel caso del fallimento della Eurofood si è aperto un contrasto tra il giudice italiano e quello irlandese definito con l'intervento della Corte di Giustizia la quale ha dato preminenza, nell'individuazione del centro principale degli interessi, alla posizione dei creditori....(si veda sentenza caso Eurofood).

Nel tentativo di chiarire ulteriormente tale concetto la Francia ha emesso una circolare interpretativa del Ministero della Giustizia che (per quanto possa valere) individua tale concetto con il centro effettivo della direzione degli affari.

Accanto al concetto del centro principali degli interessi esiste un'ulteriore criterio attributivo della giurisdizione e necessario per radicare la procedura di insolvenza c.d. secondaria. Trattasi della **c.d. dipendenza** del debitore identificata con il luogo in cui il debitore esercita in modo non transitorio un'attività economica con mezzi umani e con beni (art. 2 lett. h).

La procedura principale e la procedura secondaria - differenze ed analogie

Nell'ottica di inquadramento della disciplina dettata dal regolamento 1346 una considerazione particolare va fatta ai diversi tipi di procedure di insolvenza in esso previste.

Già si è detto che la **procedura principale** d'insolvenza è aperta dal Giudice dello Stato membro in cui si trova il centro principale d'interessi del debitore ed è, in generale, regolata dalla legge dello Stato in cui essa si apre.

Può essere volta sia al risanamento sia alla liquidazione dell'impresa ed ha portata tendenzialmente universale nel senso che è volta a favorire tutti i creditori (a prescindere dalla nazionalità e dal domicilio) ed è volta a comprendere tutti i beni del debitore (ovunque localizzati e salvo che essi siano assoggettati ad una procedura secondaria).

Le **procedure secondarie** sono quelle che possono essere aperte negli Stati membri dopo l'apertura di una procedura principale e ciò senza che sia necessaria una verifica della sussistenza dello stato di insolvenza (**art. 27**), a condizione, però, che in detto Stato il debitore abbia una dipendenza. L'iniziativa di aprire una procedura secondaria spetta al Curatore della procedura principale ovvero a qualsiasi altra persona interessata o autorità legittimata in base alla legge dello Stato membro (**art. 29**). Tale procedura ha **carattere ausiliario** rispetto a quella principale ed è diretta a soddisfare i creditori iscritti a prescindere dalla cittadinanza e/o domicilio.

Tali procedure hanno necessariamente carattere liquidatorio ed hanno effetti territoriali, riguardando esclusivamente i beni del debitori presenti nello Stato interessato da suddetta procedura. Nel caso in cui la liquidazione dell'attivo consenta di soddisfare tutti i crediti ammessi alla procedura secondaria il curatore ad essa preposto trasferisce l'eventuale residuo dell'attivo al curatore della procedura principale.

Anche la procedura secondaria è regolata dalla legge dello Stato membro nel cui territorio è stata aperta (**art. 28**).

Accanto alla procedura secondaria sopra descritta (e cioè aperta dopo l'apertura di una procedura principale) esiste un'ulteriore tipologia (che per taluni è solo una specificazione della figura sopra citata) di procedura d'insolvenza a carattere territoriale. Si tratta, cioè, di due ipotesi specifiche (**definite procedure territoriali**) in cui la procedura può essere avviata **prima** della procedura principale.

Le ipotesi sono quelle dettate dall'art. 3, par. 4:

- allorché, in forza delle condizioni previste dalla legislazione dello Stato membro in cui si trova il centro degli interessi principali del debitore, non si può aprire una procedura d'insolvenza principale.

Pensiamo, ad esempio, ad un debitore persona fisica che ha in Italia il suo COMI ed in Germania una sua dipendenza. Dovrei aprire una procedura principale in Italia ed una secondaria in Germania. In realtà la prima non è possibile perché la persona fisica in Italia non può fallire, conseguentemente non è possibile neppure aprire una procedura secondaria in Germania perché essa richiede la preventiva apertura della procedura principale. In questo caso si può aprire in Germania una **procedura territoriale**. Essa prescinde, quindi, dalla apertura della procedura principale, è limitata al patrimonio presente in quel paese, può essere richiesta anche da un creditore italiano in quanto non è riservata al creditore residente in quel paese. Ovviamente la procedura così aperta non potrà riguardare i beni presenti in Italia);

- allorché l'apertura della procedura territoriale d'insolvenza è richiesta da un creditore il cui domicilio, residenza abituale o sede, è situata nello Stato membro nel quale si trova la dipendenza in questione, ovvero il cui credito deriva dall'esercizio di tale dipendenza (in buona sostanza se l'apertura sia richiesta da un creditore locale o da un creditore della dipendenza es. il creditore che ha un credito che deriva dalla dipendenza locale ovvero che ha un credito di lavoro. Potrebbe non avere interesse ad aprire in altro Stato membro una procedura principale ed accontentarsi di far aprire una procedura territoriale).

Anche tale procedura concerne esclusivamente i beni presenti nel territorio dello Stato ma diversamente dall'altra ipotesi di procedura secondaria non deve avere carattere liquidatorio potendo anche essere diretta al risanamento dell'impresa.

Si dica, poi, che nel caso (art. 3, par 4, seconda ipotesi) in cui dopo l'apertura della suddetta procedura territoriale venga aperta una procedura principale, il curatore della principale può chiedere la conversione della procedura territoriale in una procedura secondaria (art. 37).

Molteplici possono essere le ragioni per cui si decide di chiedere l'apertura di una procedura secondaria. Accanto a quello di tutelare un interesse locale vi può essere un'esigenza legata al fatto che il patrimonio del debitore è troppo complesso per essere amministrato unitariamente ovvero dal fatto che gli ordinamenti giuridici interessati presentano divergenze tali da creare difficoltà nell'estendere gli effetti derivanti dal diritto dello Stato di apertura.

Legge applicabile

Altra norma di fondamentale importanza nella disciplina dettata dal regolamento 1346 è **l'art. 4**; esso indica quale legge nazionale si applichi a questo o a quel rapporto comunque interessato da una procedura d'insolvenza.

La normativa si sostituisce così alle norme interne di conflitto dei singoli Stati, dando luogo ad un sistema unitario ed uniforme di regole di determinazione della legge applicabile: il principio generale è quello della **lex concursus**: la procedura di insolvenza, cioè, è retta dalla **legge dello Stato in cui essa si è aperta**.

Essa determina, in particolare, le condizioni di apertura, lo svolgimento e la chiusura della procedura di insolvenza. L'art. 4 par. 2 contiene, poi, un'elencazione, delle diverse possibili fattispecie assoggettate alla applicazione di tale regola, elencazione considerata dalla dottrina e giurisprudenza pacificamente non tassativa. Il richiamo alla legge dello Stato di apertura deve intendersi riferito alla legge materiale interna e non alle norme di conflitto del singolo ordinamento (vedi anche 23 considerando).

Il sistema, poi, prevede alcune **eccezioni** dirette a sottrarre alla lex concursus alcuni rapporti ed alcuni particolari diritti sui beni situati in Stati membri diversi da quello dell'apertura. Si tratta di eccezioni, tassativamente elencate negli artt. 5 – 15. Ciò significa che il principio della lex fori concursus conosce alcune deroghe in cui vigono criteri speciali di collegamento, a tutela dell'affidamento e della certezza giuridica, in cui nn si applica la lex concursus.

In questa sede mi pare interessante evidenziare come il regolamento contenga sì delle norme sui conflitti di legge ma in realtà non sia sempre e solo così.

A ben vedere gli art. 5 e 7 introducono, infatti, una vera e propria autonoma disciplina materiale uniforme che si inserisce direttamente negli ordinamenti nazionali sostituendosi ad eventuali normative nazionali diverse. Così **l'art 5** disciplina i diritti reali dei terzi sui beni del debitore affermando il principio della loro indifferenza rispetto all'apertura della procedura di insolvenza, purché i beni gravati da tali diritti siano situati nel territorio di una Stato membro.

Analoga regola di indifferenza rispetto alla apertura della procedura di insolvenza è prevista (**art. 7**) in caso di fallimento dell'acquirente per i diritti del venditore di un bene fondati sulla riserva di proprietà (con la conseguenza che il venditore mantiene la proprietà del bene e ne può chiedere la restituzione in caso mancato pagamento del prezzo.

Norme sui conflitti sono, invece, quelle di cui all'art. 6 che fa salvo il diritto del creditore, a certe condizioni, ad invocare la compensazione, quello dell'art. 10 sui contratti di lavoro che precisa che gli effetti della procedura di insolvenza sul contratto e sul rapporto di lavoro sono disciplinati dalla legge dello Stato membro applicabile al contratto di lavoro.

Il riconoscimento della procedura di insolvenza

L'art. 16 è un'altra delle norme fondamentali del regolamento (la norma va letta tenendo conto del contenuto del 22 considerando), e mira a creare un

sistema fondato sulla **reciproca fiducia tra gli Stati membri** con l'obiettivo di realizzare uno spazio comunitario con la progressiva abolizione dell'exequatur delle decisioni in materia civile.

Il principio base di questa normativa stabilisce che la decisione di apertura della procedura di insolvenza, sia principale che territoriale, sia riconosciuta in tutti gli altri Stati dell'U.E.(c.d. principio del riconoscimento automatico), a condizione che essa rientri nelle ipotesi di procedere ricomprese nell'allegato A.

La disciplina precisa alcuni aspetti problematici quali:

- la norma non distingue tra procedura principale e procedura secondaria;
- il riconoscimento automatico si riferisce solo a decisioni che abbiano aperto (l'art. 25, poi, vedremo lo estende anche ad altre decisioni) una delle procedure d'insolvenza cui il regolamento si applica, in pratica una delle procedure previste nell'allegato A;
- poiché il regolamento si applica solo alle procedure aperte successivamente alla sua entrata in vigore (art. 43 – 47) il riconoscimento automatico non vale per le decisioni pronunciate anteriormente (in questi casi, per quanto concerne il nostro Stato, la materia è disciplinata negli art. 64-67 della legge di riforma del diritto internazionale privato n. 218/1995);
- per il riconoscimento automatico non è necessario che la decisione sia definitiva nell'ordinamento di origine bastando che sia esecutiva e cioè che **produca effetti nello Stato di apertura**. Nel caso in cui al decisione di apertura di procedura in insolvenza sia stata oggetto di impugnativa si ritiene che, se questa non incide sulla sua esecutività, essa continuerà ad essere riconosciuta negli altri Stati membri. Qualora, poi, detta impugnativa venga accolta facendo venir meno la decisione di apertura essa dovrà automaticamente essere riconosciuta in quanto decisione relativa alla chiusura di una procedura;
- lo Stato in cui viene richiesto il riconoscimento non può effettuare un controllo della competenza del giudice a quo (in buona sostanza il Tribunale dello Stato in cui è chiesto il riconoscimento non può operare una verifica sulla giurisdizione del tribunale dello Stato di origine, dovendo solo verificare che la decisione provenga da un giudice di uno Stato membro competente ai sensi dell'art. 3);
- ogni Stato membro è tenuto a riconoscere la decisione pronunciata da altro Stato membro anche se emessa a carico di un debitore che, in ragione della sua qualità personale, non sarebbe soggetto a procedura di insolvenza in quello Stato (basti pensare alla qualifica di imprenditore commerciale necessaria ai sensi art. 1 L.F e 2121 c.c., ai fini della dichiarazione di fallimento);
- qualche problema potrebbe sorgere sotto il profilo degli aspetti penali. Si pensi al debitore assoggettato in Italia ad una procedura secondaria territoriale conseguente ad una procedura principale aperta in altro Stato europeo. La procedura secondaria è aperta senza una decisione sullo stato di insolvenza ma solo sul presupposto

operato da altro giudice (in forza di un concetto, quindi, che potrebbe non coincidere con il nostro). In buona sostanza il singolo soggetto potrebbe essere un debitore dichiarato fallito in Italia sulla base di un concetto di insolvenza diverso dal nostro. Cosa succede nel caso di incriminazione per bancarotta ove la dichiarazione di fallimento è **condizione di punibilità** per il reato di bancarotta semplice o fraudolenta?

Per quanto concerne le **categorie delle decisioni** cui si applica il riconoscimento automatico previsto nel regolamento 1346/00 (che l'art. 16 attribuisce alle decisioni di apertura di una procedura di insolvenza) si deve tener conto anche del dettato di cui **all'art. 25** il quale estende tale principio anche alle decisioni concernenti lo svolgimento e la chiusura di una procedura di insolvenza, al concordato approvato, alle decisioni che derivano direttamente dalla procedura di insolvenza e le sono strettamente connesse (in tale concetto rientrano, ad esempio, le azioni revocatorie di cui all'art. 66 e 67 LF, quelle relative all'inefficacia di cui agli artt. 44 - 64 - 65), ai provvedimenti conservativi presi successivamente alla decisione di apertura della procedura.

A tal proposito si rammenta che, diversamente dal regolamento 44/01, il regolamento sulle procedure di insolvenza non contiene una disposizione specifica in materia di giurisdizione per i **provvedimenti provvisori e conservativi**. Tuttavia l'ammissibilità di tali provvedimenti si desume anche dal fatto che l'art. 38 prevede la possibilità di nominare, per garantire al conservazione dei beni del debitore, un curatore provvisorio che è legittimato a chiedere tutti i provvedimenti conservativi sui beni del debitore che si trovano in un altro Stato membro e previsti dalla legge di tale Stato.

Già si è detto che l'art. 16 del regolamento non distingue tra procedura principale e procedura secondaria. Diversamente si atteggia **l'art. 17** che regola specificatamente gli **effetti del riconoscimento**.

Il principio dettato dall'art. 17 è il seguente: la decisione di apertura di una procedura principale di insolvenza produce in ogni altro Stato membro gli effetti previsti dalla legge dello Stato di apertura con due limiti:

- a) quello delle disposizioni contrarie al regolamento (si veda ad es. art. 5 - 15) e
- b) fintanto che in altro paese non è stata aperta altra procedura di carattere secondario.

Per contro la decisione dell'apertura di una procedura secondaria, avendo per sua definizione una portata territoriale, **limiterà i suoi effetti a tale ambito**.

Già in precedenza si è richiamato l'art. 25. Da tale norma, seconda parte, si ricava un'altro principio.

Bisogna, infatti, tener presente che un conto è il riconoscimento di una decisione altro conto è la sua esecuzione che, in quanto comporta

l'esercizio di un potere coercitivo dello Stato, può avvenire in un altro Stato solo ad opera delle autorità di quest'ultimo ed a seguito della procedura di exequatur.

Ne consegue che nel mentre il riconoscimento della decisione (di apertura di una procedura di insolvenza è automatico) quello riferito alla sua esecuzione necessita della collaborazione ed approvazione del singolo Stato.

Il giudice o l'autorità competente per la dichiarazione di esecutività dovrà attuare, comunque, solo un controllo formale della documentazione allegata all'istanza, senza alcuna altra iniziativa di indagine. L'exequatur rappresenta soltanto il presupposto della successiva esecuzione: per l'esecuzione effettiva si applicano, poi, le norme previste per l'ipotesi concreta.

C'è comunque un'ipotesi – **art. 26** – in cui lo Stato membro potrà opporsi al riconoscimento o all'applicazione della decisione, qualora essa possa confliggere con **l'ordine pubblico**.

Si tratta di una clausola di salvaguardia tipica del diritto internazionale privato e processuale ed in particolare di quello sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere.

Va ricordato che l'ordine pubblico invocato è quello internazionale e cioè quello che si fonda sui **principi basilari ed essenziali** di un certo ordinamento giuridico. Nel caso di specie la formulazione sembra essere ancor più rigorosa (si rammenta, tra l'altro, che le cause ostative al riconoscimento che nel regolamento 44/01 sono ben cinque mentre qui vi è solo quella dell'ordine pubblico e ciò conferma la pregnanza del principio del riconoscimento automatico) rispetto al tradizionale concetto di ordine pubblico internazionale.

Qui infatti il riferimento va fatto ai principi fondamentali ed ai diritti e libertà personali garantite a livello costituzionale dai singoli Stati.

Non è sufficiente, poi, che la decisione straniera sia informata ad una norma o principio giuridico incompatibile in astratto essendo necessario che l'applicazione della fattispecie concreta abbia effetti palesemente contrari all'ordine pubblico (non inciderebbe sull'ordine pubblico la qualità di non commerciante del debitore).

L'ordine pubblico potrà così essere invocato in caso di violazione dei principi **sull'equo processo**, in caso di **violazione dei diritti delle difesa e del contraddittorio**, in caso di **mancanza di terzietà o imparzialità del giudice**. Sicuramente vi dovrebbe rientrare la **mancata audizione del debitore** ma anche il caso di non regolarità della notifica dell'atto introduttivo e di non sufficienza del termine a comparire.

Si dica, infine, che la norma, diversamente dalla previsione contenuta nel reg. 44/01 stabilisce che il riconoscimento di una decisione **può e non deve essere rifiutato** per ragioni di ordine pubblico.

Poteri dei curatori

La norma di riferimento è quella **dell'art. 18** che indica, al par. 1, i poteri del curatore della procedura principale, al par 2, quelli del curatore della procedura secondaria ed al par. 3 principi riferiti ad entrambi.

Per quanto attiene al curatore della procedura principale il regolamento non elenca i poteri o le prorogative che il curatore può esercitare all'estero. Del resto un simile elenco sarebbe stato pressoché impossibile visto che in linea generale questi può esercitare nel territorio di un altro Stato membro i poteri che gli sono attribuiti dalla legge dello Stato di apertura. In particolare egli può **trasferire** al di fuori dello Stato membro in cui si trovano, **i beni del debitore**, fatte salve le disposizioni degli art. 5 e 7. Ed i controinteressati avranno un solo mezzo per cercare di impedire il trasferimento di detti beni fuori dello Stato in cui si trovano: l'apertura, sempre che sia possibile, di una procedura territoriale secondaria.

Venendo ai poteri conferiti al curatore della procedura secondaria territoriale, proprio perché trattasi di procedura territoriale, i suoi poteri potranno essere esercitati solo nel territorio dello Stato di apertura.

Entrambi i curatori, poi, vedono comunque limitati i propri poteri dalla previsione del par. 3. In particolare la norma prevede che il curatore **debba rispettare a legge dello Stato membro nel quale egli intende agire**. L'espressione pare poco felice e poco chiara. Si pone, infatti, il problema di stabilire se tale norma riguardi solo le modalità di esercizio dei poteri del curatore ovvero riguardi anche la sostanza di tali poteri. Sembra preferibile tale seconda tesi in forza della quale il curatore che opera all'estero rimane titolare dei poteri riconosciutigli dalla lex concursus mentre le modalità di esercizio di tali poteri devono essere conformi alla lex loci. L'inciso è di non poco conto e con notevoli implicazioni pratiche. Pensiamo ad esempio al fatto che in Italia la legge fallimentare stabilisce come norma la vendita all'incanto in sede giudiziaria. Ne consegue che il Curatore straniero che voglia vendere un bene immobile che si trova nel nostro territorio debba seguire le disposizioni dei cui all'art. 107 LF.

Un secondo limite è dato dal fatto che il **curatore non possa utilizzare, nell'altro Stato, mezzi coercitivi** (anche qui siamo in presenza di una espressione poco felice che, comunque, si ritiene vada riferita alle c.d. iniziative autonome, potendo, invece, chiedere l'intervento e l'assistenza delle autorità locali per qualsiasi necessità esecutive o coercitiva, purché ovviamente prevista dalla legge del luogo) e comunque **non può esercitare funzioni di decisione su controversie**. Ora tale principio, pacifico da noi, non lo è in altri Stati, ad esempio la Francia ove il curatore può in particolari casi emettere decisioni su materie riferite al fallimento di cui si occupa.

Di un certo interesse pratico è, poi, la previsione di cui **all'art. 20** in forza della quale il creditore che dopo l'apertura della procedura di insolvenza principale ottenga, con qualsiasi mezzo, soddisfazione totale o parziale del

suo credito con beni del debitore situati nel territorio di altro Stato membro, deve restituire al curatore ciò che ha ottenuto.

Dal momento che il regolamento comunitario prevede la possibilità che vengano aperte due procedure d'insolvenza, una principale ed una secondaria, è logico attendersi che lo stesso regolamento preveda un coordinamento tra le due procedure al fine di garantire una efficace liquidazione degli attivi.

A tal proposito l'**art. 31** precisa che i due curatori debbano rispettare l'obbligo di informazione reciproca, dovendo, in particolare comunicare senza ritardo ogni informazione utile circa l'insinuazione e la verifica dei crediti nonché i provvedimenti volti a porre fine alla procedura. E' comunque previsto in ruolo di preminenza del curatore della procedura principale rispetto al curatore della procedura secondaria (20 considerando).

In particolare al curatore della procedura principale sono attribuiti alcuni diritti e prerogative in via esclusiva i cui effetti non sono limitati allo Stato di apertura. Già si è detto che egli può trasferire fuori dal territorio dello Stato membro in cui si trovano i beni del debitore (fatte slave le disposizioni degli artt. 5 e 7).

Il curatore della procedura principale ha poi diverse possibilità di intervento nella procedura secondaria che, tra l'altro, egli stesso può promuovere (**art. 29**).

Inoltre può incidere sullo sviluppo delle procedure secondarie già avviate. Così può :

- insinuarsi nel passivo della procedura secondaria come qualsiasi altro creditore (**art. 32 par. 3**);
- può chiedere al giudice della procedura secondaria la sospensione delle operazioni di liquidazioni dell'attivo per un periodo massima di tre mesi (quando, ad esempio, vi sia l'utilità di mantenere l'unità dell'impresa – **art. 33**);
- può proporre la chiusura mediante un piano di risanamento o un concordato (**art. 34**);
- ovvero può ordinare la conversione di una procedura territoriale di risanamento in una procedura secondaria avente carattere liquidatorio (**art. 37**).

Ultima notazione in materia di poteri del curatore va fatta con riferimento al dettato di cui **all'art. 38 intitolato provvedimenti conservativi**. La norma attribuisce al giudice di uno Stato membro competente a dichiarare una procedura principale il potere di nominare un curatore provvisorio .

Si tratta di una figura, quest'ultima, sconosciuta nel nostro ordinamento che troverà, pertanto, applicazione da noi per legittimare curatori provvisori nominati all'estero che chiedono provvedimenti cautelari in Italia. (si badi bene, tale figura può rilevare ai fini della determinazione del momento di apertura della procedura).

Dal tenore letterale della norma sembra potersi dire che ciò può avvenire solo in vista dell'apertura di una procedura principale. Quanto poi alle misure cautelari che si possono chiedere bisognerà far riferimento alla disciplina dello Stato in cui tali misure vengono richieste. Per l'Italia principalmente dovrebbe trattarsi del sequestro conservativo.

Informazioni dei creditori e insinuazione dei loro crediti

Gli artt. che vanno dal 39 al 42 del regolamento precisano, per un verso, quali informazioni il Giudice e/o il Curatore debba fornire ai creditori e, per altro verso, in base a quali regole vada predisposta la domanda di insinuazione al passivo.

L'art. 39 afferma un principio del tutto pacifico, almeno per il nostro ordinamento, secondo cui il creditore ha diritto di insinuarsi al passivo della procedura di insolvenza aperta in uno Stato membro e ciò indipendentemente dalla sua qualità soggettiva, dalla sua nazionalità, dal suo domicilio o residenza. E nell'affermare tale principio non vi è, ovviamente, alcuna distinzione tra procedura principale o secondaria.

L'art 40 ufficializza, poi, il principio, anche questo già noto nel nostro ordinamento, in forza del quale il Giudice competente o il Curatore, è tenuto ad informare, senza ritardo, i creditori conosciuti. L'articolo, poi, prevede anche delle informazioni minime (quali le sanzioni circa il mancato rispetto dei termini, l'organo o l'autorità a cui vanno rivolte le domande,.....) che debbono essere trasmesse ai creditori. Tenuto conto del dettato di cui all'art. **92 L.F.** nulla di nuovo per il nostro ordinamento.

L'art. 41 disciplina, invece, il **contenuto della domanda di insinuazione al passivo**. Anche in questo caso nulla di nuovo rispetto al nostro **art. 93 LF**. E', invece, importante segnalare che la norma introduca un'eccezione al principio dell'art. 4 par. 2 lett. h) secondo cui le regole relative all'insinuazione al passivo sono quelle dettate dalla lex concursus. In questo caso la norma prevede un elenco di **documentazione minima da allegare alle singole domande**.

Si dica, poi, che tale documentazione minima sembra essere necessaria con riferimento alla solo prima istanza e cioè quando il creditore non sia già stato ammesso al passivo di altra procedura.

In questo caso anche il provvedimento di ammissione al passivo costituisce una decisione relativa allo svolgimento di una procedura di insolvenza ai sensi dell'art. 25 e come tale esso dovrebbe avere un riconoscimento automatico anche negli altri Stati membri. In altre parole la qualità di creditore deve essere data per acquisita sia nell'an che nel quantum per cui il creditore non avrà altro onere che quello di corredare la propria istanza con la certificazione che il proprio credito è già stato ammesso al passivo in altra procedura estera contro lo stesso debitore. (in caso di rigetto la soluzione dovrebbe essere analoga).

Questo riconoscimento automatico, però, non può valere con riferimento alla collocazione del credito come privilegiato o chirografario. E ciò in quanto ogni singolo credito viene classificato nell'ambito di ogni singola procedura alla stregua della normativa in materia espressa dalla lex concursus.

Un'ultima considerazione riguarda la lingua da adottarsi. **L'art. 42** prevede che l'avviso ai creditori circa l'apertura del concorso avviene nella **lingua** dello Stato di apertura mentre ogni creditore, nel formulare la propria insinuazione al passivo, può scegliere se utilizzare la lingua del concorso **ovvero** quella propria.

Tali regole, però, contengono un temperamento.

L'avviso ai creditori deve essere intitolato "*invito all'insinuazione di un credito. Termine da osservare*" così da mettere in guardia il creditore. Tale titolo, però, deve essere redatto in tutte le lingue ufficiali dell'Unione europea e ciò per ragioni di maggiore garanzia. (vedi modello).