

Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza (*)

Remo Caponi, Università degli Studi di Firenze

SOMMARIO: 1. Definizione di procedura di insolvenza. – 2. Campo di applicazione, finalità e principio ispiratore del regolamento comunitario. - 3. Competenza internazionale. – 4. Segue: prospettiva italiana. – 5. Riconoscimento delle decisioni di apertura. – 6. Segue: procedura principale. – 7. Segue: procedura territoriale. – 8. Riconoscimento ed esecuzione di altre decisioni. - 9. Posizione dei creditori. – 10. Principio della *lex fori concursus*. – 11. Segue: eccezioni al principio.

(*) Pubblicato in *Foro italiano*, 2002, V, 220-228 e in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale*, Omaggio ad Aldo Attardi, promosso da V. Colesanti, C. Consolo, G. Gaja e F. Tommaseo, vol. II, Padova, 2009, p. 1039-1054. È il testo della relazione presentata al XIX Congresso dell'Associazione per gli scambi culturali tra giuristi italiani e tedeschi, Bari 10-13 ottobre 2002. Sono state omesse le parti di minore interesse per il lettore italiano. La versione integrale in lingua tedesca, *Das italienische Insolvenzverfahren nach der Europäischen Verordnung* è pubblicata nello *Jahrbuch für Italienisches Recht*, 17 (2004), p. 21-50. Sono ritornato su questo tema negli anni 2012-2013, come *co-reporter* per l'Italia (l'altro *co-reporter* è il prof. Federico Mucciarelli) di uno studio commissionato dalla Commissione europea sui primi dieci anni di applicazione del regolamento sulle procedure di insolvenza nei 28 Stati membri dell'Unione europea. Lo studio è pubblicato in B. HESS, P. OBERHAMMER, T. PFEIFFER, *European Insolvency Law. The Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report on the Application of Regulation No. 13462000EC on Insolvency Proceedings* (external evaluation JUST2011JCIVPR0049A4), München, Baden-Baden, Oxford, 2014. In particolare, per le sintesi dei rapporti nazionali, v. p. 285 ss.

1. Definizione di procedura di insolvenza

Il regolamento comunitario n. 1346 del 2000¹ relativo alle procedure di insolvenza si applica a tutte le procedure aperte nei paesi dell'Unione europea (tranne la Danimarca) dal 31 maggio 2002, giorno della sua entrata in vigore². Nel suo campo di applicazione rientrano procedure che presentano i seguenti tratti³: a) la concorsualità; b) l'insolvenza del debitore; c) lo spossessamento totale o parziale del debitore; d) la designazione di un curatore. La definizione di questi connotati non offre solo una base di partenza terminologica, ma anche concettuale, poiché il regolamento comunitario non distingue a seconda che il debitore sia un imprenditore commerciale o meno, né a seconda che la procedura sia gestita da un'autorità giudiziaria o da un'autorità amministrativa⁴. Inoltre esso contempla anche uno spossessamento parziale del debitore, che si estende solo ad una parte del patrimonio oppure solo ad una parte dei poteri di gestione e di disposizione. La figura del curatore è riferita quindi a soggetti che hanno la funzione di amministrare o liquidare i beni oppure, più limitatamente, di sorvegliare la gestione degli affari del debitore⁵. Pertanto il regolamento si applica a procedure che possono essere molto diverse tra di loro, solo che si rinvergono i quattro elementi della definizione comunitaria⁶.

2. Campo di applicazione, finalità e principio ispiratore del regolamento comunitario

Alla stregua di questa definizione rientrano nel campo di applicazione del regolamento comunitario, in Italia, oltre al fallimento, la liquidazione coatta amministrativa, il concordato preventivo, l'amministrazione controllata, disciplinati dalla legge fallimentare, e l'amministrazione straordinaria delle

¹ Nella letteratura italiana, FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 677; PROTO, *Regolamento UE sulle procedure di insolvenza: un'opportunità per il legislatore italiano*, in *Il fallimento*, 2000, p. 709. Nella letteratura tedesca, PAULUS, *Änderungen des deutschen Insolvenzrechts durch die Europäische Insolvenzverordnung*, in *ZIP*, 2002, p. 729; EIDENMÜLLER, *Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren und zukünftiges deutsches internationales Insolvenzrecht*, in *IPRax*, 2001, p. 2; HUBER, *Internationales Insolvenzrecht in Europa*, in *ZZP*, 114 (2001), p. 133. Il regolamento ricalca il contenuto della convenzione stipulata a Bruxelles il 23 novembre 1995 sulla disciplina del fallimento transfrontaliero, che non è entrata in vigore perché il Regno Unito non l'ha firmata entro il termine, ed è stato adottato sulla base delle nuove disposizioni per la cooperazione giudiziaria in materia civile introdotte dal trattato di Amsterdam (art. 61, lett. c e art. 65). Conserva utilità pertanto la letteratura formata sul testo della convenzione del 1995. In particolare, v. LÜKE, *Das europäische Insolvenzrecht*, in *ZZP*, 111 (1998), p. 275; TAUPITZ, *Das (zukünftige) europäische internationale Insolvenzrecht – insbesondere aus internationalprivatrechtlicher Sicht*, in *ZZP*, 111 (1998), p. 315; STOLL, *Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht*, Tübingen, 1997; GOTTWALD, *Grenzüberschreitende Insolvenzen*, München, 1997; BALZ, *Das neue Europäische Insolvenzübereinkommen*, in *ZIP*, 1996, p. 948; nella letteratura italiana, v. DANIELE, voce *Fallimento (dir. int. priv. proc.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIII, Roma, 1998.

² Cfr. art. 43. Gli articoli citati senz'altra indicazione si riferiscono al regolamento comunitario.

³ Art. 1, paragrafo 1. Cfr. VIRGOS, SCHMIT, *Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren*, in STOLL, *Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht*, cit., p. 32, p. 50; FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, cit., p. 677.

⁴ L'art. 2, lett. d) definisce come "giudice", ai fini dell'applicabilità del regolamento, l'organo giudiziario o qualsiasi altra autorità competente di uno Stato membro legittimata ad aprire una procedura di insolvenza o a prendere decisioni nel corso di questa.

⁵ Cfr. la definizione della figura del curatore di cui all'art. 2, lett. b). L'elenco di tali persone o organi nei vari Stati membri è contenuto nell'allegato C.

⁶ Dal campo di applicazione sono escluse le imprese assicuratrici, gli enti creditizi, le imprese di investimento che detengono fondi e valori mobiliari di terzi, gli organismi di investimento collettivo (art. 1, paragrafo 2), per cui valgono speciali disposizioni (cfr. *Considerando 9*).

grandi imprese in stato di insolvenza, disciplinata dal d. lgs. n. 270 del 1999⁷. Il regolamento comunitario ha ad oggetto le ipotesi in cui il centro degli interessi principali del debitore sia situato nel territorio di uno Stato membro⁸ e l'insolvenza abbia un carattere transfrontaliero⁹. Esso disciplina fondamentalmente tre aspetti: la competenza internazionale per l'apertura delle procedure, il loro riconoscimento negli altri Stati membri e il diritto applicabile¹⁰. L'intento fondamentale è quello di evitare che le parti siano incentivate dalle difformità di disciplina a spostare beni o procedimenti giudiziari da uno Stato membro all'altro, per migliorare la loro posizione giuridica¹¹. A tal fine il regolamento comunitario è ispirato al principio di universalità: la procedura di insolvenza colpisce tendenzialmente tutti i beni del debitore indipendentemente dal luogo in cui essi si trovano nel territorio dell'Unione e produce negli altri Stati membri gli effetti previsti nello Stato in cui essa è aperta. Tale principio è attenuato dalla possibilità di aprire procedure di insolvenza territoriali, i cui effetti sono limitati ai beni situati nel territorio dello Stato membro in cui tali procedure sono aperte.

3. Competenza internazionale

La regole sulla competenza internazionale sono impostate sulla distinzione tra il luogo in cui è situato il centro degli interessi principali del debitore e il luogo in cui egli possiede una dipendenza. Nello Stato membro in cui è situato il centro degli interessi principali del debitore può essere aperta la procedura che aspira ad avere carattere universale ed è pertanto definita principale¹². Nello Stato membro in cui è situata una dipendenza può essere aperta una procedura territoriale, limitata ai beni che si trovano nel territorio di tale Stato¹³. Se è già aperta la procedura principale, la procedura territoriale è qualificata come secondaria ed ha necessariamente carattere liquidatorio¹⁴. In due casi la procedura territoriale può aprirsi prima della procedura principale: nel caso in cui, in forza delle condizioni previste dalla legislazione dello Stato membro in cui si trova il centro degli interessi principali del debitore, non si possa aprire una procedura di insolvenza principale; ovvero nel caso in cui l'apertura della procedura territoriale di insolvenza sia richiesta da un creditore che abbia la propria sede nello Stato membro in cui è situata la dipendenza del debitore, oppure che vanti un credito derivante dall'esercizio di tale dipendenza¹⁵. Il regolamento affida alla giurisprudenza la concretizzazione di

⁷ Cfr. infatti l'art. 2, lett. a), che rinvia all'allegato A. Un discorso a parte merita però la procedura di liquidazione coatta amministrativa, che è prevista anche per motivi diversi dall'insolvenza. In tali casi essa non rientra nell'ambito di applicazione del regolamento. Cfr. VIRGOS, SCHMIT, *Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren*, in STOLL, *Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht*, cit., p. 51.

⁸ Cfr. *Considerando* 14 e, implicitamente, l'art. 3. Ne segue che se il centro degli interessi principali del debitore non è situato in uno Stato membro tornano ad essere applicabili le norme di diritto internazionale privato dei singoli Stati, in Italia l'art. 9, comma 2 l. fallimentare. Cfr. VIRGOS, SCHMIT, *Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren*, in STOLL, *Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht*, cit., p. 48.

⁹ Sulla distinzione tra fattispecie domestiche e fattispecie transfrontaliere, v. HUBER, *Internationales Insolvenzrecht in Europa*, cit., p. 136, secondo il quale il carattere transfrontaliero può derivare anche dal solo collegamento con uno Stato terzo.

¹⁰ Cfr. HUBER, *Internationales Insolvenzrecht in Europa*, cit., p. 134.

¹¹ Cfr. *Considerando* 4.

¹² Art. 3, paragrafo 1.

¹³ Art. 3, paragrafo 2.

¹⁴ Art. 3, paragrafo 3. Ai sensi dell'art. 2, lett. c), la procedura di liquidazione è una procedura di insolvenza che comporta la liquidazione dei beni del debitore, anche se essa possa essere chiusa in seguito ad un concordato, ad altra misura che ponga fine all'insolvenza o infine a causa di insufficienza dell'attivo.

¹⁵ Art. 3, paragrafo 4.

ciò che debba intendersi per centro degli interessi principali del debitore¹⁶, limitandosi ad introdurre una presunzione fino a prova contraria che, per le società e le persone giuridiche, esso coincida con la sede statutaria¹⁷. Ciò non esonera il giudice dal verificare d'ufficio se il centro degli interessi principali della società coincida effettivamente con la sede statutaria¹⁸.

Il regolamento contiene invece la definizione di dipendenza, che è intesa come qualsiasi luogo di operazioni in cui il debitore svolge in maniera non transitoria un'attività economica con mezzi umani e con beni¹⁹. Si tratta di una nozione molto ampia, che va parzialmente incontro alla posizione di quegli Stati che avrebbero preferito collegare la possibilità di aprire una procedura territoriale alla semplice presenza di beni patrimoniali sul territorio. L'accoglimento integrale di quest'ultima posizione avrebbe comportato un notevole indebolimento del carattere di universalità della procedura di insolvenza principale²⁰. Un'accezione così lata di dipendenza può astrattamente comprendere i fenomeni più diversi: dalla semplice attività di locazione di una casa di villeggiatura a cui sia adibito un portiere, fino alla società figlia in caso di gruppo di società²¹.

Senza pretendere di risolvere il problema in due battute, si prospetta però l'opportunità di una riduzione teleologica dell'ambito di applicazione della nozione di dipendenza, che escluda la fattispecie della società figlia. La tesi è avvalorata dal sistema del regolamento nel suo complesso, che sembra tenere presente la figura del debitore come unico soggetto, mantenendo un rigoroso silenzio sull'insolvenza di società appartenenti ad un gruppo²². Diversamente, la dichiarazione di insolvenza della società madre consentirebbe di aprire una procedura di insolvenza secondaria a carico della società figlia, senza necessità di dover accertare lo stato di insolvenza di quest'ultima: ciò sembra pesante da accogliere. D'altra parte l'antecedente apertura di una procedura di insolvenza a carico della società figlia, pur intesa come dipendenza ai sensi del regolamento, non coinvolgerebbe di per sé la società madre: per aprire una procedura di insolvenza nei confronti di quest'ultima occorrerebbe pur sempre accertarne lo stato di insolvenza²³.

4. *Segue: prospettiva italiana*

Le suddette regole di competenza internazionale offrono alcuni spunti di osservazione da una prospettiva italiana.

L'ordinamento italiano non disciplina in via generale il fenomeno delle insolvenze transfrontaliere²⁴, ma si limita a prevedere che l'imprenditore avente all'estero la sede principale dell'impresa può essere dichiarato fallito in Italia anche se è stata pronunciata dichiarazione di fallimento all'estero²⁵. Il contenuto normativo di questa disposizione, già messo in crisi dalla rilevanza della litispendenza

¹⁶ Cfr. VIRGOS, SCHMIT, *Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren*, in STOLL, *Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht*, cit., p. 60.

¹⁷ Art. 3, paragrafo 1.

¹⁸ Cfr. GOTTWALD, *Grenzüberschreitende Insolvenzen*, cit., p. 20.

¹⁹ Art. 2, lett. h).

²⁰ GOTTWALD, *Grenzüberschreitende Insolvenzen*, cit., p. 21.

²¹ GOTTWALD, *Grenzüberschreitende Insolvenzen*, cit., p. 22. In relazione a quest'ultima fattispecie v. però le perplessità di HUBER, *Internationales Insolvenzrecht in Europa*, cit., p. 143.

²² Cfr. VIRGOS, SCHMIT, *Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren*, in STOLL, *Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht*, cit., p. 61.

²³ La messa a fuoco di questi aspetti è dovuta ad una conversazione con Umberto Tombari, del quale v. *Il gruppo di società*, Torino, 1997.

²⁴ Nella dottrina italiana sul tema si deve rinviare all'opera di GIULIANO, *Il fallimento nel diritto processuale civile internazionale*, Milano, 1943. Nella letteratura più recente, v. DANIELE, *Il fallimento nel diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1987; LUPONE, *L'insolvenza internazionale – Procedure concorsuali nello Stato e beni all'estero*, Padova, 1995.

²⁵ Art. 9, comma 2 l. fall.

estera, nonché dall'automaticità del riconoscimento delle sentenze straniere, introdotti dalla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato²⁶, è sostituito nell'ambito comunitario dalle regole di competenza internazionale contenute nel regolamento²⁷.

In secondo luogo, pur senza trascurare la natura comunitaria della nozione di centro degli interessi principali del debitore (e l'applicabilità delle correlative regole interpretative), si può cogliere un parziale parallelo tra questa e la nozione di sede principale dell'impresa, a cui la legge fallimentare italiana collega la competenza territoriale del tribunale per la dichiarazione di fallimento²⁸. La giurisprudenza italiana si muove sostanzialmente sulla stessa linea del regolamento comunitario, laddove presume che la sede principale dell'impresa coincida con la sede legale, se non risulta che il centro effettivo dell'attività direttiva, amministrativa, organizzativa dell'impresa e di coordinamento dei fattori produttivi sia situato altrove²⁹.

In terzo luogo, la disciplina della procedura di insolvenza secondaria impone di distinguere, all'interno delle procedure di insolvenza italiane, quelle che hanno un carattere necessariamente liquidatorio (fallimento e liquidazione coatta amministrativa) da quelle che possono avere come sbocco il risanamento dell'impresa (concordato preventivo, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria). Solo il fallimento e la liquidazione coatta amministrativa possono essere aperte, con effetti limitati ai beni che si trovano in Italia, quando è stata aperta la procedura di insolvenza principale nello Stato membro in cui è situato il centro degli interessi principali del debitore³⁰.

In quarto luogo, una tipica ipotesi in cui si può aprire la procedura di insolvenza territoriale prima della procedura principale si può profilare nei confronti dell'ordinamento italiano, quanto meno *de lege lata*: è quella in cui il debitore abbia il proprio centro degli interessi principali in Italia, ma non sia un imprenditore commerciale. In tal caso si può aprire una procedura territoriale in un altro Stato membro, a cui non si può affiancare una procedura principale in Italia.

5. Riconoscimento delle decisioni di apertura

L'apertura di una procedura di insolvenza da parte di un giudice di uno Stato membro è riconosciuta automaticamente in tutti gli altri Stati membri non appena essa acquista efficacia³¹, senza bisogno di un apposito procedimento³². È previsto espressamente che la decisione di apertura provenga da un giudice competente secondo le norme fissate dal regolamento³³. Poiché il riconoscimento avviene

²⁶ Cfr. rispettivamente l'art. 7 e l'art. 64 della l. 31 maggio 1995, n. 218. In tema, SALERNO, *Legge di riforma del diritto internazionale privato e giurisdizione fallimentare*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, p. 5.

²⁷ La fattispecie presa in considerazione dall'art. 9, comma 2 l. fall., concretizzata ad esempio nei rapporti italo-tedeschi, riceve dal regolamento comunitario la seguente disciplina: nei confronti dell'imprenditore che ha il centro dei suoi interessi principali in Germania e una dipendenza in Italia può essere aperta una procedura di insolvenza territoriale in Italia. Se la procedura principale è stata già aperta in Germania, la procedura italiana ha necessariamente carattere liquidatorio dei beni del debitore situati in Italia. Se la procedura principale non è stata ancora aperta, può essere aperta la procedura territoriale italiana, ad istanza di un creditore che abbia la propria sede in Italia, oppure che vanti un credito derivante dall'esercizio della dipendenza italiana del debitore.

²⁸ Art. 9, comma 1 l. fall.

²⁹ Così Cass. 7 luglio 2000, n. 9070, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Fallimento*, n. 262.

³⁰ Art. 3, paragrafi 3 e 4 e allegato B.

³¹ Art. 16, paragrafo 1.

³² Le forme di pubblicità della decisione previste in via facoltativa o eventualmente obbligatoria dagli artt. 21 e 22 del regolamento non costituiscono presupposti del riconoscimento: cfr. *Considerando* 29. Si presume che non sia a conoscenza della procedura di insolvenza chi, prima delle misure di pubblicità di cui all'art. 21, adempia un'obbligazione a favore del debitore assoggettato a una procedura di insolvenza, mentre avrebbe dovuto eseguirla al curatore. Se la presunzione non è vinta da una prova contraria, l'adempimento ha efficacia liberatoria (art. 24).

³³ Art. 16, paragrafo 1.

sulla base del reciproco affidamento tra gli Stati membri³⁴, la sussistenza della competenza non deve essere verificata ai fini del riconoscimento, ma è sufficiente constatare che la decisione sia stata pronunciata da un giudice di uno Stato membro che si sia ritenuto internazionalmente competente³⁵. Uno Stato può rifiutarsi di riconoscere una procedura di insolvenza aperta in un altro Stato membro solo nel caso che il riconoscimento sia suscettibile di produrre effetti palesemente contrari all'ordine pubblico³⁶. Non integra evidentemente un motivo di contrarietà all'ordine pubblico il fatto che il debitore non rivesta la qualità di imprenditore commerciale³⁷.

Merita di essere ricordato che un importante contributo all'elaborazione di queste soluzioni normative proviene dall'esperienza tedesca³⁸.

6. *Segue: procedura principale*

La disciplina degli effetti negli altri Stati membri della decisione di apertura di una procedura principale segue il principio della estensione di efficacia³⁹. La decisione produce in ogni altro Stato membro gli effetti previsti dalla legge dello Stato di apertura⁴⁰ ed il curatore può esercitare i propri poteri anche nel territorio di un altro Stato membro⁴¹. Dal momento in cui la decisione di apertura di una procedura di insolvenza principale acquista efficacia, essa impedisce l'apertura di un'altra procedura principale in un altro Stato membro⁴², ma consente di aprire una procedura secondaria, senza necessità di accertare *ex novo* lo stato di insolvenza⁴³. Ove ciò accada, nel territorio dell'altro Stato membro gli effetti della procedura secondaria prevalgono su quelli della procedura principale⁴⁴, che non può

³⁴ Considerando 22.

³⁵ Cfr. BALZ, *Das neue Europäische Insolvenzübereinkommen*, cit., p. 949; VIRGOS, SCHMIT, *Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren*, in STOLL, *Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht*, cit., p. 103; LÜKE, *Das europäische Insolvenzrecht*, cit., p. 287; LEIPOLD, *Zum künftigen Weg des deutschen Internationalen Insolvenzrechts (Anwendungsbereich, internationale Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung)*, in STOLL, *Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht*, cit., p. 185, 192; HUBER, *Internationales Insolvenzrecht in Europa*, cit., p. 146.

³⁶ Art. 26.

³⁷ Art. 16, paragrafo 1 precisa che non costituisce ostacolo al riconoscimento il fatto che il debitore, per la sua qualità, non possa essere assoggettato ad una procedura di insolvenza negli altri Stati membri.

³⁸ In particolare un notevole significato è da attribuire alla sentenza del BGH dell'11 luglio 1985, in ZIP, 1985, p. 944, con cui la Corte suprema tedesca ha abbandonato il principio di territorialità, per aderire all'impostazione dottrinale favorevole al principio di universalità, secondo il quale gli effetti prodotti dall'apertura della procedura di insolvenza all'estero devono essere riconosciuti anche in Germania, se il giudice è competente internazionalmente e se il riconoscimento non contrasta con l'ordine pubblico. Questa impostazione è stata sostanzialmente accolta in sede di riforma delle procedure di insolvenza (Art. 102 *Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung – EGIInsO*) e dalla normativa europea (cfr. BORK, *Einführung in das Insolvenzrecht*, terza ed., Tübingen, 2002, p. 212).

³⁹ GOTTWALD, *Grenzüberschreitende Insolvenzen*, cit., p. 25.

⁴⁰ Art. 17, paragrafo 1.

⁴¹ Art. 18, paragrafo 1. Sulla posizione e i poteri del curatore "straniero", v. AHRENS, *Rechte und Pflichten ausländischer Insolvenzverwalter im internationalen Insolvenzrecht*, Berlin, 2002; EIDENMÜLLER, *Der nationale und der internationale Insolvenzverwaltungsvertrag*, in ZZP, 114 (2001), p. 3.

⁴² Pertanto è risolto secondo il principio di priorità il conflitto che può sorgere quando più giudici di diversi Stati membri affermino la propria competenza ad aprire la procedura di insolvenza principale, in quanto ritengano che il centro degli interessi principali del debitore sia situato nel loro territorio. Ciò non è previsto espressamente, ma si ricava in via di interpretazione sistematica, nonché dal *Considerando 22*. Cfr. BALZ, *Das neue Europäische Insolvenzübereinkommen*, cit., p. 949; HUBER, *Internationales Insolvenzrecht in Europa*, cit., p. 144.

⁴³ Art. 27.

⁴⁴ Art. 17, paragrafo 1. L'art. 16, paragrafo 2 precisa che la procedura territoriale ha la natura e gli effetti di una procedura secondaria ai sensi del capitolo III del regolamento.

più colpire beni che ivi si trovano⁴⁵. Una corrispondente limitazione conoscono anche i poteri del curatore⁴⁶.

7. *Segue: procedura territoriale*

Il riconoscimento degli effetti della procedura territoriale significa semplicemente che non possono essere contestati negli altri Stati membri gli effetti che essa produce sui beni del debitore situati nel territorio dello Stato in cui essa è aperta⁴⁷. Ciò comporta ad esempio che il curatore può, in ogni altro Stato membro, far valere in via giudiziale o stragiudiziale 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 insolvenza⁴⁸.

8. *Riconoscimento ed esecuzione di altre decisioni*

Le decisioni relative allo svolgimento e alla chiusura di una procedura di insolvenza, pronunciate da un giudice la cui decisione di apertura sia stata riconosciuta, nonché le decisioni strettamente connesse, anche se pronunciate da un altro giudice, sono egualmente riconosciute in ogni altro Stato membro, senza bisogno di altra formalità⁴⁹.

Per l'esecuzione di tali decisioni è previsto invece un procedimento di *exequatur* attraverso il rinvio alle norme della Convenzione di Bruxelles, che oggi è da intendere fatto al regolamento n. 44 del 2001⁵⁰. Il giudice adito per la dichiarazione di esecutività può rigettare l'istanza se la decisione da eseguire è contraria all'ordine pubblico. Inoltre gli Stati membri sono esonerati dall'obbligo di riconoscere e di rendere esecutiva una decisione che abbia come effetto una limitazione della libertà personale o del segreto epistolare⁵¹.

Fra le decisioni strettamente connesse rientrano evidentemente quelle relative all'accertamento dell'esistenza e dell'ammontare dei crediti e dei diritti di prelazione. A tale proposito, poiché ogni creditore può insinuare il proprio credito sia nella procedura principale che in quelle secondarie⁵², si può verificare la contemporanea pendenza di più giudizi sullo stesso credito. In assenza di una forma di coordinamento anteriore alla decisione, il raccordo è successivo: ad es., il decreto che dichiara esecutivo lo stato passivo *ex art. 97 l. fallimentare* dovrebbe provocare la caducazione dei giudizi aventi ad oggetto crediti già insinuati nella procedura di insolvenza italiana, pendenti all'interno di procedure di insolvenza aperte in altri Stati membri.

9. *Posizione dei creditori*

Il regolamento comunitario aspira a convogliare idealmente il ricavato delle varie procedure in una sorta di attivo consolidato europeo, da distribuire ai creditori nel rispetto del principio della parità di

⁴⁵ Tuttavia, se la procedura secondaria si chiude con un residuo attivo, il curatore deve trasferirlo al curatore della procedura principale (art. 35).

⁴⁶ Art. 18, paragrafo 1. BALZ, *Das neue Europäische Insolvenzübereinkommen*, cit., p. 952; HUBER, *Internationales Insolvenzrecht in Europa*, cit., p. 147. Sugli obblighi reciproci di informazione e di collaborazione tra il curatore della procedura principale e il curatore della procedura secondaria, v. art. 31.

⁴⁷ Art. 17, paragrafo 2. BALZ, *Das neue Europäische Insolvenzübereinkommen*, cit., p. 951; VIRGOS, SCHMIT, *Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren*, in STOLL, *Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht*, cit., p. 87; HUBER, *Internationales Insolvenzrecht in Europa*, cit., p. 148.

⁴⁸ Art. 18, paragrafo 2.

⁴⁹ Art. 25, paragrafo 1.

⁵⁰ Art. 25, paragrafo 1.

⁵¹ Art. 25, paragrafo 3.

⁵² V. paragrafo successivo.

trattamento, indipendentemente dal loro luogo di residenza nel territorio dell'Unione. A tal fine le regole principali sono le seguenti. Ogni creditore insinua il proprio credito nella procedura principale e, sempre per intero, nelle procedure secondarie⁵³. A tal riguardo i creditori conosciuti che risiedono negli altri Stati membri hanno il diritto di essere informati individualmente dell'apertura della procedura⁵⁴. Il creditore che in una procedura di insolvenza abbia recuperato una quota del proprio credito partecipa ai riparti effettuati in un'altra procedura soltanto quando i creditori dello stesso grado o della stessa categoria abbiano ottenuto nell'altra procedura una quota equivalente⁵⁵. Dopo l'apertura della procedura principale, il creditore che ottenga con qualsiasi mezzo, in particolare mediante azioni esecutive, soddisfazione totale o parziale del credito con beni del debitore situati nel territorio di un altro Stato membro deve restituire al curatore ciò che ha ottenuto, se egli non vanta su tali beni un diritto reale o una riserva di proprietà⁵⁶.

10. Principio della *lex fori concursus*

Alla procedura di insolvenza ed ai suoi effetti si applica la legge dello Stato membro nel cui territorio essa è aperta⁵⁷. Il regolamento entra nel dettaglio dell'applicazione del principio della *lex fori concursus*⁵⁸. In primo luogo esso concerne i presupposti dello stato di insolvenza, che ben possono essere diversi da un ordinamento all'altro⁵⁹. Esso riguarda poi: *a*) i debitori che per la loro qualità sono assoggettabili alla procedura; *b*) i beni oggetto di spossessamento e la sorte degli acquisti successivi all'apertura della procedura; *c*) i poteri del debitore e del curatore⁶⁰; *d*) le condizioni di opponibilità della compensazione⁶¹; *e*) gli effetti sui contratti in corso⁶²; *f*) gli effetti sulle azioni giudiziali individuali⁶³; *g*) i crediti da insinuare nel passivo e la sorte dei crediti successivi all'apertura; *h*) l'insinuazione, la verifica e l'ammissione dei crediti⁶⁴; *i*) le regole sulla distribuzione del ricavato⁶⁵; *j*) le con-

⁵³ Art. 32, paragrafo 1, art. 39. In nome e per conto dei creditori possono agire i curatori, che insinuano nelle altre procedure i crediti già insinuati nella procedura cui sono preposti (art. 32, paragrafo 2).

⁵⁴ Art. 40.

⁵⁵ Art. 20, paragrafo 2.

⁵⁶ Art. 20, paragrafo 1.

⁵⁷ Artt. 4.

⁵⁸ Art. 4, paragrafo 2. VIRGOS, SCHMIT, *Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren*, in STOLL, *Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht*, cit., p. 67.

⁵⁹ Ad es., lo stato di insolvenza nel diritto italiano non coincide completamente con la "incapacità di pagare" prevista dal § 17 *Insolvenzordnung-InsO* tedesca come presupposto generale di apertura della procedura di insolvenza. L'incapacità di pagare si commisura esclusivamente alle obbligazioni scadute, mentre le obbligazioni di prossima scadenza acquistano rilevanza, come presupposto di apertura della procedura di insolvenza, quando l'istanza provenga dallo stesso debitore (§ 18 *InsO*).

⁶⁰ Vedi però l'art. 14.

⁶¹ Vedi però l'art. 6.

⁶² In questo senso la *lex fori concursus* prevale sulla legge applicabile al contratto alla stregua della convenzione di Roma del 1980: cfr. VIRGOS, SCHMIT, *Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren*, in STOLL, *Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht*, cit., p. 67. Vedi però gli artt. 8 e 10.

⁶³ Salva la sorte dei procedimenti pendenti: v. a tale proposito l'art. 15.

⁶⁴ È però da considerare che, a tale proposito, il capitolo IV del regolamento contiene una serie di norme di diritto uniforme. Cfr. VIRGOS, SCHMIT, *Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren*, in STOLL, *Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht*, cit., p. 68.

⁶⁵ Compreso il grado dei crediti, che quindi possono ricevere un diverso grado, a seconda della procedura in cui vengono insinuati. Cfr. VIRGOS, SCHMIT, *Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren*, in STOLL, *Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht*, cit., p. 68.

dizioni e gli effetti della chiusura della procedura di insolvenza; *k*) i diritti dei creditori dopo la chiusura⁶⁶; *l*) le spese della procedura; *m*) le impugnazioni degli atti pregiudizievoli per la massa dei creditori⁶⁷.

Il principio della *lex fori concursus* si applica anche alla procedura di insolvenza secondaria⁶⁸, con un paio di modifiche. La prima – già accennata – consiste nel fatto che, una volta riconosciuta la decisione di apertura della procedura principale, non vi è bisogno di accertare lo stato di insolvenza ai fini dell'apertura della procedura secondaria. La seconda modifica riguarda una serie di poteri concessi al curatore della procedura principale in relazione alla procedura secondaria: egli può chiederne l'apertura⁶⁹ e la sospensione delle operazioni di liquidazione⁷⁰, anche al fine di presentare proposte riguardanti la liquidazione o qualsiasi altro uso dell'attivo della procedura secondaria (ad esempio, al fine di impedire la vendita di un bene, che si riveli utile per un progetto di risanamento dell'impresa presso il centro degli interessi principali del debitore)⁷¹.

11. *Segue: eccezioni al principio*

Il principio della *lex fori concursus* conosce una serie di eccezioni, in cui vigono criteri speciali di collegamento, a tutela dell'affidamento e della certezza giuridica. In particolare, la *lex fori concursus* non si applica a: *a*) i processi relativi ad un bene o a un diritto del quale il debitore è sprossessato, pendenti in un altro Stato membro al momento dell'apertura della procedura⁷²; *b*) i diritti reali del creditore e del terzo su beni del debitore che al momento dell'apertura della procedura si trovano nel territorio di un altro Stato membro, salva l'esperibilità dell'impugnazione degli atti pregiudizievoli ai creditori⁷³; *c*) il diritto del creditore di invocare la compensazione del proprio credito con il credito del debitore, quando la compensazione è consentita dalla legge applicabile al credito del debitore insolvente, salva l'esperibilità dell'impugnazione degli atti pregiudizievoli ai creditori⁷⁴; *d*) il diritto del venditore fondato sulla riserva della proprietà, se il bene, nel momento in cui è aperta la procedura,

⁶⁶ Ad es., l'eventuale remissione del debito residuo.

⁶⁷ V. però l'art. 13.

⁶⁸ Art. 28.

⁶⁹ Art. 29.

⁷⁰ Art. 33.

⁷¹ Art. 31, paragrafo 3.

⁷² Art. 4, paragrafo 2, lett. *f*; art. 15. Tali processi sono disciplinati dalla legge dello Stato membro nel quale essi pendono.

⁷³ Art. 5. Ciò acquista particolare significato con riferimento ai diritti di garanzia, di cui l'art. 5 contiene alcune esemplificazioni. Nella fattispecie descritta dalla norma il titolare di un diritto reale conserva sul bene le facoltà che gli derivano dalla legge che lo disciplina (normalmente la *lex rei sitae*). Dal carattere universale della procedura principale discende peraltro che il creditore è obbligato ad apportare alla massa il ricavato della vendita del bene che superi l'entità del suo credito, mentre il curatore può decidere di estinguere il credito garantito, per acquisire il bene alla massa (ad es., se ciò si riveli utile in una prospettiva di risanamento). Cfr. VIRGOS, SCHMIT, *Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren*, in STOLL, *Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht*, cit., p. 71.

⁷⁴ Art. 6. Questa disposizione è da coordinare con l'art. 4, paragrafo 2, lett. *d*, che sottopone alla *lex fori concursus* le condizioni di opponibilità della compensazione. Se si riflette sulla funzione di garanzia che la compensazione assolve per il creditore, potendosi egli soddisfare su quanto da lui dovuto al proprio debitore con esclusione degli altri creditori, la tesi preferibile è la seguente: anche se la *lex fori concursus* nega il diritto di opporre la compensazione alla procedura di insolvenza, il creditore conserva tale diritto che sia previsto dalla legge che disciplina il credito principale: cfr. BORK, *Die Aufrechnung im internationalen Insolvenzverfahrensrecht*, in ZIP, 2002, p. 690, p. 694.

si trova nel territorio di uno Stato membro diverso da quello di apertura, salva l'esperibilità dell'impugnazione degli atti pregiudizievoli ai creditori⁷⁵; e) il diritto del compratore di acquisire la proprietà del bene a lui già consegnato dal venditore nei cui confronti viene successivamente avviata la procedura, se il bene, nel momento in cui è aperta la procedura, si trova nel territorio di uno Stato membro diverso da quello di apertura, salva l'esperibilità dell'impugnazione degli atti pregiudizievoli ai creditori⁷⁶; f) i contratti relativi a beni immobili⁷⁷; g) i diritti e le obbligazioni dei partecipanti a sistemi di pagamento, di regolamento o a un mercato finanziario⁷⁸, salva l'esperibilità dell'impugnazione degli atti pregiudizievoli ai creditori⁷⁹; h) i contratti di lavoro⁸⁰; i) i diritti del debitore su beni soggetti ad iscrizione in pubblici registri⁸¹; j) gli atti di disposizione a titolo oneroso compiuti dal debitore dopo l'apertura della procedura di insolvenza su beni immobili o altri beni soggetti ad iscrizione in pubblici registri⁸²; k) l'impugnazione di un atto pregiudizievole ai creditori, se chi ne ha beneficiato dimostra che l'atto è sottoposto alla legge di uno Stato diverso da quello di apertura e che tale legge esclude del tutto l'impugnazione in quella fattispecie⁸³.

⁷⁵ Art. 7, paragrafo 1. Come in relazione all'art. 5, anche nelle fattispecie previste dall'art. 7 (v. anche la nota successiva) si applica di regola la *lex rei sitae*.

⁷⁶ Art. 7, paragrafo 2.

⁷⁷ Art. 8. Si applica la legge dello Stato membro nel cui territorio il bene è situato.

⁷⁸ Cfr. la direttiva 98/26/CE del 19 maggio 1998.

⁷⁹ Art. 9. Sono disciplinati dalla legge dello Stato membro applicabile al sistema o al mercato.

⁸⁰ Art. 10. Sono disciplinati dalla legge dello Stato membro applicabile al contratto di lavoro.

⁸¹ Art. 11. Sono disciplinati dalla legge dello Stato membro sotto la cui autorità si tiene il registro.

⁸² Art. 14. Sono disciplinati dalla legge dello Stato membro nel cui territorio è situato il bene immobile o sotto la cui autorità si tiene il registro.

⁸³ Art. 13. Sul tema, da ultimo, E. J. HABSCHIED, *Konkursstatut und Wirkungsstatut bei der internationalen und der künftigen innereuropäischen Insolvenzanfechtung*, in *ZZP*, 114 (2001), p. 167.