

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio 4-2006/A

L'utilizzo del centro degli interessi principali del debitore come titolo di giurisdizione secondo il regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza

Approvato dalla Commissione Affari Europei e Internazionali il 20 ottobre 2006

SOMMARIO: *1. Premessa - 2. L'ambito di applicazione del regolamento - 3. Cenni sulla disciplina in materia di legge applicabile - 4. Il rapporto tra procedura principale e secondaria - 5. I titoli di giurisdizione: in particolare la nozione di centro degli interessi principali del debitore - 6. L'applicazione da parte dei tribunali nazionali - 7. La disciplina sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni.*

1. Premessa

Il regolamento n. 1346/2000 relativo alle procedure d'insolvenza, adottato in base agli articoli 61, lettera c) e 67, 1° comma del Trattato CE, il 29 maggio 2000⁽¹⁾ ed entrato in vigore il 31 maggio 2002⁽²⁾, modificato dal regolamento n. 694/2006 del 27 aprile 2006⁽³⁾, costituisce un tassello importante nell'ambito del processo di comunitarizzazione del settore della cooperazione giudiziaria civile⁽⁴⁾, anche perché colma, con riguardo ai Paesi membri dell'Unione europea, ad esclusione della Danimarca⁽⁵⁾, un vuoto normativo costituito dalla generale assenza di convenzioni internazionali di ampia portata, almeno sotto il profilo della partecipazione degli Stati⁽⁶⁾.

A ciò si aggiunga che, considerando gli aspetti della competenza giurisdizionale e del riconoscimento delle sentenze, il regolamento in esame completa la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, sostituita dal regolamento n. 44/2001 del 22 dicembre 2000, il cui

articolo 1, lett. b) espressamente esclude dall'ambito di applicazione "i fallimenti, i concordati e le procedure affini". Così come fa il regolamento n. 805/2004 del 21 aprile 2004, che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati (articolo 2, 2° comma, lett. b), entrato in vigore il 21 gennaio 2005 e applicabile dal 21 ottobre 2005.

L'obiettivo del regolamento n. 1346 che, in base all'articolo 249 del Trattato Ce, "è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri", è di coordinare – come stabilito nel Preambolo – "i provvedimenti da prendere in merito al patrimonio del debitore insolvente" anche al fine, nel contesto di un crescente aumento dei rapporti commerciali tra imprese con sede in diversi Stati, di garantire il buon funzionamento del mercato interno ⁽⁷⁾. Pur non uniformando le regole in materia di fallimento, che rimangono quindi peculiari per ciascuno Stato membro ⁽⁸⁾, e pur lasciando in vita le diverse procedure di insolvenza proprio per l'impossibilità di fissare una procedura di carattere universale, il regolamento n. 1346/2000 ha portata onnicomprensiva perché detta norme in materia di legge applicabile, di giurisdizione e di riconoscimento delle sentenze. Infatti, malgrado l'impossibilità di raggiungere un'intesa su norme identiche per tutti gli Stati, l'armonizzazione delle norme di conflitto, per quanto limitata, costituisce un traguardo di notevole importanza, efficace a risolvere i problemi collegati all'incremento dei casi di fallimento transfrontalieri, almeno nel territorio comunitario ⁽⁹⁾, pur con alcune difficoltà di attuazione, come hanno mostrato alcuni recenti episodi.

Tra i diversi aspetti regolamentati assume particolare rilievo quello della giurisdizione, per le particolarità del criterio principale di competenza utilizzato all'articolo 3 ⁽¹⁰⁾, ossia il "centro degli interessi principali del debitore" (in prosieguo COMI, "*centre of main interests*"), che lascia margini di discrezionalità nell'individuazione dell'autorità competente e che è determinante, come vedremo, anche per stabilire la legge applicabile. L'indicata discrezionalità sussiste altresì nell'ipotesi in cui il procedimento di insolvenza riguardi società o persone giuridiche perché, anche se in quest'ultimo caso è fissata una presunzione a vantaggio dell'autorità del luogo in cui si trova la sede statutaria, il giudice di uno Stato membro può ritenere, facendo valere la prova contraria ai sensi del regolamento, che il centro degli interessi principali sia sul proprio territorio.

La possibilità di ribaltare la presunzione effettuata nel regolamento in ordine al COMI delle persone giuridiche e l'assenza, come vedremo nel prosieguo, di criteri applicabili in via generale per stabilire il centro degli interessi principali se il debitore è una persona fisica, rendono opportuno un esame, a quattro anni dall'entrata in vigore del regolamento, della prassi applicativa nei diversi Stati

membri e degli interventi della Corte di giustizia delle Comunità europee ⁽¹¹⁾. Questo con l'obiettivo di verificare se si siano consolidati criteri di applicazione generale idonei a individuare il COMI del debitore, che consentano di limitare un effetto negativo insito nella scelta di tale titolo di giurisdizione, a causa del carattere di variabilità e dell'assenza di predeterminazione degli elementi da valutare, che rendono più difficile l'individuazione preventiva dell'autorità competente e che possono condurre a una proliferazione di giudici che si ritengono competenti ⁽¹²⁾.

Ciò appare di particolare interesse per gli operatori giuridici che potranno segnalare, con maggiore consapevolezza, le conseguenze della scelta di un luogo come centro degli interessi di un imprenditore, anche sotto il profilo processuale, affinché i rischi dell'avvio di una relazione economica tra le diverse parti vengano assunti conoscendo *ex ante* il giudice competente nelle operazioni di debito transfrontaliere e tenendo conto che è il luogo di apertura della procedura di insolvenza a determinare la legge applicabile (*lex fori concursus*).

Dal punto di vista strettamente notarile, ad esempio, potrebbe accadere che un notaio effettui un atto di alienazione su beni che si trovano in Italia, malgrado sia stata aperta una procedura fallimentare in un altro Paese membro, proprio in applicazione del titolo del centro degli interessi principali del debitore. In questi casi, la conoscenza dei criteri idonei a individuare il COMI possono aiutare l'operatore giuridico a compiere accertamenti preliminari per verificare che non vi sia un'apertura di una procedura di insolvenza all'estero, tenendo conto che lo stesso legislatore comunitario si mostra consapevole dei problemi di individuazione che possono derivare dall'utilizzo del criterio del COMI. La flessibilità del criterio, che impone un accertamento nel caso concreto, presenta infatti un certo rischio di soggettività nella valutazione che potrebbe incidere sulla certezza del diritto e porre, di conseguenza, un'eccessiva responsabilità sul professionista.

Pertanto, il legislatore comunitario ha previsto, nel considerando n. 30 del Preambolo che, in determinati casi, qualora gli interessati ignorino l'apertura di una procedura all'estero, ma agiscano in buona fede, "adempiendo obbligazioni a favore del debitore, laddove di fatto avrebbero dovuto eseguirle a favore del curatore straniero", di "attribuire carattere liberatorio a tale prestazione o pagamento".

2. L'ambito di applicazione del regolamento

Prima di passare ad analizzare i problemi esistenti in materia di giurisdizione, appare utile delimitare l'ambito spaziale, temporale e soggettivo del regolamento in esame che, come specificato al considerando 14 del Preambolo, si applica "unicamente alle procedure in cui il centro degli interessi principali si trovi

all'interno della Comunità" (par. 14), ad esclusione della Danimarca. La delimitazione compiuta nel Preambolo porta a ritenere che il regolamento non possa essere attuato nell'ipotesi in cui, nell'ambito dell'Unione europea, si trovi solo una dipendenza ⁽¹³⁾. Questo, d'altra parte, risulta dalle condizioni per l'apertura di procedure secondarie di insolvenza fissate all'articolo 27, nel quale è richiesta l'apertura della procedura principale per avviare, in un altro Stato membro, quella secondaria "senza che in questo altro Stato sia esaminata l'insolvenza", proprio perché già oggetto di quella principale. Inoltre, lo stesso articolo 3, 4° comma, stabilisce l'applicazione del regolamento e, in particolare, l'apertura di una procedura territoriale prima di quella principale solo se "a) 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 di cui al paragrafo 1" (ossia quella principale) o solo "se 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".

Sono così "coperte" dall'indicato atto le procedure di insolvenza che comportano lo spossessamento parziale o totale del debitore il cui centro degli interessi principali si trovi all'interno del territorio comunitario ⁽¹⁴⁾ e a condizione che la procedura sia iniziata ("aperta") dopo l'entrata in vigore del regolamento.

A proposito dell'ambito di applicazione temporale, la Corte di giustizia delle Comunità europee, nella prima sentenza interpretativa sull'indicato regolamento, depositata il 17 gennaio 2006 (causa C-1/04, Staubitz-Schreiber) ⁽¹⁵⁾ e riguardante un'imprenditrice residente in Germania al momento della presentazione dell'istanza di apertura di una procedura di insolvenza, respinta in primo grado per mancanza di massa dell'attivo, e trasferitasi in Spagna, ha chiarito, anche se non formava espressamente oggetto del rinvio pregiudiziale, la portata dell'articolo 43, nel quale è sancito il principio di irretroattività. Tale norma prevede che "gli atti compiuti dal debitore prima dell'entrata in vigore del presente regolamento continuano ad essere disciplinati dalla legge ad essi applicabili al momento del loro compimento", senza però precisare il significato della nozione di "atti compiuti dal debitore". Per la Corte di giustizia, l'articolo 43 deve essere letto nel senso che il regolamento è applicabile anche se è stata presentata una domanda di apertura di procedura di insolvenza prima dell'entrata in vigore del regolamento, a condizione che non sia stato emanato un provvedimento che incida sul patrimonio riguardante la procedura in esame.

In questi casi – ha chiarito la Corte – la procedura non si può considerare avviata e quindi il regolamento deve essere attuato ⁽¹⁶⁾.

Dal punto di vista soggettivo, l'atto comunitario non è applicabile "alle 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 di valori mobiliari di terzi, agli organismi di investimento collettivo" ⁽¹⁷⁾.

Sotto il profilo dell'individuazione dei soggetti che hanno il diritto di insinuarsi in una procedura d'insolvenza principale o secondaria, il regolamento esclude ogni riferimento alla cittadinanza, disponendo che un simile diritto spetta a tutti i creditori che abbiano la residenza abituale, il domicilio o la sede in uno Stato membro diverso da quello di apertura, a condizione che l'insinuazione dei crediti avvenga per iscritto (articolo 39) ⁽¹⁸⁾.

Per quanto riguarda invece la definizione di procedure di insolvenza, proprio perché l'obiettivo del regolamento non è l'armonizzazione delle legislazioni statali, ma l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento che non richiede, in via preliminare, il ravvicinamento delle legislazioni, la determinazione è lasciata agli Stati membri che, nell'Allegato A, hanno elencato le procedure che rientrano in tale definizione. Questo potere, spettante ai singoli Paesi, comporta che i giudici degli altri Stati devono attenersi alle designazioni fatte e incluse nell'Allegato, come modificato dal regolamento n. 694/2006 del 27 aprile 2006, senza alcun ulteriore controllo o accertamento discrezionale sul possibile inquadramento di una procedura nell'ambito del regolamento. L'Italia ha indicato inizialmente il fallimento, il concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione controllata e quella straordinaria delle grandi imprese in crisi, escludendo l'amministrazione controllata, a seguito dei cambiamenti inseriti nel decreto legislativo n. 5 del 9 gennaio 2006, riguardante la "riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005 n. 80", che ha modificato il sistema concorsuale italiano disciplinato dal regio decreto n. 267 del 16 marzo 1942 ⁽¹⁹⁾. Per quanto riguarda invece le procedure di liquidazione (articolo 2, lett. c), l'Italia ha incluso il fallimento e la liquidazione coatta amministrativa (Allegato B) ⁽²⁰⁾, ai quali ha aggiunto, con il regolamento n. 603/2005 del 12 aprile 2005 ⁽²¹⁾, anche il concordato preventivo con cessione dei beni.

Proprio riguardo alla questione della definizione di "apertura di una procedura di insolvenza", conviene ricordare che la Corte di giustizia, nella sentenza del 2 maggio 2006 sul caso Eurofood (causa C-341/04) ⁽²²⁾, sulla quale torneremo successivamente, su richiesta della Corte suprema irlandese, ha chiarito che la presentazione di una domanda e la nomina di amministratore provvisorio possono essere considerati come "decisione di apertura della procedura di insolvenza" secondo l'articolo 16 del regolamento ⁽²³⁾, perché nell'elenco fornito dall'Irlanda,

secondo quanto previsto dall'Allegato A, è inclusa la "*compulsory winding-up by the Court*", ossia la liquidazione coattiva da parte del giudice e la nomina di un curatore provvisorio ⁽²⁴⁾, che è la prima forma di ordinanza giudiziale resa in un procedimento di liquidazione coattiva secondo l'ordinamento irlandese. Nella nozione di "decisione di apertura di una procedura di insolvenza", secondo l'articolo 2 lett. e), inoltre, non rientra "solo una decisione formalmente indicata come decisione di apertura della normativa dello Stato membro cui appartiene il giudice che l'ha pronunciata, ma anche la decisione emessa a seguito di una domanda, fondata sull'insolvenza del debitore, finalizzata all'apertura di una procedura di cui all'Allegato A al regolamento, quando tale decisione comporta lo spossessamento del debitore e comprende la designazione di un curatore ai sensi dell'allegato C del regolamento stesso" ⁽²⁵⁾.

Con la conseguenza che tale decisione deve essere riconosciuta negli altri ordinamenti dal momento in cui "produce effetto nello Stato in cui la procedura è aperta", secondo quanto disposto dall'articolo 16, 1° comma ⁽²⁶⁾.

3. Cenni sulla disciplina in materia di legge applicabile

Pur non essendo oggetto del presente studio, appare utile, per completezza, ricordare che, per quanto riguarda la legge applicabile, il regolamento rinvia all'ordinamento dello Stato membro sul cui territorio è aperta la procedura principale (articolo 4) o quella secondaria (articolo 28) ⁽²⁷⁾. Questa legge determina, secondo quanto stabilito dall'articolo 4, "le condizioni di apertura, lo svolgimento e la chiusura della procedura di insolvenza", con deroghe elencate in modo tassativo all'articolo 5 ⁽²⁸⁾. Questo vuol dire che, per individuare i soggetti che possono essere oggetto di una procedura fallimentare, bisogna rifarsi alla legge dello Stato nel quale viene aperta la procedura.

Da un lato, quindi, per quanto riguarda l'Italia, se è la legge del nostro ordinamento quella applicabile, è esclusa la possibilità di avviare la procedura di insolvenza nei confronti di soggetti che secondo la legge italiana non possono essere sottoposti a tali procedure. Dall'altro lato, le autorità italiane dovranno riconoscere le sentenze rese nei confronti di soggetti esclusi nel nostro ordinamento dai fallimenti. Con l'adozione del decreto legislativo 9 gennaio 2006 n. 5 ⁽²⁹⁾ è stata confermata, con alcuni cambiamenti, la limitazione prevista nel regio decreto 16 marzo 1942 n. 267. Di conseguenza, sono "soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori", dalla cui nozione sono a loro volta

lasciati fuori gli esercenti un'attività commerciale in forma individuale o collettiva⁽³⁰⁾.

Malgrado l'obbligo di applicare la legge dello Stato membro di apertura della procedura, il regolamento pone taluni limiti all'attuazione di tale legge. Infatti, per quanto riguarda i diritti reali dei terzi (ai quali sono assimilati i diritti iscritti in un pubblico registro e opponibile ai terzi, che consentono di ottenere un diritto reale), il regolamento stabilisce che tali diritti, di cui sono titolari i creditori su beni materiali o immateriali, mobili o immobili che si trovano in un altro Stato membro, non possono essere pregiudicati dall'apertura di una procedura di insolvenza all'estero⁽³¹⁾. Questo vale anche nel caso di compensazione del credito, di riserva di proprietà, nei rapporti di lavoro, per i diritti legati ai mercati finanziari, per brevetti e marchi, con una generale tutela del terzo acquirente (articolo 14). Per quanto riguarda i contratti relativi ai beni immobili, gli effetti di una procedura di insolvenza sono disciplinati "esclusivamente dalla legge dello Stato membro nel cui territorio il bene è situato", questo anche in ragione delle esigenze di sicurezza giuridica e di tutela dei proprietari e dei terzi. Ottica che ha ispirato il legislatore comunitario nella previsione di cui all'articolo 11, in base al quale gli effetti della procedura di insolvenza su un bene immobile, una nave o un aeromobile "soggetti a iscrizione in un pubblico registro, sono disciplinati dalla legge dello Stato membro sotto la cui autorità si tiene il registro".

4. Il rapporto tra procedura principale e secondaria

Accanto alla competenza del giudice sul cui territorio il debitore ha il centro degli interessi principali, il regolamento, al 2° comma, consente alle autorità di un altro Stato membro di aprire una procedura di insolvenza se il debitore "possiede una dipendenza nel territorio di tale altro Stato membro"⁽³²⁾. Come correttamente notato dalla dottrina, l'utilizzo del presente nel testo del regolamento implica che, per consentire l'apertura di una procedura secondaria, secondo l'articolo 3, 2° comma, "*it must be shown that the debtor 'possesses an establishment' within the State in question at the time when proceedings are to open*"⁽³³⁾. In caso contrario, le motivazioni alla base di una frammentazione della competenza dei giudici degli altri Stati membri non sussisterebbero più.

In base al dettato dell'articolo 3 è quindi possibile l'avvio di due diverse procedure: una principale e una secondaria (intesa come quella avviata dopo la principale)⁽³⁴⁾, con delle precise restrizioni su tale seconda procedura. Infatti, l'organo competente ad aprire la procedura secondaria deve limitare il suo operato ai soli beni del debitore che si trovano sul suo territorio, con una totale preclusione

per un ampliamento di competenza nei confronti di beni presenti in altri Stati. In ogni caso, in base all'articolo 18, 2° comma, il curatore potrà far valere, negli altri Stati membri, "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".

Chiusa la procedura secondaria, i beni residui andranno nella disposizione del curatore principale ⁽³⁵⁾. I rapporti tra i curatori delle due diverse procedure - principale e secondaria - che possono svolgersi su binari paralleli, con un obbligo di cooperazione reciproca, sono disciplinati dall'articolo 31. Tale disposizione stabilisce che i curatori "devono comunicare senza ritardo qualsiasi informazione che possa essere utile all'altra procedura, in particolare la situazione circa l'insinuazione e la verifica dei crediti e i provvedimenti volti a porre fine alla procedura" ⁽³⁶⁾.

Da quanto detto, malgrado l'intento di semplificare il regime dell'individuazione del giudice competente, non può non rilevarsi che il regolamento ha frammentato la ripartizione di giurisdizione, creando un sistema articolato ⁽³⁷⁾: da un lato vi è una procedura principale nello Stato in cui il debitore ha il centro principale dei propri interessi, dall'altro, con quella secondaria, si attribuisce la competenza ai tribunali nei quali si trova una dipendenza del fallito. Si tratta - ha sostenuto una parte della dottrina - di un modello ispirato alla "universalità limitata" perché, "ad una procedura c.d. principale con portata tendenzialmente universale, di regola localizzata nello Stato dove è situato il domicilio ovvero il centro degli affari del debitore" affianca, riconoscendo autonomo rilievo "altre procedure c.d. 'secondarie' di carattere locale, eventualmente aperte negli Stati in cui il debitore possieda una dipendenza ovvero i beni" ⁽³⁸⁾.

Se è vero che l'apertura della procedura secondaria pone limiti all'operato dell'autorità di quella principale, che non potrà utilizzare i beni rientranti in quella secondaria, il carattere universale sembra riaffermarsi laddove il regolamento specifica che, in ogni caso, solo una procedura principale può essere aperta nel territorio comunitario e che l'apertura di quella secondaria è ammissibile a specifiche condizioni (articolo 3, 4° comma) ⁽³⁹⁾. Un ulteriore elemento, che caratterizza l'universalità della procedura, è dato dal fatto che il curatore della procedura principale ha diritti di cui gode in via prioritaria rispetto agli altri soggetti investiti di altre procedure ⁽⁴⁰⁾, inclusa la possibilità di poter richiedere l'apertura di una procedura secondaria ⁽⁴¹⁾. Inoltre, il giudice competente è tenuto a informare "senza ritardo i creditori conosciuti che hanno la residenza abituale, il domicilio o la sede negli altri Stati membri" (articolo 40).

La scelta di affiancare alla procedura principale quella secondaria è poi giustificata, nel considerando n. 12 del regolamento, dall'esigenza di tutelare i diversi interessi e le posizioni dei diversi Stati rispetto alla salvaguardia di creditori privilegiati. Se, infatti, il regolamento n. 1346 ha scelto il principio della parità di trattamento dei creditori (articolo 20) ⁽⁴²⁾, in realtà, ha di fatto introdotto un meccanismo indiretto che consente di non ignorare l'esistenza dei diritti di prelazione riconosciuti in taluni ordinamenti, non solo attraverso norme speciali sulla legge applicabile "per diritti e rapporti giuridici particolarmente importanti (per esempio, diritti reali e contratti di lavoro)", ma anche affiancando alla procedura principale di insolvenza di carattere universale "procedure locali che comprendono unicamente il patrimonio situato nello Stato di apertura" (considerando 11 del Preambolo).

5. I titoli di giurisdizione: in particolare la nozione di centro degli interessi principali del debitore

Nella scelta dei titoli di giurisdizione, il legislatore comunitario ha optato per un criterio idoneo a collegare l'autorità giurisdizionale adita al luogo nel quale il debitore svolge effettivamente la propria attività.

L'articolo 3, infatti, attribuisce la competenza ad aprire la procedura di insolvenza "ai giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore" ⁽⁴³⁾ nel quale, generalmente, si trovano la maggior parte dei creditori, precludendo l'esercizio della giurisdizione alle autorità di altri Stati ⁽⁴⁴⁾. Nel caso in cui la procedura di insolvenza riguardi una società o una persona giuridica, il centro degli interessi, come detto, è predeterminato ed è fissato nel luogo della sede statutaria, pur facendo salva la prova contraria ad opera delle parti o d'ufficio ⁽⁴⁵⁾.

Se la nozione di "giudice" è fornita nello stesso regolamento e include qualsiasi organo dello Stato competente ad aprire una procedura di insolvenza, la nozione di centro degli interessi principali del debitore non è specificata ⁽⁴⁶⁾, proprio con l'obiettivo di verificare, in relazione al caso concreto, il corretto ed effettivo legame tra autorità e debitore. Questo in parte, come anticipato, va a discapito delle esigenze di fissare con certezza e in anticipo, l'autorità competente soprattutto perché, per le persone fisiche, non è fornita alcuna presunzione, ma di fatto si richiede una valutazione da effettuare volta per volta ⁽⁴⁷⁾, che la stessa Corte di giustizia rafforza laddove richiede un'interpretazione autonoma secondo il regolamento, limitandosi a specificare che l'accertamento deve essere fatto su

criteri obiettivi, senza però fornire alcun elenco dei dati da prendere in considerazione.

Né il considerando n. 13 del Preambolo specifica i parametri da utilizzare per la qualificazione di tale titolo, limitandosi ad affermare che deve trattarsi del luogo "in cui il debitore esercita in modo abituale e, pertanto riconoscibile dai terzi, la gestione dei suoi interessi".

In via cumulativa sono quindi indispensabili due condizioni: l'abitudine dell'esercizio dell'attività, che rappresenta un elemento di stabilità ⁽⁴⁸⁾, e la riconoscibilità da parte dei terzi e quindi dei possibili creditori, che rafforza la trasparenza, anche se la formulazione della norma sembra quasi far coincidere l'abitudine con la riconoscibilità.

Proprio il riferimento all'abitudine dell'esercizio dell'attività indica un chiaro collegamento tra svolgimento di una funzione economica e professionale e titolo di giurisdizione, senza che rilevi in via determinante e definitiva la residenza abituale. Di conseguenza, non sembra condivisibile quanto sostenuto dall'Avvocato generale Ruiz-Arabo Colomer che, nelle conclusioni depositate il 6 settembre 2005 (causa C-1/04), ha sottolineato, in riferimento al concetto comunitario di nozione di "centro degli interessi principali del debitore" che, anche se il regolamento non fornisce una presunzione in ordine all'individuazione di tale criterio, proprio per agevolare la "localizzazione da parte dei terzi" per le persone fisiche, si può ritenere che il centro sia quello della residenza abituale. Questo, ad avviso dell'Avvocato generale, è in linea con la scelta effettuata nel regolamento nel caso in cui la procedura di insolvenza riguardi persone giuridiche.

A nostro avviso, l'iter logico-giuridico seguito dall'Avvocato generale Colomer non appare condivisibile perché se il legislatore avesse voluto effettuare una presunzione analoga a quella delle persone giuridiche l'avrebbe inserita in modo espresso. D'altra parte, l'elemento della residenza abituale, pur configurandosi come un tassello da prendere in considerazione per stabilire il COMI, non coincide con i requisiti dell'abitudine nella gestione degli interessi e della riconoscibilità specificati nel Preambolo.

Sul fronte della determinazione dei criteri per individuare il COMI, appare di particolare rilievo la citata sentenza della Corte di giustizia del 2 maggio 2006 sul caso Eurofood (causa C-341/04) che però, a causa dei limiti al rinvio pregiudiziale predisposti nel Trattato per il settore della cooperazione giudiziaria civile, è arrivata con ritardo. Questo perché l'articolo 68 del Trattato consente il rinvio ai giudici comunitari solo alle giurisdizioni nazionali "avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno", limitando quindi l'operatività del rinvio rispetto a quanto previsto dall'articolo 234. Con conseguenze particolarmente negative laddove un atto del settore della cooperazione giudiziaria

civile utilizza un criterio non rigidamente fissato sotto il profilo della sua determinazione, ostacolando, in un certo senso, non solo il lavoro dei giudici nazionali di primo e secondo grado, privati dell'ausilio interpretativo di Lussemburgo, ma anche i rapporti tra le autorità giurisdizionali dei Paesi membri che procedono nelle autonome valutazioni prima dell'intervento dei giudici comunitari ⁽⁴⁹⁾. Un chiaro esempio, è proprio il caso Eurofood nel quale, a fronte delle opposte posizioni dei tribunali di merito italiani e irlandesi, si è dovuto attendere che la questione approdasse dinanzi alla Corte suprema irlandese che, come giudice di ultimo grado, ha potuto effettuare il rinvio a Lussemburgo.

Nella vicenda che ha poi portato la questione all'esame della Corte di giustizia delle Comunità europee, la Bank of America aveva presentato, il 27 gennaio 2004, all'High Court irlandese la domanda di liquidazione della controllata irlandese Eurofood del gruppo Parmalat S.p.a., chiedendo altresì la nomina di un curatore provvisorio. Al tempo stesso, la Eurofood era stata ammessa all'amministrazione straordinaria della Parmalat in Italia, deliberata il 24 dicembre 2003, con la nomina di Enrico Bondi come commissario. Con ordinanza del 10 febbraio 2004, il Tribunale di Parma aveva fissato l'udienza, a seguito dell'istanza di dichiarazione di insolvenza di Eurofood e il 20 febbraio aveva pronunciato la sentenza di apertura del procedimento di insolvenza ⁽⁵⁰⁾, sostenendo altresì che il centro degli interessi principali di Eurofood era in Italia. Poco dopo, il 23 marzo 2004, il giudice irlandese adito, come detto, dalla Bank of America, sosteneva che il centro principale degli interessi era in Irlanda, rilevando altresì l'incompatibilità della decisione del Tribunale di Parma con il regolamento n. 1346. Di conseguenza, il Tribunale irlandese non ha riconosciuto la decisione di quello di Parma; l'amministratore Bondi ha presentato appello e la Corte suprema irlandese si è rivolta ai giudici comunitari chiedendo di chiarire, per l'individuazione della giurisdizione, il significato da attribuire alla nozione di domanda di apertura della procedura di insolvenza e quella di centro degli interessi principali del debitore.

La vicenda, come rilevato poc'anzi, si è articolata dinanzi ai giudici di diversi Stati anche a causa dell'assenza, nel regolamento, di una norma sulla litispendenza che imponga, come fa invece il regolamento n. 44/2001 (articolo 27), al giudice successivamente adito di sospendere il procedimento fino all'accertamento della competenza dell'autorità investita per prima della controversia.

La posizione dei tribunali italiani è stata quella di ribaltare la presunzione della sede statutaria fissata nell'atto comunitario (nel caso di Eurofood in Irlanda) ritenendo che quella effettiva si trovasse in Italia, territorio nel quale era condotta la gestione dell'impresa, riconoscibile da terzi ⁽⁵¹⁾.

In particolare, considerato che l'attività di direzione e "il centro propulsore dell'impresa" erano di fatto nella sede della Parmalat s.p.a di Collecchio, che la Eurofood era amministrata da un organo composto dagli amministratori "executive, a cui era di fatto demandata la reale gestione della impresa...impiegati italiani del gruppo Parmalat", che gli amministratori di questo gruppo avevano partecipato "al CDA di Eurofood in collegamento telefonico, senza mai recarsi, se non in rare occasioni, presso gli uffici irlandesi" e che Eurofood non aveva impiegati in Irlanda, ma solo "un domicilio coincidente con gli uffici" di uno studio legale, la presunzione stabilita nel regolamento arretrerebbe di fronte al fatto che il centro degli interessi principali era in Italia. "L'oggetto sociale di Eurofood - ha precisato il Tribunale - non lascia dubbi in merito alla sua funzione ancillare e strumentale rispetto al conseguimento degli interessi economici della Parmalat s.p.a. e delle altre società del gruppo, per cui si potrebbe parlare di una branch della Parmalat s.p.a.", anche perché "tutte le operazioni di private placements effettuate da Eurofood sono state garantite da Parmalat s.p.a. ed il relativo ricavato è stato vincolato ad esclusivo beneficio delle società del gruppo".

Pertanto, l'effettivo totale controllo della Parmalat s.p.a., l'attività finalizzata unicamente agli interessi della controllante, la presenza di un "organo amministrativo mero esecutore delle direttive provenienti dalla sede di Parma", permettono di chiarire che la gestione degli interessi non è nella sede statutaria (52).

A rafforzare questa soluzione, il tribunale ha ricordato che le operazioni compiute da Eurofood sono "connesse e strumentali" a quelle della Parmalat, anche per le questioni legate alle emissioni obbligazionarie, perché il collocamento sul mercato delle obbligazioni era avvenuto tramite banche italiane (53). Profilo che mostra altresì - ha precisato il giudice italiano - la sussistenza della "riconoscibilità da parte dei terzi dell'effettiva localizzazione dell'attività di impresa", come richiesto dal 13° considerando del regolamento n. 1346/2000.

La pendenza di una procedura di liquidazione in Irlanda, sarebbe poi irrilevante nella visione dei giudici italiani, perché la sola presentazione dell'istanza di liquidazione e la nomina del "*Provisional Liquidator*", "non può certo qualificarsi come apertura della procedura, posto che solo un provvedimento che accerta con efficacia anche provvisoriamente esecutiva, ma tendenzialmente definitiva (fatta quindi salva l'impugnazione) lo stato di insolvenza può avere gli effetti processuali e sostanziali che il regolamento allo stesso ricollega" (54).

Da quanto illustrato, risulta evidente come, pur partendo dalla comune applicazione del regolamento, le autorità giurisdizionali di due diversi Stati membri abbiano interpretato in modo differente la nozione di centro degli interessi del

debitore, malgrado la presunzione prevista per le persone giuridiche, dando vita a un conflitto positivo di giurisdizione a causa del fatto che, invece di interpretare in modo autonomo rispetto agli ordinamenti nazionali la nozione del COMI, hanno fatto riferimento alle legislazioni interne ai fini della qualificazione.

In questo contesto, la sentenza Eurofood è di particolare rilievo proprio perché indica gli elementi da prendere in considerazione per riempire di contenuto la nozione di "centro degli interessi principali del debitore", non limitando l'affermazione dei principi al caso delle società controllate e ribadendo la necessità di un'interpretazione che prescindenda dalle leggi interne, collocandosi in un ambito diverso, quale quello comunitario.

La Corte di giustizia ha prima di tutto precisato che, nella qualificazione del COMI, è necessario tenere presente che l'articolo 3 fa un chiaro riferimento all'applicazione di criteri obiettivi, funzionali alla riconoscibilità da parte dei terzi che, nel caso delle persone giuridiche, coincide con la sede statutaria, salva la prova contraria.

Per i giudici comunitari è determinante lo svolgimento dell'attività sul territorio di uno Stato proprio perché si tratta di un elemento visibile, che prevale sul fatto che le scelte decisionali e di carattere amministrativo sono prese da una società madre con sede in un altro Paese che, invece, secondo l'amministratore straordinario Bondi e il Governo italiano, era determinante per l'attribuzione della giurisdizione, ribaltando, proprio per il controllo esercitato dalla Parmalat su Eurofood, la presunzione dell'articolo 3, che indica nella sede statutaria delle persone giuridiche il titolo di giurisdizione ⁽⁵⁵⁾.

Dal ragionamento seguito dalla Corte di giustizia, appare evidente che la presunzione applicabile nel caso delle persone giuridiche può essere ribaltata solo in casi eccezionali, tenendo conto che il criterio guida è quello della riconoscibilità da parte dei terzi ⁽⁵⁶⁾, che devono essere messi nelle condizioni di "calcolare i rischi giuridici che si dovrebbero assumere in caso di insolvenza" e partendo dal presupposto che la società madre e la controllata hanno una "separata identità giuridica". D'altra parte, occorre ricordare che, nella scelta del titolo di giurisdizione della sede statutaria, il legislatore comunitario non ha posto alcuna eccezione nel caso di gruppi di società. In questo appare corretta la conclusione che "nel sistema del regolamento, la competenza sussiste per ogni debitore con una separata entità giuridica" e che "ogni controllata nell'ambito di un gruppo deve essere considerata individualmente", tenendo conto, allo stesso tempo, che il considerando n. 13 dà rilievo alla gestione degli interessi del debitore. Se sussiste un controllo totale della società madre e ciò è riconoscibile dai terzi, il cambiamento del centro degli interessi del debitore nella sede della "capogruppo" non è altro che un'applicazione

del principio dell'effettività, senza che però rilevi un mero potere della società madre attraverso la nomina degli amministratori, poiché si tratta di un fattore non sempre riconoscibile dai terzi. L'onere della prova, per i creditori che intendono modificare la presunzione in materia di persone giuridiche risulta particolarmente complesso e condizionato dall'esistenza di due requisiti indispensabili, presenti cumulativamente, quali abitudine e riconoscibilità riscontrabili sulla base di criteri obiettivi. In pratica, per la Corte, lo svolgimento di un'attività, "blocca" il cambiamento della presunzione fissata nel regolamento, senza che rilevi l'attribuzione di un potere decisionale ad altre entità. Per questo, proprio a sottolineare l'eccezionalità della prova contraria, la Corte comunitaria indica come esempio in grado di escludere la giurisdizione del tribunale del luogo in cui la singola entità ha la sede statutaria, il caso di una società fantasma che non svolge "alcuna attività sul territorio dello Stato membro in cui si trova la sua sede sociale". Questo vuol dire che non è necessario alcun confronto fra le diverse attività compiute dalla controllante e dalla controllata perché, per confermare l'applicazione del titolo di giurisdizione della sede statutaria è sufficiente lo svolgimento di una qualsiasi attività, proprio perché in questo caso i creditori riconducono alla controllata le responsabilità, senza necessità di ulteriori accertamenti.

Requisiti che ci sembra la Corte di giustizia abbia posto in primo piano anche nel caso in cui si verifichi il trasferimento del centro degli interessi principali del debitore dopo la presentazione della domanda di apertura della procedura, ma prima di una decisione in grado di incidere sulla situazione controversa, ipotesi non espressamente disciplinata nel regolamento. In questi casi – ha precisato la Corte di giustizia nella citata sentenza del 17 gennaio 2006 (C-1/04) - "un trasferimento di competenza dal giudice inizialmente adito verso un giudice di un altro Stato membro su tale fondamento [il trasferimento del centro degli interessi principali] sarebbe contrario agli obiettivi perseguiti dal regolamento", che è proprio quello di "dissuadere le parti della procedura dal trasferire i beni o i procedimenti giudiziari da uno Stato membro ad un altro al fine di ottenere una migliore situazione giuridica"⁽⁵⁷⁾. In caso contrario e, a discapito delle esigenze di certezza del diritto, si consentirebbe la scelta del giudice e del diritto applicabile, incentivando il *forum shopping* che, invece, in tutti i regolamenti comunitari nel settore della cooperazione giudiziaria civile che si occupano di giurisdizione, il legislatore ha inteso evitare ⁽⁵⁸⁾. Questa soluzione permette altresì di salvaguardare gli interessi dei creditori che, ad accogliere l'altra soluzione, non potrebbero valutare i rischi nel momento in cui avviano relazioni commerciali con il debitore.

A tal proposito, è opportuno ricordare che, nelle modifiche all'articolo 9 del regio decreto (ora articolo 7), introdotte dal decreto legislativo n. 5 del 2006, che si

occupa solo della delimitazione della giurisdizione dei tribunali nazionali, è stato disposto che il giudice italiano rimane competente se vi è stato un trasferimento di sede "intervenuto nell'anno antecedente all'esercizio dell'iniziativa per la dichiarazione di fallimento" e che l'imprenditore che ha all'estero la sede principale può essere dichiarato fallito in Italia "anche se è stata pronunciata dichiarazione di fallimento all'estero", pur facendo salve la normativa dell'Unione europea e le convenzioni internazionali stipulate ⁽⁵⁹⁾.

6. L'applicazione da parte dei tribunali nazionali

Il regolamento in esame, proprio sotto il profilo dell'individuazione del giudice competente, ha trovato ampia attuazione da parte degli Stati a causa dell'incremento dei casi di insolvenza transfrontaliera nell'ambito del territorio comunitario, anche se ha messo in rilievo talune difficoltà applicative dovute alle diverse valutazioni compiute dalle autorità nazionali sulla nozione di COMI ⁽⁶⁰⁾. Questo soprattutto nel caso di gruppi di società e nei rapporti tra controllate e società madri con sede in differenti Stati, situazione che, come detto, non ha un'apposita regolamentazione nell'atto comunitario.

Proprio il caso Parmalat, che è stato oggetto della sentenza Eurofood, ha messo in evidenza che, soprattutto nel caso attività di società collegate operanti all'estero rispetto a quella madre, il rischio di conflitti positivi di giurisdizione ⁽⁶¹⁾, è altamente probabile e richiede, per la sua soluzione, l'intervento della Corte di giustizia nella sua funzione di interprete del diritto comunitario. Questo soprattutto quando le autorità nazionali dei diversi Stati sono "arroccate" su posizioni contrastanti, come avvenuto nel caso Eurofood, con un conflitto positivo di giurisdizione nel quale i giudici di due diversi Stati (Italia e Irlanda) hanno ritenuto sussistente la competenza ⁽⁶²⁾.

In linea generale, da un esame seppure non esaustivo della giurisprudenza interna con riferimento alle società sussidiarie, sembra che i tribunali nazionali abbiano, in un numero di casi più elevato, ribaltato la presunzione dell'esistenza della giurisdizione sulla base della sede statutaria a vantaggio del COMI ⁽⁶³⁾, individuato nel luogo in cui sono prese le decisioni esecutive.

Giova ricordare, in proposito, la sentenza del 27 giugno 2006 ⁽⁶⁴⁾ della Corte di cassazione francese che ha riconosciuto la competenza dell'Alta Corte di giustizia di Leeds, che aveva aperto una procedura di insolvenza principale nei confronti della società Isa Daisytek, con sede statutaria in Francia, ma filiale di una società inglese. Per la Suprema Corte è condivisibile l'iter del tribunale inglese che ha

individuato il centro degli interessi principale del debitore in Inghilterra, per il controllo esercitato dalla società madre.

Si può ricordare altresì il caso di una sussidiaria ungherese di Parmalat che aveva poi costituito la "Parmalat Slovak", registrata a Bratislava, nel quale, un tribunale ungherese, con sentenza del 14 giugno 2004, ha ritenuto sussistente la propria giurisdizione ai sensi dell'articolo 3 del regolamento perché le decisioni principali della Parmalat Slovak erano comunque prese in Ungheria, con una chiara riconoscibilità per i creditori ⁽⁶⁵⁾, senza dare alcun rilievo all'ipotesi che la nomina degli amministratori avvenisse altrove e che la sede statutaria fosse in Slovacchia.

Nel caso *Enron Directo Sociedad Limitada*, un tribunale inglese, con sentenza del 4 giugno 2002, ha ritenuto di avere giurisdizione in base al regolamento anche se il debitore era una società controllata della Enron registrata in Spagna, perché tutte le decisioni esecutive, strategiche e amministrative erano prese a Londra ed era riconoscibili dai terzi che il COMI fosse in Inghilterra ⁽⁶⁶⁾.

Nel caso del fallimento del gruppo Rover, è stata considerata come determinante la sede della società madre. Per questo, gli stessi tribunali francesi, rispetto all'opposizione al riconoscimento della sentenza dei giudici inglesi che avevano affermato la propria competenza anche in relazione alla Rover France, hanno ritenuto in linea con il regolamento il procedimento seguito dai colleghi britannici. I quali hanno basato il proprio accertamento sull'esistenza del centro degli interessi principali del debitore, tenendo conto che il consiglio di amministrazione di tutte le società nazionali includeva un inglese e che la sede centrale del gruppo aveva un ruolo decisionale al posto delle singole compagnie ⁽⁶⁷⁾, aspetto che era facilmente riconoscibile per i creditori.

Sul rapporto tra sede effettiva e sede legale si è anche pronunciata la Corte di cassazione italiana la quale, con ordinanza n. 10606, ha rilevato che "è compito del giudice nazionale da un lato stabilire quale sia in concreto, alla stregua del proprio ordinamento, la sede *effettiva* della società, e se il centro dei suoi interessi coincida realmente con la sede statutaria; dall'altro determinare, secondo la legge del luogo di costituzione della società (ai sensi dell'art. 25 della legge 31 maggio 1995, n. 218), gli effetti del trasferimento all'estero della sede statutaria. In questo contesto, ove al trasferimento all'estero della sede legale di una società non abbiano fatto seguito né l'effettivo esercizio di attività imprenditoriale (pur nei limiti di un'impresa in liquidazione) nella nuova sede, né il trasferimento, presso di essa, del centro dell'attività direttiva, amministrativa ed organizzativa della società, deve ritenersi che la presunzione in ordine alla coincidenza della sede effettiva con la sede legale debba continuare ad operare con riferimento alla sede anteriore; pertanto, sussiste la giurisdizione del giudice italiano a dichiarare il fallimento di società che in Italia

abbia avuto, prima del detto (meramente formale) trasferimento, la sede legale”⁽⁶⁸⁾.

7. La disciplina sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni

Per completare l'illustrazione del regolamento, conviene ricordare, seppure brevemente, la procedura in materia di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni che, tra l'altro, in relazione al nostro ordinamento, ha un'incidenza diretta sotto il profilo dei soggetti destinatari di una procedura fallimentare. Infatti, se in applicazione del decreto legislativo 9 gennaio 2006 n. 5, riguardante la "riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005 n. 80", è rimasta in vita la limitazione soggettiva, con la conseguenza che sono "soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori", nel caso di una sentenza resa in un altro Stato membro in base al regolamento n. 1346, quest'ultima dovrà essere riconosciuta anche qualora riguardi soggetti che, secondo la nostra legge, non possono essere sottoposti al fallimento. Ciò in linea con il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri, in base al quale gli effetti contemplati dallo Stato di apertura della procedura di insolvenza, si producono in tutta l'Unione europea, senza che rilevino le differenti disposizioni nazionali. Fiducia reciproca che è poi evidente nel riconoscimento di alcuni poteri al curatore nella fase dell'attuazione del provvedimento. Infatti, egli può chiedere che la decisione di apertura di una procedura principale "sia annotata nei registri immobiliari, nel registro del commercio o altro pubblico registro tenuto negli altri Stati membri", pur lasciando salva la possibilità, per ciascuno Stato, di prevedere un'annotazione obbligatoria.

Anche questo regolamento segue quanto fissato nella Convenzione di Bruxelles del 1968 (sostituita dal regolamento n. 44/2001), che ha scelto il principio del riconoscimento automatico per quanto riguarda gli effetti dichiarativi e costitutivi, facendo salva la procedura di *exequatur* per quelli esecutivi. Di conseguenza, la decisione di apertura della procedura di insolvenza deve essere riconosciuta in uno Stato membro "anche quando il debitore, per la sua qualità, non può essere assoggettato a una procedura di insolvenza negli altri Stati membri" (articolo 16, 1° comma) ⁽⁶⁹⁾. In questi casi, quindi, i limiti posti nel citato decreto legislativo 9 gennaio 2006 n. 5, sono superati dal regolamento che, com'è noto, prevale sul diritto interno, con l'obbligo di procedere all'applicazione degli effetti di una procedura concorsuale conclusasi in un altro Paese a soggetti diversi dagli imprenditori commerciali ⁽⁷⁰⁾ o, in ogni caso, senza tener conto dei limiti posti nella

legge italiana, non solo dal punto di vista della soglia quantitativa fissata, ma anche sotto il profilo della diversa qualificazione effettuata in un altro Stato membro.

Rispetto alla Convenzione di Bruxelles e al successivo regolamento n. 44, in quello sulle procedure di insolvenza, in materia di esecuzione, il legislatore comunitario ha limitato i motivi ostativi, con l'obiettivo di accelerare l'attuazione dei provvedimenti in tutta l'Unione ed evitare procedure di esecuzione troppo lunghe (71).

Secondo l'articolo 26 del regolamento, uno Stato membro "può rifiutarsi di riconoscere una procedura di insolvenza aperta in un altro Stato membro o di eseguire una decisione presa nell'ambito di detta procedura, qualora il riconoscimento o l'esecuzione possano produrre effetti palesemente contrari all'ordine pubblico, in particolare ai principi fondamentali o ai diritti e alle libertà personali sanciti dalla Costituzione". Non deve quindi trattarsi solo di un potenziale contrasto in ordine ai principi, ma la decisione da riconoscere ed eseguire deve, in modo concreto, produrre effetti che siano in aperto conflitto con l'ordine pubblico (72). Sul quale può esercitare un controllo anche la Corte di giustizia - come sottolineato dai giudici europei nella causa Krombach dell'8 marzo 2000 (73) -, i quali hanno sì stabilito che tocca ai giudici degli Stati contraenti definire il contenuto dell'ordine pubblico, ma spetta alla Corte "controllare i limiti entro i quali il giudice di uno Stato contraente può ricorrere a tale nozione per non riconoscere una decisione emanata da un giudice di un altro Stato contraente".

Ai tribunali degli Stati membri è inoltre precluso il riesame della competenza, in linea con quanto stabilito al considerando n. 22 del Preambolo, nel quale è disposto che la decisione del giudice che apre per primo la procedura deve essere riconosciuta negli altri Stati, senza esame della competenza da parte delle autorità di altri Paesi (74).

Non rileva che il divieto di riesame della competenza sia stato posto nel Preambolo e non nell'articolato perché, in ogni caso, una diversa interpretazione sarebbe contraria alla *ratio* dell'atto in esame, basato sul principio della fiducia reciproca (75), con il quale non è conciliabile un riesame della competenza del giudice che ha statuito per primo. Questo principio ha trovato applicazione, in linea con le indicazioni della Corte di giustizia nel caso Eurofood, nella citata sentenza della Corte di Cassazione francese del 27 giugno 2006, nella quale la Suprema Corte ha affermato che i giudici francesi sono tenuti a riconoscere la pronuncia del Tribunale di Leeds sul caso Daisytek, senza effettuare un controllo sulla competenza affermata dai giudici inglesi che avevano aperto per primi la procedura di insolvenza principale.

Il divieto di controllare l'operato dei giudici di altri Stati in ordine all'affermazione di competenza è in linea con la tendenza a limitare l'intervento delle autorità giurisdizionali dello Stato richiesto, in forza del principio di fiducia reciproca, come risulta dal regolamento n. 805/2004 del 21 aprile 2004, che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, nel quale non solo è stato previsto il riconoscimento automatico per gli atti dichiarativi, ma è eliminata, per la prima volta, anche se nel solo settore commerciale (dal cui ambito di applicazione sono però esclusi, fallimenti, concordati e procedure affini), la procedura di *exequatur* per le decisioni pronunciate negli Stati comunitari (ad eccezione della Danimarca) ⁽⁷⁶⁾.

La stessa Corte di giustizia, poi, sempre nella sentenza Eurofood ha rilevato la portata eccezionale del limite dell'ordine pubblico, precisando che i limiti rigorosi al suo utilizzo, fissati nell'interpretazione della Convenzione di Bruxelles del 1968, devono essere applicati anche al regolamento n. 1346 ⁽⁷⁷⁾. Di conseguenza, i giudici di uno Stato membro possono rifiutarsi di riconoscere una decisione assunta dalle autorità di un altro Paese solo in presenza di una "manifesta violazione" di un diritto fondamentale, come quello a un processo equo che include la comunicazione degli atti del procedimento e il diritto ad essere sentiti, di particolare importanza per i creditori e i loro rappresentanti. La Corte poi, pur lasciando la decisione sul punto al giudice del rinvio, mostra che, nel caso di specie, non si è verificata una simile valutazione laddove afferma che in questa valutazione il giudice remittente "non può limitarsi ad utilizzare la propria concezione dell'oralità della trattazione e del carattere fondamentale che essa riveste nel suo ordinamento giuridico", ma deve compiere una valutazione tenendo conto "dell'insieme delle circostanze" ⁽⁷⁸⁾.

Marina Castellaneta

-
- 1) In GUCE L 160 del 30 giugno 2000. Il regolamento è anche reperibile in Di Stasi e Di Muro, *Il codice forense di diritto comunitario ed europeo*, Piacenza, 2004, p. 1144 ss. L'atto è stato emendato dal regolamento n. 603/2005 del 12 aprile 2005, che modifica gli elenchi delle procedure di insolvenza, delle procedure di liquidazione e dei curatori, previsti negli allegati A, B e C (in GUUE L 100 del 20 aprile 2005).
 - 2) Cfr., in argomento, Queirolo, *L'evoluzione dello spazio giudiziario europeo: in particolare la disciplina comunitaria delle procedure d'insolvenza*, in *Comunicazione e Studi*, 2002, vol. XXII, p. 903 ss.; Starace, *La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2002, p. 295 ss.; Benedettelli, "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, p. 499 ss.; Carbone, *Il regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, in Carbone, Fumagalli, Frigo, *Diritto processuale civile e comunitario*, Milano, 2004, p. 87 ss.; Daniele, *Il regolamento n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza: spunti critici*, in Picone (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 289 ss.; Omar, *European Insolvency Law*, Burlington, 2004; Virgòs e Garcimartin, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, The Hague, 2004; De Cesari, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Torino, 2005, p. 167 ss.; Fletcher, *Insolvency in Private International Law*, 2 ed., Oxford, 2005, in specie, sul regolamento, p. 339 ss.; Shandro, *EC Regulation on Insolvency Proceedings – Public Policy and COMI*, in *American Bankruptcy Institute Journal*, 2005, p. 28 ss.

- 3) A seguito delle riforme varate in diversi Stati è stato adottato l'indicato regolamento n. 694/2006 (in GUUE L 121 del 6 maggio 2006,) che ha cambiato i suddetti allegati. In particolare, con riguardo all'Italia, l'elenco riguardante le procedure di insolvenza di cui all'articolo 2, lett. a), contenuto nell'Allegato I (prima Allegato A) è stato modificato indicando, tra dette procedure, il fallimento, il concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria (con l'eliminazione quindi dell'amministrazione controllata, a seguito della nuova legge fallimentare, disciplinata dal decreto legislativo 9 gennaio 2006 n. 5); l'Allegato II (prima Allegato B) include, tra le procedure di liquidazione, il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa, il concordato preventivo e la cessione di beni (quest'ultime due aggiunte rispetto al precedente allegato); l'Allegato III (prima C) ha inserito, oltre al curatore e il commissario, il liquidatore giudiziale.
- 4) Tale disposizione, inserita nel titolo IV del Trattato, attribuisce al Consiglio il potere di adottare "misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile" per istituire "progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia". Com'è noto, con il Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, la competenza nel settore della cooperazione giudiziaria civile è stata inclusa nel sistema della cooperazione intergovernativa (articolo K.3), con una successiva comunitarizzazione e un passaggio dal terzo al primo pilastro comunitario, nel Trattato di Amsterdam, applicato dal 1° maggio 1999. Il Trattato di Nizza, entrato in vigore il 1° febbraio 2003, ha rafforzato il ruolo della Comunità nel settore, limitando l'utilizzo dell'unanimità nella procedura di voto.
In generale, sul processo di comunitarizzazione ci permettiamo di rinviare a Castellaneta, *La comunitarizzazione della cooperazione giudiziaria civile*, in *Notariato*, 2005, p. 276 ss., e alla bibliografia ivi richiamata. Cfr. altresì Kohler, *Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam*, in *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1999, p. 1 ss.; Basedow, *The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 687 ss.; Id., *European Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam*, in Borchers e Zekoll (a cura di), *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of Friedrich K. Junger*, New York, 2001, p. 175 ss.; Israël, *Conflicts of Law and the EC after Amsterdam. A Change for the Worse*, in *Maastricht Journal*, 2000, p. 81 ss.; Pocar, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "European Conflict of Laws Revolution"?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 873 ss.; Boele-Woelki e van Ooik, *The communitarization of private international law*, in *Yearbook of Priv. Int. Law*, 2002, p. 1 ss.; Kotuby, *Internal Developments and External Effects: the Federalization of Private International Law in the European Community and its Consequences for Transnational Litigants*, in *The Journ. of Law and Commerce*, 2002, p. 157 ss.; Rossi, *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla "comunitarizzazione" alla "costituzionalizzazione"*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 63 ss.; Brand, *The European Union's New Role in International Private Litigation*, in *Loyola University Chicago International Law Review*, 2005, p. 277 ss.; Gaja, *Sulle competenze della CE rispetto alla cooperazione giudiziaria in materia civile*, in *Int'Lis*, 2006, p. 35 ss.
- 5) La Danimarca ha scelto il sistema dell'*opting out* nel settore della cooperazione civile, salva la possibilità di formulare una rinuncia ad avvalersi di questa possibilità.
- 6) Alcuni tentativi sono stati fatti con l'adozione, a Istanbul, il 5 giugno 1990, nell'ambito del Consiglio d'Europa, della Convenzione su taluni aspetti internazionali del fallimento, ratificata, al

18 ottobre 2006, solo da Cipro, e con la Convenzione di Bruxelles del 23 novembre 1995 sulle procedure di insolvenza.

Secondo Carbone, *Il regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, cit., p. 93, la mancanza "di accordi internazionali di diritto uniforme in materia di insolvenza transfrontaliera deriva dall'importanza degli interessi pubblicistici che entrano in gioco con l'apertura di una procedura di insolvenza di un'impresa a vario titolo localizzata in diversi ordinamenti e dalla particolare tutela che ogni ordinamento si preoccupa di offrire a favore dei creditori che gravitano nell'ambito della sua sovranità". Come rilevato da Greene, *Bankruptcy Beyond Borders: Recognizing Foreign Proceedings in Cross-Border Insolvencies*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2005, p. 685 ss., in specie p. 726, i trattati multilaterali sono però "the exclusive means to achieve a significant improvement in the administration of international insolvencies".

- 7) Come sottolineato al considerando 3 del Preambolo, "le attività delle imprese presentano in maniera crescente implicazioni transfrontaliere e dipendono sempre più da norme di diritto comunitario". Shandro, *EC Regulation on Insolvency Proceedings – Public Policy and COMI*, cit., ha messo in risalto che "With the expansion of the EU to 25 member states (each with its own bankruptcy regime) finding a path through this maze can be challenging".
- 8) Per un esame delle leggi adottate nei diversi Stati v. McBryde, Flessner e Kortmann (a cura di), *Principles of European Insolvency Law*, Deventer, 2003 che, per la parte relativa all'Italia (Maffei Alberti, *National Report for Italy*, p. 381 ss.), analizza, come è ovvio, la disciplina ormai abrogata, pur fornendo suggerimenti per le modifiche di un settore regolamentato in modo obsoleto. Cfr. anche De Cesari, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario*, cit., in specie p. 171 s.
- 9) Come sottolineato da Greene, *Bankruptcy Beyond Borders: Recognizing Foreign Proceedings in Cross-Border Insolvencies*, cit., "The increase in transnational bankruptcies has presented a unique and challenging dilemma, namely, to what extent should foreign bankruptcy proceedings be recognized locally? Unfortunately, this quandary has not been answered by the formation of a body of international bankruptcy law".
- 10) L'articolo 3, intitolato "Competenza internazionale" dispone: "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".
- 11) Con la comunitarizzazione del settore della cooperazione civile, non è più necessario prevedere appositi protocolli o clausole opzionali per l'attribuzione di competenza alla Corte comunitaria perché l'art. 68 afferma la possibilità, per i soli giudici di ultima istanza, di rimettere la questione in via pregiudiziale alla Corte. La Commissione europea, nel "pacchetto globale sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia", presentato il 28 giugno 2006 e costituito da quattro comunicazioni, ha evidenziato la necessità di apportare alcuni cambiamenti in merito alle competenze della Corte di giustizia, al fine di rimuovere i limiti al rinvio pregiudiziale fissati dall'articolo 68 (COM(2006)331).
- 12) Il COMI non è altro che la trasposizione, al caso concreto delle procedure di insolvenza, del principio del collegamento più stretto che è impiegato in diversi strumenti comunitari e nel nostro ordinamento, con il suo inserimento, nella legge di riforma di diritto internazionale privato del 31 maggio 1995, n. 218, in specifici settori. Ad esempio, l'articolo 29 sulla legge applicabile ai rapporti personali tra coniugi, in caso di assenza di legge nazionale comune, stabilisce l'applicazione della legge dello Stato in cui la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata (disposizione alla quale fa rinvio anche l'articolo 30 riguardante la legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi).

Si ricordi, inoltre, la Convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali, adottata il 19 giugno 1980 che, in materia di diritto applicabile, in assenza di una scelta delle parti, dispone l'applicazione della legge con il quale il contratto presenta il collegamento più stretto, optando per una presunzione generale che è quella del luogo in cui colui che svolge la prestazione caratteristica ha la residenza abituale (prevedendo poi delle presunzioni differenti per alcune categorie di contratti). Il regolamento 27 novembre 2003 n. 2201/2003 (entrato in vigore il 1° agosto 2004 e applicato dal 1° marzo 2005), sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione

delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che ha abrogato il regolamento 1347/2000, pur prevedendo, in generale, l'utilizzo della residenza abituale come titolo di giurisdizione dispone, nel settore della responsabilità genitoriale, che vi possa essere un trasferimento di competenza all'autorità più adatta a trattare il caso, rinviando a quella dello Stato membro "con il quale il minore abbia un legame particolare" (articolo 15).

13) V. in tal senso De Cesari, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, cit., p. 179, per la quale il regolamento non si applica nel caso in cui vi sia "la sola presenza di una sede secondaria in uno degli Stati membri". Si veda anche Marquette e Barbé, *Les procédures d'insolvabilité extracommunautaires*, in *Journal de Droit International*, 2006, p. 511 ss.

14) Cfr. Starace, *La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere*, cit., p. 295 ss., il quale ha sottolineato che "ove si tratti di aprire una delle procedure indicate nell'Allegato A nei confronti di un debitore che abbia il centro principale dei suoi interessi in uno Stato estraneo alla cerchia degli Stati destinatari del regolamento – ad esempio, negli Stati Uniti d'America o in Svizzera o in Danimarca –, gli aspetti di diritto internazionale privato e processuale concernenti la procedura *de qua* saranno regolati in Italia dalla pertinente normativa italiana" (p. 299). In tali ipotesi sarà quindi applicabile l'articolo 3, 2° comma per la giurisdizione e gli articoli 64 e 67 per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere.

Per Queirolo, *L'evoluzione dello spazio giudiziario europeo: in particolare la disciplina comunitaria delle procedure d'insolvenza*, cit., p. 939, questa limitazione territoriale consente di sottrarre diverse procedure all'ambito di applicazione del regolamento, perché "non di rado accade che un'impresa che abbia pregnanti interessi in ambito comunitario ed ivi eserciti gran parte della sua attività commerciale, collochi la sede al di fuori dell'Unione e così sfugga all'applicazione del regolamento. In tale ipotesi la disciplina comunitaria non provvede neppure a garantire un coordinamento tra le procedure secondarie che siano, eventualmente, aperte negli Stati membri, rivelando una prospettiva eurocentrica, chiusa agli ordinamenti esterni".

15) Lussemburgo è stata adita in via pregiudiziale dalla Corte di cassazione tedesca sull'interpretazione dell'articolo 3 del regolamento. Nel caso che ha dato il via alla pronuncia della Corte, un'impresidtrice residente in Germania, dove gestiva un'impresa individuale di commercio di apparecchi e di accessori di telecomunicazione, aveva chiesto l'apertura della procedura di liquidazione, trasferendosi poi in Spagna. A causa di questo cambiamento di residenza, sia il giudice di primo grado, sia la Corte d'appello si erano dichiarati incompetenti. Sulla sentenza della Corte cfr. Dialti, *Trasferimento del centro degli interessi principali del debitore nel territorio di un altro Stato successivamente alla proposizione della domanda di apertura di una procedura di insolvenza*, in *Il diritto fallimentare*, 2006, p. 413 ss., il quale ha rilevato che l'articolo 9, 5° comma della nuova legge fallimentare, nella parte in cui ritiene sussistente la giurisdizione italiana anche nel caso di trasferimento all'estero dell'impresa, è in linea con il principio affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza C-1/04, anche se l'applicazione dell'articolo 9 può determinare "conflitti giurisdizionali tra corti".

E' opportuno ricordare che, prima di questa causa, la Corte di giustizia era stata investita dalla Commissione di un ricorso contro alcune società con le quali aveva stipulato un contratto, richiamando il regolamento n. 1346. Tuttavia, con sentenza del 17 marzo 2005 (causa C-294/02), la Corte ha respinto il ricorso e quindi non si è pronunciata sul regolamento.

16) Questa è anche la posizione del governo tedesco, riportata dall'Avvocato generale Ruiz-Arabo Colomer al par. 47. Tuttavia, egli ha sottolineato che l'azione della ricorrente riguardava non solo la richiesta di "annullamento della decisione di diniego controversa, ma anche una pronuncia giurisdizionale positiva", che il giudice nazionale deve ponderare per verificare la possibile applicazione del regolamento.

17) In tali settori sono state adottate specifiche direttive. Ad esempio, la 2001/17 del 19 marzo 2001 si applica al risanamento e liquidazione delle imprese di assicurazione (in GUCE L 110 del 20 aprile 2001, p. 28 ss.), recepita in Italia con decreto legislativo n. 93 del 9 aprile 2003, mentre la 2001/24 del 4 aprile 2001 riguarda il risanamento e liquidazione degli enti creditizi (in GUCE L 125 del 5 maggio 2001, p. 15 ss.), attuata con decreto legislativo n. 197 del 9 luglio 2004. La direttiva 2001/17 dispone che spetta unicamente alle autorità competenti dello Stato membro di

origine "decidere l'applicazione di provvedimenti di risanamento ad un'impresa di assicurazione, incluse le succursali in altri Stati membri..." (articolo 4), così come la 2001/24, stabilisce che le autorità del Paese 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" (articolo 3).

- 18) Sono inclusi, tra i soggetti che possono insinuarsi nella procedura, le autorità fiscali e gli organismi di previdenza sociale degli Stati membri.
- 19) Nella relazione illustrativa alla legge è chiarito che "la tecnica utilizzata è quella della novellazione, ritenendo che, nonostante l'ampiezza della delega, questa non consentisse la completa abrogazione della vigente legge fallimentare, di cui lasciava immutati alcuni ambiti, come gli effetti del fallimento per i creditori, il concordato fallimentare, i reati fallimentari". Il decreto legislativo n. 5/2006, che si occupa solo dell'individuazione della giurisdizione italiana, ha mantenuto la competenza del tribunale del luogo in cui l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa.
- 20) Vedi *supra*, nota n. 3. Nell'Allegato C, che elenca la nozione di curatore, invece, l'Italia ha indicato "il curatore e il commissario" e, come detto, con le modifiche introdotte dal regolamento n. 603/2005, ha poi aggiunto il liquidatore giudiziale.
- 21) In GUUE L 100 del 20 aprile 2005, p. 1 ss.
- 22) V. oltre, par. 5. Su tale sentenza cfr. Bariatti, *Procedura d'insolvenza principale nello Stato centro di interessi del debitore*, in *Guida al diritto*, 2006, n. 20, p. 121 ss.
- 23) In una simile ipotesi, i tribunali degli Stati membri e quindi anche quello di Parma sarebbero tenuti a riconoscere la procedura di insolvenza, anche qualora si sostanziasse nella sola nomina di amministratore provvisorio, decisa dai giudici di altri Stati membri. Non solo. Tale nomina avrebbe un effetto preclusivo sull'apertura di altri procedimenti principali in altri Stati, limitando il campo di intervento delle autorità di altri Paesi alle procedure secondarie.
- 24) Il curatore provvisorio, inoltre, secondo il diritto irlandese può privare gli amministratori di ogni potere d'azione nell'attività di impresa.
- 25) La Corte ha anche respinto la tesi del Commissario straordinario della Parmalat Bondi, per il quale la provvisoriété intesa come possibilità di disporre solo di provvedimenti conservativi, non permetterebbe di considerare la nomina di un curatore provvisorio come apertura di una procedura di insolvenza. Per la Corte, invece, poiché si tratta di una procedura inclusa nell'allegato A che conduce a uno spossessamento dei beni, con perdita di poteri di gestione da parte del debitore, deve essere considerata come apertura di una procedura di insolvenza.
- 26) Per l'Avvocato generale Jacobs, che ha depositato le sue conclusioni il 27 settembre 2005, la tesi di Bondi e del governo italiano, intervenuto nel procedimento, in base alla quale la nomina di un curatore provvisorio (provisional liquidator) non è da considerare come la nomina di un curatore secondo la definizione dell'articolo 2 del regolamento, è da respingere perché il provisional liquidator, in Irlanda, ha poteri estesi non limitati a quelli previsti dall'articolo 38 che nel regolamento si occupa del curatore provvisorio e che distingue tra richiesta e decisione di apertura della procedura di insolvenza. In più sembra decisivo, nel ragionamento dell'Avvocato generale, il fatto che vi sia congiuntamente la nomina del curatore e la presentazione della domanda di liquidazione coattiva.
- 27) L'articolo 28 prevede che anche per le procedure secondarie si applichi "la legge dello Stato membro nel cui territorio questa è aperta".
- 28) Per Picone, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in Picone (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, cit., p. 505, gli articoli 5 e 7 sono norme di diritto materiale uniforme. Inoltre, secondo l'illustre studioso, nel regolamento n. 1346/2000 è applicato il metodo internazionalprivatistico, autonomo però rispetto a quello classico, dell'applicazione generalizzata della *lex fori*. "...tale metodo - ha chiarito lo studioso - si afferma (nella sua forma per così dire "pura") quando il titolo di competenza della *lex fori* non si giustifichi in ragione della localizzazione spaziale e/o personale della fattispecie da regolare, ma per motivi funzionali, e viene quindi scelto per garantire il miglior svolgimento nel foro delle relative situazioni giuridiche, una volta che esse siano state costituite". Nel caso del regolamento n. 1346/2000, per la procedura principale, "la competenza della *lex fori concursus* si

giustifica...con la localizzazione nel relativo Stato del centro degli interessi principali del debitore, ma è destinata a produrre effetti in tutto il territorio comunitario”, senza pregiudizio degli interessi degli altri Stati “in quanto le *leges fori* dei medesimi concorrono, alle condizioni indicate, su piede di parità: e l’unica caratteristica peculiare è quella data da una sorta di unificazione fittizia di tutto il territorio comunitario sotto la legge interna dello Stato volta volta in causa” (p. 507).

- 29) La nuova disciplina, entrata in vigore il 16 luglio 2006, ha - come sottolineato nella relazione illustrativa - finalità essenzialmente liquidatoria dell’impresa insolvente e una tutela accentuata dei diritti dei creditori.
- 30) La disposizione in esame prosegue prevedendo che, dalla nozione di piccoli imprenditori, sono esclusi coloro che “anche alternativamente: a) hanno effettuato investimenti nell’azienda per un capitale di valore superiore a euro trecentomila; b) hanno realizzato in qualunque modo risulti, ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre anni o dall’inizio dell’attività se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo superiore a euro duecentomila”. E’ poi previsto che questi limiti siano aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministro della giustizia. Di fatto, quindi, rispetto al regio decreto, quella che è cambiata è l’entità che conduce all’esclusione della nozione di piccoli imprenditori, determinante per l’assoggettamento alla normativa in esame. Cfr. Negri, *Fallimenti, riforma completa*, in *Il Sole-24 Ore*, 14 luglio 2006, p. 21, per il quale il nuovo modo “per definire l’identikit del piccolo imprenditore...provocherà una diminuzione nel numero delle procedure aperte. Calo che sarà determinato anche dalla determinazione a 25mila euro del tetto per l’indebitamento minimo”. Per Feriozzi, *Presupposti oggettivi e soggettivi del fallimento*, in *ItaliaOggi* (inserto *La riforma del fallimento*), p. 15 ss., la legge fallimentare ha ampliato i “soggetti esonerati dalla procedura (cosiddetta: no failure zone), inteso in senso quantitativo e non meramente qualitativo, mediante assoggettamento a fallimento di tutti gli imprenditori commerciali a prescindere dall’attività esercitata. Ne rimangono esclusi, in un’ottica soggettiva, quindi unicamente gli imprenditori agricoli, gli enti pubblici e gli esercenti attività di tipo professionale. Da un punto di vista quantitativo, infatti, mediante l’introduzione di specifici limiti dimensionali, è stata risolta l’annosa questione dell’assoggettabilità delle piccole società commerciali e dei piccoli imprenditori siano essi individuali o collettivi”.
- 31) La determinazione di questi diritti non è lasciata agli Stati membri, ma è fissata nel regolamento (articolo 5). Si tratta, in particolare, del “a) diritto di liquidare o di far liquidare il bene e di essere soddisfatto sul ricavato o sui frutti del bene stesso, in particolare in virtù di un pegno o di un’ipoteca; b) diritto esclusivo di recuperare il credito, in particolare in seguito alla costituzione di un pegno o alla cessione di tale credito a titolo di garanzia; c) 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; d) diritto reale di acquistare i frutti di un bene”.
- 32) Come sottolineato dall’Avvocato generale Colomer (causa C-1/04) non può intendersi per concetto di “dipendenza” la “mera presenza di beni”. Di conseguenza, spetta al giudice “l’accertamento relativo all’ubicazione dell’effettivo centro di interessi dell’insolvente...sulla base dei dati in suo possesso”.
- 33) In tal senso Fletcher, *Insolvency in Private International Law*, cit., p. 377, il quale ha precisato che “The act that an establishment may have existed at some time in the past will not suffice for this purpose if it has ceased to meet the terms of the definition supplied by Article 2(h)...before the time at which the judgment opening proceedings would otherwise become effective”. Lo studioso auspica l’intervento della Corte di giustizia per chiarire se è applicabile un test analogo a quello utilizzato dai tribunali inglesi “when deciding whether a debtor has ceased to ‘carry on business’ in England where the evidence establishes that the business is no longer being actively conducted, but there are unpaid debts and liabilities which are attributable to the period when it was so conducted”. Nel caso *Theophile contro Solicitor General*, come sottolineato da Fletcher, è stato affermato che l’attività viene considerata sussistente fino a quando i debiti non sono del tutto pagati.
- 34) La procedura territoriale può iniziare prima di quella principale, secondo l’articolo 3, 4° comma, solo “a) allorché, in forza delle condizioni previste dalla legislazione dello Stato membro in cui si trova il centro degli interessi principali del debitore, non si può aprire una procedura di insolvenza

di cui al paragrafo 1, ovvero b) allorché l'apertura della procedura territoriale d'insolvenza è richiesta da un creditore il cui domicilio, residenza abituale o sede è situata nello Stato membro nel quale si trova la dipendenza in questione, ovvero il cui credito deriva dall'esercizio di tale dipendenza".

- 35) Per Starace, *La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere*, cit., p. 308, "l'apertura di una procedura nello Stato in cui il debitore ha una dipendenza comporta una corrispondente limitazione 'territoriale' dell'efficacia della procedura aperta nello Stato in cui il debitore ha il centro degli interessi principali sotto il profilo sia dei beni soggetti a spossessamento sia dei poteri del curatore di tale procedura".
- 36) Il 3° comma dell'articolo 31 dispone altresì: "Il curatore della procedura secondaria deve dare in tempo utile la possibilità al curatore della procedura principale di presentare proposte riguardanti la liquidazione o qualsiasi altro uso dell'attivo della procedura secondaria".
- 37) Per Queirolo, *L'evoluzione dello spazio giudiziario europeo: in particolare la disciplina comunitaria delle procedure d'insolvenza*, cit., si tratta di un regolamento ispirato all'universalità limitata. Anche De Cesari, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario*, cit., p. 178, sostiene che "il regolamento è informato al principio dell'universalità limitata o attenuata, in base al quale si rinuncia alla necessità di un'unica procedura e si consente invece l'apertura di una pluralità di procedure concorsuali nei confronti del debitore insolvente".
- 38) Così Carbone, *Il regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, cit., p. 102.
- 39) Seppure con riferimento alla situazione statunitense, Greene, *Bankruptcy Beyond Borders: Recognizing Foreign Proceedings in Cross-Border Insolvencies*, cit., p. 706, sostiene: "Although conflicting approaches to the administration of assets involved in foreign insolvency proceedings are generally defined within the framework described above, universalism and territorialism are merely two opposite extremes of a single spectrum. U.S. bankruptcy courts, while not favoring one extreme over the other, have generally leaned toward universalism...Under modified universalism, the Bankruptcy Court has generally accepted the governing principle of universalism – that assets should be amassed and distributed worldwide by 'home-country' court – but has reserved discretion in determining the fairness of the foreign country's proceedings and the extent to which U.S. creditors are protected".
- 40) Per Omar, *European Insolvency Law*, cit., p. 97, l'universalismo è presente nel regolamento perché consente un coordinamento di tutti i beni ovunque situati, anche se rileva che questo principio era rafforzato nella proposta di regolamento, perché si sosteneva che il giudice aveva competenza "on a world-wide basis, affecting all creditors, wherever they may be located", frase eliminata, ad avviso dello studioso, perché "[it] would offend States with a particular territorial ambition".
- Per quanto riguarda le procedure secondarie lo studioso ritiene che queste ultime "modify the territorialism principle by allowing a single judicial form access to other courts minded to cooperate in order to preserve and deal with assets belonging to the debtor for the benefit of the insolvency overall" (p. 26).
- 41) Così al considerando 18 del Preambolo.
- 42) Tale disposizione stabilisce che il creditore, il quale abbia ottenuto "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...2. Perché sia garantita la parità di trattamento dei creditori, il creditore che, in una procedura di insolvenza, abbia recuperato una quota del proprio credito, partecipa ai riparti effettuati in un'altra procedura soltanto allorché i creditori dello stesso grado o della stessa categoria abbiano ottenuto in tale altra procedura una quota equivalente".
- 43) Nel rapporto Virgós-Schmit alla citata Convenzione del 23 novembre 1995, è chiarito che l'utilizzo di "principale" serve come criterio "...for the cases where these interest include activities of different types which are run from different centres" (par. 75).
- 44) V., per il rapporto con le procedure secondarie, il paragrafo precedente.
- 45) E' opportuno ricordare che il regolamento non ha una disciplina specifica per le società sussidiarie o controllate. Così come "[it] is silent on the subject of its applicability to debtor-companies that are incorporated elsewhere, be it a Member State or a non-Member State...": così Wessels,

International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe, in particolare against (group of) Companies, in specie p. 9, reperibile nel sito internet <http://www.iiiglobal.org>. A tal proposito, lo studioso cita il caso *Re Brac Rent-A-Car International Inc.*, nel quale un tribunale inglese, con sentenza del febbraio 2003, ha accertato la propria competenza sulla Brac, incorporata e registrata nel Delaware, ma le cui attività commerciali avevano luogo quasi esclusivamente nel Regno Unito. La Corte – come ricordato da Wessels - ha ritenuto che “according to a literary reading of the Regulation the only test for the application of the regulation in relation to a given debtor is whether the centre of the debtor’s main interest is in a relevant Member State, and not where a debtor which is a legal person is incorporated”.

- 46) Ad avviso di Fletcher, *Insolvency in Private International Law*, cit., p. 365, “the substantive provisions of the Regulation fail to embody a clear and unambiguous declaration of the fundamental premise on which its applicability is intended to be based. This omission may be a source of confusion and misunderstanding, and as such is to be regretted”.
- 47) Secondo Omar, *European Insolvency Law*, cit., p. 97, la scelta di questo titolo di giurisdizione è dovuta agli obiettivi di “...reconciling the civil law test for jurisdiction based on the real seat rule and the common-law presumption of incorporation or residence determining jurisdiction”.
- 48) Per Benedettelli, “*Centro degli interessi principali*” del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, cit., in specie p. 520 non “ha senso parlare, in astratto, degli interessi del debitore insolvente, e tanto meno di una loro “principalità”, e quindi di una localizzazione nello spazio della loro gestione, giacché questi elementi varieranno in ragione delle diverse categorie di soggetti direttamente o indirettamente coinvolti in ogni particolare procedura di insolvenza”. La valutazione – ha sottolineato lo studioso – varierà da ordinamento a ordinamento e in base alla “valutazione data al rapporto intercorrente, appunto, tra gli interessi di tali soggetti e quelli dell’insolvente”. La conclusione dello studioso è, pertanto, che non si tratta di un criterio di fatto, ma di un criterio che rinvia a nozioni giuridiche di diritto materiale, determinate sulla base della *lex fori*.
- 49) Un limite, per certi aspetti superabile, grazie alla possibilità di utilizzare la giurisprudenza della Corte anche su altre questioni. Ad esempio, in materia di finanze, un tribunale tedesco ha rimesso alla Corte di giustizia (C-73/06) una questione riguardante la nozione di “sede dell’attività economica” secondo la tredicesima direttiva, chiedendo se debba intendersi come luogo in cui la società ha la sede statutaria o il luogo in cui vengono adottate le decisioni sulla gestione della società. V. i quesiti in via pregiudiziale in GUUE C 96 del 22 aprile 2006, p. 5.
- 50) In *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, p. 693 ss. V., in argomento, Benedettelli, “*Centro degli interessi principali*” del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, cit., p. 499 ss. La procedura, oltre che la Eurofood con sede in Irlanda, riguardava anche l’accertamento dell’insolvenza della Parmalat Netherlands BV. Le diverse società olandesi e lussemburghesi avevano emesso obbligazioni per supporto finanziario alla Parmalat. Per il Tribunale di Parma, la Parmalat Netherlands, costituita il 27 aprile 1990 anche per “garantire i finanziamenti delle società del gruppo”, era di proprietà della Parmalat s.p.a.
- 51) L’accertamento della giurisdizione è stato compiuto dal giudice italiano sulla base dell’articolo 3, 2° comma della legge n. 218, di riforma del diritto internazionale privato: solo in modo incidentale il tribunale afferma che tale individuazione trova “conferma nel regolamento n. 1346/2000”^[1] mentre, a nostro avviso, avrebbe dovuto immediatamente procedere all’accertamento della giurisdizione sulla base del regolamento che, com’è noto, prevale sul diritto interno.
- 52) Critico nei confronti della valutazione del Tribunale di Parma Benedettelli, “*Centro degli interessi principali*” del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, cit., p. 513, il quale sottolinea l’analisi semplicistica compiuta dai tribunali, incluso quello di Parma, che hanno fatto coincidere il centro degli interessi principali del debitore con quello della sede amministrativa “intesa come luogo in cui effettivamente si svolgono i processi decisionali interni dell’ente, ovvero, e in subordine, in quella di centro d’attività principale, inteso come luogo in cui il debitore entra prevalentemente in rapporto con i terzi”. In particolare, lo studioso ritiene che, anche ricordando altre sentenze, la scelta da parte del

legislatore comunitario di non utilizzare nozioni quale "sede amministrativa" e "centro d'attività principale" già effettuato in altre disposizioni fa presumere che "nel ricorrere ad un diverso termine nella disciplina dell'insolvenza il legislatore comunitario abbia voluto dire qualcosa di nuovo e di diverso".

- 53) Per il Tribunale emerge "in modo evidente come la società in questione fosse un mero tramite della politica finanziaria della Parmalat s.p.a. e sia stata costituita al solo fine di agevolare i flussi di denaro all'interno del gruppo in un'ottica di ottimizzazione fiscale (salvo esigenze penalmente rilevanti), ma che comunque avesse come punto di riferimento esclusivamente gli interessi della controllante di cui può considerarsi semplice articolazione finanziaria".
- 54) Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione III ter, con sentenza del 16 luglio 2004, n. 6998/2004, su ricorso di Eurofood avverso il decreto del 9 febbraio 2004, con cui il Ministro delle attività produttive aveva ammesso la società con sede in Irlanda alla procedura dell'amministrazione straordinaria, ha ritenuto inammissibile il ricorso nella parte in cui chiedeva un accertamento dei criteri di localizzazione del centro principale degli interessi del debitore, secondo il regolamento n. 1346/2000, "in quanto tale questione, che non ha formato oggetto del DM impugnato, è stata respinta dal Tribunale di Parma con la sentenza dichiarativa dello stato d'insolvenza, onde solo in sede di reclamo avverso quest'ultima può essere legittimamente proposta". Il Tar, poi, in ordine all'articolo 2 del regolamento, che "fa coincidere il momento di apertura della procedura con quello in cui la decisione...sia essa definitiva o meno, comincia a produrre effetti", ha precisato che questa norma è da intendere nel senso che "solo un provvedimento, anche provvisoriamente esecutivo, purché idoneo a definire l'assetto degli interessi controversi (se non impugnato o revocato), può legittimamente aprire una procedura di insolvenza, con gli effetti sostanziali e processuali che la fonte comunitaria vi riconnette". Di conseguenza, per il Tar, "smentito" dalla successiva pronuncia della Corte di giustizia (v. *supra*, paragrafo 2), l'ordinanza dell'High Court di Dublino del 27 gennaio 2004 non è una procedura di apertura di "winding up", secondo quanto emerge dall'allegato A del regolamento n. 1346. Piuttosto, per il Tar si tratta di una misura cautelare e quindi la procedura principale d'insolvenza è stata correttamente aperta in Italia, "con l'efficacia erga omnes ai sensi dell'art. 16, par. 1 del regolamento n. 1346/2000/CE. La ragione è evidente: in mancanza di seria prova contraria, l'effetto retroattivo indicato dalla norma e dalla sentenza irlandesi, non può superare né i fatti materiali irreversibili, né le statuizioni già efficaci rese o riconosciute in forza di un atto-fonte inderogabile qual è, nei riguardi degli ordinamenti degli Stati membri ex art. 249 Trattato UE, il predetto regolamento".
- 55) Per Bondi e il Governo italiano era indispensabile considerare il luogo in cui vengono svolte le funzioni, soprattutto nel caso di attività transnazionali in cui "la sede statutaria è spesso scelta per ragioni fiscali o normative e non ha un reale collegamento con il luogo dove sono effettivamente svolte le funzioni tipiche della sede principale". Situazione che – ha precisato l'Avvocato generale Jacobs – è particolarmente vera "nel caso di gruppi di società, dove le funzioni di sede principale per la controllata sono spesso svolte nel luogo dove sono effettuate le funzioni di sede principale della società madre del gruppo", anche se ciò non dimostra che il controllo della società madre sulla controllata è in grado di determinare il "centro degli interessi principali" ai sensi del regolamento.
- 56) In particolare, per l'Avvocato generale Jacobs, nei casi in cui il "debitore è una società controllata e la sua sede statutaria e quella della sua società madre sono in due diversi Stati membri e la controllata esercita in modo abituale la gestione dei suoi interessi secondo modalità riconoscibili da terzi ed in osservanza completa e regolare della sua stessa identità societaria nello Stato membro dove è situata la sua sede statutaria, la presunzione che il centro degli interessi principali della controllata è nello Stato membro della sede statutaria non è vinta semplicemente dal fatto che la società madre, grazie al suo azionariato ed al potere di nominare gli amministratori, è in grado di controllare, e di fatto controlla, la politica della controllata e tale controllo non è riconoscibile da terzi".
- 57) "Tale obiettivo – ha aggiunto la Corte – non sarebbe raggiunto se il debitore potesse trasferire il centro dei propri interessi principali in un altro Stato membro tra la presentazione della domanda di apertura e l'adozione della decisione di apertura della procedura e determinare, in questo

modo, il giudice competente nonché il diritto applicabile". Inoltre, se si ammettesse tale trasferimento di competenza si obbligherebbero "i creditori a ricercare continuamente il debitore là dove questi decidesse di stabilirsi in modo più o meno definitivo e, in pratica, rischierebbe di tradursi spesso in un allungamento della procedura".

- 58) L'Avvocato generale Colomer ha tuttavia rilevato che, nel caso specifico, non si poneva una simile questione perché la stessa debitrice voleva che fosse attribuita la competenza al giudice dinanzi al quale aveva presentato la domanda di apertura delle procedure insolvenza, anche perché, secondo il diritto tedesco, "il fallito ottiene la liberazione globale dal residuo dei debiti impagati con il ricavato della liquidazione, istituto sconosciuto ad altri sistemi nazionali europei".
- 59) Nella relazione illustrativa, tra gli esempi di convenzioni fatte salve, è citata la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 che, invece, esclude espressamente il fallimento e le procedure concorsuali dal suo ambito di applicazione.
- 60) Nel bollettino dello studio Freshfields, Bruckhaus e Deringer, 2004/2005, si ricorda che il regolamento n. 1346 ha trovato ampia applicazione soprattutto da parte dei tribunali inglesi, la cui giurisprudenza consente di trarre alcuni elementi utili alla definizione di centro degli interessi principali. I giudici inglesi hanno tenuto conto del luogo in cui sono prese le decisioni riguardanti la società, dando rilievo al domicilio dei dirigenti e alla prevedibilità con riferimento ai creditori.
- 61) Per Dammann, *Droit européen des procédures d'insolvabilité: problématique des conflits de juridictions et de forum shopping*, in *Recueil Dalloz*, 2005, n. 26, p. 1779 ss., il regolamento, grazie ai principi di priorità e di fiducia reciproca, consente di risolvere, in ogni caso, i conflitti positivi di giurisdizione.
- 62) Secondo De Cesari, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario*, cit., p. 180, "il criterio relativo al centro degli interessi non esclude la possibilità di conflitti di giurisdizioni tra giudici di Stati diversi, che si ritengano competenti ad aprire una procedura principale nei confronti dello stesso debitore insolvente". Pertanto, "l'incompetenza del giudice della procedura principale potrà essere fatta valere solo nell'ordinamento al quale egli appartiene, come si desume d'altronde dalla lettura del considerando n. 22...".
- 63) Si veda Gismondi, *Le prime applicazioni giurisprudenziali in tema di "centro degli interessi principali" del debitore insolvente*, reperibile nel sito internet <http://www.dircomm.it>, sezione studi e commenti, ottobre 2004, la quale ricorda il caso Daisytek-ISA Limited, in cui la High Court di Leeds, "ha ammesso alla procedura concorsuale quattordici società facenti parte di un gruppo, delle quali tre con sede legali in Germania e una in Francia, sul presupposto che il centro operativo delle stesse (e, quindi, il centro degli interessi principali, ai sensi dell'art. 3 del Regolamento) fosse situato in Inghilterra". Questo perché vi era una chiara riconoscibilità del centro degli interessi principali del debitore da parte dei terzi, oltre al fatto che erano presenti altri elementi quali "l'amministrazione coordinata svolta dagli uffici inglesi, rilascio di garanzie dalla capogruppo alle controllate". Sulla situazione della vicenda Parmalat, in relazione alle procedure di insolvenza, si veda il sito dell'International Insolvency Institute, <http://www.iiiglobal.org>.
- 64) La sentenza n. 03-19.863, della sezione commerciale della Cassazione, è pubblicata in *La Semaine Juridique*, 13 settembre 2006, n. 37, II, p. 1714 ss., con commento di Menjuq. Si trattava del caso Isa-Daisytek, nel quale i giudici inglesi avevano stabilito la propria competenza nei confronti della filiale del gruppo, con sede in Francia, proprio in quanto in Inghilterra era il centro principale degli interessi del debitore. Il Tribunale di Pontoise aveva ritenuto di non riconoscere la sentenza inglese, ma la Corte d'appello di Versailles, applicando il regolamento, ha riconosciuto efficacia alla pronuncia inglese (sentenza del 4 settembre 2003, n. 12, ricorso n. 03/05038). Tale soluzione è stata poi confermata dalla Corte di Cassazione.
- 65) Della questione si è occupata la Court of Fejer che ha applicato il principio della "substantive consolidation". La sentenza relativa al caso *Csia c. Martinez Ferber*, è reperibile nel sito www.cimejes.org.
- 66) Il caso è riportato da Wessels, *International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe, in particular against (groups of) Companies*, cit., p. 8.
- 67) Cfr. Shandro, *EC Regulation on Insolvency Proceedings – Public Policy and COMI*, cit., p. 62, il quale sottolinea la diversa posizione del Procuratore generale, che si era opposto al

riconoscimento della sentenza in Francia, in quanto la maggior parte degli affari della Rover France era condotta in questa Nazione, i consumatori e gli impiegati erano francesi, la società era sottoposta alle regole d'oltralpe anche in materia fiscale. Cfr. Haravon, *Recent Developments in France Under EU Regulation 1346/2000*, in *Insolvency Intelligence*, 2005.

- 68) L'ordinanza è citata nella relazione sugli orientamenti delle sezioni unite civili – anno 2005, reperibile nel sito <http://www.cortedicassazione.it>.
- 69) Greene, *Bankruptcy Beyond Borders: Recognizing Foreign Proceedings in Cross-Border Insolvencies*, cit., in specie p. 724, ha sottolineato, rispetto agli ostacoli frapposti nell'ordinamento statunitense al riconoscimento di sentenze straniere che "The European Union Insolvency Regulation (the 'Eu Regulation'), which was enacted in 2002, provides for automatic recognition (without formality) of an insolvency proceeding that is opened in a member state – that is, the state in which the debtor has its domicile or principle place of business...In departing from an adherence to sovereignty, the E.U. Regulation is a significant step in the direction of pure universalism. It embraces countries of both common and civil law and applies to countries with considerable differences in their respective insolvency law schemes. It is truly reciprocal".
- 70) Per Irrera, *La riforma del fallimento in 12 passi*, cit., p. 4 "l'esclusione dal fallimento dell'imprenditore agricolo (non piccolo) appare ingiustificata, soprattutto in rapporto alla nozione molto estesa di impresa agricola contenuta nel riformato art. 2135 c.c.: si tratta di una disparità di trattamento tra imprese che non trova valide ragioni e che potrebbe legittimare l'intervento della Corte costituzionale".
- 71) L'articolo 25, 3° comma, consente invece di bloccare il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni che hanno come effetto "una limitazione della libertà personale o del segreto postale".
- 72) Nella causa Eurofood, l'Avvocato generale dà ragione ai giudici irlandesi, per i quali la decisione del Tribunale di Parma non poteva essere riconosciuta in quanto palesemente in contrasto con un principio fondamentale quale quello delle norme sul giusto processo, sia a causa delle modalità con le quali si era svolto il dibattimento, sia perché al curatore provvisorio non erano stati forniti i documenti da lui richiesti. Un ulteriore elemento di contrarietà al principio del giusto processo era costituito dall'omessa notifica, da parte dell'amministratore straordinario Bondi, dell'udienza dinanzi al Tribunale di Parma anche ai creditori di Eurofood.
- 73) Si tratta della causa C-7/98, nella quale la Corte, in ordine all'interpretazione dell'articolo 27, 1° comma della Convenzione di Bruxelles, oltre a rilevare l'obbligo di interpretazione restrittiva nell'applicazione dell'eccezione dell'ordine pubblico nel caso di riconoscimento delle sentenze di altri Stati e a sottolineare che gli Stati sono "liberi di determinare...conformemente alle loro concezioni nazionali, le esigenze di ordine pubblico", ha stabilito che i limiti di tale nozione rientrano nell'interpretazione della Convenzione.
- 74) E' poi chiarito espressamente nel Preambolo (considerando n. 29) che, pur avendo gli Stati la possibilità di imporre l'obbligo di pubblicità nel caso in cui nel proprio territorio si trovi una dipendenza che abbia determinato l'apertura di una procedura secondaria, "la pubblicità non dovrebbe costituire un presupposto per il riconoscimento della procedura straniera".
- 75) A conferma, l'Avvocato generale cita la relazione Virgòs-Schmit, nella quale si afferma che "i giudici degli Stati aditi non possono riesaminare la competenza del giudice dello Stato di origine, ma solo verificare che la decisione provenga da un giudice di uno Stato contraente che invochi la propria competenza ai sensi dell'articolo 3".
- 76) Una circolazione immediata delle decisioni è accordata anche nel regolamento n. 2201/03 sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, ma su questioni legate ai rapporti familiari e in particolare al diritto di visita e di ritorno del minore.
- 77) Anche l'Avvocato generale Jacobs, pur ritenendo che fosse condivisibile la posizione dei giudici irlandesi che avevano impedito il riconoscimento della sentenza italiana in quanto in contrasto con l'ordine pubblico, ha sottolineato il valore del considerando 22 del Preambolo, respingendo la teoria della Bank of America secondo la quale il giudice richiesto dell'apertura di una procedura di insolvenza, avviata in un altro ordinamento, deve accertare "se l'altro giudice sia effettivamente competente ai sensi dell'articolo 3".

- 78)** V. sul punto Bariatti, *Procedura d'insolvenza principale nello Stato centro di interessi del debitore*, cit., p. 121 s., la quale ritiene che il giudice irlandese non invocherà l'ordine pubblico "per rifiutarsi di riconoscere la decisione italiana prevenuta: questa infatti non è una decisione di apertura di una procedura principale perché la procedura principale era già aperta in Irlanda, né può considerarsi una decisione di apertura di una procedura secondaria in Italia perché qui la società non ha una dipendenza ai sensi dell'articolo 3.2 del regolamento. La decisione italiana non pare quindi suscettibile di essere riconosciuta in Irlanda ai sensi dell'articolo 16 del Regolamento, indipendentemente dall'eventuale contrarietà all'ordine pubblico irlandese ai sensi dell'articolo 26".

(Riproduzione riservata)