

IL COMMERCIALISTA VENETO n. 149 - SETTEMBRE / OTTOBRE 2002



ASSOCIAZIONE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI DELLE TRE VENEZIE

INSERTO 1

L'INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA IN EUROPA

*(Regolamento CE 1346/2000 del 29.05.2000
Consiglio dell'Unione Europea)*

GIUSEPPE LIMITONE
Giudice Delegato
presso il Tribunale di Padova

L'insolvenza transfrontaliera in Europa

Spossessamento, beni siti all'estero, concorso dei creditori: profili applicativi / La disciplina nel Regolamento del Consiglio d'Europa approvato il 29 maggio 2000

GIUSEPPE LIMITONE / Giudice Delegato
presso il Tribunale di Padova

Il 29 maggio 2000 è stato approvato il Regolamento del Consiglio d'Europa sull'insolvenza transnazionale, entrato in vigore il 31 maggio 2002 nei Paesi della Comunità Europea, agevolando l'opera del Curatore con beni all'Estero. È opportuno un confronto tra vecchia e nuova disciplina, con la disamina delle nuove norme pertinenti all'argomento.

IL CASO HERSTATT

Nel trattare le questioni inerenti la tutela transnazionale concorsuale dei creditori del fallito, è emblematica la descrizione di un caso verificatosi in Germania, noto come il «caso Herstatt», dal nome della Banca tedesca nei cui confronti fu iniziata una procedura liquidatoria il 26 giugno del 1974 (concordato). La Banca Herstatt, infatti, aveva sede in Germania, alcune filiali in Svizzera e in Lussemburgo, e ingenti depositi negli Stati Uniti, presso la Chase Manhattan Bank. Inoltre, vi erano creditori locali nei luoghi di situazione dei beni. Vi era il problema di apprendere i beni siti all'Estero o di ottenere la loro liquidazione e trasferire in Germania il ricavato, a disposizione dei creditori concorsuali, prima che venisse aperta anche all'Estero una procedura concorsuale o venissero iniziate azioni esecutive individuali su quei beni.

Il curatore-liquidatore tedesco, grazie al fatto che l'ordinamento lussemburghese riconosceva automaticamente gli effetti del fallimento dichiarato all'Estero, ivi trovando piena realizzazione il principio di universalità, per il quale gli effetti della procedura concorsuale si estendono al di fuori dei confini nazionali dello Stato di apertura della procedura, ottenne la liquidazione delle filiali site in Lussemburgo.

Non ebbe altrettanto successo in Svizzera, poiché in questo Paese non vigeva il principio di universalità delle procedure concorsuali, sicché i creditori della Banca agirono individualmente nei confronti dei beni siti in Svizzera, e così il denaro ivi depositato venne in parte distribuito ai creditori esecutanti ed in parte consegnato al curatore tedesco, grazie anche alla collaborazione della stessa debitrice.

Negli Stati Uniti, ove la Banca Herstatt non aveva né sedi, né alcun altro riferimento operativo, ma solo depositi, si creò una situazione di stallo tra i creditori locali, che ottennero il sequestro conservativo dei depositi (*attachments*), quelli che, non avendo ottenuto il sequestro, si risolsero a chiedere il fallimento della Banca negli USA, ed il curatore, che chiedeva la consegna integrale dei fondi, il cui valore era inferiore agli *attachments*.

La Corte distrettuale federale aveva congelato i depositi con un *order*, su richiesta della Chase Manhattan Bank. Alla richiesta di fallimento si erano opposti i creditori muniti di *attachment* (sequestranti).

La situazione trovò uno sbocco in un concordato sottoscritto a New York e a Colonia nel mese di febbraio del 1975, che fece cessa-

re la materia del contendere (la procedura fu poi chiusa dal giudice americano nel mese di maggio del 1975).

Laddove dunque non viga il principio di universalità del fallimento, ma quello di territorialità, per il quale le procedure concorsuali dichiarate all'Estero non hanno effetto oltre i confini nazionali e, perciò, negli Stati non di apertura è consentito ai creditori (locali e non) di agire esecutivamente ed individualmente sui beni del fallito che si trovano in quei Paesi, il modo migliore per risolvere i conflitti che si vengono a creare tra i creditori della massa e quelli individuali, relativamente ai beni del fallito che non vengono appresi dal curatore, è quello di raggiungere un'intesa extra-giudiziale.

Diversamente, il curatore dovrà agire all'estero come un qualsiasi creditore, quale rappresentante della massa (cioè in nome e per conto di essa), e cercare di portare entro i confini nazionali i beni, ovvero il ricavato della loro liquidazione.

Quanto alle questioni che possono sorgere poi in sede di riparto tra i creditori che partecipano al concorso e quelli che hanno agito individualmente all'estero, si possono dare tre soluzioni:

- il creditore, che ha ottenuto del denaro all'estero da un'esecuzione individuale, lo consegna al curatore, per distribuirlo secondo le regole del concorso, cui egli partecipa in posizione di parità con gli altri creditori;
- quanto dal creditore è stato già incassato all'estero viene imputato nella quota per la quale è stato ammesso al passivo nel fallimento (o concordataria): quindi, se ha incassato 30 (su 100) ed è stato ammesso per 40 (su 100), ha diritto a partecipare al riparto concorsuale solo per 10;
- il creditore che ha agito all'estero individualmente ha diritto di partecipare al concorso fino alla sua piena soddisfazione (con imputazione nell'intero), a prescindere da quanto viene ripartito agli altri creditori: se ha incassato 30, potrà ottenere altri 40 nel concorso, ed altro ancora (se sopravviene ulteriore attivo distribuibile), fino a 100 (l'intero credito); se, invece, ha ottenuto all'estero 70 (su 100), potrà partecipare al concorso solo per 30, anche se gli altri creditori vi partecipano per 40 (su 100).

LA QUESTIONE: SPOSSESSAMENTO E CONCORSALE

Dal caso Herstatt, oltre all'esempio di efficacia ed efficienza delle soluzioni stragiudiziali, si ricava che i principi che regolano la materia dell'insolvenza transnazionale sono essenzialmente due: universalità e territorialità delle procedure concorsuali.

Universalità è sinonimo di unità: un'unica procedura espande i suoi effetti a tutti i beni del debitore, ovunque si trovino, e a tutti i suoi creditori, nazionali e non. Il curatore è unico ed esercita i suoi poteri anche all'estero, senza soverchie formalità.

Territorialità è sinonimo invece di pluralità di procedure (oltre che di organi), aperte in ragione della dislocazione dei beni e dei creditori,

i quali possono talora agire anche individualmente, negli Stati diversi da quello ove si è aperta la procedura principale.

Normalmente, nessuno dei due principi trova applicazione integrale, ma si rinviengono delle forme miste, come quella adottata dal Regolamento CE, della universalità limitata (attenuata, controllata, moderata), per la quale esiste una procedura principale e diverse altre procedure secondarie che vengono coordinate con la prima. Il sistema potrà avere successo se troveranno applicazione generale il divieto di esecuzioni individuali ed il riconoscimento di poteri cautelari del curatore della procedura principale. Nel nostro ordinamento, infatti, la concorsualità si realizza appieno anche grazie ad alcune norme contenute nella legge fallimentare, che prevedono: a) lo spossessamento del debitore fallito, in ordine ai beni presenti e futuri (art.42 lf) (ad esempio, in Germania, l'estensione ai beni futuri è norma solo dal 1999); b) il divieto di azioni esecutive individuali (art.51 lf); c) la regola del concorso formale (artt.52, 93 ss lf) e sostanziale (artt.51, 110, 117 lf).

Dal combinato disposto di tali norme, e dei principi che regolano la materia, si evince che il fallito non può più disporre materialmente e giuridicamente dei suoi beni sin dal momento della dichiarazione di fallimento, che segna l'apertura del concorso dei creditori sul suo patrimonio, vale a dire che i creditori non possono più agire esecutivamente in via individuale, ma devono proporre insinuazione allo stato passivo (concorso formale) ed attendere di trovare soddisfazione in sede di riparto (concorso sostanziale), con poche eccezioni, come per il Credito Fondiario, che può iniziare o proseguire l'esecuzione individuale, trovando soddisfazione fuori del concorso sostanziale, ma non è esentato dal concorso formale, quindi deve insinuarsi al passivo perché il suo credito sia verificato con gli altri e come per gli altri creditori.

La concorsualità, dunque, si attua mediante lo spossessamento e il divieto di azioni esecutive individuali. Il principio di universalità tenderebbe proprio a ciò, portando gli effetti del fallimento, inteso come pignoramento generale, ovunque si trovino beni e creditori del fallito.

Tuttavia, se si trovano beni all'Estero, attualmente la concorsualità rimane frustrata dal fatto che i creditori non subiscono alcun divieto di agire esecutivamente in via individuale su tali beni, oltre al difficile compito di recupero del curatore.

In pratica, gli Stati tendono a tutelare i creditori nazionali, che hanno fatto affidamento su un certo patrimonio visibile (e aggredibile) nel luogo in cui si trovano.

D'altronde, per il nostro ordinamento può fallire chiunque eserciti un'attività d'impresa sul territorio nazionale, che sia cittadino o che sia straniero (persona fisica) o socio di società straniera con sede in Italia (poiché l'estensione ex art. 147 lf è automatica), ed è possibile che detti soggetti abbiano beni all'estero (mobili, immobili, depositi bancari, diritti, crediti, partecipazioni societarie, etc.).

È necessario, dunque, che il curatore si attivi per il recupero di tali beni, o del ricavato della loro liquidazione. In teoria, sarebbe persino possibile che un debitore venga dichiarato fallito sia in Italia che all'estero, qualora, ad esempio, la sentenza di fallimento pronunciata all'estero non possa essere riconosciuta in Italia (ciò che precluderebbe la doppia dichiarazione), perché emanata senza il rispetto di principi fondamentali del nostro ordinamento (come nel caso di omessa audizione del fallendo, dato che il rispetto del contraddittorio è principio di ordine pubblico interno).

In tal caso, i curatori dei due fallimenti dovrebbero insinuarsi reciprocamente nei rispettivi stati passivi, ognuno in rappresentanza della propria massa dei creditori, previa deliberazione, secondo le leggi nazionali, delle sentenze dichiarative.

Vanno ricordate, fino all'entrata in vigore del Regolamento CE (31 maggio 2002) le convenzioni dell'Italia con la Francia (1930) e con l'Austria (1977), che agevolano i compiti del curatore, consentendogli di agire direttamente in quei Paesi, compiendo atti di conservazione, di amministrazione ed azioni giudiziarie (in Austria anche la vendita).

Laddove non vi siano convenzioni internazionali, ed è la regola, con le eccezioni della Francia e dell'Austria tra i Paesi della CE, il compito del curatore all'estero non è dei più facili.

AUTOVETTURA DEL FALLITO FERMATA

IN SPAGNA DALLA POLIZIA SPAGNOLA

Un caso concreto giova alla comprensione delle difficoltà operative. In Spagna, agenti della Polizia locale fermano in un paesino il titolare di un'officina alla guida di un'autovettura con targa italiana, essendosi insospettiti per il via vai dello stesso (probabilmente gli era stata venduta per poco prezzo dal proprietario italiano), che non fornisce spiegazioni apprezzabili.

Dalla targa scoprono che l'autovettura è intestata ad un fallito di Padova e la mettono a disposizione del curatore (in un garage), il quale presenta un'istanza al giudice delegato per ordinare alla Polizia italiana l'acquisizione del veicolo tramite la Polizia spagnola, compatibilmente con la legislazione di quel Paese; se fosse stato firmato quell'ordine, forse il Fallimento avrebbe la macchina, tuttavia con seri dubbi di legalità sull'operato della Polizia spagnola, che resterebbe esposta a rappresaglie giuridiche da parte del detentore o del proprietario (lo stesso fallito potrebbe affermare di avere lasciato il veicolo in riparazione presso l'officina: per quello Stato il fallito non è un fallito e il curatore non è un curatore, il quale non può apprendere direttamente i beni).

La situazione è complicata dalla presenza di creditori in Spagna: il riparatore (se è tale) ed il garagista (quale depositario).

L'apprensione diretta, forse possibile in via breve tramite Interpol, non sarebbe consentita, ma potrebbe dare il risultato sperato se nessuno (compreso il fallito) opponesse alcunché, ovviamente pagando i crediti del riparatore e del garagista, quali oneri inerenti l'acquisizione del bene, ex art.42 LF.

Il curatore, invece, dovrebbe, in termini ottimali, ipotizzando che la legge spagnola preveda gli stessi strumenti processuali della legge italiana (posto che, pur esistendo la giurisdizione del giudice italiano, ex art.18 comma 2 c.p.c., reso applicabile dall'art.3 comma 2 ultima parte della legge n.218/1995, per le azioni di cognizione, tuttavia la decisione non sarebbe eseguibile all'estero, se non previa deliberazione):

- 1) chiedere al giudice delegato la nomina di un avvocato in Italia, e di un domiciliatario in Spagna;
- 2) farsi legittimare in Spagna mediante la deliberazione della sentenza di fallimento dal giudice competente (qui è la Corte d'Appello);
- 3) ottenere (come qualsiasi altro creditore del fallito) un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo presso il Tribunale spagnolo e il sequestro conservativo, oppure
- 4) eseguire direttamente il pignoramento mobiliare;
- 5) può essergli notificato il giudizio di opposizione;
- 6) procedere all'esecuzione forzata, concorrendo con il riparatore (che può fare opposizione di terzo, se si afferma titolare di un diritto reale, quale proprietario o usufruttuario) ed il garagista spagnoli;
- 7) promuovere la vendita del bene all'incanto in Spagna;
- 8) apprendere il ricavato (salvi i privilegi) e portarlo in Italia.

Questo se l'autovettura è nella disponibilità del fallito, o di un terzo che non si afferma titolare di un diritto reale. Se l'autovettura è nella disponibilità di un terzo non consenziente, il curatore dovrà promuovere un giudizio di accertamento della proprietà del fallito, previo sequestro giudiziario da eseguire in Spagna (ancora più complicato e costoso).

In tutti i casi (terzo consenziente o non consenziente) i costi del recupero e della liquidazione del bene, in relazione al suo effettivo valore, potrebbero sconsigliare di attivarsi, rendendo più opportuno abbandonare il cespite.

Più rapido (e meno costoso) è chiedere al P.M. in Italia, sul presupposto della commissione del reato di bancarotta fraudolenta (distrazione del bene dall'attivo fallimentare), un sequestro probatorio (atto del solo PM), o preventivo (atto del PM, ma con la convalida del GIP entro 48 ore) dell'oggetto del reato. Il PM agisce per mezzo dell'Interpol e dovrà ottenere la deliberazione del suo provvedimento, ma ciò avviene normalmente in tempi più brevi.

In tale prospettiva di azione, una rilevante facilitazione può essere data dagli accordi di Schengen, che, come è noto, mirano ad eliminare progressivamente le barriere materiali e giuridiche costituite dai confini nazionali all'interno della Comunità Europea.

Nella specie, trattandosi di beni mobili, con particolare riferimento ad autovetture, risultano adattarsi alla fattispecie le norme di cui

agli artt.92 ss della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 (stipulato tra i governi degli Stati dell'Unione Economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese, relativo alla eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni), firmata a Schengen il 19 giugno 1990 da Belgio, Danimarca, Germania, Grecia, Spagna, Francia, Italia, Lussemburgo, Olanda, Austria, Portogallo, Finlandia e Svezia, cui l'Italia ha dato attuazione con legge 30 settembre 1993 n.388 di ratifica ed esecuzione del protocollo di adesione del Governo della Repubblica italiana all'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985, entrata in vigore il 3 ottobre 1993.

Quanto alla Convenzione di Schengen, essa è entrata in vigore secondo il disposto del suo stesso art.139, per tutti gli Stati membri, il primo giorno del secondo mese successivo al deposito dell'ultimo strumento di ratifica, di approvazione o di accettazione, coincidente con il 1° aprile 1998.

Le norme della Convenzione prevedono la creazione e l'utilizzazione di una banca dati comune (Sistema Informativo Schengen - S.I.S.), che, per mezzo di una procedura d'interrogazione automatizzata, consente a tutti i Paesi membri di disporre di segnalazioni di persone e di oggetti, in occasione di controlli alle frontiere, di verifiche e di altri controlli di polizia e doganali effettuati all'interno del Paese conformemente al diritto nazionale (art.92).

Ogni Stato organizza un proprio archivio nazionale identico a quello degli altri Stati, conformandosi ai protocolli tecnici di trasmissione dei dati, perché questa sia rapida ed efficiente.

Ogni archivio nazionale può essere consultato solo dall'interno del Paese di collocazione, mentre non possono essere consultati gli archivi nazionali di altri Paesi, benché i dati in essi contenuti siano i medesimi di quelli dell'archivio nazionale interno.

Una unità centrale cura che i dati degli archivi nazionali siano identici, mediante la trasmissione in linea delle informazioni.

Possono essere fatte dai singoli Stati delle segnalazioni relative a persone ed oggetti, che comportano l'inserimento nella banca dati del S.I.S., verificando preventivamente se l'importanza del caso giustifica l' inserimento (art.94), in particolare riguardo a: 1) persone segnalate; 2) oggetti di cui all'art.100 e veicoli di cui all'art.99.

L'inserimento dei dati relativi a persone e veicoli comporta la possibilità che sia attivato un controllo discreto oppure un controllo specifico (art.99), per la repressione di infrazioni penali e per prevenire minacce alla sicurezza pubblica, ma solo in relazione a fatti punibili di estrema gravità (dunque nell'art.99 non dovrebbe essere compresa la bancarotta per distrazione).

L'inserimento in banca dati di un veicolo di cui è titolare il fallito, sottratto alla procedura, è consentito in relazione al reato di bancarotta per distrazione (art.216 lf), in quanto il veicolo, tuttora intestato al fallito, non viene trovato nella sua materiale disponibilità, sulla base dell'art.100 della Convenzione, che fa riferimento ad oggetti ricercati a scopo di sequestro o di prova in un procedimento penale. Tra questi oggetti, sono indicati i veicoli a motore di cilindrata superiore a 50 cc, i rimorchi e le roulotte di peso a vuoto superiore a 750 kg. rubati, altrimenti sottratti o smarriti.

Qualora dall'interrogazione emerge l'esistenza di una segnalazione per un oggetto rinvenuto, l'autorità che la constata si mette in contatto con l'autorità che ha effettuato la segnalazione per concordare le misure necessarie (presumibilmente al fine del recupero del bene). A tale scopo, possono essere altresì trasmessi dei dati personali, in conformità alla Convenzione.

Le misure che dovranno prendere gli organi che hanno rinvenuto l'oggetto devono essere conformi al loro diritto nazionale.

Pertanto, se il curatore denuncia al P.M. il mancato rinvenimento di un veicolo di proprietà del fallito, e il P.M. attiva la procedura prevista dalla Convenzione di Schengen, i dati relativi al veicolo vengono inseriti nella banca dati del S.I.S., e quando (come è accaduto in Spagna nell'esempio fatto) il veicolo viene trovato nella disponibilità di chi non possa opporre un titolo di detenzione autonoma (o vi siano dei seri dubbi sulla legittimità della sua detenzione), l'autorità che ha trovato il veicolo si mette in contatto con l'autorità segnalante italiana per concordare le misure idonee al recupero del bene (si ritiene in tempi molto rapidi e con modalità semplificate), nel rispetto del diritto nazionale del Paese in cui il bene è stato trovato.

LASITUAZIONEATTUALE: IL CURATORE COME UN CREDITORE QUALSIASI

Attualmente dunque, fatta sempre salva l'applicazione della normativa di Schengen nei casi particolari ivi previsti, il curatore deve agire come un qualsiasi creditore in rappresentanza unitaria della massa, secondo lo schema che segue. Innanzitutto, il curatore dovrà farsi riconoscere per tale all'estero (non ai fini di esercitare i suoi poteri), ma solo come rappresentante di una massa di creditori, e come tale dovrà poi agire.

A tal fine, verificherà se nello Stato di cui si tratta occorra una vera e propria delibazione della sentenza di fallimento, oppure se sia sufficiente produrla (in copia autentica e tradotta) per la delibazione in via incidentale. In secondo luogo, valuterà se la delibazione (in via principale o incidentale) sia necessaria per ottenere una sentenza di mero accertamento o di condanna, oppure se possa agire direttamente in via esecutiva (con un pignoramento o un sequestro o che altro rimedio sia previsto all'estero).

Qualunque attività giudiziaria sarà soggetta alla *lex fori* e il curatore si presenterà in tale sede come un unico creditore, ovviamente sempre assistito da un legale. L'esecuzione sarà intesa come un'esecuzione individuale, in cui il curatore potrà concorrere con tutti i creditori lì intervenuti, pure con quelli già ammessi al passivo, che potranno soddisfarsi anche per l' intero, se vi sia capienza relativamente ai beni eseguiti all'estero. Solo recuperando il bene e riportandolo in Italia, o riuscendo a farlo liquidare all'estero, portando in Italia il ricavato per la distribuzione, si realizzerà appieno la concorsualità tra i creditori del fallito (trovando piena applicazione la *lex concursus*, ivi compresa la disciplina della fase del riparto). Diversamente, il concorso tra i creditori potrà operare soltanto in maniera frammentata, sulla base di iniziative non coordinate, e nel solo loro ambito.

Tali principi sono stati enucleati dalla Giurisprudenza (Cass. 19 dicembre 1990 n.12031, Giur. comm. 1992, II, 22), in relazione ad un caso in cui un curatore di Bologna aveva domandato in giudizio (ed ottenuto) la revocatoria di un pagamento coattivo realizzato da un creditore svizzero nei confronti dei beni di un fallito (dichiarato dal Tribunale di Bologna) siti in Svizzera, agendo esecutivamente sugli stessi, per il motivo che era così stata violata la *par condicio creditorum* (invocando il principio di universalità).

La Corte ebbe a dire, giustamente, che la *par condicio creditorum* non è un principio esportabile, e che si sarebbe potuta attuare solo se il curatore fosse riuscito a portare i beni (o il loro ricavato) in Italia, ma che non si poteva porre nel nulla la legittima attività esecutiva del creditore individuale all'estero, in base alla *lex fori*.

Va detto che, dopo la riforma del diritto internazionale privato, avvenuta con legge 31 maggio 1995 n.218, è oggi ammessa la giurisdizione nei confronti dello straniero, anche per la revocatoria fallimentare, trattandosi di materia non regolata dalla Convenzione di Bruxelles del 1968, e trovando quindi applicazione l'art.3 comma 2 ultima parte della legge n.218/1995, che rimanda all'art.18 comma 2 c.p.c., quindi al giudice del luogo di residenza dell'attore, cioè il Tribunale fallimentare (cfr. Cass. S.U. 9 dicembre 1996 n.10154).

Tuttavia, la validità dei principi espressi dalla Cassazione nel 1990 non è venuta meno, poiché, se anche il curatore disponesse di una sentenza favorevole di revoca relativamente ad un pagamento ottenuto dal creditore straniero, resterebbe il problema del riconoscimento all'estero di questa sentenza e della sua esecuzione, dovendosi escludere che il curatore possa ottenere *de plano* l'attuazione coattiva del comando in essa contenuto, in assenza di adeguamento spontaneo.

Sarà dunque opportuno, nel caso in cui siano possibili procedure alternative, valutarne la convenienza, poiché esse (si pensi al concordato preventivo), lasciando la disponibilità dei beni al debitore, consentono che i beni siano da lui stesso liquidati all'Estero e che venga trasferito in Italia il ricavato intero della liquidazione, tuttavia considerando attentamente il tipo di procedura di cui si tratta.

In ogni caso, il commissario giudiziale dovrà porre grande attenzione e vigilanza sulle liquidazioni compiute all'estero dal debitore, che potrebbe vendere a 100 e portare in Italia solo 80 (prezzo ufficiale

dichiarato), incassando la differenza non contabilizzata.

Quanto alla procedura di concordato preventivo, poi, va considerato che il concordato con garanzia può essere risolto se non viene pagata la percentuale promessa ai creditori chirografari, mentre non si risolve il concordato con cessione se la percentuale pagata è inferiore a quella promessa (art.186 lf).

Trattandosi di concordato misto (con garanzia e con cessione), si deve individuare la funzione in esso prevalente, e con essa la disciplina applicabile ai fini della risoluzione.

Sarà opportuno, dunque, che il debitore sia affidabile (meritevole), che ogni vendita sia sorvegliata dal Commissario e che il concordato sia preferibilmente con garanzia.

Le procedure di concordato saranno sconsigliate qualora pendano già all'estero, o siano imminenti, procedure esecutive individuali, poiché i creditori che ivi agiscono possono soddisfarsi per l'intero, senza la falcidia concordataria, ed eventualmente muniti di titolo di prelazione.

LO SPOSSAMENTO NEL REGOLAMENTO CE: I POTERI DEL CURATORE

Non poche sono le facilitazioni offerte al curatore per il recupero dei beni siti all'Estero dalla nuova disciplina comunitaria, entrato in vigore il 31 maggio 2002, peraltro con alcuni condizionamenti dovuti, in certi casi, alla prevalenza del diritto interno (*lex rei sitae*) su quello dello Stato di apertura del concorso (*lex concursus*). Si esaminano le norme che hanno diretta (o indiretta) attinenza con il tema trattato.

a) Recupero dei beni presenti.

Art.18 CE : il curatore della procedura principale aperta in Italia può esercitare all'estero gli stessi poteri che gli sono attribuiti nello Stato di apertura, e dunque può portare i beni in Italia, fatti salvi i diritti reali dei terzi (art.5) e le riserve di proprietà a favore del venditore (art.7). Egli può liquidare i beni direttamente all'estero, nel rispetto della *lex fori*. I suoi poteri cessano con l'apertura di una procedura secondaria, cosicché il curatore di questa può recuperare il bene sottratto ad essa dopo la sua apertura dal curatore della procedura principale.

Art.19 CE : la legittimazione del curatore all'estero avviene per mezzo della produzione di una semplice copia conforme della decisione o di qualsiasi altro certificato rilasciato dal giudice competente, si intende tradotti e, se richiesto, autenticati, senza ulteriori formalità.

Art.12 CE : i brevetti e marchi comunitari rientrano sempre e solo nella procedura principale, non essendo beni localizzati in un particolare Stato.

Art.20 CE : non esiste il divieto di azioni esecutive all'estero, ma il creditore esecutante deve rimettere il ricavato al curatore principale, fatti salvi i diritti reali (art.5) e le riserve di proprietà (art.7).

Il creditore già parzialmente soddisfatto in una procedura non può partecipare ai riparti in un'altra procedura fino a che gli altri ammessi di pari grado non abbiano ottenuto una quota equivalente.

Art.21 CE : il curatore può chiedere che la decisione di apertura e la sua nomina siano rese pubbliche secondo le modalità previste nei singoli Stati membri, allo scopo di facilitare il suo operato in loco, e, se previsto dalla particolare normativa dello Stato, di rendere opponibile la decisione ai terzi (analogamente a quanto avviene con gli artt.44 e 45 LF).

Art.22 CE : il curatore della procedura principale può chiedere l'annotazione della decisione di apertura nei registri immobiliari, del commercio o in altro pubblico registro, allo scopo di escludere la buona fede dei terzi che hanno acquistato diritti dopo l'apertura.

b) Acquisizione dei beni futuri.

Sono attratti nella procedura principale o in quella secondaria, in base al luogo in cui si trovano.

Art.4 par.2 lett. b CE : si applica in base a questa norma la legge italiana, quindi l'art.42 LF.

Art.25 par.1 CE : prevede il riconoscimento delle decisioni relative allo svolgimento della procedura pronunciate dal giudice della stes-

sa, e perciò consente di emettere un decreto di acquisizione riconosciuto all'estero, previa valutazione di convenienza dell'acquisto, in ragione degli eventuali oneri da sostenere ex art.42 LF.

Art.25 par.3 CE : la norma stabilisce che gli Stati membri non sono tenuti a riconoscere ed a rendere esecutiva una decisione di cui al par.1 (che prevede decisioni di svolgimento e di chiusura, ma anche di apertura) che abbiano per effetto una limitazione della libertà personale o del segreto postale. Il fallimento dichiarato in Italia importa l'applicazione degli artt.48 e 49 lf, che implicano sensibili limitazioni delle libertà di corrispondenza e personale (di locomozione): vi è da chiedersi se il mancato riconoscimento delle decisioni di cui al paragrafo 1 riguardi solo lo svolgimento o anche la decisione di apertura. E, in tal caso, riguarda l'intera procedura o solo gli atti che concretamente ledono tali diritti? Vi è il dubbio che altri Stati possano invocare la violazione dell'ordine pubblico interno loro proprio (ex art.26 CE) per non riconoscere la decisione italiana di apertura. Per il principio di conservazione degli atti, è opportuno restringere l'interpretazione della norma ai soli atti di svolgimento della procedura che implicano gli effetti indesiderati, con disapplicazione all'estero degli artt.48 e 49 LF: pertanto il curatore italiano non verrà mai a conoscenza di eventuali assegni inviati all'estero al fallito e di nuove attività poste in essere dal fallito all'estero.

Art.26 CE : consente di rifiutare il riconoscimento affermato dall'art.25 CE per motivi di ordine pubblico. Lo era, fino al 1999, per il diritto tedesco l'esenzione dallo spossamento dei beni futuri. Non dovrebbe riguardare la fallibilità del soggetto non imprenditore commerciale (per espressa affermazione dell'art.16 CE, che stabilisce il riconoscimento automatico negli stati membri delle decisioni di apertura, anche quando il debitore, per la sua qualità, non può essere assoggettato a una procedura di insolvenza negli altri Stati membri, e non essendo ritenuto motivo di O.P. economico), per cui questo solo fatto non potrebbe costituire una ragione di ordine pubblico interno per rifiutare in Italia il riconoscimento.

c) Diritti reali dei terzi.

Art.5 CE : chi ha un diritto reale sul bene all'estero può realizzare il suo diritto (proprietà o credito) fuori del concorso, salve le azioni previste dalla legge italiana (nullità, annullamento, inopponibilità e revocatoria, anche in via breve se il creditore si insinua al passivo), ex art.4 par.2 lett. m).

Queste azioni possono essere esercitate dal curatore in Italia, poiché la Suprema Corte (Cass. S.U. 1996 n.10154) ammette la giurisdizione nei confronti dello straniero e la competenza del giudice del luogo di residenza dell'attore (il Tribunale fallimentare), ex art.18 comma 2 c.p.c., reso applicabile dall'art.3 comma 2 ultima parte della legge n.218/1995 (per l'esecuzione, la decisione dovrà essere riconosciuta all'estero mediante delibazione).

d) Effetti sui rapporti pendenti e opponibilità al curatore italiano.

Se fallisce l'acquirente, il venditore fa salva l'eventuale riserva di proprietà ex art.7 CE.

Se fallisce il venditore prima della consegna, si applica la *lex concursus*, e quindi l'art.72 lf, con facoltà di scioglimento da parte del curatore, ex art.4 par.2 lett.e).

Se fallisce il venditore dopo la consegna, il contratto non si scioglie (il compratore dovrà pagare il prezzo, se non lo ha già fatto). Sono salve, in ogni caso, le azioni di cui all'art.4 par.2 lett. m) e la possibilità di far valere la mancanza di data certa del contratto ex art.2704 cc (*lex concursus*).

Questo non vale per i preliminari aventi ad oggetto beni immobili, per i quali l'art.8 CE:

- non richiama l'art.4 par.2 lett. m) CE, quindi il curatore non può esperire le azioni di nullità, annullamento o inopponibilità, né far valere la mancanza di data certa, se non è prevista dalla *lex loci*;
- fa eccezione all'art.4 par.2 lett. e) CE, che renderebbe applicabile la *lex concursus*, quindi il curatore può sciogliersi dal preliminare solo se la *lex loci* lo consente.

e) Atti pregiudizievole.

Art.13 CE: deroga all'art.4 par.2 lett. m) CE, qualora l'atto sia soggetto alla legge di uno Stato (non di apertura) in cui sia esclusa in ogni caso per quel tipo di atti la possibilità di agire in revocatoria

o, comunque, per la loro inefficacia (atti gratuiti).

f) Spossessamento ed effetti sugli atti postfallimentari.

Artt. 16 CE : prevede il riconoscimento automatico delle decisioni di apertura pronunciate negli Stati membri, al cui scopo basterà fornire la prova di cui all'art. 19 CE.

Art. 14 CE (implica una possibile deroga agli artt. 44/45 LF) : per gli atti onerosi (vendite) aventi ad oggetto beni immobili, navi, aeromobili e valori mobiliari iscrizionali (che vengono ad esistenza con l'iscrizione in un registro, come il pegno rotativo) deroga ad art. 4 par. 2 lett. m) CE, quindi, per la validità (ed efficacia) di tali atti, non si applica la *lex concursus* (artt. 44 e 45 lf), ma la legge del luogo di situazione del bene o del registro, la quale in ipotesi può fare salvi gli atti e le formalità postfallimentari. Quanto ai valori mobiliari all'estero, sarà già un gran risultato trovarne. La norma parla di validità, ma deve ritenersi che intendesse comprendere anche l'inefficacia (o inopponibilità), altrimenti, per quest'ultima, tornerebbe ad applicarsi la *lex concursus*, cioè gli artt. 44 e 45 LF.

g) Pagamenti postfallimentari.

Art. 24 CE : la norma considera efficaci i pagamenti postfallimentari al fallito, a meno che il debitore non fosse già a conoscenza dell'apertura della procedura, che si presume ignorata fino al momento in cui è stata effettuata la pubblicità di cui all'art. 21 CE; poi si presume nota.

MEZZI DI RACCORDO TRA BENI SITI ALL'ESTERO E PROCEDURA CONCORSALE

Se si trovano beni all'estero, la nuova normativa comunitaria offre l'opportunità di realizzare un raccordo tra la procedura concorsuale e i beni, in modo che essi, o il loro ricavato, vengano portati nella sfera di applicazione del diritto interno (*lex concursus*), per sottostare alle regole distributive della *par condicio creditorum*.

In collegamento con l'apertura della procedura principale (sia prima che dopo), e la nomina di un curatore della stessa, nel luogo in cui l'imprenditore ha la sede statutaria, la quale si presume essere (fino a prova contraria) il centro degli interessi principali dell'impresa (art. 3 CE), sono consentite e possibili:

1) L'apertura di una procedura territoriale (art. 3 par. 4 CE) ove si trovi una dipendenza del debitore, ad iniziativa dei creditori, prima dell'apertura della procedura principale, o (si ritiene, da parte del curatore di un'altra procedura territoriale) se non può essere aperta una procedura principale in quello Stato (secondo l'art. 1 lett. c) della bozza del D.D.L. sull'insolvenza transfrontaliera della Commissione ROVELLI — all. 4 della Relazione generale provvisoria, per procedura territoriale si intende la procedura di insolvenza aperta in Italia prima del riconoscimento di una procedura principale straniera, purché vi sia almeno una dipendenza del debitore).

2) L'adozione di misure conservative (art. 25 par. 1 CE): è prevista dopo l'apertura della procedura principale ad iniziativa del curatore di quella procedura e le misure sono immediatamente riconosciute all'estero. Oppure, prima della apertura di una qualsiasi procedura (principale, territoriale o secondaria), ad iniziativa del curatore provvisorio della procedura principale (art. 38 CE), il quale potrà chiedere l'apertura della procedura secondaria, che si aprirà solo dopo l'apertura ed il riconoscimento della procedura principale (art. 27 CE).

3) L'acquisizione diretta dei beni: se ne è trattato a proposito dell'art. 18 CE, che disciplina le iniziative ed i poteri del curatore in ordine ai beni siti all'estero, estendendo gli effetti della procedura principale oltre il confine nazionale: il curatore potrà apprendere direttamente i beni o provocarne la vendita all'estero, portando in Italia il ricavato, senza eccessive formalità (è sufficiente che si qualifichi come rappresentante della generalità dei creditori, esibendo la sentenza dichiarativa di fallimento, autenticata e tradotta, con la sua nomina o un altro certificato, autenticato e tradotto, del Giudice delegato italiano).

4) L'apertura di procedure secondarie (art. 3 par. 2), ad iniziativa del curatore della procedura principale o di un altro legittimato per la *lex loci* (art. 29 CE), è un ulteriore strumento a disposizione, con la

possibilità di misure conservative immediatamente riconosciute, ex art. 25 par. 1 CE; ma vedi l'art. 30 CE, che prevede l'eventualità che vengano chiesti un anticipo delle spese o una congrua garanzia: il curatore provvisorio può richiedere le misure conservative finalizzate alla successiva apertura della procedura secondaria, efficaci tra la richiesta e l'apertura, di cui all'art. 38 CE, ma possono poi essergli imposti la garanzia o l'anticipo delle spese, con l'eventualità che non siano state concesse le misure conservative.

Per i beni siti all'estero, risulta in definitiva determinante la presenza negli ordinamenti stranieri interessati di norme analoghe agli artt. 42, 43, 44 e 45 lf, in mancanza delle quali la concreta finalità del Regolamento CE può essere praticamente frustrata.

Linea guida dello stesso è attualmente la tutela dei creditori e dei terzi che hanno un rapporto con i beni siti nel loro Stato di appartenenza (in parziale, ma significativa, distonia con la esigenza di universale concorsualità della procedura di apertura).

E' quindi tutelata l'aspettativa nei confronti dei beni, più che quella nei confronti dell'imprenditore-debitore, con maggiore rilievo alla tutela dell'affidamento che i creditori transnazionali hanno fatto sul patrimonio (per loro) più facilmente aggredibile del soggetto.

Il concorso è limitato ai beni <<in loco>>, e si estende ai beni all'estero solo:

- 1) tra i creditori esteri;
- 2) se non ve ne sono, a favore dei creditori italiani;
- 3) a favore di questi, per il residuo lasciato dai creditori esteri;
- 4) non si estende mai a danno di eventuali terzi di buona fede.

Si auspicano interventi correttivi in favore della tutela concorsuale generale, in funzione di un'unica procedura, nella quale tutti i creditori dovranno insinuarsi, per ricevere un paritetico trattamento proporzionale.

Le modifiche sono possibili, atteso che il Regolamento prevede, con opportuna norma di chiusura (art. 46), periodiche revisioni, in base ai riscontri effettuati sulle prassi applicative ed a proposte di modifica presentate al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale.

La prima revisione è stabilita per il 1° giugno 2012, e le successive ogni cinque anni, cosicché, dati i tempi lunghissimi che ha avuto finora la vicenda della regolamentazione transnazionale dell'insolvenza, non è fuor di luogo sperare in un relativamente tempestivo miglioramento, anche prima di tale data, in modo che l'uniformazione a livello comunitario delle vicende inerenti la patologia dell'impresa (il fallimento e le altre procedure concorsuali) vada di pari passo con l'uniformazione degli aspetti che riguardano la sua vita fisiologica, conformità resa quanto mai opportuna, se non necessaria, anche per l'adozione della moneta unica, che ha pienamente corso legale dal 1° gennaio 2002.

LO SCHEMA DEL DISEGNO DILEGGE: DIVERGENZE NORMATIVE

Quanto all'Italia, la bozza del disegno di legge sull'insolvenza transfrontaliera (della precedente legislatura), che mirava a rendere concretamente operativo il Regolamento CE, ha previsto, invece, una procedura di delibazione estranea al Regolamento CE (art. 16), con chiara affermazione di discostarsi da tale normativa, ma senza una spiegazione delle ragioni (e con qualche dubbio sulla possibilità di effettuare questa deroga, attesa la portata dello strumento normativo prescelto) (art. 3).

Inoltre, si afferma *claris verbis* che non verrà riconosciuta la sentenza di apertura di una procedura principale nei confronti del debitore non imprenditore (art. 3), anche qui senza ragione, stante il disposto dell'art. 16 CE (che esclude che si possa negare il riconoscimento automatico a decisioni di apertura di procedure di insolvenza per il solo motivo che il debitore non sia un imprenditore), e l'immediata efficacia vincolante all'interno degli stati membri del Regolamento, adottato proprio per evitare che resti sostanzialmente disapplicato, come la precedente Convenzione Europea sull'insolvenza del 1995.

Lo Stato italiano dovrebbe poter rifiutare di aprire una procedura principale a carico del non imprenditore, ma dovrebbe riconoscere

l'apertura della procedura principale all'Estero e legittimare quel curatore all'apprensione dei beni siti in Italia o a chiedere l'apertura di una procedura secondaria, con effetti limitati ai beni e senza ridiscutere l'insolvenza (art.27 CE).

In difformità dal Regolamento CE, che consente ad ogni creditore di insinuarsi al passivo di qualsiasi procedura, principale o secondaria, in funzione della effettiva parità di trattamento, per quanto possibile, tra i creditori internazionali, il progetto prevede invece l'insinuazione al passivo della procedura italiana secondaria soltanto per i creditori nazionali (domiciliati o residenti in Italia), con successiva devoluzione dell'eventuale residuo alla procedura estera principale, su iniziativa del curatore italiano e provvedimento del giudice delegato (art.9).

Quanto alle azioni revocatorie, esse possono essere esercitate dal curatore italiano soltanto se riguardano rapporti regolati dal diritto italiano o abbiano ad oggetto beni localizzati nello Stato, per le note difficoltà di esecuzione della eventuale pronuncia di inefficacia ottenuta in Italia (art.7).

Si segnala tuttavia, in positivo, l'introduzione del divieto delle azioni esecutive individuali (vedi art.6 bozza D.D.L.) fin dal momento della presentazione del ricorso per il riconoscimento del provvedimento di apertura all'estero della procedura principale (art.6).

Sorge comunque qualche perplessità sulla effettività del Regolamento CE a queste condizioni, che potrebbero ostacolare la piena realizzazione dell'Ordinamento Comunitario nella materia concorsuale.