

L'IMPATTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI SUI CONTRATTI IN CORSO E LA DISCIPLINA DELL'UNIONE EUROPEA SULL'INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

PROF. AVV. PIERANGELO CELLE

SOMMARIO: 1. L'ambito di applicazione del Regolamento 1346/2000 – 2. I criteri di giurisdizione per le procedure principali: la nozione di centro degli interessi principali – 3. Gli effetti del trasferimento della sede legale – 4. La competenza giurisdizionale del giudice dello Stato membro di apertura della procedura ad estendere la stessa ad altri soggetti – 5. L'estensione della giurisdizione del *forum concursus* – 6. Le procedure secondarie – 7. La legge regolatrice degli effetti del fallimento – 8. I diritti reali sulle navi e la tutela del terzo acquirente – 9. Le prestazioni a favore del fallito – 10. Il riconoscimento della procedura di insolvenza e gli effetti sulle misure cautelari su nave – 11. Lo scioglimento o sospensione dei contratti ex art. 169bis l. fall.

1. L'ambito di applicazione del Regolamento 1346/2000

Il Regolamento 1346/00/CE (di seguito, il “Regolamento”) istituisce un quadro comune per le procedure di insolvenza, finalizzato ad evitare il trasferimento di beni o di procedimenti giudiziari da un Stato membro ad un altro, utilizzato dal debitore per beneficiare della migliore situazione giuridica in danno dei creditori. La disciplina introdotta si basa sul principio dell'universalità della procedura, pur essendo ammessa – in specifiche ipotesi - la possibilità di avviare procedure secondarie, limitate al territorio di un singolo Stato membro.

Perché trovi applicazione il Regolamento devono sussistere alcuni presupposti, in quanto esso si applica solo alle procedure aventi carattere concorsuale,¹ fondate sull'insolvenza del debitore, determinata sulla base alla legge dello Stato membro di apertura della procedura. Il procedimento deve comportare lo spossessamento del debitore, con la designazione di un'altra persona (curatore) cui vengano trasferiti i poteri di amministrazione dei beni rientranti nel fallimento, a prescindere dalle modalità con cui tale spossessamento si realizza in base alla legge dello Stato membro di apertura della procedura; la procedura deve, poi, risultare inclusa tra quelle espressamente menzionate nelle apposite liste allegate al Regolamento.²

In base all'art. 3, il Regolamento si applica unicamente quando il centro degli interessi principali del debitore si trova in uno Stato membro, per cui in mancanza di tale elemento le questioni di giurisdizione e di legge applicabile devono essere risolte in base alle regole di diritto interno. Inoltre, è necessario che la procedura di insolvenza abbia carattere transnazionale, anche se non necessariamente infra-comunitario: il

¹ Restano pertanto escluse dalla disciplina le esecuzioni di tipo individuale.

² Per le procedure principali, allegato A; per le procedure secondarie, allegato B.

Regolamento, infatti, non si applica alle situazioni puramente interne,³ ma il carattere transfrontaliero può derivare non solo dall'esistenza di una localizzazione della fattispecie in due Stati membri diversi, ma anche da collegamenti della fattispecie stessa con Stati terzi.⁴

Dall'ambito di applicazione del Regolamento sono peraltro escluse le procedure d'insolvenza riguardanti alcune specifiche categorie di imprese.⁵

Va sottolineato che il Regolamento stabilisce, tra l'altro, regole di conflitto dirette a determinare la giurisdizione e la legge applicabile, ma non tutte le norme del Regolamento hanno tale carattere: alcune disposizioni del Regolamento dettano regole di diritto sostanziale uniforme, che si applicano direttamente alle singole fattispecie in ogni Stato membro, indipendentemente da quanto previsto dalla *lex concursus*.⁶

2. I criteri di giurisdizione per le procedure principali: la nozione di centro degli interessi principali

In base all'art. 3 del Regolamento, il giudice competente ad avviare la procedura principale è quello dello Stato membro nel quale il debitore ha il suo centro degli interessi principali; nel caso di società o di persone giuridiche si presume, fino a prova contraria, che tale centro coincida con il luogo in cui esse hanno la sede sociale.

Benché il Regolamento non fornisca alcuna definizione di tale nozione, il significato della locuzione può essere ricavato alla luce del tredicesimo 'considerando' del Regolamento, ai sensi del quale *«per “centro degli interessi principali” si dovrebbe intendere il luogo in cui il debitore esercita in modo abituale, e pertanto riconoscibile dai terzi, la gestione dei suoi interessi»*. Secondo l'art. 3.1 del Regolamento, per le società il luogo della sede statutaria coincide normalmente con il centro degli interessi principali, in quanto là si trova presuntivamente il luogo dell'amministrazione principale della società ed è un criterio facilmente riconoscibile dai terzi; tale presunzione mira pertanto a favorire la certezza del diritto e diminuisce il rischio del c.d. *forum shopping*, e ciò in linea con le finalità specifiche del Regolamento stesso.

La Corte di giustizia⁷ ha ritenuto che il centro degli interessi principali del debitore debba, quindi, essere individuato in base a criteri al tempo stesso obiettivi e riconoscibili dai terzi, per garantire la prevedibilità dell'individuazione del giudice competente ad aprire la procedura di insolvenza principale, per cui se gli organi direttivi e di controllo di una società si trovano presso la sua sede statutaria e le decisioni di gestione di tale società sono assunte, in maniera riconoscibile dai terzi, in detto luogo,

³ Cass. 2009 n. 6598.

⁴ CGUE C-328/12 *“i giudici dello Stato nel territorio del quale è stata aperta la procedura di insolvenza sono competenti in base al Regolamento 1346/2000 a conoscere di un'azione revocatoria fondata sull'insolvenza contro il convenuto non avente il suo domicilio sul territorio di uno Stato membro”*; *contra* Cass. 2007 n. 2692.

⁵ Il Regolamento non si applica 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 d'investimento collettivo (art. 1.2).

⁶ CGUE C-527/10; CGUE C-251/12.

⁷ CGCE C-341/04; CGUE C-396/09.

deve trovare normalmente piena applicazione la già ricordata presunzione introdotta dall'art. 3.1 del Regolamento.

Si tratta, però, di una presunzione semplice, la quale può essere superata allorché, dal punto di vista dei terzi, il luogo dell'amministrazione principale di una società non sia in concreto stabilito presso la sede statutaria; tale situazione deve risultare in base ad elementi che consentano di determinare l'esistenza di una situazione reale diversa da quella che si presume corrispondere alla collocazione presso detta sede statutaria: ad esempio, la presunzione è superabile nel caso di una società che non svolga alcuna attività sul territorio dello Stato membro in cui è collocata la propria sede sociale. Di converso, quando una società svolga effettivamente la propria attività sul territorio dello Stato membro in cui ha sede, il fatto che le sue scelte gestionali siano o possano essere controllate da una società madre stabilita in un altro Stato membro non è sufficiente per superare la presunzione stabilita dal detto regolamento.⁸

La Corte di giustizia sembra, quindi, privilegiare una soluzione interpretativa che favorisca la certezza e prevedibilità dell'individuazione del giudice competente, anche a mente del carattere universale della procedura principale, i cui effetti – come vedremo – si estendono in linea di principio a tutto il territorio dell'Unione. Il superamento della presunzione di cui all'art. 3.1 del Regolamento, quindi, dovrebbe richiedere la sussistenza di elementi molto forti che giustifichino, soprattutto dal punto di vista dei terzi che entrano in contatto con l'attività del debitore, l'esistenza di un effettivo radicamento dello stesso in uno Stato membro diverso da quello della sede legale.

La giurisprudenza italiana, pur formalmente richiamandosi ai principi affermati dalla Corte di giustizia, sembra in realtà ritenere più facilmente superabile la presunzione semplice di localizzazione del centro di interessi principali presso la sede legale, in quanto normalmente valorizza l'assenza di elementi quali beni, dipendenti o attività economica, e non tanto il mancato svolgimento presso la sede legale dell'attività degli organi di governo sociale.⁹

Con riferimento al settore dello shipping, è un dato comunemente accettato che molto spesso la sede legale delle compagnie proprietarie di navi, specie in caso di navi iscritte in registri "aperti", rappresenti un elemento assai debole ai fini della localizzazione dell'attività della società; d'altra parte, come detto la giurisprudenza italiana mostra una spiccata tendenza ad applicare in modo assai ampio la possibilità di deroga alla presunzione semplice prevista dall'art. 3.1 del Regolamento, per cui è plausibile che elementi quali l'esistenza nel territorio di uno Stato membro dell'effettivo centro di gestione operativa della nave, specie per quanto concerne i rapporti con i terzi (ad esempio, il luogo ove opera il manager della nave, rispetto alla sede legale del registered owner), venga fatto prevalere.

Inoltre, molto spesso nel settore dello shipping ci si trova davanti a *single ship company*, giuridicamente separate e distinte, ma facenti parte di uno stesso gruppo e gestite in modo sostanzialmente unitario. Anche in questo caso, laddove la gestione

⁸ CGCE C-341/04.

⁹ Ad esempio Cass. 2011 n. 26518 "*deve subito essere chiarito come la sede principale e quindi effettiva dell'impresa non fosse certamente laddove era fissata la sede legale è cioè in Olanda, come ha accertato la corte di merito evidenziando come ... all'indirizzo indicato quale sede non vi erano né dipendenti né beni della società stessa ma era solo situata la ATC, società di servizi, che fino al trasferimento della sede amministrativa in Italia aveva tenuto la contabilità*".

effettiva delle singole navi di proprietà di *single ship company* facenti parte di uno stesso gruppo, sia pure con sedi legali poste in Stati membri diversi, sia affidata ad un unico soggetto gestore, si può ipotizzare che esse, indipendentemente dalla sede legale, abbiano tutte il proprio centro di interessi principali presso tale soggetto, rendendo così giurisdizionalmente competenti i giudici dello stato membro in cui tale soggetto si trova a decidere della possibilità di estendere il fallimento a tutte le società del gruppo medesimo.

3. Gli effetti del trasferimento della sede legale

E' abbastanza frequente che una società, in stato di difficoltà, trasferisca la propria sede legale – sfruttando la libertà di stabilimento garantita dal diritto dell'Unione europea - per cercare di localizzarsi in un ordinamento che meglio possa tutelare la sua posizione di debitore insolvente. Le conseguenze di tali comportamenti sulla giurisdizione in tema di procedure di insolvenza è stato oggetto di due specifici interventi interpretativi della Corte di giustizia, la quale ha affermato che se il trasferimento si realizza successivamente alla proposizione della domanda, ma anteriormente alla decisione di apertura della procedura d'insolvenza, resta giurisdizionalmente competente a decidere sull'apertura della procedura lo Stato membro di partenza.¹⁰

Se, invece, il trasferimento si realizza anteriormente alla stessa proposizione della domanda, si dovrebbe comunque presumere che il centro degli interessi principali di tale società si trovi presso la nuova sede statutaria della medesima, salva la possibilità di prova contraria secondo le già illustrate regole generali.¹¹

La tendenza della giurisprudenza italiana sembra essere, invece, quella di valutare – soprattutto in caso di trasferimenti realizzati nell'imminenza del deposito di istanze di apertura di procedure di insolvenza - se detto spostamento della sede legale dall'Italia ad un altro Stato membro possa essere considerato come “non fittizio”, ritenendosi che lo stesso non valga a sottrarre la fattispecie alla giurisdizione italiana in assenza di elementi che indichino l'esistenza di una effettiva attività presso la nuova sede legale¹²,

¹⁰ CGCE C-1/04.

¹¹ CGUE C-396/09; nella stessa vicenda Cass. 2005 n. 10606 aveva invece affermato che “*ove al trasferimento all'estero (nella specie, in Gran Bretagna) 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*”.

¹² Cass. 2099 n. 16633 “*la presunzione di corrispondenza del centro d'interessi dell'impresa con la sua sede legale può essere superata soltanto se elementi obiettivi e verificabili da parte di terzi consentono di determinare l'esistenza di una situazione reale diversa da quella che appare corrispondente alla collocazione in detta sede statutaria, come ad esempio nell'ipotesi in cui una società non svolga alcuna attività sul territorio dello Stato membro in cui è ubicata la sede*”; Cass. 2013 n. 5945 “[*allorché*] *anteriore alla presentazione dell'istanza di fallimento, la società abbia trasferito all'estero la propria sede legale, una siffatta presunzione deve considerarsi vinta, e tale trasferimento ritenersi fittizio, permanendo, così, la giurisdizione del giudice italiano a decidere su quell'istanza, allorché nella nuova sede non sia effettivamente esercitata attività economica, né sia stato ivi spostato il centro dell'attività direttiva, amministrativa ed organizzativa dell'impresa*”.

giungendo perfino a sostenere che spetti alla società debitrice l'onere di fornire la prova del carattere "non fittizio" del trasferimento.

Al riguardo, va osservato che nel settore dello shipping è talora richiesto che la nave sia di proprietà di un soggetto avente la propria sede nello stato della bandiera, per cui in tali casi il trasferimento della sede legale si può associare al trasferimento della nave nei registri di iscrizione del nuovo Stato; ciò tuttavia, essendo connesso ad adempimenti di carattere puramente amministrativo, non sembra costituire un indizio rilevante della natura "non fittizia" del trasferimento stesso.

4. La competenza giurisdizionale del giudice dello Stato membro di apertura della procedura ad estendere la stessa ad altri soggetti

Secondo il diritto e la giurisprudenza di alcuni Stati membri vi è la relativa alla possibilità di estensione del fallimento di una società ad altre società facenti parte dello stesso gruppo, anche se con sedi legali situate in Stati membri diversi, in presenza di determinati presupposti (quali la confusione dei patrimoni).

La Corte di giustizia¹³ ha, però, ritenuto che la decisione di estendere il fallimento ad altra società produca nei confronti di quest'ultima gli stessi effetti della decisione di avvio di una procedura principale d'insolvenza; tuttavia, in base al Regolamento, essendo le due società giuridicamente distinte, una dichiarazione di apertura di una procedura di insolvenza principale compete soltanto ai giudici dello Stato membro forniti di giurisdizione ex art. 3.1 del Regolamento, ossia ai giudici dello Stato membro sul territorio del quale il soggetto debitore che subisce l'estensione del fallimento ha il proprio centro principale di interessi. Pertanto, la possibilità che un giudice nazionale, designato ex art. 3.1 del Regolamento con riferimento ad una specifica società, sottoponga, in applicazione della sua legge nazionale, un'altra società ad una procedura di insolvenza per il solo motivo di una confusione tra i patrimoni tra i due enti, senza preliminarmente accertare dove si trovi il centro degli interessi principali di tale seconda società, rappresenterebbe un illegittimo aggiramento del sistema di giurisdizione istituito dal Regolamento stesso.

Ne deriverebbe, in particolare, il rischio di conflitti positivi di competenza tra giudici di Stati membri diversi, conflitti che il regolamento ha appunto voluto evitare per garantire l'unità del trattamento delle procedure di insolvenza nell'ambito dell'Unione.

Conseguentemente, il fallimento per estensione può essere dichiarato solo se in base ad una valutazione globale dell'insieme degli elementi pertinenti sia accertato che, in un modo riconoscibile dai terzi, il centro effettivo di direzione e di controllo della società contro cui è diretta l'azione finalizzata all'estensione si trova nello Stato membro nel quale è stata avviata la procedura di insolvenza iniziale, non essendo sufficiente la "confusione dei patrimoni" (elemento scarsamente percepibile dai terzi) a fondare di per se stessa l'esistenza di un centro di interessi distinto dalla sede legale.

Anche in questo caso, la preoccupazione della Corte di giustizia sembra soprattutto essere quella della certezza e prevedibilità dell'individuazione del giudice competente e

¹³ CGUE C-191/10.

questo approccio deve necessariamente trovare applicazione anche in ordine all'ipotesi di dichiarazione di fallimento per estensione ai sensi dell'art. 147 l. fall., in quanto secondo l'interpretazione della Corte di giustizia il semplice *status* di socio illimitatamente responsabile di società fallita non può essere ritenuto sufficiente a fondare la giurisdizione in capo al Giudice per dichiarare l'estensione del fallimento a tale società, se essa non ha anche la propria sede legale o il proprio centro di interessi principali nello stato membro di apertura della procedura.

5. L'estensione della giurisdizione del *forum concursus*

In dottrina è stato discusso se il Regolamento contempra la regola della necessaria concentrazione presso il *forum concursus* delle azioni relative alla procedura di insolvenza.

La questione va, invero, affrontata coordinando le disposizioni del Regolamento con la disciplina generale in materia di giurisdizione dettata dal Regolamento 44/2001. In particolare, l'articolo 1, paragrafo 2, lettera b) del regolamento n. 44/2001 esclude dal campo di applicazione del medesimo tutte le azioni che derivano direttamente da una procedura d'insolvenza e che vi sono strettamente connesse, per cui preliminarmente il giudice deve verificare se la fattispecie sottoposta al suo esame rientri o meno in tale esclusione. Di converso, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia il Regolamento attribuisce ai giudici dello Stato membro, competente ex art. 3.1 ad aprire una procedura d'insolvenza, anche una competenza internazionale a conoscere tutte le azioni che derivano direttamente da detta procedura e che vi sono strettamente connesse;¹⁴ in proposito, è stato precisato che la circostanza che il curatore fallimentare sia parte in giudizio non è di per sé sufficiente per poter qualificare un procedimento come una azione derivante direttamente dal fallimento e strettamente connesso ad una procedura fallimentare,¹⁵ in quanto ciò che rileva è che l'azione derivi direttamente dal fallimento e si inserisca strettamente nell'ambito di un procedimento fallimentare o di amministrazione controllata.¹⁶

L'esempio tipico è quello delle azioni revocatorie fallimentari,¹⁷ ma l'esistenza dello "stretto legame" va verificato caso per caso: significativa è una decisione recente della Corte di giustizia in cui si è ritenuto che l'azione proposta nei confronti di un terzo da parte di un ricorrente il quale agisca sulla base di una cessione di credito effettuata dal curatore fallimentare designato nell'ambito di una procedura d'insolvenza, avente ad oggetto il diritto di revoca che deriva a tale curatore fallimentare dalla legge nazionale applicabile a detta procedura, rientri nel regolamento 44/2001 e non nel Regolamento, avuto riguardo alla diversità degli interessi perseguiti dal curatore rispetto al cessionario¹⁸.

¹⁴ CGCE C-339/07.

¹⁵ CGCE C-292/08.

¹⁶ CGUE C-111/08, la quale sottolinea che è l'intensità del legame esistente tra detta azione e la procedura d'insolvenza a determinare la sussistenza o meno della giurisdizione.

¹⁷ CGCE C-339/07; conf. Cass. 2006 n. 17706.

¹⁸ CGUE C-213/10.

Un approccio simile è stato adottato anche dalla nostra giurisprudenza propria nel settore dello shipping, essendosi affermato che il criterio di competenza previsto dalla legge fallimentare in base al quale deve essere accertata la giurisdizione del giudice italiano essendo la materia fallimentare esclusa dall'ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles del 1968, è applicabile quanto alle cause dipendenti dal fallimento, e tra le stesse non è compresa l'azione volta a far dichiarare la nullità di un contratto stipulato dalla società fallita esperibile sino dal momento in cui la causa di nullità si produce nonché all'azione intesa a far valere la garanzia per vizi nella costruzione di una nave, che spetta al committente prima e a prescindere dall'eventuale fallimento; azioni che il curatore, sopravvenuto il fallimento, esercita in luogo della società fallita e non traggono origine dalla procedura fallimentare.¹⁹

6. Le procedure secondarie

Gli effetti universali della procedura principale possono subire una limitazione a seguito dell'apertura di una procedura secondaria in altro Stato membro. L'apertura di tale procedura - la quale ha carattere territoriale perché di norma produce effetti soltanto nel territorio dello Stato in cui è aperta - fa sì che l'universalità della procedura principale diventi limitata, nel senso che valgono per tutti gli Stati membri destinatari del regolamento, tranne che per quello della procedura secondaria rispetto alle fattispecie e ai beni in esso localizzati.

Si possono aprire procedure secondarie in un altro Stato membro solo se il debitore ha una dipendenza nel suo territorio. In base al Regolamento, per "dipendenza" si deve intendere qualsiasi luogo di operazioni in cui il debitore esercita in maniera non transitoria un'attività economica con persone e con beni.

Al riguardo la Corte di giustizia ha precisato che la nozione di "dipendenza" deve essere interpretata nel senso che essa richiede la presenza di una struttura implicante un minimo di organizzazione e una certa stabilità ai fini dell'esercizio di un'attività economica: la mera presenza di singoli beni o di conti bancari non corrisponde, in linea di principio, a tale definizione.²⁰

Pertanto, ad esempio, per il settore dello shipping, la semplice presenza di una nave di proprietà del debitore in uno Stato membro diverso da quello in cui è localizzato il centro di interessi principali non sembra poter consentire, di per sé, l'apertura di una procedura secondaria in tale Stato membro, in assenza dei requisiti organizzativi minimi richiesti; essi, peraltro, potrebbero ritenersi soddisfatti laddove, in aggiunta, sul territorio di tale Stato esista un agente raccomandatario o agente generale, il quale abbia svolto con una certa stabilità attività per conto dell'armatore della stessa.

Come detto, la procedura secondaria può essere solo diretta alla liquidazione dei beni del debitore ed è necessariamente limitata a quelli i quali siano situati nel territorio dello stato membro in cui è presente la dipendenza e il giudice chiamato a pronunciarsi su tale domanda non può riesaminare il presupposto dell'insolvenza del debitore nei

¹⁹ Cass. 2008, n. 9745.

²⁰ CGUE C-396/09.

confronti del quale è stata aperta una procedura principale in un altro Stato membro.²¹ L'apertura di tale procedura può essere chiesta dal curatore della procedura principale o da altre persone o autorità legittimate a tal fine dalla legislazione del paese in cui è chiesta l'apertura della procedura. In certi casi, è possibile avviare una procedura territoriale di questo tipo in modo indipendente prima della procedura principale, se lo chiedono i creditori locali e i creditori della dipendenza locale oppure se le leggi del paese dell'UE nel quale il debitore ha il centro d'interessi principali non consentono di iniziare una procedura principale. Questa procedura, tuttavia, sarà convertita in procedura secondaria dopo l'avvio della procedura principale.

In dottrina è stato sottolineato come la deroga al principio universalistico sia particolarmente problematica laddove la procedura principale abbia finalità di garanzia, la quale verrebbe pregiudicata dall'apertura di procedure secondarie aventi una diversa finalità. Tuttavia, la Corte di giustizia, stante il chiaro tenore letterale delle disposizioni del Regolamento, ha confermato la possibilità di aprire una procedura secondaria di insolvenza – la quale ha obbligatoriamente natura liquidatoria - nello Stato membro in cui si trova una dipendenza del debitore, anche quando la procedura principale ha finalità di tutela. Spetta, peraltro, al giudice competente ad aprire una procedura secondaria prendere in considerazione gli obiettivi della procedura principale e tener conto delle specifiche del Regolamento nel rispetto del principio di leale cooperazione.²²

7. La legge regolatrice degli effetti del fallimento

La legge dello Stato membro nel quale ha avuto inizio la procedura di insolvenza disciplina la gran parte degli effetti della stessa, quali le condizioni di apertura, di svolgimento e di chiusura della procedura stessa e le norme sostanziali come la definizione dei debitori e dei beni in causa, i poteri del debitore e del curatore, gli effetti della procedura sui contratti, le azioni giudiziarie individuali, i crediti.

Pertanto, è la *lex concursus* a fissare gli effetti dell'apertura del fallimento sui contratti in corso; al riguardo, per quanto concerne le procedure aperte in Italia, l'art. 72 l. fall. prevede in linea generale che se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto. Il contraente può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende sciolto.

²¹ Pertanto, indipendentemente dalle finalità liquidatorie o di garanzia della procedura principale, l'esistenza della stessa fonda la possibilità di far valere lo condizione di insolvenza del debitore in tutti gli altri Stati membri, anche ai fini dell'apertura di procedure secondarie, e la pendenza o meno della procedura principale va accertata in base alla legge dello Stato membro in cui è stata aperta e non in base alla legge dello Stato membro in cui è chiesta l'apertura di una procedura secondaria; cfr. CGUE C-116/11.

²² CGUE C-116/11.

In caso di scioglimento, il contraente ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto risarcimento del danno.

La disposizione di cui al primo comma si applica anche al contratto preliminare, per cui – salvo quanto infra – troverà applicazione nel caso di accordo per la vendita di una nave stipulato, come da prassi quasi universale nel settore marittimo, sul formulario di *Memorandum of agreement – Saleform*, laddove venga qualificato come preliminare o come vendita obbligatoria.

L'art. 72 l. fall. è poi applicabile alla locazione di nave, anche in caso di locazione finanziaria, salva la disciplina specifica dell'art. 72 quater l. fall.²³ L'art. 72 ter l. fall. può, invece, trovare applicazione in caso di contratto di finanziamento collegato ad un contratto di costruzione o di acquisto di nave: in base a tale norma, il fallimento della società determina lo scioglimento del contratto di finanziamento destinato ad uno specifico affare quando impedisce la realizzazione o la continuazione dell'operazione. In caso contrario, il curatore, sentito il parere del comitato dei creditori, può decidere di subentrare nel contratto in luogo della società assumendone gli oneri relativi. Ove il curatore non subentri nel contratto, il finanziatore può chiedere al giudice delegato, sentito il comitato dei creditori, di realizzare o di continuare l'operazione, in proprio o affidandola a terzi; in tale ipotesi il finanziatore può trattenere i proventi dell'affare e può insinuarsi al passivo del fallimento in via chirografaria per l'eventuale credito residuo.

Per i contratti di noleggio e trasporto, che rientrano nel *genus* dell'appalto, si applica l'art. 81 l.fall. per cui il contratto di appalto si scioglie per il fallimento di una delle parti, se il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori non dichiara di voler subentrare nel rapporto dandone comunicazione all'altra parte nel termine di giorni sessanta dalla dichiarazione di fallimento ed offrendo idonee garanzie. Nel caso di fallimento dell'appaltatore, il rapporto contrattuale si scioglie se la considerazione della qualità soggettiva è stata un motivo determinante del contratto, salvo che il committente non consenta, comunque, la prosecuzione del rapporto e in base all'art. 74 l. fall. se il curatore subentra in un contratto ad esecuzione continuata o periodica deve pagare integralmente il prezzo anche delle consegne già avvenute o dei servizi già erogati.

Con il trasporto può interferire anche l'art. 75 l. fall., per il quale se la cosa mobile oggetto della vendita è già stata spedita al compratore prima della dichiarazione di fallimento di questo, ma non è ancora a sua disposizione nel luogo di destinazione, né altri ha acquistato diritti sulla medesima, il venditore può riprenderne il possesso, assumendo a suo carico le spese e restituendo gli acconti ricevuti, sempreché egli non

²³ Tale disposizione prevede che al contratto di locazione finanziaria si applica, in caso di fallimento dell'utilizzatore, l'articolo 72. Se è disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa il contratto continua ad avere esecuzione salvo che il curatore dichiari di volersi sciogliere dal contratto. In caso di scioglimento del contratto, il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a versare alla curatela l'eventuale differenza fra la maggiore somma ricavata dalla vendita o da altra collocazione del bene stesso avvenute a valori di mercato rispetto al credito residuo in linea capitale; per le somme già riscosse si applica l'articolo 67, terzo comma, lettera a). Il concedente ha diritto ad insinuarsi nello stato passivo per la differenza fra il credito vantato alla data del fallimento e quanto ricavato dalla nuova allocazione del bene. In caso di fallimento delle società autorizzate alla concessione di finanziamenti sotto forma di locazione finanziaria, il contratto prosegue; l'utilizzatore conserva la facoltà di acquistare, alla scadenza del contratto, la proprietà del bene, previo pagamento dei canoni e del prezzo pattuito.

preferisca dar corso al contratto facendo valere nel passivo il credito per il prezzo, o il curatore non intenda farsi consegnare la cosa pagandone il prezzo integrale.

Nella maggior parte dei contratti di utilizzazione di nave a lunga durata sono normalmente previste clausole contrattuali che prevedono la risoluzione del contratto per effetto dell'ammissione di una parte ad una procedura di insolvenza; tali pattuizioni, in quanto interferenti con una disciplina inderogabile finalizzata alla tutela non dell'interesse del singolo creditore, ma delle finalità pubblicistiche della procedura, sono inefficaci in base all'art. 72.6 l. fall.²⁴

Similmente, l'impatto della procedura di fallimento sulle clausole di scelta della giurisdizione o arbitrali è affidata alla *lex concursus* allorché su tratti di azioni dipendenti da o strettamente connesse alla procedura, per cui nel nostro ordinamento tali pattuizioni non sono applicabili alle azioni che rientrano nella giurisdizione esclusiva del *forum concursus*. In particolare, se il contratto in cui è contenuta una clausola compromissoria è sciolto a norma delle disposizioni della presente sezione, il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito.²⁵

8. I diritti reali sulle navi e la tutela del terzo acquirente

Il Regolamento stabilisce alcune regole applicabili a prescindere dalle *lex concursus* che prendono espressamente in considerazione le specificità del settore dello shipping.

Ad esempio, in tema di diritti reali l'art. 5 del Regolamento prevede che l'apertura della procedura di insolvenza non pregiudichi il diritto reale del creditore o del terzo sui beni di proprietà del debitore che al momento dell'apertura della procedura si trovano nel territorio di un altro Stato membro: pertanto, eventuali privilegi marittimi gravanti su una nave di proprietà del debitore che si trovi in uno Stato membro diverso da quello in cui è aperta la procedura devono essere comunque preservati ed essi saranno quindi accertati sulla base della loro specifica legge regolatrice e non in base alla *lex concursus*.

In base all'art. 11 del Regolamento gli effetti della procedura di insolvenza in ordine ai diritti del debitore su una nave, che siano soggetti a iscrizione in un pubblico registro, sono poi disciplinati dalla legge dello Stato membro sotto la cui autorità si tiene il registro.

Questa disposizione può essere di problematica applicazione nel caso di nave con doppia registrazione; se si ragiona in base alla legge italiana²⁶ il riferimento andrebbe inteso come riferito al registro sottostante, in quanto competente in tema di proprietà ed altri diritti reali, ma non vi è dubbio che la locuzione del Regolamento debba essere interpretata autonomamente, per cui potrebbero essere possibili soluzioni diverse, eventualmente ispirate all'esigenza di tutelare l'affidamento fondato sulla non immediata riconoscibilità della situazione di doppia registrazione.

²⁴ Una eccezione è prevista però per il contratto di assicurazione, in cui è ammesso il patto contrario alla regola legale cfr. art. 82 l. fall.

²⁵ Art. 83bis l. fall.

²⁶ cfr. art. 11 dpr 66/90.

Per quanto attiene la posizione del terzo acquirente, in base all'art. 14 del Regolamento, qualora, per effetto di un atto concluso dopo l'apertura della procedura di insolvenza, il debitore disponga a titolo oneroso di diritti relativi ad una nave soggetti all'iscrizione in un pubblico registro, la validità di detto atto è disciplinata dalla legge dello Stato sotto la cui autorità si tiene il registro, il che pone problemi analoghi in caso di nave soggetta a doppia registrazione.

9. Le prestazioni a favore del fallito

Come ricordato, in alcuni casi il Regolamento non detta norme di conflitto atte ad individuare la legge competente a disciplinare una determinata fattispecie, ma fissa esso stesso norme sostanziali uniformi direttamente applicabili.

Un esempio significativo in questo senso è dato dall'art. 24 del Regolamento, in forza del quale colui che in uno Stato membro adempie un'obbligazione a favore del debitore assoggettato a una procedura di insolvenza aperta in un altro Stato membro, laddove avrebbe dovuto eseguirla a favore del curatore della procedura, è liberato se non era informato dell'apertura della procedura. Sino a prova contraria, si presume che colui il quale adempie la propria obbligazione prima delle misure di pubblicità di cui all'articolo 21 non fosse a conoscenza dell'apertura della procedura di insolvenza, si presume invece, sino a prova contraria, che colui il quale l'abbia eseguita dopo le misure di pubblicità fosse a conoscenza dell'apertura della procedura. Le persone tutelate da tale disposizione sono i debitori del debitore fallito che direttamente o indirettamente adempiono in buona fede un'obbligazione a favore di quest'ultimo.

Al riguardo, nel caso di un pagamento effettuato da una banca con fondi del debitore fallito a un creditore, è stato ritenuto che - sebbene la banca abbia adempiuto un'obbligazione contratta nei confronti del debitore fallito - essa non adempia tale obbligazione «a favore» di quest'ultimo nel senso dell'articolo 24 del Regolamento n. 1346/2000, poiché tale debitore non è stato il beneficiario di detto pagamento. Tale disposizione, quindi, deve essere interpretata in modo tale da non consentire che la massa sia anche diminuita degli attivi che il debitore fallito deve ai suoi creditori. Infatti, in caso contrario, il debitore fallito, facendo adempiere le sue obbligazioni nei confronti di un creditore a terzi che non sono a conoscenza dell'apertura della procedura di insolvenza, potrebbe spostare attivi della massa verso tale creditore, compromettendo in tal modo uno degli scopi principali del Regolamento, consistente nel dissuadere le parti dal trasferire i beni da uno Stato ad un altro al fine di ottenere una migliore situazione giuridica. Per cui, a tale situazione non si applica l'art. 24 del Regolamento e la questione dell'eventuale responsabilità di tale banca è disciplinata dalla legge applicabile.²⁷

In base a questa impostazione, dovrebbe ritenersi che se il Charterer – su indicazione dell'Armatore – versa direttamente il nolo ad un soggetto terzo, come talvolta si verifica l'Armatore si trova in difficoltà coi pagamenti e soddisfa in questo modo i crediti sorti in occasione dello scalo in un porto prima della partenza della nave dallo stesso, in caso

²⁷ CGUE C-251/12; in particolare, è significativo che la Corte di giustizia abbia respinto la soluzione interpretativa proposta dall'AG secondo cui “*Un pagamento effettuato a un creditore del fallito costituisce una prestazione «a favore del debitore» ai sensi dell'articolo 24 del regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza, allorquando detto pagamento ha luogo per l'adempimento di un'obbligazione assunta nei confronti del fallito*”.

di fallimento dell'Armatore la questione non rientrerà nel campo di applicazione dell'art. 24 del Regolamento, ma sarà regolata dalla *lex concursus*. Analoga sorte potrebbero subire le clausole in uso nella prassi di cessione del nolo a favore della banca finanziatrice (laddove la cessione sia inopponibile alla massa) o di domiciliazione dei noli, spesso incluse nei contratti di locazione a scafo nudo.

10. Il riconoscimento della procedura di insolvenza e gli effetti sulle misure cautelari su nave

La procedura principale di insolvenza, aperta ai sensi dell'art. 3.1 del Regolamento, produce effetti universali poiché si applica ai beni del debitore situati in tutti gli Stati membri destinatari del regolamento. È inerente al principio della mutua fiducia tra i vari Stati membri che sia il giudice dello Stato membro investito della domanda di apertura di una procedura principale ad accertare se sussiste la propria competenza e che i giudici degli altri Stati membri riconoscano la sua decisione di apertura senza poter sindacare le valutazioni da esso svolte. Pertanto, l'apertura di una procedura di insolvenza in uno Stato membro deve essere riconosciuta in tutti gli altri Stati membri non appena essa produce effetto nello Stato in cui la procedura è aperta ed essa produce gli effetti previsti dalla legge dello Stato di apertura in tutti gli altri Stati membri, senza che sia necessaria alcuna ulteriore formalità.²⁸

Le decisioni adottate dal giudice competente per la procedura principale (incluse quelle relative a misure conservative) devono, quindi, essere riconosciute immediatamente da tutti gli Stati membri senza controllo supplementare²⁹, tranne nel caso che un simile riconoscimento abbia effetti contrari all'ordine pubblico di un paese (ad esempio, diritto del fallito di essere sentito)³⁰ o si tratti di decisioni che limitano il segreto postale o la libertà individuale.

Quando un giudice di uno Stato membro decide di aprire una procedura di insolvenza, la decisione è riconosciuta in tutti gli altri Stati membri, anche se il debitore non può essere assoggettato a tale procedura negli altri paesi. Gli effetti della decisione sono quelli previsti dalla legge del paese di apertura e cessano solo in caso di avvio di una procedura secondaria in un altro Stato membro e, in tal caso, solo con riferimento ai beni ivi localizzati.

Il curatore designato da un giudice competente può agire negli altri Stati membri nell'ambito dei poteri che gli sono attribuiti dalla legge dello Stato membro di apertura, ma deve rispettare la legge dello Stato membro nel cui territorio agisce. In particolare, può trasferire i beni del debitore ed esercitare ogni azione revocatoria nell'interesse dei creditori qualora, dopo l'apertura della procedura, i beni siano stati trasferiti dallo Stato membro della procedura principale, fatti salvi i casi particolari disciplinati direttamente dal Regolamento.

A richiesta del curatore, si può provvedere alla pubblicità negli altri Stati membri (pubblicazione della decisione di apertura della procedura di insolvenza, annotazione in

²⁸ CGUE C-444/07.

²⁹ Cass. 2008 n. 9743.

³⁰ CGCE C-341/04.

un registro pubblico). La pubblicazione può essere richiesta a titolo obbligatorio, ma non costituisce in nessun caso la condizione per il riconoscimento della procedura in un altro Stato membro.

Successivamente all'apertura di una procedura principale di insolvenza in uno Stato membro, le autorità competenti di un altro Stato membro, in cui non sia stata aperta alcuna procedura secondaria di insolvenza, sono tenute, fatti salvi i motivi di rifiuto fondati sugli artt. 25.3, e 26 del Regolamento, a riconoscere e ad eseguire tutte le decisioni relative alla procedura principale di insolvenza, e non hanno quindi il diritto di ordinare, applicando la legislazione di quest'altro Stato membro, provvedimenti esecutivi sui beni del debitore dichiarato insolvente situati nel territorio di quest'ultimo Stato, qualora non lo permetta la legislazione dello Stato di apertura e non siano soddisfatti i presupposti cui è subordinata l'applicazione degli artt. 5 e 10 del Regolamento.³¹

L'apertura di una procedura preliminare di insolvenza nei confronti della società proprietaria di una nave e della società alla quale la nave è stata data in locazione a scafo nudo con il conseguente divieto di azioni individuali esecutive o cautelari sui beni di tali società, effettuata in uno Stato membro ed efficace in Italia in base agli art. 16 e 17 del Regolamento, esclude quindi l'ammissibilità in Italia del sequestro conservativo della nave da parte di un creditore di tali società.³²

11. Lo scioglimento o sospensione dei contratti ex art. 169bis l. fall.

Secondo la prassi del commercio internazionale del settore marittimo, molti tipi di contratto prevedono la possibilità di far cessare gli effetti dello stesso in tempi molto brevi, in caso di inadempimento di una delle parti a specifiche obbligazioni: l'esempio più tipico sono le "*termination clause*" o "*right of withdrawal clause*" contenute nei formulari di *bare-boat* o *time charter party*. Pertanto, di solito la cessazione degli effetti di tali contratti precede l'apertura delle procedure di insolvenza, sottraendoli quindi alle conseguenze delle stesse, salvo che per i debiti rimasti insoluti.

Tuttavia, lo scenario può essere assai diverso in caso di procedure di insolvenza finalizzate alla tutela del debitore e ad evitare il suo fallimento, che possono essere attivate anche in situazioni in cui l'insolvenza non sia ancora conclamata.

Per quanto concerne la legge italiana, nel concordato preventivo i contratti pendenti di regola proseguono, senza cioè subire alcuna interferenza per effetto dell'apertura della procedura, al contrario di quanto avviene invece, come visto più sopra, nel fallimento, dove la regola è quella della sospensione (art. 72 e ss. l. fall.).

Tuttavia, l'art. 169 *bis* l. fall., al primo comma, prevede la possibilità che il debitore, con il ricorso di ammissione al concordato di cui all'art. 161 l. fall., possa chiedere al tribunale o, dopo il decreto di ammissione, al giudice delegato, l'autorizzazione a sospendere i o sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data di presentazione del ricorso.

³¹ CGUE C-444/07.

³² Trib. Venezia 23 dicembre 2010.

Questa disciplina, di recente introduzione, ha fatto sorgere molteplici problematiche applicative, delle quali mette conto menzionare alcune.

In primo luogo, è stata evidenziata la differenza terminologica tra il contratto “in corso di esecuzione” menzionato nell’art. 169 *bis* l. fall. e quello “ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti” di cui all’art. 72 l. fall., con la possibile conseguenza di attribuire alla prima disposizione un ambito applicativo più ampio (ad esempio, contratti con obbligazioni in capo ad una sola parte).³³

In secondo luogo, è stata sottolineata la piena discrezionalità del debitore nella scelta dei contratti sui quali intervenire, in base a scelte necessariamente funzionali alla realizzazione del piano sottoposto alla valutazione del giudice ai fini dell’ammissione al concordato.

In proposito, assai discussa è l’ammissibilità del ricorso all’art. 169 *bis* l. fall in caso di proposta di concordato c.d. in bianco: la giurisprudenza prevalente ammette la possibilità,³⁴ ma qualche isolata decisione la nega.³⁵

Discusso è poi l’ambito della valutazione da parte del giudice, che deve autorizzare la sospensione o lo scioglimento; in particolare, si ritiene che la previsione del potere autorizzativo del giudice al quale viene formulata la richiesta abbia principalmente lo scopo di prevenire l’abuso di questo strumento, il quale, senza il controllo giurisdizionale, potrebbe essere utilizzato senza effettivo rapporto con la domanda di concordato e per fini estranei alla causa del superamento della situazione di crisi che la caratterizza, il che sembra richiedere che la possibilità di autorizzare la sospensione o lo scioglimento presupponga la presenza nel ricorso non solo dell’indicazione dei contratti pendenti su cui si intende incidere, ma anche di almeno una qualche giustificazione circa la funzionalità e congruità di tali atti rispetto al depositando piano.

Se la natura degli effetti della sospensione del contratto in corso di esecuzione non pone particolari difficoltà, più problematica appare la valutazione degli effetti dello scioglimento, essendo discusso se essi siano sostanziali o solo endoprocedimentali. La prima posizione sembra al momento prevalente in giurisprudenza,³⁶ per cui se poi il debitore non viene ammesso al concordato, con conseguente passaggio dalla fase concordataria dichiarata inammissibile a quella fallimentare, i contratti già scioltisi per autorizzazione del giudice saranno considerati sciolti sin da prima della dichiarazione di fallimento e pertanto rispetto ad essi non troverà applicazione la disciplina di cui all’art.72 e ss. l. fall. Secondo un diverso orientamento, ad oggi minoritario, l’autorizzazione allo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione di cui all’articolo 169*bis* l. fall. non determinerebbe di per sé l’effetto sostanziale del definitivo scioglimento del contratto, ma solo quello procedimentale di consentire al proponente di presentare ai creditori una proposta e un piano che lo prevedano;³⁷ di conseguenza, in caso di non ammissione al concordato i contratti sarebbero da considerare ancora pendenti. Questa seconda soluzione, seppure ispirata ad esigenze di tutela del terzo che subisce lo scioglimento, sembra difficilmente compatibile con l’esigenza di garantire al terzo la certezza della propria posizione: basti pensare al caso in cui lo scioglimento

³³ App. Genova 10 febbraio 2014.

³⁴ App. Venezia, 20 novembre 2013; App. Genova 10 febbraio 2014.

³⁵ Trib. Milano 19 marzo 2013.

³⁶ Appello Genova, 5 febbraio 2014; App. Venezia 20 novembre 2013

³⁷ Trib. Pistoia 23 gennaio 2014; Trib. Terni 27 dicembre 2013.

chiesto dal *charterer* di un contratto di noleggio, non potendosi certo imporre all'armatore di non reimpiegare la nave in attesa della decisione definitiva sull'ammissione del debitore al concordato.

Tuttavia, nell'ottica della doverosa tutela del terzo, per quanto attiene il tema della decorrenza degli effetti sospensivi o di scioglimento, si ritiene che una volta che la sospensione o lo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione sia stato autorizzato dal Tribunale (o dal giudice delegato dopo l'ammissione), esso debba essere necessariamente comunicato dal debitore alla controparte perché lo stesso possa produrre i propri effetti, in quanto l'autorizzazione del giudice avrebbe l'effetto di togliere un limite alla facoltà di agire del soggetto autorizzato, il quale è tuttavia l'unico legittimato al compimento di tale atto; pertanto, fino al momento della comunicazione al terzo, al contratto deve essere data regolare esecuzione, con possibile applicazione, in difetto, della ordinaria disciplina dell'inadempimento³⁸ o degli specifici rimedi previsti nel contratto stesso, quali appunto le già ricordate "*termination clause*" e "*right of withdrawal clause*" utilizzate nei formulari standard.

Assai discusso è poi se sussista l'obbligo per il giudice di convocare il terzo prima di autorizzare lo scioglimento o la sospensione;³⁹ al riguardo, è evidente il potenziale contrasto tra l'esigenza di tutela della posizione del debitore sottesa alla procedura di concordato preventivo, con la connessa necessità di agire con rapidità per impedire il deteriorarsi della situazione debitoria, rispetto alla tutela della posizione del terzo che subisce, in una fase ancora solo prodromica all'ammissione al concordato, gli effetti dello scioglimento dei contratti in corso di esecuzione. Nel silenzio della norma, si potrebbe forse ipotizzare la possibilità per il giudice di autorizzare la sola sospensione *inaudita altera parte*, rinviando l'autorizzazione allo scioglimento del contratto – qualora richiesto – ad un momento successivo alla convocazione del terzo.

Va, infine, ricordato come in base all'art. 169*bis*, terzo comma l.fall. gli effetti dello scioglimento non si estendono comunque alla clausola arbitrale, né è prevista la concentrazione delle azioni di accertamento presso il *forum concursus*.

³⁸ App. Genova 10 febbraio 2014; Trib. Modena 7 aprile 2014.

³⁹ In senso affermativo App. Venezia 20 novembre 2013; in senso contrario Trib. Ravenna 28 gennaio 2014; Trib. Terni 27 dicembre 2013.