

CRISI E RINNOVAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

TOMASO GALLETTO

La protezione e l'apprensione dei beni situati all'estero

SOMMARIO 1. Una premessa e l'individuazione dei problemi. - 2. L'attuale prospettiva italiana: possibilità e limiti di azione del curatore o commissario. - 3. Lo scenario internazionale e gli strumenti utilizzabili: cenni alle Convenzioni bilaterali di cui c parte l'Italia ed alla disciplina di diritto internazionale privato di taluni Stati. - 4. Le procedure secondarie di insolvenza, con particolare riferimento alla disciplina fallimentare statunitense. - 5. Cenni ad un'esperienza vissuta: la protezione di una partecipazione azionaria totalitaria detenuta all'estero dall'impresa italiana insolvente. - 6. Le prospettive di regolamentazione a livello internazionale del fenomeno dell'insolvenza transnazionale e la loro incidenza sui problemi affrontati. - 7. Conclusioni.

1. Una premessa e l'individuazione dei problemi.

L'espansione dell'attività al di fuori del territorio nazionale che nell'ultimo ventennio ha fortemente caratterizzato il nostro sistema imprenditoriale, attraverso la localizzazione di iniziative produttive sia nei paesi ad economia emergente sia in quelli ad economia evoluta, la crescente mobilità internazionale del capitale e - nella prospettiva dell'UE - la libertà di stabilimento e di movimenti finanziari, hanno posto all'attenzione dei pratici i delicati profili sottesi al fenomeno della cosiddetta "insolvenza transnazionale", sino a qualche tempo addietro indagata quasi esclusivamente dai cultori di diritto internazionale privato.

Se è vero, infatti, che sarebbe inesatto affermare che i problemi connessi alla insolvenza transnazionale hanno origine relativamente recente nella nostra esperienza (i più rilevanti gruppi imprenditoriali hanno da sempre interessi all'estero), non può peraltro disconoscersi che soltanto recentemente - almeno per quanto concerne il nostro Paese - tali problemi hanno iniziato a porsi, assai meno sporadicamente di quanto avvenisse in passato, ai giudici fallimentari ed ai curatori italiani.

Questa necessaria premessa è funzionale - nell'economia del presente scritto - ad individuare i problemi che si intendono approfondire, delimitando nel contempo il campo dell'indagine a taluni profili maggiormente ricorrenti nella pratica, e più precisamente a quelli connessi alla protezione ed alla apprensione dei beni ubicati all'estero ed appartenenti ad un soggetto dichiarato fallito in Italia.

Deve conseguentemente sin d'ora avvertirsi che nel presente lavoro non potrà che essere fatto un rapido cenno allo scenario assai vasto in cui si iscrivono i problemi qui esaminati; ditale scenario si potrà dare conto soltanto nei limiti in cui - sotto un profilo eminentemente pratico esso necessariamente incide sulla soluzione delle questioni affrontate in via principale.

Tali questioni riguardano, come si è in precedenza accennato, la materia della protezione ed apprensione dei beni situati all'estero e di pertinenza di un soggetto dichiarato fallito in Italia; in questa materia assumono grande rilevanza taluni concetti e principi che conviene subito enunciare: l'universalità o la territorialità del fallimento, l'efficacia transnazionale della *par candido creditorum* la sua indifferenza sul piano internazionale, la giurisdizione nei confronti dello straniero, l'efficacia della declaratoria di fallimento e la sua riconoscibilità all'estero, gli effetti territoriali o meno dello spossessamento del debitore, per citare soltanto alcuni dei profili problematici sottesi alla materia considerata.

Individuato nei sintetici termini che precedono il complesso quadro in cui necessariamente si iscrive l'indagine oggetto del presente lavoro, può ora procedersi alla ricognizione della situazione in cui oggi si trovano un giudice delegato ed un curatore che siano chiamati ad occuparsi del fallimento di un soggetto che abbia la disponibilità di beni all'estero.

2. *L'attuale prospettiva italiana: possibilità e limiti di azione del curatore commissario.*

Come si è in precedenza avvertito non è più così inusuale che un curatore italiano (o un commissario nella liquidazione coatta amministrativa o nell'amministrazione straordinaria) individui quali componenti dell'attivo un bene (in senso lato, comprensivo ad esempio di crediti) ubicato all'estero.

Quali strumenti sono disponibili per il curatore al fine di proteggere (dapprima) il bene dalle

aggressioni singolari (cioè fuori concorso) da parte di creditori stranieri e (successivamente o alternativamente) procedere alla materiale apprensione del bene al fine ulteriore di sottoporlo all'esecuzione concorsuale?

Quali limiti incontrano le possibili iniziative del curatore?

Dirò subito che la situazione del curatore - salvi taluni casi dei quali si farà cenno - è tutt'altro che agevole.

Intanto il curatore italiano dovrà misurarsi con il problema della sua legittimazione all'estero, non operando al di fuori dei limiti territoriali né il principio della sua sostituzione *ex lege* nell'amministrazione dei beni del fallito, né quello della sostituzione processuale nei processi pendenti.

Per superare questo primo ostacolo il curatore dovrà dare corso - ottenuta la debita autorizzazione che si ritiene assentibile ancorché il procedimento giurisdizionale debba svolgersi all'estero - alla dichiarazione di esecutività all'estero della sentenza dichiarativa di fallimento (o della sentenza dichiarativa dell'insolvenza e del connesso provvedimento amministrativo nella liquidazione coatta o nella amministrazione straordinaria).

Nel ricordare che la materia fallimentare esula dal campo di applicazione delle Convenzioni di Bruxelles del 1968 e di Lugano 1988 (sulle quali si ritornerà nel prosieguo) e che conseguentemente il curatore non potrà in materia avvalersi del procedimento semplificato di *exequatur* previsto da tali Convenzioni (ovviamente nell'ipotesi in cui gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento volessero essere estesi al territorio di uno stato aderente alle menzionate convenzioni), deve rilevarsi che molti ordinamenti richiedono, per procedere al riconoscimento di un sentenza straniera, che essa sia passata in giudicato secondo le regole dell'ordinamento di provenienza.

Si tratta, evidentemente, in questi casi di un grave limite che si pone al curatore italiano, essendo tutt'altro che infrequente nella nostra esperienza che il fallito si opponga (spesso per motivi inconsistenti) alla sentenza di fallimento, così impedendone per lungo tempo il passaggio in giudicato.

Già sotto questo preliminare profilo si intuisce la difficoltà per il curatore italiano (nella generalità dei casi e salvo quanto *in fra si* dirà trattando delle poche convenzioni bilaterali di cui in materia è parte l'Italia) di vedere riconosciuto all'estero il proprio *status* e la conseguente legittimazione ad agire nell'interesse della massa dei creditori.

Ipotizzando peraltro uno scenario semplificato, che veda il Curatore italiano sperimentare con successo ed in tempi brevi il procedimento di delibazione della sentenza di fallimento nel paese straniero in cui sono situati beni del fallito (e ciascuno può intuire quanto sia tutt'altro che frequente un risultato così felice), ovvero che i beni siano ubicati in Paesi che non richiedano una formale delibazione (ad esempio la Gran Bretagna e la Germania), subito si pone davanti al curatore una seconda, più ardua barriera che ostacola - spesso

definitivamente - il raggiungimento del fine prefissato, consistente non solo nella protezione del bene situato all'estero, ma anche della sua materiale apprensione (se si tratta, ovviamente, di bene suscettibile di apprensione materiale) e, in quanto possibile nel suo trasferimento in Italia al fine di sottoporlo all'esecuzione concorsuale.

E' dato di comune esperienza, infatti, che l'insolvenza che ha dato luogo alla dichiarazione del fallimento in Italia è tendenzialmente estesa a tutte le situazioni territoriali in cui l'impresa insolvente opera, e quindi anche all'estero.

Quand'anche l'insolvenza sia limitata ai rapporti afferenti l'impresa esercitata in Italia, è assai probabile che la recisione dei flussi, finanziari ed operativi, che consegue alla declaratoria del fallimento in Italia di una impresa si riverbererà inesorabilmente, ad esempio, sulle controllate estere ed a maggior ragione sulle sedi secondarie eventualmente ubicate all'estero.

In questa prospettiva accade frequentemente non soltanto che i beni situati all'estero siano oggetto di aggressione per effetto della insolvenza che anche in tal luogo si viene a verificare per le ragioni sopra indicate, ma anche - e soprattutto - che i creditori stranieri dell'impresa fallita in Italia (specialmente i più avveduti quali le banche) aggrediscano all'estero i beni del fallito anche allo scopo di sottrarsi al concorso ed alla graduazione dei creditori operanti in Italia per effetto della declaratoria di fallimento.

Non è poi infrequente il caso di occultamento all'estero di beni (depositi di denaro e altre attività patrimoniali) di pertinenza del soggetto fallito.

Nei confronti di iniziative siffatte la posizione giuridica del curatore italiano è assai debole ed anzi, nella generalità dei casi, essa è spesso perdente.

Occorre in proposito rilevare che nello scenario europeo non si rinviene alcuna legislazione che a fronte di un fallimento dichiarato all'estero comporti il divieto assoluto di azioni esecutive individuali. Anche i Paesi che, in misura più o meno ampia, consentono al curatore straniero taluni poteri di disposizione sui beni del fallito situati nel loro territorio non sono propensi ad impedire le azioni esecutive individuali su tali beni, per evidenti ragioni di tutela dell'affidamento di coloro che hanno contrattato con l'imprenditore confidando nell'esistenza in un determinato territorio di beni che costituiscano garanzia delle obbligazioni assunte.

In epoca relativamente recente è stato affrontato dalla nostra Suprema Corte un caso emblematico nella materia considerata, che conviene sinteticamente illustrare a dimostrazione di quanto possa essere arduo (e spesso sia impossibile) il compito che il curatore si prefigge di proteggere e di apprendere beni del fallito ubicati all'estero.

La vicenda, certamente ben nota a coloro che si occupano della materia, trae origine dal fallimento di una società italiana che era al contempo debitrice nei confronti di una società svizzera e creditrice nei confronti di soggetti residenti in Svizzera.

La società svizzera creditrice della fallita promuove in Svizzera azione esecutiva sui crediti della fallita nei confronti di soggetti residenti in Svizzera (ed ottiene in tal modo la quasi totale soddisfazione del proprio credito), insinuandosi peraltro al passivo del fallimento italiano per far valere anche in quella sede i propri crediti, in attesa dell'esito della azioni esecutive intraprese in Svizzera.

Il curatore fallimentare conviene in giudizio in Italia, davanti al Tribunale Fallimentare, il creditore straniero che si è soddisfatto coattivamente all'estero sui crediti della società fallita, sostenendo la illegittimità, nullità ed inefficacia dei pagamenti coattivi ottenuti all'estero da tale creditore straniero per violazione del principio della *par condicio creditorum*, in considerazione della pretesa universalità degli effetti del fallimento, e chiedendo al giudice italiano di neutralizzare direttamente gli effetti dei pagamenti coattivi ottenuti dal creditore estero, con condanna di quest'ultimo alla restituzione alla curatela di quanto indebitamente percepito dalla curatela di quanto ovvero al risarcimento del danno.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte, investite dalla controversia a seguito di regolamento preventivo di giurisdizione proposto dalla società straniera convenuta, dichiarano il difetto di giurisdizione del giudice italiano con una articolata motivazione che - salvo quanto infra si dirà con riferimento agli effetti della recente riforma del diritto internazionale privato introdotta con legge n. 218 del 1995 - costituisce ancora oggi il *leading case* in materia (Cass., Sez. Unite, 19.12.1990 n. 12031).

Osserva la Corte che la procedura esecutiva concorsuale non può che avere per oggetto i beni del fallito che si trovano nell'ambito del territorio dello Stato, attesa la essenziale ed imprescindibile correlazione tra i beni che si pretende di acquisire alla massa attiva fallimentare e la possibilità di esercitare rispetto ad essi l'azione esecutiva, la quale incontra il limite territoriale della sovranità dello Stato, che segna a sua volta l'ambito di competenza giurisdizionale del giudice italiano.

La **territorialità** della procedura esecutiva concorsuale - la quale pur non esaurendo il complesso fenomeno del processo fallimentare ne rappresenta tuttavia un aspetto essenziale ed imprescindibile - esclude quindi che rispetto a beni del fallito situati all'estero possa trovare applicazione il divieto di azioni esecutive individuali di cui all'art. 51 della legge fallimentare, essendo tale regola insuscettibile di applicazione extra territoriale.

Escluso - per le ragioni sinteticamente enunciate in precedenza - che il giudice italiano possa interferire sugli effetti di una procedura esecutiva svolta all'estero (salvo deroghe consentite da convenzioni internazionali, nella specie inapplicabili) la Corte Individua i possibili strumenti utilizzabili dal Curatore nella deliberazione della sentenza di fallimento nel Paese in cui sono ubicati i beni del fallito e nell'esperimento all'estero di quelle azioni che sono ammissibili secondo i principi dell'ordinamento straniero.

La soluzione offerta dalla Corte - sulla cui correttezza non sembra possa fondatamente dubitarsi - è, come si è già avvertito, emblematica delle difficoltà, spesso insormontabili,

che si frappongono ad un positivo risultato per le iniziative di protezione ed apprensione dei beni del fallito ubicati all'estero.

Le considerazioni che precedono, peraltro, hanno necessariamente carattere generale e non escludono - come si illustrerà sinteticamente nel prosieguo - che in determinate circostanze, disciplinate a livello convenzionale o dalla legislazione di taluni Stati, il tentativo del Curatore italiano di proteggere o apprendere i beni del fallito ubicati all'estero, possa avere successo.

3. *Lo scenario internazionale e gli strumenti utilizzabili: cenni alle Convenzioni bilaterali di cui è parte l'Italia ed alla disciplina (il diritto internazionale privato di taluni Stati.*

Ampliando - sia pure nei limiti imposti dal presente lavoro - il campo dell'indagine a livello sovranazionale, si avverte subito la sostanziale inadeguatezza degli strumenti utilizzabili per la soluzione del problema esaminato.

Intanto, come si è già segnalato, deve escludersi la utilizzabilità della disciplina dello spazio giuridico europeo di cui alla Convenzione di Bruxelles del 1968 e di Lugano del 1988.

Tali Convenzioni escludono dal proprio campo di applicazione, tra l'altro, le controversie in materia fallimentare (art. 1.2) per tali intendendosi, peraltro, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, le azioni che **derivano direttamente dal fallimento** e si **inseriscono direttamente** nel processo fallimentare (Corte di Giustizia UE, 22 Febbraio 1979, causa 133/78, Gourdain, in *Racc.*, 1979, 733).

Non è dubbio che nella specie, pur considerando l'interpretazione tendenzialmente restrittiva di cui si è fatto cenno, le azioni che il Curatore italiano intendesse promuovere per la protezione e l'acquisizione dei beni del fallito ubicati all'estero esulerebbero dal campo di applicazione delle richiamate Convenzioni, essendo tali azioni derivanti dal fallimento e strettamente connesse al processo fallimentare.

Così stando le cose, e riprendendo quanto si è già accennato esaminando il *leading case* italiano in materia, il Curatore dovrà verificare quali eventuali opportunità gli sono offerte da convenzioni bilaterali di cui sia parte l'Italia prima di risolversi - all'esito negativo ditale indagine - ad approfondire gli strumenti che gli sono offerti dall'ordinamento del paese straniero in cui sono ubicati i beni e procedere di conseguenza attraverso la delibazione della sentenza di fallimento (ove necessario) e l'esperimento di quelle azioni che tale ordinamento straniero consente nella materia considerata.

Per quanto concerne il primo degli indicati profili di indagine, la maggior parte delle

convenzioni bilaterali in materia di riconoscimento ed esecuzione di sentenze in materia civile commerciale di cui l'Italia è parte esclude l'applicazione della disciplina convenzionale in materia fallimentare. A solo titolo di esempio potranno essere ricordate, in questa prospettiva, la Convenzione Italo-Svizzera del 1933 e quella con la Germania del 1936 (rimessa in vigore dopo il secondo conflitto mondiale); per entrambe, atteso il dato testuale, la nostra giurisprudenza ha escluso la loro applicabilità alla materia fallimentare (sulla prima cfr. Cass., S.U., 19.12.1990 n. 12031 e, sulla seconda, Cass., S.U. 23.2.1990 n. 1396).

Soltanto due convenzioni bilaterali di cui è parte l'Italia offrono ausilio al curatore Italiano che cerchi di proteggere ed apprendere i beni del fallito situati all'estero: quella con la Francia del 1930 (rimessa in vigore dopo la seconda guerra mondiale) e quella con l'Austria del 1987 (ma entrata in vigore nel 1990). La seconda convenzione è specificatamente dedicata alla materia fallimentare, a differenza della prima che concerne più in generale la materia civile e commerciale.

Ai sensi della Convenzione italo-francese, il curatore di un fallimento dichiarato in uno stato può esercitare, nel territorio dell'altro stato contraente, qualsiasi azione, come rappresentante del fallito o della massa, e adottare qualsiasi misura volta alla conservazione ed amministrazione del patrimonio del fallito che si trovi nel territorio dell'altro contraente.

La Convenzione italo-austriaca è più dettagliata e consente non solo l'esercizio delle azioni a tutela dei beni del fallito ubicati nel territorio dell'altro Stato contraente, ma anche il riconoscimento al curatore straniero degli stessi poteri che gli sono riconosciuti dallo Stato in cui è dichiarato il fallimento, ivi compreso quello di procedere alla vendita dei beni mobili e immobili che facciano parte della massa attiva.

Quest'ultima Convenzione che risente certamente del dibattito da lungo tempo aperto a livello europeo per l'ampliamento dello spazio giuridico anche nella materia fallimentare e di cui si farà cenno nel prosieguo, è quella che pone il Curatore nella situazione di minor disagio nel perseguire l'apprensione dei beni del fallito ubicati all'estero.

Esaurita nei sintetici termini che precedono l'individuazione della assai scarna disciplina convenzionale utilizzabile nella materia considerata, occorre fare rapido cenno alla disciplina di diritto internazionale privato di taluni stati che consente - in misura più o meno ampia - al curatore italiano di perseguire qualche risultato positivo rispetto alla protezione e apprensione di beni del fallito ubicati all'estero.

Alcuni ordinamenti consentono che la declaratoria di fallimento emessa in uno stato straniero dispieghi effetti ulteriori rispetto a quello - minimale - del riconoscimento del curatore quale rappresentante del fallito e della massa dei creditori; in Germania, ad esempio, a partire dal 1985 si è assistito ad una inversione di tendenza rispetto al disconoscimento sino ad allora operante di qualsiasi effetto rispetto ai fallimenti dichiarati all'estero: attualmente ai curatori fallimentari stranieri è attribuito in via di principio il

potere di disposizione sui beni del fallito.

Non essendo possibile dare conto in questa sede del variegato panorama in materia, si ricorderà la relativamente recente normativa di d.i.p. svizzera (legge federale del 18 dicembre 1987), che prevede peraltro una disciplina di favore per i creditori residenti in Svizzera, istituendo una sorta di stato passivo limitato ai beni ubicati in Svizzera all'esclusivo beneficio dei creditori ivi residenti e la messa a disposizione dell'eventuale saldo in favore del curatore straniero, e la normativa, assai più rilevante, in materia di "procedure secondarie" di insolvenza assai diffusa nei Paesi di Common Law.

Attesa la rilevanza che il menzionato istituto riveste nella materia considerata, e la sua introduzione a livello di disciplina convenzionale multilaterale del fallimento in ambito UE (non ancora vigente, come *in fra* si dirà) sembra opportuno procedere ad un sintetico approfondimento nei termini che seguono.

4. Le procedure secondarie di insolvenza, con particolare riferimento alla disciplina fallimentare statunitense.

La normativa in materia fallimentare di alcuni Paesi (la Germania e soprattutto gli Stati Uniti) consente che - dichiarato il fallimento all'estero - si aprano nell'ordinamento in cui sono situati beni del fallito procedure ulteriori rispetto al fallimento (principale) dichiarato nello stato nel cui territorio è situato il centro principale degli affari del soggetto insolvente.

Tali procedure secondarie di insolvenza perseguono sostanzialmente il duplice risultato di consentire al curatore straniero una più ampia sfera di azione nell'ordinamento estero in cui sono situati beni del fallimento e, nel contempo, di tutelare adeguatamente i creditori del fallito residenti nel territorio in cui sono situati detti beni.

Ricordando il richiamo alla disciplina tedesca (alla quale si è ispirata la Convenzione Europea sottoscritta nel 1995 ma non ancora in vigore), particolarmente interessante si rivela, in proposito, la disciplina fallimentare statunitense.

Sino alla riforma del diritto fallimentare (che è disciplinato da norme di rango federale per espressa previsione della Costituzione) avvenuta nel 1978, negli Stati Uniti non erano previste procedure secondarie di insolvenza collegate a procedure fallimentari instaurate al di fuori degli U.S.A.

Con la menzionata riforma nella disciplina fallimentare americana (tuttora in evoluzione, da ultimo a seguito della emanazione di nuove Federal Rules in vigore dal 1° dicembre 1997) si è introdotto l'istituto dei "Cases Ancillary to Foreign Proceedings" normato principalmente dalla Section 304 dell'U.S. Bankruptcy Code.

La funzione di tale istituto, in estrema sintesi, è quella di offrire ad un curatore straniero

(inteso quale gestore legale del patrimonio del soggetto insolvente) gli strumenti giurisdizionali idonei a consentire l'amministrazione del procedimento estero di insolvenza nella misura in cui sia un collegamento con gli Stati Uniti.

Più precisamente, la procedura in argomento consente la protezione negli Stati Uniti di beni del fallito, in taluni casi la loro apprensione ed il loro trasferimento all'estero, nella disponibilità del curatore straniero e comunque tendenzialmente di adottare in favore di quest'ultimo i provvedimenti giurisdizionali che il giudice fallimentare statunitense ritenga appropriati allo scopo di consentire una corretta gestione del patrimonio del fallito.

Non è certamente possibile in questa sede dare conto del complesso meccanismo procedimentale di un Ancillary Case, ma è interessante notare che tale istituto può essere applicato anche in assenza di beni del fallito in U.S.A. (ad esempio per evitare che i creditori cerchino comunque di ottenere sentenze a loro favorevoli nell'ambito della giurisdizione americana) e che l'ampiezza dei vantaggi che un Curatore straniero può conseguire da tale procedura è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice fallimentare americano, non essendo sembrato opportuno al Congresso - in sede di introduzione del nuovo istituto - dettare una rigida regolamentazione che avrebbe potuto dimostrarsi inadeguata alla soluzione dei casi concreti.

L'ampia discrezionalità di cui gode il giudice fallimentare nel decidere se concedere o meno i provvedimenti richiesti dal curatore straniero è peraltro temperata dalla necessità di assicurare un corretto bilanciamento degli interessi in gioco, in una situazione, tra l'altro, che pone sempre delicati problemi di conflitto di leggi applicabili.

Per adempiere a questo delicato compito il giudice americano è orientato dal principio cosiddetto della "Comity", istituto che non trova un esatto omologo nel nostro ordinamento, e che consiste, secondo la definizione offerta nella decisione del caso dell'editore Maxwell (1992), "nel riconoscimento che uno Stato concede nel proprio territorio agli atti legislativi, amministrativi e giurisdizionali di un altro Stato, avuto il debito riguardo sia ai doveri e alle consuetudini internazionali sia ai diritti dei propri cittadini o degli altri soggetti che possano godere della protezione delle sue leggi".

In sostanza, può affermarsi, con buona approssimazione, che la verifica della sussistenza o meno della Comity ha per oggetto la conformità degli atti stranieri di cui si chiede il riconoscimento negli U.S.A. ai principi fondamentali di quest'ultimo ordinamento nella materia considerata. Di ciò si ha conferma nella lettura delle sentenze che citate dottrina fanno applicazione, in cui la disciplina straniera viene esaminata proprio per verificare che la sua applicazione negli U.S.A. non sia incompatibile con i principi fondamentali posti dalla legge federale in materia di fallimento.

L'esame della casistica giurisprudenziale americana degli ultimi anni - che si è potuto effettuare grazie alla cortesia di colleghi americani che hanno fornito la necessaria documentazione - consente di rilevare che l'istituto degli *Ancillary Cases* ha fornito ottima

prova di sé nelle più svariate circostanze di fatto e di diritto, consentendo spesso ai curatori stranieri di evitare l'aggressione e la liquidazione negli Stati Uniti di beni di pertinenza di soggetti falliti all'estero, con grave vulnerazione del principio della *par condicio creditorum*, ovvero di ottenere la disponibilità di beni occultati negli U.S.A.

Occorre peraltro avvertire che gli *Ancillary Cases*, nella generalità dei casi, non costituiscono procedure secondarie di insolvenza nel senso fatto proprio dalla Convenzione Europea sottoscritta nel 1995, anche se la flessibilità dell'istituto in esame che emerge dai pur rapidi cenni che si sono fatti - consente che, ricorrendone i presupposti, possano per tal via essere conseguiti obiettivi analoghi a quelli tipici delle procedure secondarie di insolvenza.

5. **Cenni ad un'esperienza vissuta: la protezione di una partecipazione azionaria totalitaria detenuta all'estero dall'impresa italiana insolvente.**

In epoca recente, nell'ambito di una amministrazione straordinaria si è posta la questione relativa alla titolarità in capo all'impresa insolvente di una partecipazione totalitaria al capitale di una società di diritto statunitense, strategica per gli interessi dei creditori, anch'essa fortemente indebitata e sostanzialmente insolvente.

Poiché i creditori della partecipata statunitense erano tutti domiciliati in territorio U.S.A. e l'impresa insolvente in Italia era coobbligata con quella statunitense non tanto per effetto della partecipazione totalitaria, quanto per espressa assunzione del debito solidale per importi molto rilevanti, ed era altresì debitrice ad altro titolo verso altri creditori americani per importi ancora più rilevanti, si era di fronte al concreto rischio che i creditori statunitensi dell'impresa italiana aggredissero con azioni esecutive la partecipazione azionaria e, attraverso tale azione, conseguissero negli Stati Uniti la liquidazione a loro beneficio del patrimonio della partecipata statunitense.

Anche altri creditori, ancorché non domiciliati negli U.S.A., avrebbero potuto cercare di soddisfarsi sulla partecipazione azionaria detenuta in quella nazione, vulnerando così il principio della *par condicio creditorum*.

In questa prospettiva si è ritenuto di operare come segue.

La partecipata U.S.A. è stata sottoposta alla procedura di cui al Chapter 11 della legge fallimentare americana (che prevede la sottoposizione ai creditori di un piano di riorganizzazione dell'impresa sotto il controllo del giudice fallimentare e può convertirsi in una procedura liquidatoria in caso di insuccesso) e, nel contempo, è stata chiesta dall'impresa italiana in amministrazione straordinaria l'apertura in un *Ancillary Case* al fine di prevenire azioni giudiziali negli Stati Uniti nei confronti della impresa e dei beni situati negli U.S.A. (nella sostanza, la partecipazione totalitaria nella società statunitense).

Entrambe le procedure sono state assentite dal giudice fallimentare americano - dovendosi tra l'altro dare atto della tempestività ed efficienza dell'intervento di quel giudice, che pure era posto di fronte ad una procedura di amministrazione straordinaria, di assai difficile comprensione per un giurista di *common Law* [e non solo di esso) - ed hanno conseguito gli obiettivi ai quali erano finalizzate.

Più precisamente, avvalendosi ovviamente dell'opera di esperti legali americani, si sono perfezionate transazioni con i più importanti creditori americani della società partecipata, in modo da poter predisporre un piano di riorganizzazione che prevedesse il pagamento dei debiti in termini compatibili con le disponibilità della procedura italiana, la quale è intervenuta acquistando e ritrasferendo in Italia tutte le attività della partecipata (per importo comunque corrispondente ad un suo debito verso la controllata), come si è detto assolutamente strategica per l'esercizio dell'impresa in amministrazione straordinaria.

Tutte le operazioni si sono svolte sotto il controllo, a seconda dei casi, del giudice fallimentare statunitense o dell'Autorità di Vigilanza italiana ed hanno consentito il raggiungimento di un risultato estremamente positivo per i creditori dell'impresa italiana insolvente. Nulla avrebbe potuto essere fatto se i commissari italiani non avessero potuto beneficiare degli strumenti concessi negli U.S.A. dall'istituto dell'Ancillary Case ed i beni situati negli U.S.A. (sia la partecipazione azionaria, sia gli *assets* della partecipata) sarebbero stati legittimamente aggrediti dai creditori dell'impresa insolvente (americani e non), come taluni avevano fatto presagire di essere intenzionati a fare e sarebbero stati liquidati (quasi certamente per corrispettivi non congrui) ad esclusivo beneficio dei creditori stranieri che avessero agito negli U.S.A.

Soltanto attraverso i provvedimenti ottenuti nell'ambito dell'Ancillary Case i commissari hanno potuto evitare l'aggressione negli U.S.A. dei beni delle imprese in amministrazione straordinaria.

L'esperienza alla quale si è fatto in precedenza rapido cenno è emblematica di quanto diversa (e migliore) possa essere la sorte degli interessi della massa dei creditori di una impresa insolvente che abbia interessi transnazionali a seconda che i beni allocati all'estero siano sottoposti ad una giurisdizione che consenta, sia pure limitatamente ed in limitate circostanze, che gli effetti dell'insolvenza possano essere fatti valere in quell'ordinamento ovvero, per converso, che consenta soltanto il riconoscimento della legittimazione del curatore, ma nulla disponga in ordine alla sorte dei beni ubicati in quell'ordinamento.

L'esigenza di una disciplina internazionale della insolvenza transnazionale, sia essa limitata al componimento del conflitto di leggi ovvero si concreti in un modello di legge uniforme per la regolamentazione del fenomeno considerato, è evidentemente vivissima.

Diverse iniziative a livello internazionale si prefiggono l'obiettivo di sopperire a tale esigenza, sempre più avvertita come improcrastinabile.

6. *Le prospettive di regolamentazione a livello internazionale del fenomeno dell'insolvenza transnazionale e la loro incidenza sui problemi affrontati.*

Esula dai limiti del presente lavoro un approfondito esame delle iniziative che, a livello internazionale, si pongono l'obiettivo di dettare regole applicabili al fenomeno dell'insolvenza transnazionale.

Di tali iniziative occorre peraltro dare conto, segnalando particolarmente gli aspetti che possono avere diretta influenza in materia di protezione ed apprensione di beni del fallito ubicati all'estero.

Due iniziative riguardano la prospettiva europea, mentre una terza, recentemente assunta dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL), propone una legge uniforme sull'insolvenza transnazionale adottabile da ogni Paese.

La prima iniziativa a vedere la luce, in ordine di tempo, è stata la Convenzione del Consiglio d'Europa su taluni aspetti internazionali del fallimento, aperta alla firma ad Istanbul il 5 giugno 1990. Tale convenzione (d'ora innanzi "la Convenzione C.E.") è stata sottoscritta da Belgio, Cipro, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lussemburgo e Turchia, ma è stata ratificata soltanto da Cipro (e necessita, per la sua entrata in vigore internazionale, di almeno tre strumenti di ratifica).

Ai fini che qui interessano la Convenzione prevede la possibilità per il curatore di esercitare taluni poteri al di là dei confini nazionali, pur nell'osservanza del principio di territorialità quanto alle fasi esecutive della procedura concorsuale. In particolare ai sensi dell'art. 8 (misure di protezione e di conservazione dei beni) il curatore può fin dal momento della nomina prendere o far prendere, conformemente alla legge nazionale dello Stato contraente nel quale intende agire, tutte le misure necessarie che permettano di proteggere o preservare il valore dei beni del debitore, compreso il ricorso all'assistenza delle autorità competenti di tale Stato senza peraltro trasferire i beni al di fuori del territorio dello Stato in cui sono situati. Ai fini dell'art. 10, inoltre (atti di amministrazione, di gestione e di disposizione dei beni del debitore), nel quadro dei poteri conferitigli dalla legge dello Stato contraente di apertura del fallimento, il curatore può compiere o far compiere tutti gli atti di amministrazione, di gestione e di disposizione dei beni del debitore, compreso il loro trasferimento al di fuori del territorio dello Stato contraente in cui sono situati; si prevede peraltro al secondo comma, che l'attuazione di tali misure sia regolata dalla lex situs.

La seconda iniziativa è costituita dalla Convenzione relativa alle procedure di insolvenza, adottata dal Consiglio dell'Unione Europea il 25 settembre 1995 ed aperta alla firma il 23 novembre 1995 (d'ora innanzi "la Convenzione U.E."); tale Convenzione, dal travagliato

iter che risale alla fine degli anni sessanta, è stata sottoscritta da tutti i Paesi membri della U.E. fatta eccezione per la Gran Bretagna, che ha sospeso la sua redazione in conseguenza della vicenda nota come “Sindrome della mucca pazza” e non è dato sapere se tale Paese muterà il proprio atteggiamento consentendo l'entrata in vigore della Convenzione stessa.

Fermo restando l'automatico riconoscimento della dichiarazione di insolvenza emessa in uno Stato contraente (effetto previsto anche dalla Convenzione CE) la Convenzione UE detta una serie di norme nella materia qui considerata.

Ai sensi dell'art. 18, il curatore designato dal giudice competente (ai sensi dei criteri di competenza autonomamente dettati dalla Convenzione stessa all'art. 3) può esercitare nel territorio di un altro Stato contraente tutti i poteri attribuitigli dalla legge dello Stato di apertura. Tali poteri non sono peraltro più esercitabili dal momento in cui viene aperta un'altra autonoma procedura di insolvenza o viene adottata una misura conservativa a seguito di una domanda di apertura di una procedura di insolvenza in tale Stato. Fino al momento in cui tali poteri sono esercitabili il Curatore può trasferire fuori dal territorio dello Stato contraente di situazione di beni del debitore. Tale potere incontra due ordini di limiti: quelli rappresentati dai diritti reali di terzi e quelli rappresentati dall'esistenza di una valida riserva di proprietà del venditore dei beni nei confronti del compratore/debitore fallito. Per quanto riguarda i diritti reali dei terzi, ai sensi dell'art. 5 Convenzione, l'apertura della procedura di insolvenza non pregiudica il diritto reale del creditore o del terzo sui beni materiali o immateriali, mobili o immobili di proprietà del debitore che al momento dell'apertura della procedura si trovano nel territorio di altro Stato contraente (si tratta in particolare del diritto di liquidare il bene e soddisfarne a seguito di pegno o ipoteca; del diritto esclusivo di recuperare il credito soddisfacendosi sul bene a seguito di pegno o cessione del credito in garanzia; del diritto di esigere il bene chiedendone la restituzione a chiunque lo detenga, del diritto reale sui frutti del bene). Per quanto riguarda la riserva di proprietà, ai sensi dell'art. 7 della Convenzione l'apertura della procedura di insolvenza non pregiudica i diritti del venditore fondati sulla riserva di proprietà allorché il bene si trovi nel territorio di uno Stato contraente diverso dallo Stato di apertura nel momento dell'apertura della procedura di insolvenza. Necessariamente si stabilisce altresì al secondo comma dell'art. 7 che l'apertura della procedura di insolvenza non comporti lo scioglimento del contratto di vendita dopo la consegna del bene.

Il curatore può inoltre recuperare il bene mobile trasferito dallo Stato di apertura della procedura in altro Stato contraente in un momento successivo a tale apertura; in particolare può esercitare ogni azione revocatoria nell'interesse dei creditori (art. 18.2).

Si stabilisce però, ancora, che il curatore debba rispettare la legge dello Stato contraente nel cui territorio intende agire, in particolare con riguardo alle modalità di liquidazione dei beni.

Infine si stabilisce che i poteri del curatore non comprendono l'impiego dei mezzi coercitivi

né includono la potestà giurisdizionale (“diritto di decidere su una controversia o una lite”: art. 18.3).

La Convenzione prevede la possibilità di aprire procedure secondarie di insolvenza negli Stati contraenti a seguito dell'apertura di una procedura principale (la prima individuata dalla regola di competenza della localizzazione del centro principale di interessi dell'imprenditore; la seconda individuata dalla regola di competenza “secondaria” della esistenza di una “dipendenza” dell'impresa principale; entrambe le regole di competenza sono previste all'art. 3 della Convenzione). Le caratteristiche delle procedure secondarie sono le seguenti:

- a) non è necessario riesaminare l'insolvenza del debitore (art. 27);
- b) la legge regolatrice della procedura secondaria è quella dello Stato contraente di relativa apertura (e non viene quindi “importata” la legge regolatrice dello Stato della procedura principale) (art. 28);
- c) può essere richiesta dal curatore della procedura principale o da qualsiasi altra persona o autorità legittimata a chiedere l'apertura di una procedura di insolvenza secondo la legge dello Stato della instauranda procedura secondaria (art. 29).

Ai sensi dell'art. 38, allorché per garantire la conservazione dei beni del debitore il giudice dello Stato della procedura principale nomina un curatore provvisorio per garantire la conservazione dei beni del debitore, tale curatore provvisorio ha il potere di chiedere tutti i provvedimenti conservativi sui beni del debitore anche se si trovano in altro Stato contraente, purché osservi la legge di detto Stato.

Per quanto riguarda l'Italia, la Convenzione è destinata a sostituire la Convenzione con la Francia (Roma, 3.6.1930) ed Austria (Roma, 12.7.1977: cfr. art. 48). E' previsto all'art. 20 che il creditore che ottenga con qualsiasi mezzo soddisfazione parziale o totale del proprio credito debba restituire al curatore ciò che ha ottenuto.

Ai sensi dell'art. 25 le decisioni relative allo svolgimento e alla chiusura di una procedura di insolvenza sono eseguite a norma degli art. 31-51 della Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Pare doversi escludere che tale rinvio da uno strumento internazionale all'altro comporti l'estensione dell'ambito di applicazione del secondo oltre i limiti espressamente indicati: la Convenzione sulle procedure concorsuali rinvia a quella sull'esecuzione delle sentenze limitatamente all'esecuzione delle decisioni, e non con riguardo ai criteri di giurisdizione.

La terza iniziativa, a livello internazionale, nella materia considerata è costituita dal modello di legge uniforme sulla insolvenza transnazionale adottato il 30 maggio 1997 dall'UNCITRAL nella sua 30° sessione tenutasi a Vienna (d'ora innanzi “Legge Uniforme”).

Nella parte che maggiormente riguarda i profili qui indagati la Legge Uniforme prevede una disciplina assai dettagliata degli effetti del fallimento dichiarato all'estero sui beni e sui rapporti giuridici connessi al territorio dello Stato che abbia adottato tale normativa uniforme.

Gli articoli da 19 a 24 della Legge Uniforme assicurano al Curatore straniero la possibilità di ottenere sia prima (e quindi provvisoriamente) che dopo il riconoscimento al fallimento dichiarato all'estero (e quindi stabilmente):

- (i) la sospensione dell'esecuzione sui beni del debitore fallito;
- (ii) l'affidamento dell'amministrazione dei beni del debitore fallito al curatore straniero o a un soggetto designato dal giudice; (soltanto dopo il riconoscimento)
- (iii) la sospensione di qualsiasi azione relativamente ai beni ed ai diritti del fallito
- (iv) la possibilità per il curatore di procedere alla alienazione dei beni del fallito;
- (v) la possibilità di esercitare le azioni di nullità e/o inefficacia consentite dallo Stato in cui sono allocati i beni avverso gli atti di disposizione compiuti in pregiudizio dei creditori;
- (vi) la possibilità di intervenire nei processi in cui sia parte il debitore fallito;
- (vii) la possibilità di ottenere ogni altro provvedimento che l'ordinamento consente ad un curatore locale.

La sintetica rassegna delle possibilità offerte all'azione del Curatore straniero che si è sin qui operata non è esaustiva delle previsioni in materia contenute nella Legge Uniforme, che è assai dettagliata in proposito, ma è sufficiente a dare conto dell'ampio spettro di possibilità e strumenti che tale disciplina ha sul punto previsto.

Anche gli strumenti di cooperazione internazionale tra i giudici dello Stato cui sono ubicati beni del fallito e il giudice ed il curatore straniero che sono dettagliatamente previsti dalla Legge Uniforme concorrono ad una o più ampia tutela della posizione di quest'ultimo.

Il complesso delle previsioni della Legge Uniforme nella materia qui indagata induce a ritenere che essa rappresenti il più elevato grado di elaborazione possibile a livello internazionale nella prospettiva di assicurare una effettività di tutela della *par condicio creditorum* nel fallimento transnazionale.

Altri aspetti del progetto di Legge Uniforme meriterebbero di essere trattati (ad esempio la disciplina delle procedure secondarie di insolvenza o quella relativa ai requisiti per la riconoscibilità delle dichiarazioni di insolvenza), ma i limiti del presente lavoro non lo consentono.

7. Conclusioni.

Le notazioni che precedono consentono di trarre qualche sintetica considerazione conclusiva.

Dal punto di vista dell'operatore italiano lo stato dell'arte nella materia considerata non è particolarmente confortante se si eccettuano le previsioni contenute nelle due convenzioni bilaterali sopra citate (con la Francia, in ristretti limiti, e con l'Austria) e la possibilità di attivare *Ancillary Cases* negli U.S.A., il tentativo del curatore italiano di proteggere ed apprendere i beni del fallito situato all'estero assai difficilmente sarà coronato da successo, assumendo rilievo dirimente il fattore della territorialità del procedimento fallimentare e l'enorme difficoltà di esportarne all'estero i più rilevanti effetti (lo spossessamento del debitore, il divieto di azioni esecutive, la *par condicio creditorum* e la graduazione dei crediti).

Uno spiraglio, almeno sotto il profilo della sottoponibilità alla giurisdizione italiana di talune questioni in precedenza ad essa sottratte, può rinvenirsi nella recente riforma del diritto internazionale privato italiano introdotta con la legge n. 218 del 1995.

Ai sensi dell'ad. 3.2., ultima parte, della citata legge n. 218 del 1995 la giurisdizione italiana sussiste altresì - nelle materie non regolate dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 - in base ai criteri stabiliti per la competenza del territorio.

Nei confronti del convenuto straniero, conseguentemente, in materia fallimentare (che esula dall'ambito di applicazione della convenzione di Bruxelles del 1968) è destinato ad operare il disposto dell'ad. 18, secondo comma, codice di procedura civile, il quale come è noto dispone che rispetto al convenuto non residente in Italia la competenza territoriale spetta al giudice del luogo in cui risiede l'attore, con attribuzione a tale giudice della giurisdizione nei confronti dello straniero per effetto della citata norma di diritto internazionale privato.

L'interpretazione della nuova normativa di d.i.p. italiana nel senso sopra indicato ha ricevuto l'autorevole avallo delle Sezioni Unite della Suprema Corte (Cass. Sezioni Unite, 9.12.1996 n. 10154) ed è stata fatta propria recentemente anche dal Tribunale di Genova in un caso di azione revocatoria promossa nei confronti di una impresa tedesca.

In questa prospettiva, alla luce dello *ius superveniens*, la soluzione che in punto giurisdizione è stata accolta dal *leading case* in precedenza ricordato (Cass. 19.12.1990 n. 12031) oggi non sarebbe ragionevolmente confermata, ma dalla affermazione della giurisdizione italiana non conseguirebbero ulteriori effetti utili, restando tuttora insuperabile il rilievo della inefficacia extra-territoriale del divieto di azioni esecutive individuati sui beni del fallito.

Lo scenario potrebbe evolversi invece positivamente a seguito dell'entrata in vigore di taluni degli strumenti apprestati a livello internazionale ed ai quali si è fatto cenno in

precedenza.

Il principio della unitarietà dell'insolvenza e della sua universalità (sia pure parziale, per effetto delle c.d. procedure secondarie di insolvenza) con la conseguenza che, in linea generale, tutti gli elementi dell'attivo o del passivo debbono essere concentrati nella procedura principale di insolvenza sembra essere sostanzialmente accolto da tutte le iniziative internazionali delle quali si è detto.

Altro aspetto estremamente positivo degli strumenti internazionali di cui si tratta è costituita dal tentativo di codificare meccanismi di cooperazione internazionale tra organi giudiziari di Paesi diversi e tra questi ed il curatore, finalizzati a consentire una effettiva tutela delle posizioni in conflitto nel rispetto della *par condicio creditorum*, che assurge ad un sostanziale riconoscimento a livello internazionale.

L'esigenza del commercio internazionale di trovare una ragionevole soluzione ai delicati problemi posti dalla insolvenza transnazionale è, come si è già avvertito, ormai pressante: non resta che augurarsi che la forza delle cose abbia il sopravvento sulla ritrosia, spesso originata da opzioni culturali, che in ciascun ordinamento più o meno velatamente è presente, ad accogliere modelli procedimentali non omologhi ai propri.

In questa prospettiva la scelta del legislatore italiano, operata con la riforma del nostro d.i.p., di riconoscere le sentenze straniere senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento (salvo che se ne richieda l'esecuzione forzata o la trascrizione nei pubblici registri) è certamente un segnale confortante, così come lo è - con specifico riferimento alle materie qui esaminate - l'adesione del nostro Paese sia alla convenzione CE sia (e soprattutto) alla Convenzione UE in materia di insolvenza transnazionale.

Una annotazione finale riguarda il problema del riconoscimento all'estero delle procedure di conservazione dell'impresa insolvente, di cui è emblematica l'amministrazione straordinaria italiana.

Nell'esperienza pratica alla quale si è fatto cenno non si sono avute particolari difficoltà ad ottenere negli U.S.A. il riconoscimento di tale procedura, sia pure ai fini connessi all'espletamento di un Ancillary Case; relativamente ad altri Paesi, invece, si pongono notevoli problemi.

La Corte Suprema Tedesca, con riferimento a quelle procedure di insolvenza che abbiano per esplicito obiettivo il provvedere nell'interesse generale alla conservazione di posti di lavoro, di imprese o di strutture economiche nazionali si è espressa nel senso che tali procedure non potrebbero ottenere il riconoscimento in Germania qualora esse costituissero misure per l'affermazione di interessi prevalentemente pubblici o politico-economico dello stato estero. Si ha peraltro notizia di talune decisioni di giudici di merito tedeschi che hanno riconosciuto il potere di disposizione del commissario anche rispetto al patrimonio di una società italiana in amministrazione straordinaria ubicata in Germania;

non è stato peraltro concesso il riconoscimento in quel Paese del divieto di azioni esecutive individuali collegato con l'amministrazione straordinaria.