

Federico M. Mucciarelli*

Centro degli interessi principali e forum shopping in materia fallimentare

1. La questione che intendo affrontare è se una società italiana possa, durante la sua vita, scegliere di assoggettarsi alla legge fallimentare di uno stato diverso. Per semplicità di analisi, mi riferirò esclusivamente a paesi comunitari, escludendo dall'oggetto del presente lavoro il caso in cui una società italiana intenda avvalersi della legge di paesi terzi.

Si tratta, come evidente, di un caso particolare del generale tema degli arbitraggi normativi e del *forum shopping* in materia fallimentare, ossia il lato della domanda di un ipotetico “mercato” delle leggi fallimentari. Anche rispetto al diritto fallimentare, infatti, potrebbe sorgere una competizione tra ordinamenti per attrarre società verso la loro legge fallimentare o verso le loro corti, analogamente al fenomeno di concorrenza tra ordinamenti societari ampiamente studiato dalla dottrina, soprattutto nordamericana.

Riguardo alla concorrenza tra ordinamenti societari, una delle domande più frequenti, riguardo al lato della “domanda di diritto”, è se le società possano scegliere liberamente dove costituirsi, indipendentemente dal luogo in cui poi effettivamente operano, e se esse possano mutare *lex societatis* durante la loro vita. Le risposte dipendono da scelte che ogni ordinamento compie riguardo all'assetto complessivo tra gli interessi che ruotano attorno alla società, ossia quelli dei soci, dei creditori e degli amministratori.

Ma, anche all'interno di un singolo ordinamento, osservare il solo diritto societario non è sufficiente a cogliere l'equilibrio tra tali interessi. Assieme alle norme classificate come di “diritto societario”, infatti, è necessario tenere presente molteplici settori dell'ordinamento, tra cui spiccano le regole che si applicheranno in caso di insolvenza, ossia il diritto fallimentare.

Ebbene, il diritto societario e il diritto fallimentare affrontano, tra le altre cose, una medesima questione, ossia i problemi e i costi d'agenzia tra soci e creditori. Infatti, nonostante le regole di diritto fallimentare intervengano *ex post*, quando la società è divenuta insolvente e i creditori hanno già perso parte della loro garanzia¹, esse producono ugualmente

* Professore associato diritto commerciale, Università di Modena e Reggio Emilia, Facoltà di Economia e CEFIN, federicomaria.mucciarelli@unimore.it.

¹ Sul piano economico, però, dopo l'insolvenza i rapporti di agenzia tra soci e creditori si ribaltano: i creditori divengono *principals* e *residual claimants*, ossia di beneficiari

effetti *ex ante*, ossia prima dell'insolvenza, perché soci e creditori terranno presenti tali regole nelle loro decisioni². In altri termini, comportamenti opportunistici dei soci a danno dei creditori potrebbero essere evitati, sia pure in maniera diversa, tanto da regole che operano quando la società è *in bonis* e che limitano le distribuzioni a soci e amministratori, quanto da regole che operano dopo l'insolvenza, quando si apre una "procedura concorsuale" (ad esempio, la revocatoria o le azioni di responsabilità contro gli amministratori per operazioni compiute nell'imminenza dell'insolvenza). Pertanto, i creditori volontari della società, al momento di stabilire il prezzo del credito o il costo della loro prestazione, valuteranno non solo la qualità delle norme di diritto societario, ma anche di quelle di "diritto fallimentare", oltre all'efficienza delle procedure esecutive³.

Da qui dobbiamo ricavare due notazioni importanti.

La prima si colloca su un piano generale e sistemico. Entro ogni ordinamento giuridico, la tutela dei creditori può essere affidata, astrattamente, al diritto societario, al diritto fallimentare oppure (come avviene più spesso) a un mix di regole societarie e fallimentari, secondo l'equilibrio prediletto dal singolo ordinamento. Ad esempio, negli Stati Membri della UE solitamente i creditori vengono protetti sia da regole fallimentari sia da regole societarie; al contrario, negli USA i problemi d'agenzia coi creditori sono oggetto principalmente di regole fallimentari, contenute nel *bankruptcy law* federale, mentre i diritti societari statali si occupano prevalentemente dei rapporti tra i soci e tra questi e gli amministratori⁴.

La seconda considerazione è, per così dire, microeconomica e riguarda la posizione dei creditori nei confronti degli arbitraggi normativi. Abbiamo visto che le norme giuridiche sono oggetto della valutazione economica dei creditori volontari, che "prezzano" la qualità delle norme stesse. Di conseguenza, se la società potesse mutare ordinamento di riferimento, i creditori vedrebbero modificarsi un aspetto importante dei loro contratti originari, magari senza il loro consenso. Pertanto, se i potenziali creditori di una società sapessero che questa può liberamente mutare la legge fallimentare applicabile in caso di insolvenza senza chiedere il loro consenso, essi scontrerebbero quest'incertezza nel prezzo del credito che

ultimi dell'attività d'impresa, mentre i soci degradano alla posizione di *agents* dei creditori. Armour – Hertig – Kanda, in Kraakmann et al. (2009) 121 s.

² Armour (2005) 401 ss.

³ Lombardo (2002) 158 ss.; Armour (2005) 397.

⁴ Enriques – Gelter (2007) 581.

così incorporerebbe il valore della “peggior” legge possibile presente sul mercato⁵.

2. Nell’Unione Europea manca un diritto fallimentare uniforme per tutti i 27 Stati membri (al contrario di quanto accade negli USA in cui il diritto fallimentare è federale) e, inoltre, non è stata nemmeno messa in campo l’ampia attività di armonizzazione dispiegata per il diritto societario.

In materia fallimentare, l’unico strumento comunitario è il Regolamento sulle insolvenze transfrontaliere⁶, che è chiamato ad individuare giudice e legge competenti, con un criterio di giurisdizione e collegamento unico per tutta l’UE. Il Regolamento si fonda su un principio di universalità temperata, nel senso che viene individuato un unico giudice competente le cui decisioni sono efficaci in tutta l’Unione Europea – indipendentemente dalla localizzazione dei beni del debitore –, cui, però, si possono affiancare procedure territoriali con finalità liquidatorie in paesi in cui il debitore ha “dipendenze”⁷.

Competente ad aprire una “procedura principale” con caratteri universalistici è il giudice del paese in cui il debitore ha il “centro degli interessi principali” (“COMI”)⁸. Inoltre, alla procedura e ai suoi effetti si applicherà il diritto sostanziale del foro stesso⁹. Riguardo alle società, il Regolamento introduce la presunzione che il COMI coincida con la “sede statutaria”, salvo prova contraria¹⁰. Quindi, se non viene fornita la prova che il COMI è situato in luogo diverso dalla sede sociale, alle società si applicheranno le regole di diritto fallimentare dello stesso paese che ne detta lo statuto personale, ossia il paese di costituzione. E questo lo si può affermare sulla base della coincidenza tra sede sociale, registrazione e legge applicabile, coincidenza che non discuterò in questa sede e che darò per dimostrata. La normale coincidenza tra diritto societario e diritto fallimentare rispecchia la stretta complementarietà tra questi due “settori” dell’ordinamento di cui ho parlato in precedenza.

⁵ Lombardo (2002) 181.

⁶ Regolamento del Consiglio 1346/2000 sulle procedure concorsuali, GUCE L 160 del 30 giugno 2000.

⁷ Art. 3, § 2, Regolamento Insolvenze Transfrontaliere.

⁸ Art. 3, § 1, Regolamento Insolvenze Transfrontaliere.

La legge applicabile alla procedura principale viene individuata secondo il metodo dell’applicazione generalizzata della *lex fori*, o *jurisdictional approach*: Picone (1999) 332 ss. e Benedettelli (2004) 518.

⁹ Art. 4, § 1, Regolamento Insolvenze Transfrontaliere.

¹⁰ Art. 3, § 1, Regolamento Insolvenze Transfrontaliere.

Ma la coincidenza tra sede sociale e COMI non è assoluta. Infatti, i creditori, la stessa società o il curatore potrebbero riuscire a dimostrare che il COMI era in altro paese rispetto alla sede. In termini pratici: chi ha interesse a far applicare la legge fallimentare di un ordinamento diverso da quello di costituzione ha l'onere di convincere un giudice della diversa collocazione del COMI.

Quali sono i presupposti per fornire tale prova? Il problema sta nel fatto che il COMI è un concetto fattuale piuttosto vago. In primo luogo occorre chiarire quali “interessi” del debitore siano rilevanti ai fini della nozione di COMI e, in secondo luogo, quali tra tali interessi siano “principali” e rispetto a cosa¹¹. Il Considerando 13 del Regolamento stesso fornisce un'indicazione più precisa, affermando che per “centro degli interessi principali” dovrebbe intendersi il “luogo in cui il debitore esercita in modo abituale, e pertanto riconoscibile dai terzi, la gestione dei suoi interessi”¹². Il COMI, quindi, in base a questo considerando, si compone di due elementi distinti: il luogo di esercizio abituale dell'attività e la riconoscibilità di questo luogo da parte dei terzi. Ma questo non basta a determinare in anticipo quando e come si possa provare che il COMI sia in un paese diverso da quello della sede sociale.

Lo dimostra la giurisprudenza delle corti europee nazionali, confusa e magmatica. La maggior parte delle controversie riguarda situazioni di insolvenza di gruppo, in cui si pone la questione se sia preferibile accentrare la gestione della crisi in capo al giudice del paese della capogruppo. Per attrarre al giudice della capogruppo la competenza a conoscere le procedure delle società controllate è necessario superare la presunzione che il COMI coincida con la sede sociale e dimostrare che, al contrario, esso sia presso la sede della controllante¹³. Semplificando un po' possiamo individuare due orientamenti di fondo. Il primo svaluta la “riconoscibilità”, attribuendo rilievo solo al lato “interno”, ossia alla sede dell'amministrazione¹⁴. L'opzione alternativa è di assumere come criterio fondamentale la “riconoscibilità” del centro degli interessi principali e, quindi, attribuire la competenza a un giudice diverso da quello della sede sociale della controllata solo qualora si dimostri che questa confondeva la

¹¹ Inoltre, non è chiaro se la nozione di COMI debba essere uniforme a livello europeo o se debba essere interpretato *lege fori* in base agli scopi perseguiti dai singoli ordinamenti. Nel primo senso Corte di Giustizia C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd* [2006] ECR-I 1078, p.to 31, nel secondo Benedetelli (2004) 520.

¹² Cfr. Virgos – Schmit (1996) § 75: “Insolvency is a foreseeable risk. It is therefore important that international jurisdiction [...] be based on a place known by the debtor's potential creditors”.

¹³ Cfr. Mevorach (2009) 194 s.

¹⁴ Trib. Roma, 26 novembre 2003, *Cirio Holding Luxembourg*, in *Riv. Dir. priv. proc.*, 2004, 691 ss.; AG München, *ZIP*, 2004, 962 ss.

propria immagine sul mercato con quella della controllante, tanto da ingenerare l'affidamento nei terzi che si trattasse di una sola impresa¹⁵.

Quest'ultima è la soluzione prescelta dalla Corte di giustizia delle Comunità Europee nella sentenza Eurofood, in cui il criterio di "riconoscibilità" servì a mantenere competenza e giurisdizione in capo al giudice della controllata irlandese di Parmalat. Precisamente, Eurofood esercitava la propria attività senza identificarsi, dal punto di vista del marchio e dell'immagine, con la controllata Parmalat bensì "secondo modalità riconoscibili da terzi ed in osservanza completa e regolare della sua stessa identità societaria nello Stato membro dove è situata la sua sede statutaria"¹⁶. E questo nonostante Parmalat "grazie al suo azionariato ed al potere di nominare gli amministratori, [fosse] in grado di controllare e di fatto controlla la gestione della controllata"¹⁷.

In sintesi: Eurofood era internamente amministrata dall'Italia, ma questo fatto non era riconoscibile da parte dei terzi. La Corte accoglie una nozione di COMI fondata sul criterio di riconoscibilità da parte dei terzi, sostenendo che la presunzione di cui all'art. 3, comma 1 del Regolamento, possa essere superata solo "se elementi obiettivi e verificabili da parte di terzi consentono di determinare l'esistenza di una situazione reale diversa da quella che si ritiene corrispondere alla collocazione nella detta sede statutaria"¹⁸. Quindi, il semplice fatto che una società sia diretta internamente da altra società, situata in luogo diverso da quello della sede sociale della controllata, non è sufficiente a ribaltare la presunzione dell'art. 3, a meno che non si dimostri che questa direzione non fosse riconoscibile ai terzi.

¹⁵ Cfr., ad esempio: (a) *Parmalat Netherland BV*, cit., p. 695, in cui si sottolinea come il prestito obbligazionario sia stato oggetto di collocamento privato curato da banche italiane, fosse garantito dalla Parmalat s.p.a. ed era esplicitamente destinato a finanziare l'intero gruppo; (b) *Daisytek-ISA*, in cui il giudice tenne conto del fatto che il finanziamento dell'attività della controllata dipendeva da un contratto di factoring negoziato dalla controllante e il 70% di tutte le forniture fatte alle controllate (tedesche nella fattispecie) erano fatte sulla base di contratti redatti dalla società *holding* anche il paese della holding (cfr. *Daisytek-ISA* p.to 16); (c) High Court chancery division Leeds, 20 maggio 2004, "Ci4net.com", [2005] BCC 277, in cui il giudice tenne in considerazione il luogo in cui si tenevano gli incontri coi principali creditori; (d) Tribunal de commerce Paris 15 gennaio 2007 "Eurotunnel", ove il giudice parigino, nonostante l'esistenza di società controllate inglesi, ritenne che il COMI del gruppo Eurotunnel fosse a Parigi perché lì era situato il quartier generale operativo riconoscibile da parte dei terzi.

¹⁶ *Eurofood*, p.to 24.

¹⁷ *Eurofood*, p.to 24.

¹⁸ *Eurofood*, p.to 34. Cfr. Bachner (2006) e Mucciarelli (2008).

3. Veniamo ora al diritto italiano. Occorre applicare l'art. 9 della legge fallimentare e l'art. 3 l. 218/1995 sul diritto internazionale privato¹⁹.

L'art. 9 l.f. stabilisce il criterio di competenza territoriale dei giudici italiani, criterio che si applica anche alla competenza internazionale, in base all'art. 3, comma 2, ultimo periodo, l. 218/1995. Il criterio adottato è quello della "sede principale dell'impresa", che presuppone la presenza sul territorio italiano di un "centro decisionale". Anche nel diritto italiano, quindi, per potere aprire una procedura concorsuale non è sufficiente la semplice presenza di beni del debitore sul territorio nazionale²⁰, né a rigore la sola sede sociale. La giurisprudenza, peraltro, analogamente al Regolamento comunitario, presume sino a prova contraria che la sede "effettiva" o "principale" coincida con la sede sociale, qualora l'imprenditore insolvente sia una società²¹.

L'art. 9 l.f. deve essere interpretato in senso conforme al Regolamento Comunitario, almeno riguardo ai fallimenti "intra-comunitari", ossia di imprese che hanno il COMI nella Comunità. Riguardo questi ultimi, quindi, la "sede principale dell'impresa" coincide col COMI, cosicché per dimostrarne la collocazione in luogo diverso dalla sede sociale, è necessario dimostrare che tale diversa collocazione era riconoscibile da parte dei terzi, seguendo le indicazioni della sentenza Eurofood.

Non capita di rado che società italiane spostino la sede sociale all'estero poco prima dell'insolvenza, proprio per evitare il diritto fallimentare italiano. Il diritto societario italiano, infatti, consente di deliberare il trasferimento della sede sociale all'estero²² e, nonostante gli effetti di questa decisione sul piano del diritto societario applicabile non siano chiari, essa di certo fa scattare la presunzione di coincidenza tra sede sociale e COMI, cosicché dopo la delibera spetterà a chi vi abbia interesse provare che il COMI è ancora in Italia. Ritorna alla memoria quel caso deciso nel 2004 dalle S.U. della Cassazione, in cui una società romana trasferì la sede sociale in Lussemburgo prima del fallimento, con l'intento non solo di diventare società lussemburghese, ma soprattutto di essere assoggettata al diritto fallimentare lussemburghese²³. La Corte, forse

¹⁹ Tale criterio riguarda le materie non comprese nella convenzione di Bruxelles del 1968 sulla giurisdizione in materia civile e contrattuale, dalla quale è esclusa la materia fallimentare (art. 1, n. 2). Cfr. Lupone (1995) 148 ss.

²⁰ Lupone (1995) 168.

²¹ Tra le molte cfr.: Cass. 28 agosto 2002, n. 12640, in *Dir.prat.soc.*, 2003, n. 6, p. 89; Cass., 12 marzo 2002, n. 3655, in *Dir.prat.soc.*, 2002, n. 13, 60; Cass., 21 marzo 2003, n. 4206, *Giust. civ. mass.*, 2003, 573; App. Brescia, 11 giugno 2003, *Il Fallimento*, 2004, 705; Cass., 15 marzo 2005, n. 5570, *Giust. civ. mass.*, 2003, n. 3.

²² Cfr. art. 2373 c.c. e art. 2437 c.c.

²³ Cass. S.U. 23.1.2004, n. 1244. Mi permetto di richiamare Mucciarelli (2005).

perché non aveva ben chiaro in mente il problema, per mantenere la competenza in capo al giudice italiano escogitò lo stratagemma, sulla base di un argomento internazionalprivatistico che non posso discutere in questa sede, di ritenere che la società fosse posta in liquidazione a seguito del trasferimento della sede sociale, con la conseguenza che essa doveva considerarsi ancora “italiana” e, quindi, assoggettata al fallimento italiano.

Ma questo percorso tortuoso non è affatto necessario. Infatti, più semplicemente, se una società italiana sposta la sede sociale all'estero per evitare l'applicazione del diritto fallimentare italiano, il giudice italiano resta competente qualora la “sede principale” (ossia il COMI) sia rimasta in Italia in maniera riconoscibile ai terzi, fatto di cui è abbastanza agevole fornire la prova. Ed è all'incirca questo il criterio seguito da gran parte della giurisprudenza italiana, la quale si chiede se il trasferimento di sede sociale sia o meno “fittizio”²⁴.

4. Riguardo ai pericoli di abusi a danno dei creditori, peraltro, emerge una seconda questione pratica riguardo al momento in cui viene trasferita la sede principale o il COMI. In particolare, qualora un imprenditore trasferisca la sede principale a ridosso dell'istanza di fallimento, si potrebbe presumere che egli stia compiendo una scelta finalizzata esclusivamente a evitare il diritto italiano. Del resto, come noto, il fallimento può essere calcolato in anticipo dall'imprenditore e non giunge inaspettato.

Il diritto italiano affronta la questione con due norme contenute nell'art. 9 l.f. In primo luogo, l'art. 9, comma 2, l.f. sancisce che il trasferimento di sede “intervenuto nell'anno antecedente all'esercizio dell'iniziativa per la dichiarazione di fallimento non rileva ai fini della competenza”.

Inoltre, l'ultimo comma del medesimo articolo prevede che il trasferimento di sede all'estero “non esclude la sussistenza della giurisdizione italiana, se è avvenuto dopo il deposito del ricorso [per la dichiarazione di fallimento] o dell'iniziativa [del pubblico ministero]”.

La seconda tra le due disposizioni è la più semplice e lineare, perché codifica il principio processualistico della *perpetuatio jurisdictionis*. Il vero nodo problematico è il primo comma, che prevede un “periodo sospetto” di un anno prima dell'istanza di fallimento, durante il quale il trasferimento della sede è irrilevante per la determinazione del giudice competente. L'obiettivo dichiarato di questa norma è di evitare ipotesi di *forum shopping*.

²⁴ Cass. S.U., 13 ottobre, 2008, n. 25038.

Pertanto, se una società trasferisce la “sede principale” all’estero meno di un anno prima dell’istanza di fallimento, il diritto italiano presume *juris et de jure* che questo trasferimento fosse compiuto al fine di evitare l’applicazione della legge italiana originaria e, pertanto, mantiene ferma la giurisdizione del giudice italiano. L’ordinamento italiano, in pratica, codifica, attraverso il periodo sospetto, una presunzione di abuso del diritto a spostare la sede.

La medesima regola dovrebbe essere seguita anche nell’area di applicazione del Regolamento Comunitario e riguardo al trasferimento di COMI. Ma proprio a tale riguardo emerge un problema rilevante che induce a dubitare della compatibilità della norma in questione con il Regolamento sulle insolvenze transfrontaliere.

Per chiarire la questione occorre tornare alla giurisprudenza della Corte di Giustizia e, in particolare, a un caso del 2006, quasi contemporaneo a Eurofood, ossia la sentenza *Staubitz Schreiber*²⁵.

Una cittadina tedesca, titolare di impresa individuale, trasferì la propria residenza in Spagna alcuni mesi dopo avere chiesto l’apertura del fallimento in Germania. Non si trattava, però, di un caso di spostamento “abusivo” del COMI per mutare legge fallimentare, ma esattamente dell’opposto. Infatti, la debitrice non voleva essere assoggettata alla legge fallimentare spagnola, ossia quella della nuova sede, ma voleva mantenere la competenza in capo al Giudice tedesco, il quale però riteneva di essere incompetente. Alla Corte venne chiesto se il Tribunale tedesco continuasse a essere competente nonostante il COMI fosse stato trasferito all’estero dopo l’istanza di fallimento. La risposta della Corte di Giustizia è chiara: il momento in cui valutare in quale paese è situato il COMI è quello dell’istanza di fallimento, non quello successivo della decisione di apertura della procedura. Il ragionamento è teleologico: la Corte afferma che qualunque interpretazione diversa sarebbe contraria agli obiettivi del regolamento, perché consentirebbe fenomeni di *forum shopping* e aumenterebbe l’incertezza sul giudice competente e la legge applicabile.

La sentenza *Staubitz Schreiber* riguardava un trasferimento di COMI successivo all’istanza di fallimento. Come si deve considerare, dal punto di vista del Regolamento, il trasferimento di COMI che interviene prima, magari poco prima dell’istanza di fallimento?

La Corte, a tale proposito, nella sentenza *Staubitz Schreiber* ci offre un tenue indizio testuale, poiché afferma che

il giudice dello Stato Membro nel cui territorio è situato il COMI del debitore al momento della proposizione da parte di quest’ultimo

²⁵ C-1/04 *Staubitz-Schreiber* [2006] in *Riv.dir.soc.*, 2007, 64 ss.

*della domanda di apertura della procedura d'insolvenza resta competente ad aprire detta procedura [...]*²⁶.

È vero che la sentenza riguardava un caso diverso, ossia il trasferimento della sede dopo l'istanza di fallimento, e che, quindi, non è possibile trarne principi di diritto vincolanti, in termini di *ratio decidendi*, rispetto alla questione del trasferimento di sede prima dell'istanza. Peraltro, le parole della Corte possono essere un utile indizio sul piano interpretativo, perché esse sono espressione di una logica ben precisa, in base alla quale il Regolamento esige massima certezza nell'individuazione del giudice competente, certezza che viene ottenuta solo determinando un momento preciso, quale la presentazione dell'istanza di fallimento, che congela la competenza. Del resto, che il Regolamento, a dispetto delle incertezze interpretative riguardanti la nozione di COMI sorte davanti alle corti nazionali, sia innervato anche dalla ricerca della certezza giuridica lo dimostra il principio di priorità, che sancisce la competenza del giudice che per primo ha aperto una procedura concorsuale²⁷. Da qui discende che, nel sistema del Regolamento, la competenza internazionale viene valutata nel momento in cui viene presentata l'istanza di fallimento²⁸. Seguendo questa ricostruzione, gli Stati Membri non potrebbero anticipare il momento rilevante per "congelare" la procedura, ad esempio considerando trasferimenti di COMI avvenuti prima dell'istanza di fallimento come abusi del diritto di stabilimento, oppure individuando un momento antecedente all'istanza o un "periodo sospetto".

Di conseguenza, l'articolo 9, comma 2, l.f. non è compatibile con il Regolamento comunitario e, quindi, non può essere applicato a debitori che abbiano il COMI entro la Comunità Europea²⁹. Al contrario, il periodo sospetto può trovare applicazione a società italiane che trasferiscono la sede effettiva e il COMI in un paese extracomunitario (o in Danimarca) perché in tal caso il Regolamento comunitario non trova applicazione e l'ordinamento italiano è libero di mantenere criteri di giurisdizione diversi. Quando però una società italiana trasferisce il COMI in altro Stato Membro e, successivamente, viene presentata istanza di fallimento meno di un anno dopo il trasferimento, nonostante l'art. 9, comma 2, l.f. il giudice italiano sarà privo di competenza internazionale e il fallimento potrà essere aperto solo dal giudice del paese d'arrivo.

²⁶ *Staubitz-Schreiber*, cit., p.to 29.

²⁷ Considerando 22 e Articolo 16 Regolamento Insolvenze Transfrontaliere.

²⁸ Bariatti (2007) 207; Weller (2008) 850; Eidenmüller (2009) 15.

²⁹ Fatta eccezione della Danimarca, cui il Regolamento non si applica (Considerando 33).

5. Questo significa togliere al giudice italiano uno strumento per colpire trasferimenti abusivi di COMI o sede principale, in danno dei creditori? All'apparenza sì, ma a guardare meglio la risposta può essere ben diversa se vengono applicati correttamente i principi del Regolamento comunitario prima illustrati.

Come abbiamo visto in precedenza, infatti, affinché un certo luogo identifichi il COMI, la gestione degli interessi del debitore deve essere *abituale* e, a seguito di questa abitudine, essa deve essere *riconoscibile* da parte di terzi. Quindi, per trasferire il COMI, non basta trasferire la sede sociale all'estero, ma è necessario trasferirvi attività e centro decisionale in maniera stabile e riconoscibile da parte dei terzi. D'altro canto, non basta nemmeno trasferire da un paese all'altro la sede amministrativa, o il luogo in cui si riunisce il cda, il giorno prima di chiedere il fallimento, perché in tal caso la nuova "sede" sarebbe priva del requisito dell'abitudine.

Con questo piccolo accorgimento, ossia interpretando in maniera rigorosa e alla luce del Regolamento Comunitario e della Giurisprudenza della Corte di Giustizia i criteri di collegamento e di giurisdizione italiani, sembra possibile affrontare i casi più eclatanti di abuso a danno dei creditori, anche senza fare ricorso al "periodo sospetto" di un anno prima dell'istanza di fallimento.

Bibliografia

- | | |
|--------------------------|---|
| Armour (2005) | Who should make company law: EC Legislation versus regulatory competition, in Current legal problems, 2005, 369 ss. |
| Bachner (2006) | The battle over jurisdiction in European Insolvency law, in ECFR, 2006, 310 ss. |
| Bariatti (2007) | Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di Giustizia: il caso Eurofood, in Riv. Dir. Proc., 2007, 203 ss. |
| Benedettelli (2004) | "Centro degli interessi principali" del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, in Riv. Dir. Int. Priv. Proc., 2004, 499 ss. |
| Daniele (1987) | Il fallimento nel diritto internazionale privato e processuale, Padova, 1987. |
| Eidenmüller (2009) | Abuse of law in European insolvency law, in ECFR, 2009, |
| Enriques – Gelter (2007) | How the old world encountered the new one: regulatory competition and cooperation in European corporate and bankruptcy law, in 81 Tulane law rev., 2007, 576 ss. |

- Kraakman et. al. The anatomy of corporate law², Oxford, 2009.
(2009)
- Lombardo (2002) Regulatory competition in company law in the European Community, Frankfurt, 2002.
- Lupone (1995) L'insolvenza transnazionale, Padova, 1995.
- Mevorach (2009) Insolvency within multinational enterprise groups, Oxford, 2009.
- Mucciarelli (2005) The transfer of the registered office and forum shopping in international insolvency cases: an important decision from Italy, in ECFR, 2005, 512 ss.
- Mucciarelli (2008) Eurofood, ovvero: certezza del diritto formale e incoerenza dei principi, in Giur. comm., 2008, 1224 ss.
- Picone (1999) I conflitti tra metodi diversi di coordinamento tra ordinamenti, in Riv.dir.int., 1999, 332 ss.
- Virgos – Schmit (1996) *Report on the convention on Insolvency proceedings 1995*, Doc. Cons. 6500/96/EN [1996]
- Weller (2008) Die Verlegung des Center of Main Interest von Deutschland nach England, in ZGR, 2008, 835 ss.