

# Quanto conta l'ubicazione dell'impresa nella procedura di insolvenza

di Stefano Sartore (\*)

Dopo il caso Parmalat, la Corte di Giustizia ha interpretato il regolamento 1346/00: cosa succede nel caso in cui due società (controllante e controllata), appartenenti a Stati diversi versino in stato di insolvenza?

Il caso Parmalat oltre ad aver offerto (purtroppo) spunti alla carta stampata e alle reti televisive di tutto il mondo, sta iniziando a dar corpo ad un contenzioso per certi aspetti senza precedenti: un'interessante sentenza della Corte di Giustizia (1) è di recente intervenuta ad interpretare il regolamento Ue 1346/00 (2) relativo alle **procedure di insolvenza**, aprendo uno scenario inimmaginabile fino a qualche anno fa che certamente sarà oggetto di accurata disamina non solo da parte dei giuristi ma anche degli imprenditori che da questa decisione potranno ricavare utili elementi per pianificare la propria struttura societaria o adeguarla alle mutate esigenze. Se infatti l'insolvenza rappresenta senza dubbio un malanno per l'impresa, in certi casi potrebbe essere utile sapere a priori dove fallire.

## Il caso

Eurofood Ifsc Ltd. è una società di diritto irlandese (registrata nella forma della *company limited by shares* ovvero società in accomandita per azioni) con sede legale a Dublino, controllata al 100% dalla società italiana Parmalat Spa di cui rappresentava la cd. Finanziaria (3).

A causa dell'insolvenza di Parmalat, questa veniva ammessa in Italia alla **procedura di amministrazione straordinaria** dal Ministro delle Attività Produttive (la vecchia legge Prodi per il salvataggio delle grandi imprese in crisi - n.d.r.). La Bank of America, creditrice di Eurofood, chiedeva alla *High Court* irlandese di sottoporre quest'ultima alla proce-

dura di *compulsory winding up by the court* (una sorta di liquidazione coatta) sul presupposto dell'insolvenza della stessa.

La Corte irlandese nominava un *provisional liquidator* conferendogli tutti i poteri connessi a tale carica, tra i quali **provvedere alla gestione corrente dell'attività**, privando gli amministratori del potere di agire.

Successivamente, anche la società Eurofood veniva ammessa in Italia alla procedura di amministrazione straordinaria e immediatamente veniva depositata presso il tribunale di Parma istanza di fallimento nei confronti della stessa: il **giudice italiano dichiarava l'insolvenza della società irlandese, motivando il proprio provvedimento sulla base del fatto che il centro principale degli interessi di Eurofood fosse in Italia, in particolare a Parma.**

## Note:

(\*) Avvocato, Foro di Venezia.

(1) Corte di Giustizia Ue - Grande Sezione - 2 maggio 2006 proc. C-341-04.

(2) Regolamento Ue 29 maggio 2000, n. 1346 in Guce Serie L 160.

(3) L'International Financial Services Centre (Ifsc) è stato creato nel 1987 presso la Custom House Dock a Dublino per provvedere a domiciliare servizi finanziari internazionali, compresi quelli bancari, assicurativi ecc. in favore esclusivamente di soggetti non-residenti. Ciò consente benefici fiscali, soggetti al controllo da parte dei seguenti organi: The Minister for Finance; The Irish Financial Services Regulatory Authority; The Revenue Commissioners; The Director of Corporate Enforcement; The Central Bank.



Dopo tale decisione, anche la High Court irlandese si pronunciava sull'insolvenza di Eurofood contro la quale però proponeva appello l'amministratore straordinario nominato in Italia (lo stesso nominato anche per Parmalat - n.d.r.): investita dell'appello la *Supreme Court* irlandese, previa sospensione del giudizio, sottoponeva alla Corte di Giustizia alcune questioni pregiudiziali.

In particolare i quesiti posti alla Corte sono:

- se la nomina di un curatore provvisorio congiuntamente alla presentazione della domanda di liquidazione integri una decisione di apertura della procedura di insolvenza così come prevista dal regolamento Ce 1346/00;
- qualora così non fosse, se comunque la presentazione della domanda di liquidazione di una società configuri il primo atto di una procedura d'insolvenza in forza della legge irlandese, la quale prevede appunto che la liquidazione abbia inizio con la semplice presentazione della domanda;
- se per effetto dell'applicazione del regolamento Ce 1346/00 un giudice di uno Stato membro diverso da quello in cui ha sede la società e diverso da quello in cui essa esercita in modo abituale e prevalente la sua attività ma nel quale la procedura sia stata aperta per prima, sia competente ad aprire la procedura di insolvenza principale;
- se sia rilevante per determinare il centro degli interessi principali, in caso di ubicazione in Stati membri diversi della società madre e di quella controllata, verificare se la prima è in grado di esercitare e in concreto esercita un effettivo controllo sulla seconda e se la seconda esercita abitualmente la sua attività in maniera riconoscibile all'esterno e in osservanza delle norme societarie che la regolano nello Stato in cui ha sede;
- se uno Stato membro sia tenuto a riconoscere una procedura d'insolvenza aperta in un altro Stato membro qualora questa decisione sia adottata in violazione delle norme procedurali in vigore nel primo Stato.

Per dare adeguata risposta alle precedenti domande occorre brevemente esaminare tanto la norma comunitaria, quanto quella statale irlandese.

## Il regolamento Ce 1346/00

Premesso che il regolamento si applica «alle procedure concorsuali fondate sull'insolvenza del debitore che com-

portano lo spossessamento parziale o totale del debitore stesso e la nomina di un curatore», occorre innanzitutto fare riferimento agli allegati al regolamento medesimo e in particolare all'allegato A) che menziona per l'Irlanda la cd. «*compulsory winding up by the court*» come procedura di liquidazione e all'allegato C) che individua il curatore provvisorio nel cd. «*provisional liquidator*», per poi verificare se essa comporta come conseguenza lo spossessamento dei beni del debitore.

La previsione contenuta negli allegati lascia intendere che la procedura di liquidazione attivata in Irlanda e il curatore provvisorio nominato contestualmente all'avvio della procedura rientrano testualmente nell'applicazione del regolamento; inoltre appare superflua ogni indagine sullo stato di insolvenza del debitore atteso che è proprio questa condizione che rende necessario il ricorso alle procedure elencate negli allegati e applicabili nei diversi Stati membri secondo le norme ivi in vigore.

Rimane perciò da verificare solo la **condizione dello spossessamento dei beni** del debitore ad opera del curatore: con riguardo a questo aspetto è la stessa High Court che ordina lo spossessamento privando gli amministratori della società dei loro poteri gestionali e sostituendoli con la figura del *provisional liquidator* in conformità alla legge applicabile (nella fattispecie quella irlandese) che ai sensi dell'art. 229 del Companies Act 1963 **obbliga il liquidatore a prendere** sotto la sua custodia e sotto il suo controllo **tutti i beni materiali e immateriali** che appartengono o paiono appartenere alla società.

Una volta chiarito l'ambito di applicazione del regolamento, è necessario individuare il giudice competente che, ai sensi dell'art. 3, è quello dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore. Per le società e in generale per le persone giuridiche si presume, fino a prova contraria, che il centro degli interessi principali sia il luogo in cui si trova la sede statutaria (quella che in Italia è la sede legale - n.d.r.). Se il centro degli interessi principali del debitore è situato nel territorio di uno Stato membro, i giudici di un altro Stato membro sono competenti ad aprire una **procedura di insolvenza nei confronti del debitore** solo se questi possiede una dipendenza in quest'ultimo Stato e gli effetti saranno circoscritti ai beni che si trovano in tale Stato. La legge applicabile è quella del paese in cui è aperta la procedura e



quest'ultima dovrà essere riconosciuta in tutti gli altri Stati membri a meno che il riconoscimento non produca effetti contrari all'ordine pubblico o ai diritti e alle libertà fondamentali tutelate costituzionalmente.

Il regolamento stabilisce infine che il curatore provvisorio è legittimato a compiere tutti gli atti conservativi sui beni del debitore che si trovano in un altro Stato membro, secondo la legge di quest'ultimo, nel periodo compreso tra la richiesta e l'apertura della procedura d'insolvenza.

## **Il Companies Act irlandese del 1963**

L'art. 215 della legge irlandese in materia societaria dispone che la liquidazione di una società ha inizio con la presentazione di una domanda da parte della società stessa o di uno o più creditori.

L'art. 220, tra le altre cose, dispone che la liquidazione ha inizio al momento della presentazione della domanda, mentre il successivo art. 226 consente al giudice di provvedere in qualsiasi momento alla nomina di un curatore provvisorio che, ai sensi dell'art. 229 è tenuto a prendere in custodia tutti i beni materiali e immateriali appartenenti alla società. Dette norme sono state trasfuse integralmente nel Companies Act del 1990, parzialmente modificato dal Company Law Enforcement Act del 2001 (4).

## **La soluzione della Corte di Giustizia**

La questione più interessante è certamente quella relativa alla **competenza dei giudici** degli Stati membri: nel caso in cui due società, controllante e controllata, appartenenti a Stati diversi versino in stato di insolvenza, quale sarà il giudice deputato a dichiararla? E quale sarà l'elemento decisivo al fine di determinare il centro degli interessi principali, come lo definisce l'art. 3 del regolamento Ce 1346/00? Chi avrà il potere di amministrare i beni della società dichiarata insolvente?

È infatti vero che nel caso di specie la società controllata (Eurofood) **gestisce in modo autonomo i propri interessi** in Irlanda (e ciò è verificabile in concreto) ma è altrettanto vero che la società controllante (Parmalat) **può esercitare un ampio controllo sulla prima**, grazie alla sua totale partecipazione (100%) al capitale sociale e al concomitante potere di nominarne gli amministratori.

Sulla base del regolamento in parola la procedura d'insolvenza deve essere aperta quindi nel paese dove la società ha il centro dei suoi interessi principali (5) con la conseguenza che detta la dichiarazione di insolvenza produrrà i suoi effetti sui beni del debitore, ovunque questi si trovino e quindi in tutti gli Stati membri. Se in seguito dovesse essere dichiarata l'insolvenza anche nel paese dove il debitore ha una sua sede secondaria, tale seconda pronuncia manifesterebbe i suoi effetti esclusivamente in questo paese.

La Corte di Giustizia ha ritenuto che Eurofood esercitasse effettivamente in Irlanda la sua attività e ciò era riconoscibile dai terzi e che nessun rilievo possa assumere il controllo, pur totale, esercitato da Parmalat: esemplificando, la Corte giunge ad affermare che solo nel caso in cui la società controllata sia una società «fantasma» la quale

La procedura di insolvenza aperta in uno Stato membro deve essere riconosciuta in tutti gli altri Stati membri in virtù del principio di fiducia reciproca che ormai informa l'Unione europea in molti settori.

### **Note:**

(4) Il Companies Act, 1963 regola le competenze del liquidatore. L'art. 225 dispone testualmente: «For the purpose of conducting the proceedings in winding up a company and performing such duties in reference thereto as the court may impose, the court may appoint a liquidator or liquidators».

L'art. 226 recita: «(1) Subject to subsection (2), the court may appoint a liquidator provisionally at any time after the presentation of a winding-up petition and before the first appointment of liquidators. (2) Where a liquidator is provisionally appointed by the court, the court may limit and restrict his powers by the order appointing him».

L'art. 229 obbliga il provisional liquidator, una volta nominato a «take into his custody or under his control all the property and things in action to which the company is or appears to be entitled».

Quanto alla decorrenza degli effetti della procedura l'art. 220 prevede che «...the winding up of a company by the court shall be deemed to commence at the time of the presentation of the petition for the winding up».

(5) Il concetto di centro degli interessi principali è una creazione del regolamento Ce 1346/00 e non esiste alcun richiamo alle singole normative nazionali: in particolare per comprenderne esattamente il senso è opportuno leggere il tredicesimo considerando al regolamento che recita «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».



non esercita di fatto alcuna attività, si dovrebbe escludere l'assoggettabilità di questa alla procedura di insolvenza ma non è questo il caso.

A rafforzare l'opinione della Corte irlandese la circostanza che dei *directors* della società, due erano irlandesi e due erano italiani e che tutte le riunioni del *board of directors* (Consiglio di amministrazione - n.d.r.) si erano in realtà tenute a Dublino.

La decisione non convince: la società finanziaria totalmente controllata dalla società-madre, pur se di fatto esercita attività d'impresa formalmente autonoma, sostanzialmente rappresenta, per usare una metafora, una casaforte le cui chiavi sono in possesso della controllante.

Nella vigenza del regolamento quindi appare non così pacifico che il centro degli interessi di Eurofood fosse realmente l'Irlanda, specie se le decisioni venivano adottate a Parma, se gli organi deliberanti erano a Parma, se il più delle volte i *directors* italiani prendevano parte alle riunioni a Dublino per telefono, se solo i 2 componenti italiani del board erano *executive directors* mentre quelli irlandesi erano poco più che spettatori (6), se la società irlandese non aveva un solo dipendente a Dublino, se della società controllata rispondeva la controllante.

Sfortunatamente di tale diversa attribuzione di mansioni e poteri non v'era traccia nell'*Article of Association* (Statuto - n.d.r.) della società e ciò ha rappresentato un ulteriore, pregnante **punto di forza** per i giudici irlandesi (7).

In che rapporto stanno quindi i due tribunali? È sempre il regolamento che afferma che la procedura di insolvenza aperta in uno Stato membro **deve essere riconosciuta** in tutti gli altri Stati membri in virtù del principio di fiducia reciproca che ormai informa l'Unione europea in molti settori: l'unico limite è il **rispetto delle garanzie** del procedimento che deve essere **equo e garantire il diritto alla difesa**.

In sostanza, uno Stato membro **può opporsi al riconoscimento di una procedura di insolvenza** dichiarata da altro Stato membro solo qualora tale riconoscimento possa produrre effetti manifestamente contrari all'ordine pubblico, ai principi fondamentali o ai diritti e libertà garantiti dalla Costituzione: tipica l'ipotesi in cui un soggetto interessato alla procedura non sia stato sentito o non sia stato convocato in tempo utile per esserlo.

Sul piano pratico ne consegue che il *provisional liquidator*

nominato dal tribunale irlandese avrà il potere di amministrare tutti i beni appartenenti a Eurofood (e quindi a Parmalat) a prescindere dove gli stessi sono localizzati e quindi in tutta l'Unione europea (Italia compresa naturalmente), privando di analogo potere l'amministratore straordinario nominato in Italia dal tribunale italiano (che, come si è già detto, è anche amministratore di Parmalat). La procedura principale, secondo la Corte di Giustizia, è pertanto quella aperta in Irlanda, mentre quella aperta in Italia può essere legittimamente non riconosciuta dal giudice irlandese: la società va quindi posta in liquidazione in Irlanda con tutto quello che ne consegue.

## Conclusioni

L'High Court irlandese si appresta quindi ad emettere la sua definitiva sentenza, forte dell'indirizzo tracciato dalla Corte di Giustizia Ue con la decisione in commento.

Per l'amministratore straordinario di Parmalat quindi sembra sfumata la possibilità di ampliare la massa attiva al fine di risanare il gruppo, ai giudici italiani non rimane che dolersi della pronuncia della Corte che non ha condiviso il loro operato, mentre ai creditori non resta che armarsi di pazienza e apprestarsi a migrare oltre Manica, nella migliore tradizione del *forum shopping*, facendosi carico di tutti quegli oneri (anche finanziari) che una simile procedura all'estero comporta.

Gli unici a poter eventualmente **trarre beneficio** da questa disamina potrebbero essere, come si accennava agli inizi di questo scritto, quegli imprenditori che hanno in mente di **riorganizzare la loro struttura aziendale** in maniera tale da **trasferire altrove i rischi e le conseguenze di una procedura d'insolvenza**.

### Note:

(6) Per tacere del fatto che uno dei *directors* irlandesi era un funzionario della Bank of America, ovvero colei che ha fatto istanza alla Corte irlandese per far dichiarare l'insolvenza!

(7) <http://www.bailii.org/ie/cases/IESC/2004/45.html>