CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER presentate il 6 settembre 2005 [1]

I — Introduzione

1. L'attuale regime giuridico dell'avversità rappresentata dal sovraindebitamento, in particolare dei singoli, a prescindere dal fatto che esercitino o meno un'attività professionale o di carattere commerciale, è ben distante dal pathos con cui Honoré de Balzac ha magistralmente descritto la sofferenza di César Birotteau di fronte ai suoi creditori [2]; disonorato, privato dei suoi diritti e dello scarso patrimonio lasciatogli dal suo notaio Roguin, il personaggio del romanzo balzacchiano riesce a rifarsi con perseveranza, pagando l'uno dopo l'altro tutti i propri debiti, prassi poco usuale già a quell'epoca.

2. Non si deve considerare l'estrema rettitudine di Monsieur Birotteau come un esempio della «bêtise de la vertu», in base a quanto scriveva il suo creatore nella prima bozza dell'opera nel 1833, poiché, sebbene ogni creditore corra il rischio di non essere pagato, ragioni di natura economica (sicurezza del commercio) e giuridica (pacta sunt servanda) suggeriscono di instaurare un ambito normativo che garantisca il recupero dei crediti, anche in ambito europeo.

3. La questione pregiudiziale del Bundesgerichtshof rientra proprio in tale contesto comunitario. Il supremo organo giurisdizionale tedesco chiede che la Corte determini in che misura incide sulla competenza giurisdizionale un fatto, ossia lo spostamento del centro degli interessi principali di un debitore in un altro Stato membro diverso da quello in cui era stata presentata la domanda di apertura della procedura di insolvenza. In sostanza, intende sapere se il giudice al quale viene sottoposta detta domanda conservi la sua giurisdizione al fine di decidere in merito all'apertura.

4. Tuttavia, essendosi verificati i fatti di cui al procedimento principale precedentemente all'entrata in vigore del regolamento (CE) del

1 — Lingua originale: lo spagnolo

2 — Balzac, H. de, «Histoire de la grandeur et de la décadence de César Birotteau, marchand parfumeur, adjoint au maire du deuxième arrondissement de Paris, chevalier de la légion d'honneur, etc.», pubblicato per la prima volta nel 1838; titolo dell'edizione tascabile «César Birotteau», ed. Garnier Flammarion, Parigi 1995, in particolare capitolo XVI, pagg. 353 e segg.

Consiglio 29 maggio 2000, n. 1346, relativo alle procedure di insolvenza [3], che disciplina la competenza giurisdizionale in materia di fallimento e di cessazione dei pagamenti, è controversa l'applicabilità di tale atto normativo, aspetto che si deve altresì esaminare.

II — Contesto normativo

5. È la prima volta che la Corte deve risolvere una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione del regolamento menzionato, di cui, in via preliminare, occorre illustrare le caratteristiche fondamentali per facilitare la comprensione della risposta. Dopo una sommaria descrizione della relativa genesi storica ne riassumerò il contenuto, prestando una speciale attenzione ai principali obiettivi perseguiti da detto regolamento.

A — *Genesi storica*

6. L'iter relativo alla disciplina delle procedure di insolvenza nel diritto comunitario denota tinte «kafkiane», non a causa della relativa dilatazione nel tempo bensì del mutamento subito dal progetto di convenzione, che ha esercitato un'essenziale influenza sul suo sviluppo, come nel caso della trasformazione di Gregor Samsa [4].

7. L'idea di prevedere un inquadramento per le procedure di insolvenza nella Comunità è da ricondursi all'art. 220 del Trattato CE (divenuto art. 293 CE), che invita gli Stati membri ad avviare fra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini, tra l'altro, la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali.

8. Frutto di detta disposizione è stata, in primo luogo, la nota Convenzione 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale [5] (in prosieguo: la «Convenzione di Bruxelles»).

3 — GU L 160, pag. 1.

4 — In «La metamorfosi» di Franz Kafka (dottore in giurisprudenza dell'Università di Praga), libro scritto nel 1912 e pubblicato nel 1916, la sorte finale dell'eroe è, tuttavia, tragica, in quanto, trasformato in scarafaggio, perisce nella più assoluta solitudine, dopo aver deciso di cessare di alimentarsi; Kafka, F., «Die Verwandlung», edizione di Marjorie L. Hoover, ed. W. W. Norton & Company, Inc, New York, 1960, pagg. 57 e segg.

5 — GU 1972, L 299, pag. 32 [modificata successivamente dalla Convenzione 9 ottobre 1978, relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord (GU L 304, pag. 1, e — testo modificato — pag. 77), dalla Convenzione 25 ottobre 1982, relativa all'adesione della Repubblica ellenica (GU L 388, pag. 1), dalla Convenzione 26 maggio 1989, relativa all'adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese (GU L 285, pag. 1); dalla Convenzione 29 novembre 1996, relativa all'adesione della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia (GU 1997, C 15, pag. 1)]. Tale normativa si trova attualmente formulata nel regolamento (CE) del Consiglio 22 dicembre 2000, n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (GU 2001, L 12, pag. 1).

9. Peraltro, l'art. 1, secondo comma, di detta Convenzione esclude dal suo campo «i fallimenti, concordati ed altre procedure affini», per la qual cosa tali discipline sono rimaste in attesa di un futuro accordo tra gli Stati membri. Nondimeno, un comitato di esperti ha redatto due progetti tra il 1963 e il 1980; per quanto riguarda il secondo, fondato sui principi di unità e di universalità [6], un gruppo del Consiglio della Comunità avrebbe dovuto elaborare un parere, ma i lavori venivano sospesi nel 1985 data la mancanza di consenso tra le parti [7].

10. Si deve osservare che gli Stati membri, ancor prima di aspirare a una normativa comune, avevano già avviato il procedimento di mutuo riconoscimento ed esecuzione di decisioni in materia di fallimento mediante trattati bilaterali, il cui elenco è sancito dall'art. 44, n. 1, del regolamento n. 1346/2000. Ai sensi di tale norma, tale atto normativo sostituisce le suddette convenzioni.

11. Sempre al di fuori dell'ambito comunitario, in particolare in seno al Consiglio d'Europa, sono sorte iniziative culminate nella Convenzione europea di Istanbul su taluni aspetti internazionali del fallimento, aperta alla firma ad Istanbul nel 1990 (in prosieguo: la «Convenzione di Istanbul»). Tuttavia, con l'entrata in vigore del regolamento n. 1346/2000, la sua ratifica è apparsa dubbia. Il principale contributo della Convenzione di Istanbul consiste nell'introduzione di una maggiore flessibilità nel ricorso ai principi precedentemente menzionati [8].

12. Gli effetti di detta convenzione si sono ripercossi sulla successiva evoluzione del processo di elaborazione del menzionato regolamento, giacché, al fine di salvaguardare nel suo complesso il progetto di Convenzione del 1985, un gruppo ad hoc di esperti nazionali ha predisposto il testo della Convenzione relativa alle procedure di insolvenza, stipulata a Bruxelles il 23 novembre 1995, contraddistinta da un approccio meno rigido e da soluzioni più semplici [9].

13. A differenza del testo comunitario immediatamente precedente, in quest'ultima Convenzione il sistema risultava fondato sul principio di universalità, limitato quanto alla possibilità di promuovere una o più procedure secondarie in altri Paesi, ma con una portata ristretta ai loro rispettivi territori [10].

14. Poiché non tutti i quindici Stati membri hanno aderito alla Convenzione, il suo fallimento era inevitabile ma questo ha

6 — Per «*principio di unità*» si intende l'esistenza di un'unica procedura per l'intero territorio della Comunità, mentre il «*principio di universalità*» allude all'estensione della procedura a tutti i beni del debitore, ovunque siano situati.

7 — Relazione Virgós/Schmit in merito alla Convenzione riguardante le procedure di insolvenza (in prosieguo: la «relazione Virgós/Schmit»), in Virgós Soriano, M. e Garcimartín Alférez, F.J., *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Civitas, Madrid, 2003, punto 3.

8 — Relazione Virgós/Schmit, punto 4.

9 — Relazione Virgós/Schmit, punto 5.

10 — Ibidem.

comportato che, al pari di una crisalide, subisse una metamorfosi, dato che, senza alterare il contenuto, ha modificato la sua natura giuridica, perdendo la vocazione di trattato internazionale per tramutarsi in un regolamento ai sensi dell'art. 249, secondo comma, CE.

15. L'impulso per una siffatta mutazione, dato dalla Finlandia e dalla Germania, è da ricondursi alla promettente frondosità degli artt. 61, lett. c), CE (già art. 73 I del Trattato CE), e 67 , n. 1, CE (già art. 73 O del Trattato CE), «comunitarizzati» in forza del Trattato di Amsterdam, di cui costituiscono, d'altronde, uno dei principali risultati [11].

16. Affrancato finalmente dalla stentata esistenza alla quale lo esponeva la sua precedente condizione di trattato, la nuova natura gli ha offerto l'esile leggerezza che conferisce la diretta applicabilità consustanziale agli atti simili.

B — *Analisi del suo contenuto e disposizioni rilevanti*

17. Dal preambolo del regolamento n. 1346/2000 emerge che il buon funzionamento del mercato interno richiede tre elementi prioritari in materia di insolvenza: in primo luogo, un atto comunitario per coordinare i provvedimenti presi in merito al patrimonio del debitore insolvente [12]; in secondo luogo, l'efficienza delle procedure di insolvenza transfrontaliera [13]; e, infine, la dissuasione dal cosiddetto «*forum shopping*», cioè, impedire che gli interessati trasferiscano i beni o i procedimenti giudiziari da uno Stato ad un altro al fine di ottenere una migliore situazione giuridica [14].

18. Il regolamento non esige una disciplina generale e unica delle procedure di insolvenza ma esclusivamente del diritto applicabile, della competenza internazionale con riferimento all'apertura delle stesse e del loro riconoscimento negli altri Stati membri.

19. Nel capitolo introduttivo sono riunite varie disposizioni di carattere generale, relative all'ambito materiale (art. 1), alla determinazione del tribunale competente (art. 3) e alla norma che deve vigere in diversi casi specifici (artt. 4-15) [15].

11 — Wiedemann, T., «Visa, Asyl, Einwanderung», in Schwarze, J. (Coord.), EU-Kommentar, Baden-Baden, 2000, pag. 842.

12 — Terzo 'considerando'del regolamento n. 1346/2000.

13 — Secondo 'considerando' del regolamento n. 1346/2000.

14 — Quarto 'considerando' del regolamento n. 1346/2000.

15 — Le materie disciplinate da tali norme includono: i diritti reali dei terzi (art. 5); la compensazione dei crediti (art. 6); la riserva di proprietà (art. 7); i contratti relativi a beni immobili (art. 8); i sistemi di pagamento e i mercati finanziari (art. 9); i contratti di lavoro (art. 10); gli effetti sui diritti soggetti a iscrizione nei pubblici registri (art. 11); i brevetti e marchi comunitari (art. 12); gli atti pregiudizievoli per gli interessi dei creditori (art. 13); la tutela del terzo acquirente per fatti successivi all'apertura della procedura di insolvenza (art. 14) così come i suoi effetti sugli altri procedimenti pendenti (art. 15).

20. Questo stesso capitolo contiene alcune definizioni, alcune di notevole importanza per risolvere la questione pregiudiziale, specialmente quelle di cui alle lett. e) ed f) dell'art. 2, ai sensi delle quali si intende per:

«(...)

e) "Decisione", in relazione all'apertura di una procedura d'insolvenza o alla nomina di un curatore, la decisione di qualsiasi giudice competente a aprire tale procedura o a nominare un curatore;

f) "Momento in cui è aperta la procedura di insolvenza", il momento in cui la decisione di apertura, sia essa definitiva o meno, comincia a produrre effetti;

(...)».

21. La pietra angolare del sistema consiste nell'art. 3, n. 1, prima frase, che attribuisce la competenza ad aprire la procedura di insolvenza ai giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore.

22. Assume parimenti rilievo per la questione sottoposta, nonché per i dubbi in merito all'applicabilità del regolamento, l'art. 4, nn. 1 e 2, ove si prevede che la procedura e i suoi effetti sono disciplinati dalla legge del luogo in cui sia stata instaurata la procedura in questione.

23. Rivestono pari importanza le norme del capitolo II relative al riconoscimento negli altri Paesi. L'art. 16, n. 1, sancisce detto principio nel disporre che ogni decisione che promuova una procedura di insolvenza, emanata dal giudice competente di uno Stato membro, deve essere accettata in tutti gli altri non appena essa produce effetto in quel Paese in cui ne sia stata accordata la relativa attuazione. La suddetta sezione include alcune disposizioni consacrate ai poteri del curatore e una clausola di salvaguardia che consente di negare il beneficio cui si riferisce l'art. 16, n. 1, qualora si pregiudichi l'ordine pubblico in ragione dell'avvio della procedura [16].

24. I capitoli III e IV [17], meno rilevanti per detto procedimento di rinvio pregiudiziale, riguardano, rispettivamente, le procedure secondarie instaurate in determinate circostanze in altri Stati membri e l'informazione dei creditori e il loro diritto di insinuare i crediti, in base a quanto ritenuto dagli stessi opportuno.

16 — Art. 26 del regolamento n. 1346/2000.

17 — Artt. 27-38 e 39-42, rispettivamente, del regolamento n. 1346/2000.

25. L'art. 38 disciplina i provvedimenti conservativi nei termini seguenti:

«Allorché, per garantire la conservazione dei beni del debitore, il giudice di uno Stato membro competente ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, nomina un curatore provvisorio ai fini di garantire la conservazione dei beni del debitore, tale curatore provvisorio è legittimato a chiedere tutti i provvedimenti conservativi per i beni del debitore che si trovano in un altro Stato membro, previsti dalla legge di detto Stato, per il periodo che separa la richiesta dalla decisione di apertura di una procedura di insolvenza».

26. In ultimo, il capitolo V riunisce le disposizioni transitorie e finali [18]. Nell'ambito della questione sollevata dal Bundesgerichtshof, l'art. 43, prima frase, indica che il regolamento si limita a disciplinare i fallimenti e analoghi istituti che si promuovano dopo la data della sua entrata in vigore fissata, conformemente all'art. 47, al 31 maggio 2002.

III — Fatti, controversia principale e questione pregiudiziale

27. La sig.ra Staubitz-Schreiber gestiva, a titolo di impresa individuale, un'esercizio commerciale nel settore degli apparecchi e degli accessori di telecomunicazione a Wülfrath (Germania). In data 6 dicembre 2001 presentava domanda di apertura di una procedura di insolvenza sul proprio patrimonio dinanzi all'Amtsgericht di Wuppertal (Germania).

28. Tuttavia il congelamento dei beni ai fini della costituzione della massa dell'attivo risultava infruttuoso per carenza di massa fallimentare o di diritti sufficienti e il giudice adito della domanda in questione la respingeva con decisione 10 aprile 2002.

29. La debitrice, residente in Spagna dal 1° aprile 2002 al fine di vivere e lavorare in tale Stato, presentava ricorso affinché, previo annullamento della detta decisione, si accordasse l'apertura della procedura in questione.

30. Mediante ordinanza 14 agosto 2002 il giudice dell'impugnazione respingeva il ricorso reputando inammissibile la domanda di apertura, in quanto con lo spostamento della sig.ra Staubitz-Schreiber, conformemente all'art. 3 del regolamento n. 1346/2000, la competenza a conoscere di tale procedura era passata alle autorità spagnole.

31. Nel ricorso di cassazione proposto contro quest'ultima decisione la debitrice chiede

18 — Artt. 43-47 del regolamento n. 1346/2000.

al Bundesgerichtshof che la stessa sia annullata e che si rinvii il procedimento al giudice di secondo grado ai fini di una nuova decisione.

32. Non stimando chiara l'interpretazione della suddetta disposizione, il giudice di cassazione tedesco decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione in via pregiudiziale:

«Se il giudice dello Stato membro, al quale sia stata presentata la domanda di avvio della procedura di insolvenza, resti competente a decidere in merito all'apertura della detta procedura quando il debitore, successivamente alla proposizione della domanda ma anteriormente all'apertura della procedura stessa, abbia trasferito il centro dei propri interessi principali nel territorio di un altro Stato membro, ovvero se la competenza venga invece trasferita al giudice dell'altro Stato membro».

IV — Procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

33. Sia la Commissione sia i governi tedesco e dei Paesi Bassi hanno formulato osservazioni scritte, entro il termine fissato dall'art. 20 dello Statuto CE della Corte.

34. Si è evitato l'avvio della fase orale, non essendovi interessata nessuna delle parti del procedimento pregiudiziale in questione.

V — Analisi della questione pregiudiziale

A — *Questione preliminare: l'applicabilità del regolamento alla controversia principale*

35. Sia la presentazione della domanda di avvio della procedura di insolvenza sia il suo diniego da parte del giudice competente per carenza di massa fallimentare sufficiente si sono verificati prima dell'entrata in vigore del regolamento, cosicché sono insorte perplessità in merito all'applicabilità di quest'ultimo alla procedura in questione. Ecco perché non si ritiene superfluo dedicare alcune riflessioni a tale aspetto.

36. Il giudice a quo non ha fatto direttamente riferimento a tale aspetto, limitandosi a procedere, al punto 2 della decisione, a una breve analisi del problema, pronunciandosi in favore dell'applicabilità.

37. Secondo il Bundesgerichtshof, il rigetto della domanda di apertura non equivale all'avvio della procedura di insolvenza e, di

conseguenza, ai sensi della disciplina nazionale in materia di fallimento, una tale situazione non si è configurata prima della piena entrata in vigore del regolamento.

38. Il governo tedesco condivide il giudizio formulato dalla sua suprema Corte. Esso aggiunge che, con il ricorso in appello della sig.ra Staubitz-Schreiber, la causa risultava ancora pendente successivamente al 31 maggio 2002. Poiché la ricorrente non ha chiesto solo l'annullamento della decisione di diniego della sua domanda, ma altresì una decisione positiva a tale riguardo, detto governo considera che, essendo la domanda in questione ancora pendente una volta entrato in vigore il regolamento, la controversia principale debba essere risolta alla luce di tale atto normativo comunitario.

39. La Commissione desume dall'art. 43 del regolamento n. 1346/2000 che la sua applicabilità dipende dal momento dell'apertura del procedimento, senza la necessità di disposizioni transitorie applicabili all'ipotesi in cui, pur essendo stata presentata la domanda, la procedura non fosse ancora iniziata. A suo giudizio, la mancanza di siffatte disposizioni confermerebbe la tesi dell'assoggettamento incondizionato di tali ipotesi al menzionato regolamento.

40. Per quanto attiene alla controversia in esame, la Commissione rammenta che il 31 maggio 2002 non è stata adottata alcuna decisione di apertura in Germania né in alcun altro Stato membro, cosicché la soluzione deve essere rinvenuta nel regolamento.

41. Secondo una costante giurisprudenza, il procedimento previsto all'art. 234 CE è uno strumento di cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali [19] che richiede il rispetto della ripartizione delle rispettive competenze. Nell'ambito di tale cooperazione, il giudice nazionale del rinvio, che è l'unico ad avere conoscenza diretta dei fatti in causa e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, è nella situazione più idonea per valutare, tenuto conto delle peculiarità della causa stessa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria sentenza, sia la *rilevanza delle questioni* che sottopone alla Corte [20]. A sua volta, spetta a quest'ultima fornire al giudice a quo una soluzione utile che gli consenta di dirimere la controversia [21].

42. Dato che nell'ordinanza di rinvio si fa riferimento all'art. 43, prima frase, del regolamento n. 1346/2000, e che la decisione di cui alla causa principale varierà in funzione della sua applicabilità, si deve analizzare tale aspetto della menzionata disposizione [22].

43. Alla luce di queste considerazioni, l'art. 43, prima frase, subordinata l'applica-

19 — Sentenze 16 luglio 1992, causa C-343/90, Lourenço Dias (Racc. pag. I-4673, punto 14) e 18 marzo 2004, C-314/01, Siemens e ARGE Telekom (Racc. pag. I-2549, punto 33, e giurisprudenza ivi citata).

20 — Sentenze Lourenço Dias, cit., punto 15; 22 gennaio 2002, causa C-390/99, Canal Satélite Digital, Racc. pag. I-607, punto 18; Siemens e ARGE Telekom, cit., punto 34, e 7 ottobre 2004, causa C-247/02, Sintesi (Racc. pag. I-9215, punto 22).

21 — Sentenze 28 novembre 2000, causa C-88/99, Roquettes Frères (Racc. pag. I-10465, punto 18), e 20 maggio 2003, causa C-469/00, Ravil (Racc. pag. I-5053, punto 27).

22 — La Corte ha adottato la stessa metodologia nella sentenza 9 settembre 2003, causa C-285/01, Burbaud (Racc. pag. I-8219, punto 94).

bilità del regolamento a che la procedura sia stata intentata dopo la sua entrata in vigore, recepisce dunque, inoltre, il principio di irretroattività [23].

44. Le lett. e) ed f) dell'art. 2 dello stesso regolamento distinguono tra la «decisione» di promuovere una procedura di insolvenza e il «momento in cui [quest'ultima] è aperta», cogliendone le rispettive definizioni, la qual cosa implica che tali fasi non possono essere contemporanee.

45. La prima è limitata all'atto formalmente adottato in una procedura di fallimento, laddove la lett. f) allude al momento in cui la decisione comincia a produrre effetti, «sia essa definitiva o meno».

46. Inoltre, ai sensi dell'art. 4 del regolamento, tale procedura e i suoi effetti sono disciplinati dalla legge dello Stato membro nel cui territorio viene instaurata.

47. È indubbio che, come sostiene il governo tedesco, nella fattispecie non è stata emanata una decisione positiva in tal senso, cosicché non ha nemmeno prodotto «effetti». Pertanto, sarebbe possibile pensare che la procedura non sia stata avviata alla data di entrata in vigore del menzionato regolamento, la qual cosa determinerebbe l'applicabilità di quest'ultimo.

48. Peraltro, la sig.ra Staubitz-Schreiber non ha proposto ricorso solo per l'annullamento della decisione di diniego controversa ma anche per una pronuncia giurisdizionale positiva, e quindi il giudice nazionale deve dimostrare se, in conformità al diritto tedesco, si è verificata un'apertura nell'accezione della norma di cui trattasi, precisando se ciò è accaduto prima o dopo il 31 maggio 2002, a causa della possibile retroattività.

49. Tale soluzione concorda, inoltre, con la lettera e con la ratio del regolamento n. 1346/2000, che rinvia al diritto nazionale applicabile [24].

B — *Sulla questione pregiudiziale*

50. A giudizio del governo tedesco, quando l'art. 3 del regolamento n. 1346/2000 attribuisce la competenza ad aprire la procedura di insolvenza ai giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore, stabilisce esclusivamente i requisiti materiali per deli-

23 — Virgós Soriano, M. e Garcimartín Alférez, F.J., op. cit., pag. 37.

24 — Agli artt. 2, lett. f), e 4, cit., del regolamento n. 1346/2000.

mitare la competenza internazionale. Giacché la norma non fornisce alcuna indicazione in merito al momento in cui devono ricorrere tali requisiti né in merito alle circostanze che provocano un mutamento del giudice competente, il governo in questione ritiene sia imprescindibile un'interpretazione finalistica della stessa.

51. Esso afferma che uno degli obiettivi prioritari del regolamento [25] consiste nel dissuadere dal *forum shopping*, al fine di impedire che il debitore scelga il diritto nazionale che maggiormente gli conviene. Inoltre, il riferimento al centro degli interessi principali dell'insolvente si fonda sulla presunzione che in detto luogo si trovi la maggior parte dei suoi creditori e sull'economia processuale, poiché, se la domanda di apertura non fosse il momento atto a determinare la competenza, sorgerebbero problemi a livello di prova e conseguenti ritardi. D'altro canto, i creditori devono conoscere con certezza tale centro di interessi, così da non venire a dipendere da eventuali accertamenti a tale riguardo.

52. Infine, tale governo osserva che l'universalità della procedura consente che il curatore nominato dal giudice eserciti le sue prerogative in altri Stati, anche nei quali il debitore possiede dei beni, senza avviare altre procedure.

53. Il governo dei Paesi Bassi condivide l'opinione di quello tedesco, affermando che il giudice dinanzi al quale è stata depositata la domanda di apertura conserva la competenza a decidere a favore della stessa, inclusa l'ipotesi in cui il debitore, nel frattempo, abbia trasferito il suo centro di interessi principali in un altro Stato membro. Esso adduce che il potere di emanare provvedimenti provvisori di cui all'art. 38 del regolamento n. 1346/2000 conferma tale tesi, poiché in detta norma, come all'art. 3, la competenza si concede in funzione della situazione esistente al momento di presentazione della domanda, e poiché, diversamente, l'insolvente potrebbe vanificare la tutela provvisoria modificando, a suo piacimento, il centro dei suoi principali interessi (*forum shopping*).

54. Tuttavia, esso differenzia la sua posizione laddove ammette che, in talune ipotesi, per ragioni pratiche, il sistema del regolamento autorizza il giudice che esamina la domanda a sospenderla o a respingerla, qualora sia persuaso dell'opportunità di promuovere la procedura nel luogo in cui il debitore si è trasferito.

55. La Commissione è a sua volta propensa a mantenere, nelle circostanze di cui alla causa principale, la competenza dell'organo giurisdizionale dinanzi al quale è stata depositata la domanda. Essa aggiunge che l'esegesi letterale, storica e teleologica del menzionato art. 3 si orienta in tale direzione.

25 — Il governo tedesco allude al quarto 'considerando' del preambolo di cui al regolamento n. 1346/2000.

56. A suo parere, sebbene il principio della perpetuatio fori eviti gli inconvenienti del *forum shopping*, ciò non si deve al fatto che è semplice ricorrere a tale strumento dal momento che esso presuppone un'approfondita conoscenza dei vantaggi e degli inconvenienti dei diversi diritti fallimentari nazionali e la volontà di spostare il centro degli interessi vitali in un altro Stato membro.

57. La Commissione attribuisce maggiore importanza all'argomento secondo il quale con il principio precedentemente menzionato si consegue la certezza del diritto necessaria sia per i creditori sia per i giudici. I primi potrebbero calcolare, almeno parzialmente, il rischio in caso di insolvenza del loro debitore e sapere che il diritto applicabile non muterà dopo la presentazione della domanda; gli organi giurisdizionali sono esonerati dal dover continuamente provare la loro competenza una volta presentata la domanda fino a che non sia accordata l'apertura.

58. Con il rinvio pregiudiziale il Bundesgerichtshof intende accertare se il giudice cui è stata sottoposta la domanda di apertura sia competente a dichiarare l'insolvenza quando, nel frattempo, il debitore abbia trasferito il suo centro degli interessi vitali in un altro Stato membro.

59. Ai sensi dell'art. 3 del regolamento n. 1346/2000 la competenza si radica nel luogo in cui si trova il «centro degli interessi principali del debitore»; rivestono, dunque una particolare rilevanza, da un lato, la definizione di tale concetto e, dall'altra, il momento in cui se ne deve tener conto.

a) Il centro degli interessi principali del debitore

60. Occorre sottolineare, innanzi tutto, il carattere di concetto autonomo di diritto comunitario di tale espressione, la qual cosa le conferisce un significato uniforme e indipendente dagli ordinamenti nazionali [26]; si impone, pertanto, una definizione unica per l'intera Comunità [27].

61. La seconda frase dello stesso art. 3, n. 1, genera una presunzione iuris tantum in relazione alle società e alle persone giuridiche, identificando il centro degli interessi con la sede. Nel caso della sig.ra Staubitz-Schreiber, peraltro, si tratta di una persona

26 — Virgós Soriano, M. e Garcimartín Alférez, F.J., op. cit., pag. 45

27 — Sentenza 18 novembre 2004, causa C-284/03, Temco Europe (Racc. pag. I-11237, punto 16, e giurisprudenza ivi citata); relativamente alla Convenzione di Bruxelles, più prossima alla materia della questione pregiudiziale in esame, sentenza 15 maggio 2003, causa C-266/01, Préservatrice foncière TIARD (Racc. pag. I-4867, punto 20, e giurisprudenza ivi citata), nonché sentenza 20 marzo 1997, causa C-295/95, Farell (Racc. pag. I-1683, punti 12 e 13, e giurisprudenza ivi citata).

física che aveva operato nell'ambito del commercio in qualità di commerciante, senza avvalersi della copertura di una forma societaria.

62. Il regolamento n. 1346/2000 non fornisce alcuna regola per una siffatta ipotesi. Il tredicesimo 'considerando' del suo preambolo suggerisce che la definizione discussa fa riferimento al luogo in cui il debitore gestisce abitualmente l'amministrazione dei suoi interessi, di agevole localizzazione da parte dei terzi. Così, si reputa centro di interessi di colui che svolge un'attività commerciale il suo domicilio *professionale*, e per le restanti persone físiche, la sua residenza abituale [28].

63. Si deve rilevare, inoltre, che la possibilità di promuovere procedure secondarie in altri Stati membri parallelamente a quella principale rimane condizionata al fatto che, alla luce del diciassettesimo 'considerando' del regolamento, il debitore vi detenga una dipendenza, limitandosi gli effetti degli atti accessori, ai sensi dell'art. 27, ai beni del debitore situati nel territorio in cui sono compiuti.

64. Da tutto quanto sopra considerato si evince il legame che deve sussistere tra i beni professionali del debitore e il luogo della procedura, la qual cosa implica la migliore garanzia per i creditori, poiché consente loro di calcolare i rischi giuridici che assumono in caso di insolvenza [29]. Per tale motivo, la dottrina ritiene, nel caso di un professionista (imprenditore o commerciante individuale ad esempio) residente in uno Stato membro, che svolge le sue attività da un centro situato in un altro Stato, che si intenda per foro di competenza quest'ultimo Stato, purché la procedura concorsuale derivi dall'esercizio della sua attività professionale [30].

65. Poi, il concetto di «dipendenza» di cui alla lett. h) dell'art. 2 del regolamento [31] esclude la mera presenza di beni come presupposto per instaurare una procedura di fallimento [32].

66. Nella causa principale, essendo decorso un breve lasso di tempo tra la domanda di apertura e il trasferimento della sig.ra Staubitz-Schreiber in Spagna, appare improbabile che il suo patrimonio in detto Paese abbia raggiunto un volume sufficiente per meritare la qualifica di «dipendenza» nel senso precedentemente indicato.

28 — Relazione Virgós/Schmit, punto 75.

29 — Ibidem.

30 — Moss, G., Fletcher, I. e Isaacs, S., «The EC regulation on insolvency proceedings: a commentary and annotated guide», Oxford University Press, Oxford, 2002, pag. 169.

31 — Ai sensi di tale disposizione, si ritiene tale «qualsiasi luogo di operazioni in cui il debitore esercita in maniera non transitoria un'attività economica con mezzi umani e con beni».

32 — Relazione Virgós/Schmit, punto 70.

67. Di conseguenza, la soluzione della questione pregiudiziale proposta deve tendere ad attribuire l'accertamento relativo all'ubicazione dell'effettivo centro di interessi dell'insolvente al giudice a quo sulla base dei dati in suo possesso, senza che occorra soffermarsi ulteriormente sull'eventualità che possa dichiararsi incompetente o respingere la domanda conformemente al suo diritto nazionale, come suggerisce il governo dei Paesi Bassi, dato che il giudice del rinvio non ha sollevato tali quesiti.

b) Momento di determinazione del centro degli interessi principali

68. La Commissione sottolinea che l'art. 3, n. 1, prima frase, del regolamento n. 1346/2000 non menziona il «momento in cui è aperta la procedura di insolvenza» in rapporto alla determinazione del centro degli interessi principali del debitore, laddove tale espressione, la cui definizione — si rammenta — compare all'art. 2, si configura in varie occasioni come condizione di applicazione [33]. Si tratta, quantomeno, di un indizio del fatto che, secondo il legislatore comunitario, l'accertamento del centro di interessi principali non dipende da una tale circostanza, sebbene esso non prospetti alcuna alternativa.

33 — Artt. 5 e 7, nn. 1 e 2, del regolamento n. 1346/2000.

69. Esistono due argomenti di rilievo che consentono di affermare che quest'indagine deve essere contestuale alla domanda di apertura. Il primo si riferisce all'obiettivo dichiarato di evitare il *forum shopping*; il secondo, alla facoltà del giudice che esamina la domanda di adottare misure cautelari.

i) Contro il *forum shopping*

70. Non risultano superflue alcune brevi riflessioni in merito a detto concetto al fine di inquadrare la discussione, giacché, in generale, i giuristi attribuiscono a tale espressione anglosassone un carattere peggiorativo.

71. Se il *forum shopping* viene inteso come la possibilità per il ricorrente di ricercare la competenza giurisdizionale internazionale che risulti più favorevole per le sue pretese [34], è indubbio che, data la mancanza di uniformità giuridica dei diversi sistemi di diritto internazionale privato, tale fenomeno dovrebbe essere riconosciuto come una conseguenza naturale, non censurabile [35].

34 — Checa Martínez, M., «Fundamentos y límites del *forum shopping*: modelos europeo y angloamericano», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1998, n. 3, pag. 521.

35 — Juenger, F.K., «What's wrong with forum shopping?», *Sidney Law Review*, 1994, pagg. 5 e segg., in particolare pagg. 12 e 13.

72. In tal modo, la causa viene promossa nel luogo che gli risulta più favorevole per motivi di merito e procedurali. Ciò costituisce solo un'ottimizzazione dei mezzi processuali, risultato dell'esistenza di fori concorrenti, e non costituisce un illecito [36].

73. Tuttavia, qualora causi un'ingiustificata disparità tra le parti di una controversia in rapporto alla tutela dei loro rispettivi interessi, tale prassi diviene riprovevole, e la relativa repressione costituisce una legittima finalità normativa.

74. In questo senso si è pronunciato il legislatore comunitario in materia di fallimenti e, inoltre, di analoghe procedure, poiché nel quarto 'considerando' precedentemente menzionato manifesta la sua intenzione di dissuadere i soggetti processuali dal trasferire beni o procedimenti giudiziari da uno Stato ad un altro al fine di ottenere una situazione giuridica più vantaggiosa, aggiungendo tra parentesi l'espressione «*forum shopping*».

75. Ora, tale principio basilare del regolamento n. 1346/2000 sarebbe del tutto vanificato se il debitore potesse trasferire il suo centro di interessi principali in un altro Stato membro tra la presentazione della domanda di apertura e la dichiarazione di inizio dell'insolvenza. La suddetta interpretazione non si concilia con lo svolgimento efficiente delle procedure concorsuali transfrontaliere perseguito dal regolamento, in base al suo secondo 'considerando', giacché obbligherebbe i creditori a perseguire l'insolvente nel luogo in cui dimostri di essersi stabilito con carattere più o meno definitivo, privandoli così della necessaria certezza del diritto.

76. Inoltre, come sostiene la Commissione nelle sue osservazioni, tale atteggiamento implicherebbe l'accertamento d'ufficio della competenza del giudice di ciascun luogo in cui si stabilisca il debitore [37], la qual cosa risulta incompatibile con il principio di una buona amministrazione della giustizia.

77. In ogni caso, per quanto riguarda il *forum shopping*, i fatti della causa principale non rientrano in tale prassi, dal momento che la stessa sig.ra Staubitz-Schreiber propende per la competenza del giudice dinanzi al quale ha presentato la domanda di apertura della sua procedura di insolvenza. Il motivo della sua condotta si fonda su una particolarità del diritto concorsuale tedesco nota come «Restschuldbefreiung», in forza

36 — Siehr, K., «Forum shopping im internationalen Rechtsverkehr», *ZfRV*, 1984, pagg. 133 e segg.; Schack, H., «Internationales Zivilverfahrensrecht», 2ª ed., Monaco, 1996, pagg. 86 e 87.

37 — Relazione Virgós/Schmit, punto 79.

della quale il fallito ottiene la liberazione globale dal residuo dei debiti impagati con il ricavato della liquidazione [38], istituto sconosciuto ad altri sistemi nazionali europei [39].

ii) Il potere di disporre misure cautelari

78. Come osservato precedentemente, l'art. 38 del regolamento n. 1346/2000 conferisce al curatore provvisorio il potere di esigere tutti i provvedimenti conservativi per i beni del debitore che si trovano in un altro Stato membro nel corso del periodo che separa la richiesta dalla decisione di apertura di una procedura di insolvenza. Il sedicesimo 'considerando' sottolinea l'importanza di questo tipo di decisioni per l'efficacia della procedura di insolvenza.

79. Il senso di questa norma consiste nel facilitare le misure cautelari rilevanti per garantire l'integrità della massa, prima che venga avviata la procedura [40]. La dottrina dibatte in merito ai requisiti dell'intervento di detto curatore in altri Paesi, in particolare, se il suo operato richiede che ricorrano le condizioni per l'apertura di una procedura secondaria, ossia, che il debitore possieda una dipendenza in questi altri Stati membri [41]. Sebbene tale aspetto rivesta una rilevanza pratica di carattere generale, questo non si verifica nel caso di specie e quindi non è necessario soffermarsi sulla sua analisi.

80. Occorre rilevare, per contro, la portata dei poteri che l'art. 38 del menzionato regolamento attribuisce all'amministratore provvisorio. Dal tenore di tale norma si deduce l'ampia estensione della delega, giacché può disporre «tutti i provvedimenti conservativi».

81. L'esercizio di tali azioni, che in base a quest'ultima norma deve aver luogo secondo il diritto nazionale dello Stato membro in cui si devono attuare, viene garantito dal riconoscimento che, conformemente all'art. 25, n. 1, primo comma, è sostanzialmente automatico e conferma la volontà del legislatore comunitario di accelerare le procedure di insolvenza transfrontaliera ai sensi del secondo 'considerando'.

38 — In realtà, più che di una liberazione in senso stretto, si tratta di una sospensione dell'esecutività dei crediti rimasti scoperti dopo la liquidazione, assoggettata a una condizione di buona condotta durante un periodo di sei anni successivi all'ammissione al beneficio dell'istituto giuridico di cui trattasi. Pape, G. e Uhlenbruck, W., *Insolvenzrecht*, Monaco, 2002, pagg. 689 e segg.

39 — Alla mancata conoscenza dello stesso nel diritto spagnolo fa espresso riferimento Carrasco Perera, A., «Por qué quiebran los consumidores?», in *Actualidad jurídica Aranzadi*, anno XV, n. 669, 14 maggio 2005, pag. 3.

40 — Duursma-Kepplinger, H.-C., Duursma, D. e Chalupsky, E., *Europäische Insolvenzverordnung — Kommentar*, Vienna, 2002, pag. 558; Moss, G., Fletcher, I. e Isaacs, S., *op. cit.*, pag. 228.

41 — A favore di tale tesi: relazione Virgós/Schmit, punto 262; e Duursma-Kepplinger, H.-C., Duursma, D. e Chalupsky, E., op. cit., pag. 560. In senso contrario: Moss, G., Fletcher, I. e Isaacs, S., op. cit., pag. 229, secondo i quali il potere del curatore provvisorio può essere esercitato perfino rispetto a semplici beni, anche qualora non costituiscano una dipendenza ai sensi del regolamento n. 1346/2000.

82. In tale contesto, se si ritenesse lecito il trasferimento del centro di interessi principali del fallito durante il periodo compreso tra la domanda di apertura e l'inizio della procedura di insolvenza, si minerebbero i fondamenti dell'intero sistema del regolamento, il che, in ultima analisi, e per esprimerlo con una descrizione plastica, comporterebbe che creditori e giudici non cessino di perseguire i debitori insolventi, in un circolo vizioso di domande di apertura del fallimento e di spostamenti del centro di interessi principali, senza essere mai finalmente al sicuro, un destino più conforme alla leggenda dell'olandese errante che a una seria applicazione del regolamento relativo ai procedimenti di insolvenza.

83. Da quanto sopra esposto si evince che lo spostamento del centro di interessi principali del debitore insolvente durante il periodo compreso tra la domanda di apertura e l'inizio della procedura di insolvenza non modifica la competenza del giudice dinanzi al quale si è depositata la suddetta domanda per promuovere il fallimento.

VI — Conclusione

84. Considerate le riflessioni sopra formulate, propongo alla Corte di giustizia di risolvere la questione pregiudiziale del Bundesgerichthof (Germania) nel modo seguente:

«Il giudice dello Stato membro, al quale sia stata presentata la domanda di avvio della procedura di insolvenza, è competente a decidere in merito all'apertura di detta procedura anche quando il debitore, successivamente alla proposizione della domanda ma anteriormente all'apertura della procedura stessa, abbia trasferito il centro dei propri interessi principali nel territorio di un altro Stato membro».