

IL CONCETTO DI COMI IN MATERIA DI INSOLVENZE TRANSFRONTALIERE

1. Premessa

Il presente articolo si propone di esaminare, seppur in sintesi, l'evoluzione del concetto di *Center of Main Interest* ("COMI") quale criterio - affermatosi a livello comunitario, ma riconosciuto anche dal nostro ordinamento - di riparto della giurisdizione tra i diversi Stati membri dell'Unione Europea in tema di "insolvenze transfrontaliere".

Sul punto, va anzitutto ricordato che il nostro sistema di diritto internazionale privato e processuale (legge 218/1995), non prevede in realtà alcuna norma specifica per l'individuazione della competenza e della legge nazionale applicabile in caso di insolvenza con problematiche di carattere internazionale.

Sopperisce a tale carenza l'art. 9 della Legge Fallimentare ("l. fall.") che, nel disciplinare unitariamente, sotto la generica rubrica "*Competenza*", sia il profilo "territoriale e interno" della *competenza*, sia quello "internazionale ed esterno" della *giurisdizione* in materia fallimentare, fa a tal fine "*salve le convenzioni internazionali e la normativa dell'Unione Europea*".

In altri termini, l'art. 9 l. fall. citato, non solo disciplina il criterio "interno" di riparto della competenza per la dichiarazione di fallimento in favore del "*tribunale del luogo dove l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa*", ma altresì quello della giurisdizione e delle insolvenze transfrontaliere, riconoscendo in proposito la supremazia della disciplina comunitaria.

Ciò premesso, si ricorda altresì che il concetto di COMI è stato introdotto dal Regolamento CE n. 1346/2000, meglio noto come "EIR", il cui art. 3 EIR (par. 1) statuiva: "*Sono competenti ad aprire la procedura di insolvenza i giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore*".

Il legislatore comunitario non aveva, tuttavia, specificato con apposita disposizione in cosa effettivamente consistesse il concetto di COMI, limitandosi ad indicare che "*Per le società e le persone giuridiche si presume che il centro degli interessi principali sia, fino a prova contraria, il luogo in cui si trova la sede statutaria*" (cfr., sempre, art. 3 EIR, par. 1).

Il *considerando 13* dell'EIR aggiungeva, poi, che "*Per 'centro degli interessi principali' si dovrebbe intendere il luogo in cui il debitore esercita in modo abituale, e pertanto riconoscibile a terzi, la gestione di suoi interessi*", fornendo, quindi, in tal modo un criterio utile - ma non dirimente - per superare la suddetta presunzione di coincidenza tra sede sociale e COMI.

In sostanza, nell'ambito dell'EIR, il COMI risultava essere un concetto fattuale piuttosto vago, non essendo nemmeno chiaro quali "interessi" del debitore fossero rilevanti e quali tra tali interessi fossero da intendersi "principali".

Sul punto poteva essere certamente d'aiuto la (seppur precedente) Relazione Virgòs-Schmit (esplicativa della Convenzione del 23 novembre 1995 sulle procedure di insolvenza) alla quale era improntato il Regolamento 1346/2000 in esame.

Ed infatti, dalla Relazione – che forniva la medesima interpretazione del COMI fatta propria dal citato *considerando 13*, vale a dire "*the place where the debtor conducts the administration of his interests on a regular basis and is therefore ascertainable by third parties*" – poteva desumersi che il termine "interessi" fosse riferito non solo ad attività commerciali, individuali o professionali, ma altresì, ad attività economiche in senso generale, comprese quelle di privati, mentre il termine "principale" sarebbe servito come criterio nei casi in cui tali interessi comprendessero attività di diverso tipo svolte da diversi centri¹.

2. Il concetto di COMI alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE

La Corte di Giustizia UE è intervenuta con alcune significative pronunce, al fine di attribuire quanta più concretezza possibile al concetto di COMI, precisando anzitutto come esso costituisca "*una nozione propria del regolamento la quale, pertanto, presenta un significato autonomo e deve quindi essere interpretata in maniera uniforme e indipendente dalle legislazioni nazionali*"².

In sostanza, la Corte ha cercato di fornire una sempre più precisa definizione di COMI, valorizzando in particolar modo la sua riconoscibilità da parte dei terzi creditori che entrano in contatto con la società.

E così, la nota **sentenza Eurofood**³ chiarisce come dal *considerando* n. 13 derivi la necessità che il COMI "*sia individuato in base a criteri al tempo stesso obiettivi e verificabili dai*

¹ "By using the term "interests", the intention was to encompass not only commercial, industrial or professional activities, but also general economic activities, so as to include the activities of private individuals (e.g. consumers). The expression "main" serves as a criterion for the cases where these interests include activities of different types which are run from different centres" (par. 75).

² Così Corte di Giustizia CE, 2 maggio 2006, in causa C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*, punto n. 31, in *Fallimento*, 2006, 1252. Nello stesso senso si veda anche Corte di Giustizia CE, 20 ottobre 2011, in causa C-396/2009, *Interedil*, punti nn. 42, 43 e 44, in *Riv. Dir. Internaz. Priv. e Proc.*, 2012, 238.

³ Si rammenta che il Tribunale di Parma - chiamato a dichiarare lo stato d'insolvenza della società Eurofood Ifsc Ltd, con sede legale in Irlanda - aveva motivato l'apertura della procedura concorsuale in Italia ritenendo che l'attività di direzione e il "*centro propulsore dell'impresa*" fossero ivi situati e, più precisamente, presso la sede della controllante Parmalat, dove operavano sia gli amministratori di quest'ultima sia "*quelli della Eurofood con funzioni esecutive*" (cfr. T. Parma, 20 febbraio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1567). Sempre a carico di Eurofood

terzi”, al fine di “*garantire la certezza del diritto e la prevedibilità dell’individuazione del giudice competente ad aprire una procedura di insolvenza principale*”.

In tale ottica, la Corte di Giustizia ha, dunque, affermato che la presunzione di coincidenza del COMI con il luogo della sede legale può essere superata “*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 di detta sede statutaria*”.

A mero titolo esemplificativo, la Corte ha quindi citato il caso di società fantasma che non esercita alcuna attività nel luogo in cui ha la sede sociale, rilevando come, diversamente, qualora una società eserciti effettivamente la propria attività nel territorio dello stesso Stato membro in cui è stata fissata la sede legale, “*il semplice fatto che le sue scelte gestionali siano o possano essere controllate da una società madre stabilita in un altro Stato membro non è sufficiente per superare la presunzione di coincidenza*”.

In altri termini, con la sentenza *Eurofood* in esame, la Corte di Giustizia ha valorizzato, quale criterio di valutazione della giurisdizione e di superamento della presunzione di cui all’art. 3 EIR, il **luogo di esercizio effettivo dell’attività in maniera riconoscibile da parte dei terzi**.

*

Con la **sentenza *Interedit***⁴, dell’ottobre 2011, si è poi provveduto ad ulteriormente affinare la nozione di COMI, specificandosi come esso debba essere individuato “*privilegiando il luogo dell’amministrazione principale di tale società, identificabile sulla base di elementi oggettivi e riconoscibili dai terzi*”.

A tal riguardo, secondo la Corte di Giustizia, devono distinguersi due ipotesi: (a) qualora “*gli organi di controllo di una società si trovino presso la sua sede statutaria e le decisioni di gestione di tale società siano assunte, in maniera riconoscibile dai terzi, in detto luogo, trova piena applicazione la presunzione dell’art. 3 ...*”, dunque non superabile; (b) ove, invece, “*dal punto di vista dei terzi, il luogo dell’amministrazione principale di una società non si trova presso la sede statutaria*”, detta presunzione può essere superata se altri elementi obiettivi e verificabili dai terzi medesimi consentano, alla luce di una valutazione complessiva, di determinare una differente localizzazione del COMI.

era stata però avviata un’altra procedura “*prefallimentare*” in Irlanda, finalizzata anch’essa all’apertura in loco della procedura principale di insolvenza. Ne è conseguito un aspro conflitto di giurisdizione tra Italia e Irlanda, risolto dalla Corte di Giustizia nel maggio 2006 in favore dei giudici Irlandesi.

⁴ Si ricorda che il Tribunale di Bari aveva dichiarato, nel 2004, il fallimento della società *Interedit* Srl in liquidazione, la quale aveva tuttavia eccepito il difetto di giurisdizione del giudice italiano in favore di quello inglese, ritenuto l’unico competente ad aprire una procedura di insolvenza atteso il trasferimento, nel 2001, della propria sede statutaria da Monopoli a Londra.

Tra gli elementi da prendere a tale scopo in considerazione vi sarebbero - sempre secondo la Corte - *“tutti i luoghi in cui la società debitrice esercita un’attività economica e quelli in cui detiene beni, a condizione che tali luoghi siano visibili ai terzi”*.

Più precisamente, *“la presenza di attivi sociali nonché di contratti relativi alla loro gestione finanziaria in uno Stato membro diverso da quello della sede statutaria di tale società possono essere considerati elementi sufficienti a superare la presunzione introdotta dal legislatore dell’Unione solo a condizione che una valutazione globale di tutti gli elementi rilevanti consenta di concludere che, in maniera riconoscibile dai terzi, il centro effettivo di direzione e di controllo della società stessa, nonché della gestione dei suoi interessi, è situato in tale altro Stato membro”*; ciò in quanto *“la nozione di centro degli interessi principali riflette l’intento di stabilire un collegamento con il luogo con il quale la società presenta i più stretti rapporti in termini obiettivi e in maniera visibile dai terzi”*.

Con la sentenza in esame, quindi, la Corte ha privilegiato, quale criterio di riparto della giurisdizione, **il luogo dove la società viene amministrata in via principale, da identificare sempre sulla base di elementi obiettivi e verificabili dai terzi** e da considerare congiuntamente ad ulteriori circostanze, in base alla cui valutazione complessiva sarà possibile superare la presunzione di cui all’art. 3 EIR.

I principi suesposti sono stati ribaditi, da ultimo, anche nell’ambito delle successive pronunce **Rastelli**⁵ e **Leonmobili** (quest’ultima recentissima)⁶.

*

⁵ Sentenza Corte di Giustizia del 15 dicembre 2011, C-191/10, di poco successiva a quella Interedil, che affrontava la questione se la confusione dei patrimoni tra due società, delle quali una assoggettata a procedura concorsuale in uno Stato membro, fosse idonea a spostare il COMI dell’altra (con sede statutaria in altro Stato membro) nel primo di detti Stati, con conseguente assoggettabilità di entrambe le società a procedura nello stesso Stato. Anche in tale occasione, la Corte, chiamata ad interpretare l’art. 3.1 EIR, ha sottolineato come sia indispensabile un’analisi ed un’interpretazione delle informazioni fattuali rilevanti relative allo svolgimento delle attività sociali (dovendosi valutare, in particolare, l’insieme dei rapporti giuridici di cui la società è parte, nonché il luogo in vengono adottate le decisioni essenziali concernenti la direzione generale e in cui si svolgono le funzioni di amministrazione centrale), al fine di verificare dove venga effettivamente svolta l’attività direttiva, amministrativa ed organizzativa dell’impresa su base regolare, purché resa sufficientemente accessibile da consentire ai creditori di esserne a conoscenza.

⁶ Sentenza Corte di Giustizia del 24 maggio 2016, C-353/15. Alcune società creditrici avevano presentato al Tribunale di Bari istanza di fallimento avverso una s.r.l. la cui sede legale era stata recentemente spostata dal territorio italiano in Bulgaria. A seguito di dichiarazione di fallimento, fondata sulla considerazione che il trasferimento fosse fittizio, il debitore aveva proposto appello; i giudici chiamati a pronunciarsi avevano sollevato una questione pregiudiziale sull’art. 3 EIR, chiedendo se, qualora la sede statutaria di una società fosse stata trasferita da uno Stato membro ad un altro, il giudice investito successivamente a detto trasferimento di una domanda di apertura di una procedura d’insolvenza nello Stato membro d’origine possa escludere la presunzione per la quale il centro degli interessi principali di tale società è situato nel luogo della nuova sede statutaria e ritenere che il COMI rimanga nello Stato membro d’origine, benché non sia più presente in questo Stato alcuna dipendenza. La Corte di Giustizia, interpretando l’art. 3.1 EIR, ha ribadito che detta presunzione può essere esclusa, ritenendosi che il COMI rimanga nello Stato membro d’origine, benché in tale Stato la società non abbia più alcuna dipendenza, *“solo se da altri elementi obiettivi e riconoscibili dai terzi si evince che ... il centro effettivo di direzione e di controllo di detta società, nonché la gestione dei suoi interessi, continua a trovarsi in tale Stato a tale data”*.

In conclusione, quindi, la giurisprudenza comunitaria ha inteso valorizzare, come sopra anticipato, il requisito della **riconoscibilità del COMI da parte di terzi** sulla base di determinati elementi verificabili (il centro di direzione e controllo della società, il luogo di svolgimento effettivo dell'attività sociale, il luogo in cui si trovano gli attivi sociali, ecc.) e da valutarsi in un quadro complessivo; ciò in quanto l'insolvenza è un rischio prevedibile per i creditori sociali, che devono essere, quindi, in grado di determinare con ragionevole certezza lo Stato in cui l'eventuale procedura di insolvenza relativa al debitore potrà svolgersi.

L'interpretazione fornita dalla Corte UE è stata, peraltro, recepita nel **Regolamento UE n. 2015/848** che, a partire dal giugno 2017, ha sostituito l'EIR in tema di insolvenze transfrontaliere.

Tale nuovo Regolamento definisce ora, sub art. 3.1, il COMI come **il luogo “in cui il debitore esercita in modo abituale e riconoscibile dai terzi, la gestione dei suoi interessi”**, rendendo sostanzialmente indipendenti - rispetto alla previgente nozione contenuta nel *considerando 13* EIR sopra richiamato - il requisito della “permanenza” e della “riconoscibilità da parte di terzi”.

3. La giurisprudenza nazionale in punto di COMI

Le conclusioni appena esposte sono state condivise anche a livello nazionale.

Ed invero, si è visto che l'art. 9 l. fall. adotta quale criterio per l'individuazione del giudice competente quello della “*sede principale dell'impresa*”, che presuppone la presenza sul territorio italiano di un “*centro decisionale*”.

Anche il nostro ordinamento, quindi, al fine di poter aprire una procedura concorsuale, richiede che la società sia effettivamente amministrata in Italia e, analogamente alla normativa comunitaria, presume, sino a prova contraria, che la sede effettiva o principale coincida con la sede sociale, qualora l'imprenditore insolvente sia una società⁷.

I giudici italiani non hanno, pertanto, avuto difficoltà ad uniformarsi ai principi enunciati dalle pronunce della Corte di Giustizia UE sopra richiamate.

A mero titolo esemplificativo si segnala che le Sezioni Unite della Suprema Corte, con sentenza in data 18 marzo 2016, n. 5419, hanno ravvisato sussistere la giurisdizione del giudice italiano, competente a dichiarare il fallimento di una società che aveva trasferito la propria sede all'estero, ribadendo il principio per il quale il

⁷ Cfr., *ex multis*, Cass. civ. 28 agosto 2002, n. 12640; Cass. civ. 21 marzo 2003, n. 4206; Cass. civ. 15 marzo 2005, n. 5570; Cass. civ. 19 luglio 2012, n. 12557; T. Roma 16 ottobre 2013.

COMI coincide “*fino a prova contraria ... con la sede statutaria*”, specificando che - al fine di superare detta presunzione relativa - è onere dei creditori “*dare dimostrazione sia dell'esistenza di una diversa sede effettiva, sia della sua riconoscibilità a tutela dell'affidamento dei terzi*”. In tale prospettiva è necessario - continua la Corte - “*si faccia luogo ad una valutazione globale dell'insieme degli elementi pertinenti al fine di accertare, in un modo riconoscibile ai terzi, dove è situato il centro effettivo di direzione e di controllo della società*”.

Nella fattispecie al vaglio della Corte, hanno assunto “*valenza decisiva le circostanze già rilevate dalla Corte d'appello e cioè: l'accertata non operatività della sede in (OMISSIS); la mancata apertura ed utilizzazione di un conto corrente bancario in quel paese; la residenza in Italia dell'amministratore della società*”.

I principi sopra enunciati erano stati ribaditi pure nella precedente sentenza del 6 febbraio 2015, n. 2243⁸, pronunciata sempre dalla Suprema Corte riunita a Sezioni Unite, laddove si era ritenuto che “*il fatto che le società in questione avessero in Inghilterra o in Irlanda alcuni uffici 'funzionanti e pertanto in certo senso operativi' non basta ad inficiare le univoche risultanze da cui si ricava che la loro attività fosse unitariamente programmata in Italia e da qui diretta*”, confermandosi, dunque, la competenza - già accertata in sede di merito - del giudice italiano a dichiarare lo stato d'insolvenza delle due società ricorrenti.

Ancora.

Analoghe considerazioni erano state svolte, sempre dalle Sezioni Unite, con la pronuncia dell'11 marzo 2013, n. 5945: anche in tal caso, al fine di superare la presunzione di cui all'art. 3 EIR, la Corte aveva condiviso la “*valutazione globale dei dati di cui disponeva*” il giudice di merito, “*valutazione correttamente motivata, che ha preso le mosse dalla constatazione dell'impossibilità di reperire la società nella sede ufficiale ... e che si è congruamente sviluppata attraverso il rilievo della residenza in Italia del legale rappresentante della medesima società, dello svolgimento sempre in Italia delle pur sporadiche operazioni liquidatorie del patrimonio sociale e della presenza qui dell'unico bene ad essa sicuramente ancora riferibile ...*”⁹.

Nel solco della giurisprudenza di legittimità richiamata si è inserita anche quella di merito.

Particolare interesse riveste, infine, la sentenza resa dal Tribunale di Roma in data 24 aprile 2015, la quale ha ritenuto che “*spetta al giudice italiano la giurisdizione con riguardo all'istanza di fallimento presentata nei confronti di società di capitali, già costituita in Italia che, dopo il manifestarsi della crisi d'impresa, abbia trasferito all'estero la sede legale, nel caso in cui i*

⁸ Nello stesso senso, ma più sinteticamente, si veda anche Cass. Civ. SS. UU., 26 maggio 2016, che richiama i principi ripresi anche dalla precedente pronuncia del 2015 esaminata nel corpo del testo.

⁹ Conforme anche Cass. civ., Sez. Un., 18 maggio 2009, n. 11398.

*soci, chi impersona l'organo amministrativo ovvero chi ha maggiormente operato per la società, siano cittadini italiani senza collegamenti significativi con lo stato straniero ... La presunzione di coincidenza del centro degli interessi principali con il luogo della sede statutaria ... deve, infatti, considerarsi vinta allorché nella nuova sede non sia effettivamente esercitata attività economica, né sia stato spostato presso di essa il centro dell'attività direttiva, amministrativa e organizzativa dell'impresa"*¹⁰, ben sintetizzando gli elementi obiettivi richiesti ai fini del superamento della presunzione di coincidenza del COMI con la sede sociale.

4. Conclusioni

Da quanto illustrato emerge, quindi, una sostanziale sintonia tra la giurisprudenza comunitaria e quella italiana sul concetto di COMI e sui requisiti necessari al fine di superare la presunzione della sua coincidenza con la sede legale della società debitrice, e ciò già prima che tale concetto venisse meglio esplicitato all'interno del Regolamento UE 2015/848.

L'intento perseguito è, evidentemente, sempre stato quello di tutelare i creditori sociali, i quali devono essere nelle condizioni – come poc'anzi anticipato – di poter determinare con ragionevole certezza lo Stato in cui l'eventuale procedura di insolvenza relativa al debitore potrà svolgersi.

Con il nuovo Regolamento UE 2015/88, il legislatore comunitario ha, dunque, inteso raggiungere l'obiettivo della prevedibilità e della certezza della competenza giurisdizionale e della legge applicabile in relazione alle procedure d'insolvenza (individuate in apposito allegato al Regolamento medesimo).

In tale prospettiva, si colloca altresì l'istituzione - prevista sempre dal Regolamento UE 848/2015 entro il giugno 2019 - di un sistema elettronico di registri fallimentari interconnessi e accessibili gratuitamente dagli operatori degli Stati membri, volta sempre ad agevolare la trasparenza e la pubblicità delle procedure d'insolvenza e migliorare l'informazione dei creditori e dei giudici.

¹⁰ Si veda anche Corte App. Roma, 10 settembre 2012, secondo cui “Laddove ... il luogo dell'amministrazione principale non si trovi presso la sua sede statutaria, la presenza in uno Stato diverso da quello della sede statutaria di attivi sociali nonché l'esistenza di contratti relativi alla loro gestione finanziaria, possono essere considerati elementi sufficienti a superare tale presunzione purché una loro valutazione globale consenta di stabilire, in maniera riconoscibile dai terzi, che il centro effettivo di direzione e controllo della Società stessa, nonché della gestione dei suoi interessi, è situato in tale altro Stato”; si veda anche T. Roma, 30 novembre 2010.