

## Forum shopping ed abuso del diritto.

Nei paesi europei di *civil law* si ricorre in molti settori tra cui anche la disciplina dell'insolvenza, alla nozione di abuso del diritto. Benché tale nozione risalga in molti ordinamenti occidentali all'Ottocento ( in Francia si trattò del frutto dell'elaborazione giurisprudenziale, in Germania invece fu il risultato di interventi legislativi)<sup>1</sup>, essa è stata molto utilizzata in tempi recenti nel diritto dell'Unione Europea con riferimento al diritto societario e tributario, proprio per reprimere il fenomeno del *forum shopping*. Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea l'abuso del diritto consiste nel ricorso ad una facoltà prevista dalla legge per uno scopo diverso da quello voluto dal legislatore con l'intenzione di trarne vantaggio. La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha ritenuto che sussista l'abuso del diritto quando sono presenti un elemento oggettivo, rappresentato dal fatto che, nonostante il formale rispetto delle norme comunitarie, non viene raggiunto lo scopo per cui queste norme sono state emanate, ed un elemento soggettivo, costituito dall'intenzione di trarre vantaggio dalla disciplina dell'Unione creando artificialmente le condizioni per la loro applicazione<sup>2</sup>. Nella sentenza *Kofoed* la Corte ha fatto espressamente riferimento al divieto di abuso del diritto come ad un principio generale del diritto dell'Unione, sì che si può affermare che tale principio valga anche con riguardo alla materia disciplinata dal Regolamento 1346/2000. Tuttavia va detto che non vi sono casi in cui la Corte di Giustizia abbia fatto effettiva applicazione del principio in materia d'insolvenza<sup>3</sup>. Nei paesi di *common law* la nozione di abuso

---

<sup>1</sup> In generale sulle tematiche trattate in questo lavoro e per più approfonditi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali rinviamo a L. PANZANI, *Abuso del diritto. Profili di diritto comparato con particolare riferimento alla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 712 e ss.

<sup>2</sup> I casi principali che hanno dato luogo alla costruzione del principio del divieto di abuso del diritto in sede comunitaria sono: Corte di giustizia, 14 dicembre 2000, in causa C-110/99, *Emsland-Stärke GmbH v Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, in cui era questione di beni che venivano esportati per venir poi reimportati, senza che gli imballaggi venissero neppure aperti, al solo fine di trarre vantaggio dalla disciplina fiscale in materia di IVA; Corte di Giustizia, 21 febbraio 2006, in causa C-255/02, *Halifax plc v. Commissioners of Customs & Excise*, caso in cui la società aveva evitato di pagare l'IVA sui lavori di costruzione di immobili moltiplicando le società controllate che gestivano formalmente le operazioni; Corte di Giustizia, 12 settembre 2006, in causa C-196/04, *Cadbury Schweppes*, caso in cui era questione della legalità di una disciplina che imponeva tasse sulla capogruppo inglese sui profitti realizzati da controllate aventi sede in Irlanda; Corte di Giustizia, 5 luglio 2007, in causa C-321/05, *Kofoed v Skattenministeriet*, caso relativo all'applicazione di una clausola antiabuso inserita nell'art. 11 (1)(a) della Direttiva Merger. Per una rassegna cfr A. LENAERTS, *The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A critical position on its role in a codified European Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 2010/6, 1121-1154.

<sup>3</sup> In dottrina si sono espressi nel senso dell'applicabilità del divieto di abuso del diritto: H. EIDENMÜLLER, *Abuse of Law in the context of European Insolvency Law*, *ECFR* 2009/1, p. 9; J. ISRAËL, *Shopping voor een schone lei*, *NTBR* 2012/19; R.J K DE VEIJS, M.BREEMAN, *Comigration: use or abuse of european insolvency law?*, cit., 12. Ritiene applicabile il principio

del diritto non viene normalmente utilizzata. Essa rimane estranea all'elaborazione giurisprudenziale ed alle norme di legge. Tuttavia i giudici fanno riferimento al parzialmente diverso concetto di abuso del processo. In questo caso l'abuso consiste nello scorretto utilizzo di un rimedio previsto dalla disciplina processuale al fine di trarne vantaggio.

Con riguardo al diritto europeo dell'insolvenza il Regolamento sull'insolvenza transfrontaliera ( 2015/848 in vigore dal giugno 2017)<sup>4</sup> determina la giurisdizione ai fini dell'apertura della procedura d'insolvenza transfrontaliera sulla base della nozione del COMI, vale a dire del *centre of main interests*. Il forum shopping non è incoraggiato. Il Considerando 29 stabilisce infatti che “*Il presente regolamento dovrebbe contenere varie salvaguardie intese a prevenire il forum shopping pretestuoso o fraudolento*”. E il Considerando 5 afferma, in termini ancora più eloquenti, che “ È necessario, per il buon funzionamento del mercato interno, dissuadere le parti dal trasferire i beni o i procedimenti giudiziari da uno Stato membro all'altro nell'intento di ottenere una posizione giuridica più favorevole a danno della massa dei creditori («forum shopping»)”. Di conseguenza l'art. 3 del Regolamento stabilisce che la presunzione che il COMI corrisponda alla sede legale della società o al luogo in cui si trova la sede principale di attività, ove si tratti di persone fisiche che esercitano un'attività imprenditoriale o professionale indipendente, non si applica nei tre mesi successivi allo spostamento di tale sede legale o luogo principale dell'attività.

Il forum shopping è dunque possibile quando siano decorsi i tre mesi. La domanda cui occorre rispondere è tuttavia un'altra. Il giudice può decidere che il trasferimento del COMI è fraudolento o abusivo in forza della generale previsione contenuta nel Considerando 29?. La soluzione del problema è resa difficile anche dal fatto che nell'ambito dell'Unione europea i tribunali hanno l'obbligo di rispettare il principio della fiducia reciproca. Se un tribunale apre una procedura principale d'insolvenza ( main proceeding) i giudici degli altri paesi dell'Unione sono vincolati da tale pronuncia, con l'unico limite dell'ordine pubblico, che è però nozione difficilmente invocabile. Di conseguenza l'apertura della procedura principale va impugnata davanti al tribunale che l'ha aperta, anche quando si contesti che la condotta del debitore è stata fraudolenta o abusiva, e non è

---

anche J. ARMOUR, *Abuse of European Insolvency Law? A Discussion*, in: R. DE LA FERIA e S. VOGENAUER (a cura di) *Prohibition of Abuse of Law*, Oxford, 2011, 161 e ss., che però conclude per la non utilizzabilità in concreto del principio.

<sup>4</sup> Il Regolamento rappresenta la revisione del previgente Regolamento 1346/2000. Come vedremo le modifiche per quanto concerne l'abuso del diritto non sono state sostanziali, anche se qualche novità vi è stata. Va ricordato che già il quarto Considerando del Regolamento 1346/2000 intendeva prevenire il *forum shopping*, affermando che “*è necessario per il corretto funzionamento del mercato interno evitare incentivi alle parti a trasferire gli asset o i procedimenti giudiziari da uno Stato membro all'altro nel tentativo di ottenere una posizione giuridica più favorevole*”.

possibile contestarne la validità davanti al giudice di un altro Stato dell'Unione. Va aggiunto che anche prima della riscrittura del regolamento sull'insolvenza transfrontaliera il vecchio regolamento 1346/2000 non prevedeva regole di molto differenti. Il nuovo regolamento ha soltanto inserito il principio per cui la presunzione di corrispondenza del COMI alla sede legale non si applica nei tre mesi successivi al trasferimento.

Se si guarda alla storia recente dell'Unione Europea i casi di forum shopping sono stati frequenti anche nel campo dell'insolvenza. Come in altre parti del mondo, il trasferimento del COMI in un altro paese per beneficiare delle più favorevoli condizioni per la ristrutturazione dell'impresa ed il raggiungimento di un accordo con i creditori è stato ed è pratica comune. Nonostante il chiaro sfavore del Regolamento per il *forum shopping*, la dottrina ha sovente affermato che esso è, almeno in parte, compatibile con il diritto europeo e non viola il divieto di abuso del diritto. Negli ultimi quindici anni molte volte imprese tedesche hanno trasferito il loro COMI nel Regno Unito per approfittare delle condizioni più favorevoli previste da quella legislazione per raggiungere un accordo con i creditori. Lo stesso è accaduto in Francia. Anche le procedure francesi sono state considerate maggiormente competitive, oltre che meno costose, di quelle inglesi. Vi sono stati anche trasferimenti di persone fisiche, che hanno portato la loro residenza nel Regno Unito, per avvantaggiarsi delle condizioni più favorevoli di esdebitazione. Vi sono stati casi frequenti di *forum shopping* tra Olanda e Germania e tra Polonia e Germania. Il fenomeno è stato meno accentuato in Italia, probabilmente per il minor sviluppo della nostra economia su base transfrontaliera, anche se è storia frequente il trasferimento della sede della società all'estero, più per sottrarsi al giudice italiano che per trarre vantaggio dalla legislazione locale.

In chiave europea il *forum shopping* è stato così frequente ed ha dato talmente lavoro ai grandi studi specializzati nella ristrutturazione delle imprese che vi è stato in dottrina chi ha distinto casi di buon *forum shopping* e casi di cattivo *forum shopping*. Il primo corrisponde alle situazioni in cui il trasferimento dell'impresa avviene per trarre beneficio dalle regole più favorevoli per risolvere i problemi finanziari dell'impresa. Il secondo ai casi in cui si cerca di evitare le azioni revocatorie e di annullamento dei creditori o di fare ricorso ad una disciplina straniera meno rigorosa nella protezione dei creditori privilegiati.

Come ha osservato Irit Mevorach<sup>5</sup>, se l'obiettivo di coloro che cercano di cambiare il foro del soggetto insolvente o in crisi è quello di beneficiare dei vantaggi che un regime giuridico diverso potrebbe offrire per la ristrutturazione

---

<sup>5</sup> IRIT MEVORACH, ASSOCIATE PROFESSOR<sup>37</sup>, BY UNIVERSITY OF NOTTINGHAM, *Forum Shopping in times of Crisis: A Directors' Duties Perspective*.

per preservare il valore dell'azienda per gli azionisti, o come nel caso del Chapter 11 americano, per ottenere tempo per rifinanziare l'impresa, allora il *forum shopping* potrebbe essere necessario e consentito. Così anche, quando l'obiettivo è quello di massimizzare i rendimenti per gli investitori o creditori a causa di un regime giuridico con disposizioni più moderne come lo *scheme of arrangement*. Il *forum shopping* sarà invece inaccettabile quando l'obiettivo è fraudolento o abusivo, compreso il caso in cui l'obiettivo è ottenere una prelazione indebita sugli *asset* del soggetto insolvente.

Un argomento serio portato dai sostenitori del *forum shopping* si fonda sulla libertà di stabilimento che costituisce uno dei principi cardine del sistema giuridico dell'Unione Europea. Il trasferimento effettivo e genuino in un altro Stato membro dell'Unione costituisce esercizio della libertà di movimento e di stabilimento e giustifica l'applicazione del regime giuridico del paese di destinazione. Non così un trasferimento finto o fraudolento<sup>6</sup>.

Nonostante l'approccio favorevole della dottrina, la giurisprudenza della Corte europea rimane contraria al *forum shopping*. Nella sentenza *Ralph Schmidt*<sup>7</sup>, la CGE è stata chiamata a stabilire se il COMI potesse regolare la giurisdizione anche nel caso di azioni revocatorie promosse nei confronti di un convenuto non residente nello Stato in cui era stata aperta la procedura. La Corte ha risposto affermativamente osservando, ancora con riferimento al vecchio Regolamento 1346/2000, che *“il criterio, stabilito dal regolamento, per determinare il giudice competente a statuire sulla suddetta azione, cioè quello del centro degli interessi principali del debitore, è normalmente prevedibile da parte del convenuto il quale può tenerne conto nel momento in cui partecipa, col debitore, ad un atto idoneo ad essere annullato nell'ambito di una procedura di insolvenza. Dati tali elementi, gli obiettivi di prevedibilità della competenza giurisdizionale in materia fallimentare e di certezza del diritto, risultanti dal considerando 8 del regolamento, nonché, se del caso, quello di dissuadere le parti dal trasferire i beni da uno Stato ad un altro o dallo scegliere un forum particolare al fine di ottenere una migliore situazione giuridica, evocato dal considerando 4 del regolamento, prevalgono sulla necessità di evitare che il convenuto sia attirato dinanzi ad un giudice straniero”*. Più di recente nel caso *Leonmobili*<sup>8</sup> la Corte ha affermato il principio che *“nel caso di un trasferimento della sede sociale di una società da uno Stato membro a un altro Stato membro prima della proposizione di*

---

<sup>6</sup> M. ARNOLD, *Truth or Illusion? COMI Migration and Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation*, Business Law International Vol 14 No 3 Settembre 2013, 252.

<sup>7</sup> SENTENZA DEL 16. 1. 2014 – CASE C-328/12 SCHMID

<sup>8</sup> SENTENZA DEL 24.5.2016 – CASE C-353/15 LEONMOBILI SRL

*una domanda di apertura di una procedura di insolvenza nello Stato membro di origine, la presunzione secondo la quale il centro degli interessi principali si trova nel luogo della nuova sede statutaria può essere superata solo se viene fornita la prova che il centro di tali interessi non ha seguito il cambiamento di sede statutaria (v., in tal senso, sentenza del 20 ottobre 2011, Interedil, C-396/09, EU:C:2011:671, punto 56). Ciò si verifica se, benché tale società non abbia più dipendenze nello Stato membro di origine alla data della proposizione di detta domanda, da altri elementi obiettivi e riconoscibili dai terzi si evince che, tuttavia, 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”.*

Proprio con riferimento a questo principio la Corte di appello di Roma<sup>9</sup> ha ritenuto la giurisdizione del giudice italiano in un caso in cui il trasferimento della sede non era stato effettivo. Così pure la High Court<sup>10</sup> di Londra ha deciso che il COMI di un gruppo di società che avevano sede a Cipro, ma che erano gestite da un agente marittimo con sede a Londra, era a Londra. Il giudice Bliss ha seguito la giurisprudenza della CGE nei casi Eurofood<sup>11</sup> e Interedil<sup>12</sup>, affermando che la presunzione che il COMI di una società sia nello Stato in cui si trova la sede legale può essere superata soltanto quando vi siano elementi, oggettivi e verificabili dai terzi, che consentono ai predetti terzi di ritenere che il COMI sia in luogo diverso dalla sede legale. L'onere della prova ricade su chi intende superare la presunzione e richiede una valutazione complessiva di tutti i fattori rilevanti. Il giudice Bliss ha preso in considerazione anche i fattori che portavano a ritenere che il COMI non fosse in Inghilterra, come il fatto che nessuno degli amministratori della società aveva base in Inghilterra e che le riunioni del consiglio di amministrazione non si tenevano in Inghilterra. Ma ha ritenuto che queste circostanze non fossero facilmente verificabili da parte dei terzi creditori. Anche nel recente caso Thomas e altri v. Frogmore Real Estate Partners & altri<sup>13</sup> la Corte ha ritenuto che la presunzione legata alla sede legale fosse superabile quando la condotta quotidiana dell'impresa e le attività erano nelle mani di un agente inglese, il creditore più importante era titolare di un contratto di credito agevolato regolato dal diritto inglese. A questo punto il fatto che il consiglio di amministrazione si riunisse in Jersey era irrilevante. Un terzo non avrebbe saputo

---

<sup>9</sup> Corte di Appello di Roma, 1<sup>st</sup> Agosto 2016, inedita.

<sup>10</sup> Northsea Base Investment Limited & others [2015] EWHC 121 (Ch)

<sup>11</sup> C-341/04 [2006] Ch 508. Corte di Giustizia (Grande Chambre), 2 maggio 2006, Eurofood IFSC Ltd, in causa C-341/04, *Racc.* 2006, I-03813; in *Fallimento*, 2006.,1249 con nota di P.CATALLOZZI, *Il regolamento europeo e il criterio del Comi (Centre of main interests): la parola alla corte* (commento a Corte di Giustizia CE 2 maggio 2006, n. C-341/04); in *Quotidiano giuridico Ipsosa*, 3-5-2006 con nota di R.CONTI, *Fallimento della controllata irlandese di una holding italiana pronunciato da autorità straniera*; 18-05-06 con nota di L.PANZANI, *Conflitti di competenza nell'insolvenza transfrontaliera*.

<sup>12</sup> [2011] EUECJ C-396/09

<sup>13</sup> [2017] EWHC 25 (CH)

dove avevano luogo le riunioni del CdA. I principali asset della società erano grandi proprietà, tutte in Inghilterra. L'unico amministratore non espresso dall'agente inglese era residente in Inghilterra.

In tutti questi casi i giudici non hanno fatto riferimento all'abuso del diritto, ma pare evidente che non vi può essere abuso se il trasferimento del COMI è effettivo e la presunzione stabilita dall'art. 3 del Regolamento europeo è superata. Vi sono tuttavia casi in cui la ricorrenza dell'abuso è presa direttamente in considerazione dalla Corte.

Nel Regno Unito vi sono stati tra il 2003 ed il 2010 molti casi di persone fisiche che hanno presentato domande per l'apertura di una procedura d'insolvenza che sono state opposte dal Chief Registrar. In tutti questi casi l'istante era il fallito che era contemporaneamente cittadino straniero. L'apertura della procedura era possibile perché il sistema inglese non richiedeva di presentare prova della sussistenza del COMI in Inghilterra. Era sufficiente una semplice dichiarazione (affidavit). Nella maggior parte di questi casi fu possibile dimostrare che il COMI si trovava all'estero. Merita ancora riportare parte della decisione nel caso *Shierson v. Vlieland-Boddy*<sup>14</sup> (2005) redatta dal giudice Chadwick LJ: "Non v'è alcun principio di immutabilità. Un debitore deve essere libero di scegliere dove svolgere le attività che rientrano nel concetto di "gestione dei suoi interessi". Egli deve essere libero di trasferire la sua casa e la sua attività. E, se ha cambiato il luogo in cui gestisce abitualmente i suoi interessi, scegliendo di portare avanti le attività pertinenti (in un modo che sia riconoscibile dai terzi) in un altro luogo, il giudice deve riconoscerlo e darvi attuazione. Si tratta di una conseguenza necessaria della libertà del debitore di scegliere dove egli svolge le attività che rientrano nel concetto di "gestione dei suoi interessi", ed egli può farlo anche per uno scopo egoistico ... .. Il tribunale dovrà poter ritenere dimostrato che il mutamento del luogo in cui le attività che rientrano nel concetto di "gestione dei suoi interessi" vengono effettuate è un cambiamento effettivo e non un'illusione e che tale mutamento è permanente".

Nel caso *Eichler* 2<sup>15</sup> (30 giugno 2011) il Chief Bankruptcy Registrar impiega l'espressione *abuse of jurisdiction* ed indica la soluzione per evitare per il futuro il c.d. turismo del COMI: "Prima che venga aperta una procedura d'insolvenza, il debitore può essere richiesto di presentare prove più dettagliate ... e la Corte può rinviare il caso e richiedere che avviso dell'udienza sia dato ai creditori in modo che costoro possano comparire ed opporsi all'apertura della procedura in luogo di impugnare il provvedimento dopo che è stato pronunciato".

---

<sup>14</sup> [2005] BPIR 1170

<sup>15</sup> [2011] BPIR 1293

Nel caso *O'Donnel v. Bank of Ireland*<sup>16</sup> era assodato che il COMI della società O'Donnel era stato in Irlanda sino al 2005. Il quesito era se esso si fosse spostato in Inghilterra al momento in cui nel 2012 la società aveva presentato domanda per l'apertura della procedura d'insolvenza. La banca sosteneva di no, accusando la O'Donnel di *bankruptcy tourism*. Il giudice Newey, dopo un accurato esame delle prove, concluse che la società aveva gestito i suoi interessi economici principalmente dall'Irlanda sino almeno al dicembre 2011. Ancorchè essa sostenesse che in quel momento aveva lasciato l'Irlanda definitivamente ed il giudice riconoscesse che a quel punto essa aveva intenzione di mantenere la sede in Londra, egli ritenne che la società non avesse dimostrato di aver trasferito il suo COMI in Inghilterra prima di quel momento, soprattutto perché tale trasferimento non avrebbe potuto essere noto ai terzi.

Una conclusione simile fu raggiunta dalle Corti inglesi nella vicenda Brochier, che diede luogo a numerose decisioni davanti ai giudici inglesi ed a quelli tedeschi a far tempo dal 2006. Il gruppo Brochier era un gruppo tedesco che aveva deciso di pianificare il suo trasferimento in Inghilterra. A tal fine fu organizzato un complesso *marchingegno* societario per trasferire il COMI in Inghilterra, *marchingegno* che era già stato adottato con successo nel caso Schefenacker e che si fondava sull'apertura di una controllata in Inghilterra che, con un gioco di scatole cinesi era destinata a diventare la capogruppo<sup>17</sup>. Il risultato era l'estinzione della capogruppo tedesca e la sua sostituzione con una società inglese, con sede legale in Londra. Ma Brochier aveva chiaramente il suo COMI in Norimberga in Germania. Fu presentata una domanda per l'apertura di una procedura d'insolvenza in Londra. Questa domanda fu supportata con la presentazione distorta alla High Court di una serie di circostanze di fatto. I fatti furono esposti in modo da ingenerare l'impressione che la sede centrale di Brochier fosse ormai in Londra, anche se in realtà l'esame complessivo degli elementi di fatto non poteva

---

<sup>16</sup> [2012] EWHC 3749 (Ch); [2013] ILPr 16.

<sup>17</sup> La società manteneva dal 1976 la denominazione sociale "*Hans Brochier GmbH & Co. KG*". Era cioè una società in accomandita in cui l'accomandatario era una società a responsabilità limitata. Nel 1999 le quote dell'accomandante erano state trasferite alla ABC mbH [s.r.l. di diritto tedesco] con sede in Essen, che era anche divenuta socio unico della società accomandataria. A seguito di complicate operazioni societarie ad un certo punto la società era controllata da un accomandatario, *Brochier Verwaltungs GmbH*, e da due accomandanti, la l'OS Limited, società di diritto inglese, e la *Brochier Holdings Limited*, già BCS Limited, anch'essa società di diritto inglese. Con l'accordo del 18 novembre 2005 l'accomandatario, la *Brochier Verwaltungs GmbH* [s.r.l. di diritto tedesco], e l'accomandante, l'*OS Limited*, uscirono dalla società. La società in accomandita, *Hans Brochier GmbH & Co. KG.*, di conseguenza si estinse senza che si facesse luogo a liquidazione perché il patrimonio della società fu trasferito tramite accrescimento, in conformità con quanto previsto dal § 738, comma 1 del BGB [Codice Civile tedesco] al rimanente accomandante, la *Brochier Holdings Limited*, già *BCS Limited*.

che portare alla conclusione che la sede era in Norimberga<sup>18</sup>. La Corte<sup>19</sup>, dopo aver sentito come teste l'amministratore temporaneo che era stato nominato dal giudice tedesco, il 15 agosto 2006 decise che il COMI della Hans Brochier Ltd. era sempre stato in Germania e che si trovava tuttora in Germania e che la nomina di un amministratore inglese era nulla. La Corte concluse che non vi era ragione alcuna per l'apertura di una procedura principale d'insolvenza in Inghilterra.

Brochier è il caso più famoso tra diverse vicende ( Schefenhacker, Deutsche Nickel e Brochier). Su tutti vi è un'ampia letteratura<sup>20</sup>. Tutti e tre questi casi, dei quali soltanto Brochier diede luogo a pronunce giudiziali, risalgono al 2006-2007 e oggi sono pertanto superate. Esse però ancora forniscono utili indicazioni sul problema del trasferimento del COMI e sull'abuso di diritto. Nella vicenda Schefenhacker il gruppo di società diede luogo alle medesime operazioni del caso Brochier, ma vi era l'accordo dei creditori alla migrazione in Inghilterra, cosicché nessuno impugnò tale trasferimento davanti ai giudici inglesi. I creditori Schefenhacker erano soltanto titolari di obbligazioni interessati al miglior trattamento che avrebbero potuto ricevere in Inghilterra. Il trasferimento di Brochier invece danneggiava l'interesse dei lavoratori che preferivano la prosecuzione dell'attività d'impresa in Germania. Il caso dimostra che la migrazione non è possibile quando si sposta soltanto la sede legale, senza che ad essa si accompagni il trasferimento effettivo del COMI. Ma va sottolineato che il successo o l'insuccesso erano legati in misura rilevante al consenso dei creditori alla migrazione, che in un caso vi fu e nell'altro no.

Nei casi che abbiamo esaminato qualche volta l'abuso sta per così dire alle spalle della decisione del giudice, qualche volta i giudici fanno invece diretto riferimento ad esso. Più che di abuso, in realtà, nel senso in cui questa espressione è usata nel diritto continentale, vi è frode. Com'è stato detto<sup>21</sup>, l'abuso consiste nella formalmente corretta applicazione di una norma ad un insieme di fatti, mentre la

---

<sup>18</sup> Oltre alla sede principale a Norimberga, esistevano sette altri stabilimenti in Germania; l'*Hans Brochier Holdings Limited* impiegava 728 lavoratori in Germania al momento della presentazione della domanda di apertura di una procedura concorsuale. Ed ancora tutti i conti che servivano per scopi operativi, si trovavano in Germania; il sito Internet dell'*Hans Brochier Holdings Ltd.* faceva unicamente riferimento alla sede centrale di Norimberga. La società non aveva un proprio ufficio a Londra. L'indirizzo della sede legale corrispondeva all'indirizzo di uno studio legale. In Gran Bretagna esisteva un unico conto corrente bancario, che non serviva per scopi operativi ed il cui saldo iniziale era stato costituito con il trasferimento della provvista da Norimberga.

<sup>19</sup> Brochier III, EWIR [1] 2007, 177; NZI [2] 2007, 187.

<sup>20</sup> Per una trattazione più ampia W.G. RINGE, *Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation*, EBOR 2008/9, p. 585-587; G. F. SCHLAEFER, *Forum Shopping under the Regime of the European Insolvency Regulation*, in *The International Insolvency Institute, International Insolvency Studies*, 2010, nel sito dell'International Insolvency Institute.

<sup>21</sup> H. EIDENMUELLER, *Abuse of law in the Context of European Insolvency Law*, ECFR 2009/1, p. 8.



frode riguarda la corretta individuazione dei fatti a cui deve essere applicata la legge. Nella maggior parte dei casi che abbiamo considerato vi è frode perché l'istante presenta i fatti in modo non corretto. L'abuso riguarda un concetto diverso, quando una norma è utilizzata per uno scopo che il legislatore non aveva considerato, estraneo alla ratio legis.

Com'è ben noto, la nozione di COMI è stata adottata non soltanto nell'Unione europea con il regolamento sull'insolvenza transfrontaliera, ma anche dalla Model Law dell'Uncitral e, attraverso la Model Law, anche dagli Stati Uniti con il Chapter 15 dello U.S. Code. E' quindi interessante accennare a qualche decisione dei giudici americani.

Non ho trovato casi in cui l'espressione abuso è impiegata chiaramente. I noti casi relativi agli Hedge Fund che avevano sede nelle isole Cayman sono stati decisi dalle Corti americane guardando al luogo in cui si trovava effettivamente il COMI, anche se la sede legale era nelle isole Cayman ed anche altri elementi di fatto potevano condurre a far riferimento a quel paese. Si ritenne che il COMI effettivo fosse negli Stati Uniti in base ad un insieme di fatti diversi che fondavano tale opinione, quali l'esistenza di fitti rapporti commerciali con gli Stati Uniti, dove si trovava la maggior parte dei clienti e dei creditori e dove era stata svolta per la massima parte l'attività d'impresa. Le Corti americane furono mosse anche dall'intento di proteggere i creditori americani<sup>22</sup>.

Un chiaro esempio di abuso del diritto fu individuato dal Privy Council<sup>23</sup> inglese nel caso in cui lo Shell Pension Fund cercò per il tramite di un giudice olandese di aggredire asset del Fairfield Sentry Fund, assoggettato a procedura di liquidazione nelle Isole Vergini Britanniche, dove aveva sede legale. Gli asset erano detenuti dalla Dutch Citco Bank in qualità di custode, presso la sua branch in Irlanda, a Dublino. Il tentativo di Shell di ottenere tutela del suo credito dal giudice olandese, tramite *forum shopping*, fu bloccato da un'ingiunzione, valida a livello mondiale, emessa a favore della procedura liquidatoria aperta nelle Isole Vergini. Il Privy Council ritenne che Shell dovesse far valere il suo credito in tale procedura insieme a tutti gli altri creditori, in rigorosa applicazione del principio dell'universalismo.

Una diversa situazione fu esaminata dal giudice Peck nel Kemsley case<sup>24</sup>. Kemsley, persona fisica, avanzò davanti alla Bankruptcy Court di Manhattan una

---

<sup>22</sup> ANTHONY SMELLIE, Chief Justice, The Cayman Islands, *Forum shopping is bad; choice of forum is good? - The investment fund perspective*, Intervento a The eleventh Insol/Uncitral/ World Bank Judicial Colloquium San Francisco, Marzo 2015

<sup>23</sup> Stichting Shell Pension Funds (Appellant) v Krys et al [2014] UKPC 41

<sup>24</sup> U.S. Court for Southern District of N.Y., In re: Paul Zeital Kemsley, Debtor, March 22, 2013, 489 B.R. 346; 2013 Bankr. LEXIS 1116; 57 Bankr. Ct. Dec. 191

domanda diretta ad ottenere il riconoscimento, ai sensi del Chapter 15, della procedura di bankruptcy aperta a sua richiesta in Londra, quale procedura principale o secondaria. Un creditore era nelle condizioni di poter rischiare di non recuperare il suo credito e si oppose al riconoscimento della procedura straniera. Il giudice ritenne che occorresse individuare il COMI del debitore, ai sensi dello U.S.C.S. §. 1516 (c) ed anche stabilire se in Londra vi fosse una sede secondaria ai sensi del § 1502 (2). Il giudice ritenne che il debitore non avesse il COMI nel Regno Unito al momento in cui aveva proposto la domanda per l'apertura della procedura in Londra e che non vi avesse neppure una sede operativa. Il suo domicilio era negli Stati Uniti. Il giudice pertanto negò il riconoscimento della procedura straniera. La giurisprudenza americana era divisa sull'individuazione della data alla quale deve essere determinato il COMI. Le date possibili sono o la data di inizio del procedimento straniero o la data di presentazione della domanda di riconoscimento di tale procedura negli Stati Uniti. Il giudice Peck ritenne che la data corretta fosse quella di apertura della procedura straniera. Poi osservò che senza aver riguardo ad ogni presunzione applicabile, il debitore avendo vissuto con la sua famiglia negli Stati Uniti per un apprezzabile numero di anni ed avendo venduto la sua casa nel Regno Unito prima di trasferirsi in Florida, aveva scelto di vivere negli Stati Uniti, in diverse parti di tale paese, come residente abituale. Questa circostanza, certamente inusuale, era stata sufficiente a trasferire il COMI dal Regno Unito agli Stati Uniti. Kemsley al momento dell'apertura della procedura nel Regno Unito era un residente abituale in Los Angeles e pertanto non poteva chiedere il riconoscimento della procedura straniera aperta a Londra.

Luciano Panzani