

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
MACIEJ SZPUNAR
presentate il 27 novembre 2014 (1)

Causa C-557/13

Hermann Lutz
contro
Elke Bäuerle, in qualità di curatore fallimentare della ECZ Autohandel GmbH

[domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dal Bundesgerichtshof (Germania)]

«Rinvio pregiudiziale – Regolamento (CE) n. 1346/2000 – Articoli 4 e 13 – Ricorso avverso un atto pregiudizievole – Termini di prescrizione, di decadenza o di revoca – Requisiti di forma – Determinazione della legge applicabile – Pagamento effettuato successivamente alla data di apertura della procedura di insolvenza sulla base di un pignoramento effettuato anteriormente a tale data»

I – Introduzione

1. Il contesto normativo del presente rinvio pregiudiziale è costituito dal regolamento (CE) n. 1346/2000 (2). Più precisamente, le questioni poste dal Bundesgerichtshof (Corte federale suprema, Germania) darà modo alla Corte di esaminare, anzitutto, la questione se l'articolo 13 di tale regolamento sia applicabile nel caso in cui il pagamento effettuato in forza dell'esecuzione di un'ingiunzione di pagamento nei confronti di un debitore (in prosieguo: l'«atto impugnato» o l'«atto in questione») sia avvenuto successivamente all'apertura della procedura di insolvenza. La Corte dovrà poi stabilire se la legge applicabile all'atto impugnato (in prosieguo: la «lex causae»), nella specie il diritto austriaco, disciplini parimenti gli effetti giuridici collegati al decorso del tempo. Infine, tale rinvio pregiudiziale offre alla Corte l'occasione di precisare se i requisiti di forma da osservare ai fini dell'esercizio dell'azione revocatoria da parte del curatore, in relazione all'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000, siano anch'essi soggetti alla lex causae.

2. Prima di rivolgere l'attenzione all'interpretazione dell'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000, mi sembra utile acclarare in qual misura l'articolo 5 di detto regolamento sia applicabile al diritto di pignoramento, in forza del quale è stata posta in essere, nella specie, l'esecuzione forzata del versamento della somma controversa.

II – Contesto normativo

A – *Diritto dell'Unione*

3. Il considerando 11 del regolamento 1346/2000 così recita:

«Il presente regolamento tiene conto del fatto che, in considerazione delle notevoli differenze fra i diritti sostanziali, non è realistico istituire un'unica procedura di insolvenza avente valore universale per tutta la Comunità. Pertanto, l'applicazione senza deroghe del diritto dello Stato che apre la procedura causerebbe spesso difficoltà. Ciò vale in particolare per le garanzie esistenti nella Comunità, che hanno caratteristiche molto diverse fra loro. Tuttavia, per quanto concerne i diritti di prelazione di cui godono alcuni creditori nel corso delle procedure di insolvenza, si registrano in alcuni casi enormi differenze. Il presente regolamento vuole tenerne conto in due modi distinti, prevedendo, da un lato, norme speciali sulla legge applicabile per diritti e rapporti giuridici particolarmente importanti (per esempio, diritti reali e contratti di lavoro) e ammettendo, dall'altro, oltre ad una procedura principale d'insolvenza di carattere universale, anche procedure locali che comprendano unicamente il patrimonio situato nello stato di apertura».

4. A termini del successivo considerando 24:

«Il riconoscimento automatico di una procedura d'insolvenza alla quale si applica di norma la legge dello Stato di apertura può interferire con le regole che disciplinano le transazioni in altri Stati membri. A tutela delle aspettative legittime e della certezza delle transazioni negli Stati membri diversi da quello in cui la procedura è stata aperta, si dovrebbe prevedere una serie di deroghe alla regola generale».

5. L'articolo 4, paragrafo 2, lettere f) e m), di detto regolamento dispone:

«2. La legge dello Stato di apertura determina le condizioni di apertura, lo svolgimento e la chiusura della procedura di insolvenza. Essa determina in particolare:

(...)

f) gli effetti della procedura d'insolvenza sulle azioni giudiziarie individuali, salvo che per i procedimenti pendenti;

(...)

m) le disposizioni relative alla nullità, all'annullamento o all'inopponibilità degli atti pregiudizievoli per la massa dei creditori».

6. Il successivo articolo 5 prevede quanto segue:

«1. L'apertura della procedura di insolvenza non pregiudica il diritto reale del creditore o del terzo sui beni materiali o immateriali, mobili o immobili, siano essi beni determinati o universalità di beni indeterminati variabili nel tempo di proprietà del debitore che al momento dell'apertura della procedura si trovano nel territorio di un altro Stato membro.

2. I diritti di cui al paragrafo 1 sono, in particolare, i seguenti:

a) il diritto di liquidare o di far liquidare il bene e di essere soddisfatto sul ricavato o sui frutti del bene stesso, in particolare in virtù di un pegno o di un'ipoteca;

b) il diritto esclusivo di recuperare il credito, in particolare in seguito alla costituzione di un

pegno o alla cessione di tale credito a titolo di garanzia;

(...)

4. La disposizione di cui al paragrafo 1 non pregiudica le azioni di annullamento, di nullità o di inopponibilità di cui all'articolo 4, paragrafo 2, lettera m)».

7. Ai sensi dell'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000:

«Non si applica l'articolo 4, paragrafo 2, lettera m), quando chi ha beneficiato di un atto pregiudizievole per la massa dei creditori prova che:

- tale atto è soggetto alla legge di uno Stato contraente diverso dallo Stato di apertura, e che
- tale legge non consente, nella fattispecie, di impugnare tale atto con alcun mezzo».

8. A termini del successivo articolo 20, paragrafo 1:

«1. Il creditore che, dopo l'apertura di una procedura di cui all'articolo 3, paragrafo 1, ottiene con qualsiasi mezzo, in particolare mediante azioni esecutive, soddisfazione totale o parziale del credito con beni del debitore situati nel territorio di un altro Stato membro, deve restituire al curatore ciò che ha ottenuto, fatte salve le disposizioni degli articoli 5 e 7».

B – *La normativa tedesca*

9. L'articolo 88 dell'Insolvenzordnung (legge tedesca sulle procedure di insolvenza, BGBl. 1994 I, pag. 2866; in prosieguo: l'«InsO») prevede quanto segue:

«Nel caso in cui un creditore della massa, nel corso del mese precedente la domanda di apertura della procedura di insolvenza o successivamente alla medesima, abbia ottenuto, per effetto di esecuzione forzata, una garanzia sul patrimonio del debitore facente parte della massa, l'apertura della procedura rende tale garanzia inoperante».

C – *La normativa austriaca*

10. L'articolo 43, paragrafi 1 e 2, dell'Insolvenzordnung (legge austriaca sulle procedure di insolvenza, RGBl. 1914, pag. 337; in prosieguo: l'«IO») così dispone:

«(1) La revoca può essere fatta valere unicamente mediante azione giudiziaria (...).

(2) L'azione revocatoria deve essere presentata, a pena di decadenza, entro il termine di un anno a decorrere dall'apertura della procedura di insolvenza (...)

III – Fatti

11. La ECZ GmbH è una società con sede a Tettwang (Germania). Tale società effettuava un commercio illegale di autoveicoli sotto forma di un sistema a carattere piramidale. Infatti, per operare sul mercato austriaco, tale società madre si serviva di una controllata, la società austriaca ECZ Autohandel GmbH (in prosieguo: la «società debitrice»), con sede a Bregenz (Austria). Il ricorrente nel procedimento principale, il sig. Lutz, residente in Austria, era uno dei clienti della società debitrice, dalla quale aveva acquistato un autoveicolo.

12. Il 17 marzo 2008, a fronte del mancato adempimento, da parte della società debitrice, del contratto di compravendita di detto autoveicolo, il sig. Lutz otteneva dal Bezirksgericht Bregenz (Tribunale cantonale di Bregenz, Austria) l'emanazione di un'ingiunzione di pagamento esecutiva nei confronti della società debitrice per EUR 9 566, oltre interessi.

13. Il 20 maggio 2008, il Bezirksgericht Bregenz autorizzava l'esecuzione forzata, per effetto della quale venivano pignorati tre conti bancari detenuti dalla società debitrice presso una banca austriaca. Il 23 maggio 2008, l'esecuzione veniva notificata alla Sparkasse di Feldkirch (Austria) (in prosieguo: la «banca della società debitrice»).

14. Il 13 aprile 2008, la società debitrice stessa chiedeva l'apertura della procedura di insolvenza. Il 4 agosto 2008, l'Amtsgericht Ravensburg (pretura di Ravensburg, Germania) avviava la procedura di insolvenza nei confronti della società debitrice in Germania. La resistente nel procedimento principale, la sig.ra Bäuerle, residente in Germania, è l'attuale «curatore fallimentare» (3) di tale procedura.

15. Il 17 marzo 2009, la banca della società debitrice versava al sig. Lutz, in forza del pignoramento, la somma controversa di EUR 11 778,48. Precedentemente, con lettera del 10 marzo 2009, l'allora curatore fallimentare aveva tuttavia comunicato che non avrebbe fatto valere la compensazione di crediti nei confronti di detta banca, riservandosi cionondimeno la possibilità di promuovere azione revocatoria fallimentare.

16. Con lettera del 3 giugno 2009, ossia circa dieci mesi dopo l'apertura della procedura di insolvenza, l'allora curatore fallimentare comunicava la richiesta di azione revocatoria fallimentare per insolvibilità dell'esecuzione forzata del 20 maggio 2008 nonché con riguardo al pagamento effettuato il 17 marzo 2009. Tuttavia, il relativo ricorso giurisdizionale veniva presentato solo con atto notificato il 23 ottobre 2009. Con il proprio ricorso, la sig.ra Bäuerle chiedeva dinanzi ai giudici tedeschi la rifusione della somma pignorata ai fini del suo inserimento nella massa patrimoniale del fallimento.

17. Il Landgericht Ravensburg (Tribunale regionale di Ravensburg, Germania) accoglieva la domanda. Il successivo appello del sig. Lutz veniva quindi respinto. Con ricorso per cassazione («Revision») questi insiste ora sulla domanda di rigetto del ricorso.

18. Il giudice del rinvio ritiene che l'accoglimento del ricorso dipenda dall'interpretazione dell'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000, ammesso che tale disposizione sia applicabile nella specie. Infatti, l'articolo 4, paragrafo 2, lettera m), di tale regolamento precisa che la questione della nullità, dell'annullamento o dell'inopponibilità degli atti pregiudizievoli per la massa dei creditori è disciplinata dalla legge applicabile alla procedura di insolvenza (in prosieguo: la «lex fori concursus»). Tuttavia, l'articolo 13 del medesimo regolamento esclude l'applicazione di tale disposizione quando colui che abbia beneficiato di un atto pregiudizievole per la massa dei creditori provi che tale atto sia soggetto alla legge di uno Stato membro diverso dallo Stato di apertura e che tale legge non consenta, nella specie, di impugnare l'atto stesso con alcun mezzo.

19. A tal riguardo, il giudice del rinvio osserva che, in applicazione della lex fori concursus, ossia, nella specie, delle norme del diritto tedesco, l'atto in questione non è impugnabile, in quanto gli unici atti che possono essere impugnati sono quelli compiuti prima dell'apertura della procedura di insolvenza (4). Orbene, il versamento del saldo attivo del conto pignorato sarebbe avvenuto solo sette mesi dopo l'apertura della procedura. Peraltro, il diritto di pignoramento del saldo attivo del conto sarebbe sorto solo dopo la domanda di apertura della procedura di insolvenza, presentata il 13 aprile 2008, e, in forza dell'articolo 88 dell'InsO, sarebbe pertanto divenuto invalido al momento

dell'apertura della procedura di insolvenza. Il versamento del saldo attivo del conto pignorato, avvenuto successivamente, sarebbe pertanto anch'esso invalido (5). Inoltre, ancorché l'articolo 5 del regolamento n. 1346/2000 disponga che l'apertura di una procedura di insolvenza non pregiudica il diritto reale del creditore, tale articolo, in forza del suo paragrafo 4, non osterebbe alla nullità, all'annullamento o all'inopponibilità dell'atto medesimo.

20. Si evince cionondimeno dalla decisione di rinvio che il sig. Lutz, fondandosi sull'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000, ha fatto valere che il pagamento della somma controversa non è impugnabile con alcun mezzo ai sensi della legge applicabile all'atto impugnato (6), per effetto della sopravvenuta scadenza di un termine di decadenza. Infatti, se, secondo le pertinenti disposizioni di diritto austriaco, il pagamento del saldo attivo del conto effettuato il 17 marzo 2009 era, in linea di principio, in un primo momento, impugnabile (7), l'azione revocatoria non avrebbe tuttavia avuto alcuna possibilità di accoglimento, in quanto l'articolo 43, paragrafo 2, dell'IO prevede, ai fini dell'avvio dell'azione revocatoria fondata sull'insolvibilità, un termine di decadenza di un anno a partire dall'apertura della procedura di insolvenza.

21. Il giudice del rinvio osserva a tal riguardo che, secondo il diritto tedesco, il termine per la presentazione dell'azione revocatoria è pari a tre anni, e che tale termine è stato rispettato.

IV – Questioni pregiudiziali e procedimento dinanzi alla Corte

22. È in tali circostanze che il Bundesgerichtshof, con decisione del 10 ottobre 2013, pervenuta presso la cancelleria della Corte il 29 ottobre 2013, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

- «1) Se l'articolo 13 del regolamento [n. 1346/2000], trovi applicazione nell'ipotesi in cui il pagamento, impugnato dal curatore fallimentare, di una somma pignorata anteriormente all'apertura della procedura di insolvenza abbia peraltro avuto luogo successivamente all'avvio della procedura stessa.
- 2) In caso di soluzione affermativa della prima questione: se l'eccezione di cui all'articolo 13 del regolamento [n. 1346/2000] trovi applicazione anche ai termini di prescrizione, impugnazione e decadenza previsti dalla legge dello Stato nel quale l'atto impugnato produce i suoi effetti (*lex causae*).
- 3) In caso di soluzione affermativa della seconda questione: se occorra attenersi al principio della *lex causae* anche per quanto riguarda i requisiti di forma, da osservarsi, ai sensi dell'articolo 13 del regolamento [n. 1346/2000], ai fini dell'esercizio dell'azione revocatoria, o se essi siano determinati dalla *lex fori concursus*».

23. Le parti nel procedimento principale, la Repubblica federale tedesca, la Repubblica ellenica, il Regno di Spagna, la Repubblica portoghese, nonché la Commissione europea hanno presentato osservazioni scritte.

24. Le parti nel procedimento principale, la Repubblica federale tedesca, il Regno di Spagna, nonché la Commissione sono state sentite all'udienza tenutasi il 18 settembre 2014.

V – Analisi

A – Sull'applicabilità dell'articolo 5 del regolamento n. 1346/2000

25. La causa in esame s'inserisce in un contesto giuridico complesso e solleva la questione

dell'applicabilità dell'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000 ad un pagamento avvenuto successivamente all'apertura della procedura di insolvenza sulla base di un diritto di pignoramento costituito prima dell'apertura di detta procedura. Per risolvere tale questione, e tenuto conto del fatto che l'atto pregiudizievole coincide, nella specie, con la costituzione del diritto di pignoramento (8), occorre stabilire se un diritto reale su un bene situato, al momento dell'apertura della procedura, nel territorio di un altro Stato membro, divenga inoperante a seguito di tale apertura, in applicazione della lex fori concursus.

26. Rammento, anzitutto, che l'accertamento e la valutazione dei fatti costituenti l'oggetto della controversia principale, nonché l'interpretazione e l'applicazione del diritto nazionale, rientrano nella competenza esclusiva del giudice del rinvio (9).

27. Ciò premesso, sebbene il giudice del rinvio interroghi la Corte in ordine all'interpretazione dell'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000, mi sembra necessario verificare, in limine, se il diritto di pignoramento costituisca effettivamente un diritto reale e, di conseguenza, se i requisiti di cui all'articolo 5 di detto regolamento siano soddisfatti nella specie. Infatti, solo qualora il diritto di pignoramento sia un diritto reale, circostanza che spetta al giudice del rinvio valutare, il sig. Lutz non sarebbe obbligato a restituire alla massa il valore del credito garantito (10). La qualificazione di un diritto come diritto reale costituisce dunque una condizione preliminare all'applicazione al caso in oggetto dell'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000.

28. Ne consegue che esaminerò, in primo luogo, la qualificazione come diritto reale del diritto di pignoramento del saldo attivo del conto della società debitrice, per poi chiarire, in secondo luogo, la portata della tutela dei diritti reali conferita dall'articolo 5, paragrafo 4, di detto regolamento.

1. Sulla qualificazione del diritto di pignoramento del saldo attivo del conto della società debitrice con riferimento all'articolo 5 del regolamento n. 1346/2000

29. Ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento n. 1346/2000, si applica alla procedura di insolvenza e ai suoi effetti la legge dello Stato membro nel cui territorio è aperta la procedura (lex fori concursus). Tale legge disciplina, come enunciato dal considerando 23 del medesimo regolamento, tutte le condizioni di apertura, svolgimento e chiusura delle procedure d'insolvenza (11).

30. Tuttavia, al fine di salvaguardare il legittimo affidamento e la certezza giuridica delle transazioni in Stati membri diversi da quello di apertura della procedura d'insolvenza, il regolamento n. 1346/2000 prevede, agli articoli da 5 a 15, talune eccezioni alla citata norma sulla legge applicabile per taluni diritti e situazioni giuridiche considerate, a termini del considerando 11, particolarmente importanti (12). In tal senso, per quanto riguarda, in particolare, i diritti reali, l'articolo 5, paragrafo 1, di detto regolamento dispone che l'apertura della procedura d'insolvenza non pregiudica il diritto reale di un creditore o di un terzo su beni di proprietà del debitore e che al momento dell'apertura della procedura si trovano nel territorio di un altro Stato membro (13).

31. Secondo la giurisprudenza della Corte, la portata di tale disposizione è illustrata dai considerando 11 e 25 del regolamento n. 1346/2000, secondo i quali è necessario prevedere per i diritti reali criteri di collegamento particolari «che deroghino alla legge dello Stato di apertura», poiché i medesimi diritti hanno grande rilevanza per la concessione di crediti. In tal senso, secondo il considerando 25, la costituzione, la validità e la portata di siffatto diritto reale devono essere determinate, di norma, in forza della legge del luogo in cui si trova il bene oggetto di detto diritto (lex rei sitae) e su di esse non deve incidere l'apertura di una procedura d'insolvenza (14). Di conseguenza, si deve interpretare l'articolo 5, paragrafo 1, di detto regolamento nel senso di una

disposizione che, in deroga alla norma che prevede la legge dello Stato di apertura, consente di applicare al diritto reale di un creditore o di un terzo su taluni beni di proprietà del debitore la legge dello Stato membro nel cui territorio si trovi il bene di cui trattasi (*lex rei sitae*) (15). Beneficiano della tutela accordata da tale articolo unicamente i diritti reali su beni del debitore situati, al momento dell'apertura della procedura d'insolvenza, in uno Stato membro diverso dallo Stato di apertura (16). Infatti, l'articolo 5 del regolamento n. 1346/2000 è non una norma di conflitto, bensì una norma sostanziale «negativa» (17), la quale mira a tutelare i diritti reali acquisiti prima dell'apertura della procedura di insolvenza (18).

32. Di conseguenza, si pone la questione preliminare se il diritto di pignoramento del saldo attivo del conto possa essere qualificato, nella specie, come diritto reale del quale il sig. Lutz sia titolare.

33. Per quanto riguarda la qualificazione del diritto di pignoramento, osservo, anzitutto, che il regolamento n. 1346/2000 rimanda al diritto nazionale, fatte salve le disposizioni del suo articolo 5, paragrafi 2 e 3.

34. In un primo tempo, la qualificazione di un diritto quale diritto reale rientra nell'ambito di applicazione del diritto nazionale che disciplina, in forza delle norme di conflitto applicabili anteriormente alla procedura di insolvenza, i diritti reali (*lex rei sitae*) (19). La costituzione, la validità e la portata di tali diritti reali sono, dunque, disciplinati dalla legge del luogo in cui si trova il bene oggetto del diritto reale (20).

35. In un secondo tempo, una volta determinata la natura reale del diritto esaminato alla luce della *lex rei sitae*, occorre verificare se tale diritto soddisfi i criteri di applicazione dell'articolo 5, paragrafi 2 e 3, del regolamento n. 1346/2000. Tali criteri di qualificazione autonoma (21) limitano, pertanto, la qualificazione nazionale di un diritto soggettivo quale diritto reale ai fini dell'applicazione dell'articolo 5 di tale regolamento (22).

36. Per quanto attiene al procedimento principale, si evince, in primo luogo, dagli atti sottoposti alla Corte, i quali sono stati confermati all'udienza, che, secondo il diritto austriaco, il diritto di pegno esecutivo è un diritto reale fondato sulla notifica dell'ordinanza di ingiunzione di pagamento al debitore(23).

37. A tal riguardo, nella decisione di rinvio si fa presente che, in data 20 maggio 2008, il giudice austriaco ha autorizzato l'esecuzione forzata in base alla quale sono stati pignorati tre conti bancari detenuti dalla società debitrice presso la propria banca in Austria. Il provvedimento di esecuzione è stato notificato alla banca stessa il 23 maggio seguente. In tal senso, secondo quanto accertato dal giudice del rinvio, ai sensi del diritto austriaco (24), il diritto di prelazione acquisito con l'autorizzazione del pignoramento non viene pregiudicato dall'apertura della procedura di insolvenza, essendo sorto più di 60 giorni prima dell'apertura della procedura. Secondo il giudice medesimo, il diritto di prelazione riconosciuto al sig. Lutz autorizzava il pagamento a suo favore del saldo attivo del conto pignorato (25).

38. In secondo luogo, come si evince dall'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento n. 1346/2000, un diritto reale viene inteso, segnatamente, come il «diritto esclusivo di recuperare il credito, in particolare in seguito alla costituzione di un pegno o alla cessione di tale credito a titolo di garanzia» (26), il che comprende il pignoramento di un saldo attivo di un conto nel diritto austriaco. In tal senso, la protezione del sig. Lutz è assicurata, in linea di principio, dal proprio diritto di esecuzione forzata sui conti bancari della società debitrice al fine di soddisfare di credito come se quest'ultimo non fosse oggetto di una procedura di insolvenza in Germania. Nella specie, sebbene il pagamento in questione fosse, in un primo momento, impugnabile in applicazione del diritto

fallimentare austriaco (27), secondo il giudice del rinvio (28), tale constatazione non pregiudica affatto la qualificazione del diritto di pignoramento quale diritto reale alla luce dell'articolo 5 del regolamento n. 1346/2000.

39. Dall'altro lato, per quanto riguarda la localizzazione del bene del debitore al momento dell'apertura della procedura di insolvenza, si evince parimenti dalla decisione di rinvio che, il 4 agosto 2008, il bene della società debitrice oggetto del diritto di pignoramento, ossia la somma controversa, si trovava sui conti bancari austriaci di detta società debitrice (29).

40. Di conseguenza, ritengo che i requisiti di cui all'articolo 5 del regolamento n. 1346/2000 siano soddisfatti nella specie, circostanza la cui verifica spetta in ogni caso al giudice del rinvio, unico competente a valutare i fatti della controversia sottoposta al suo esame.

2. La portata della tutela dei diritti reali con riferimento all'articolo 5, paragrafo 4, del regolamento n. 1346/2000: gli atti pregiudizievoli

41. Rammento in questa sede che, poiché la tutela dei diritti reali dei terzi e, dunque, la loro immunità, è relativa, l'esclusione di detti diritti dall'ambito della *lex fori concursus* non è assoluta.

42. In primo luogo, la disposizione di cui all'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento n. 1346/2000 non osta a che il curatore fallimentare chieda l'apertura di una procedura secondaria nello Stato in cui si trovano i beni, qualora il debitore abbia una dipendenza in questo Stato membro (30). Una siffatta procedura secondaria avrebbe gli stessi effetti sui diritti reali di una procedura principale (31).

43. In secondo luogo, l'articolo 5, paragrafo 4, del regolamento n. 1346/2000 prevede un'eccezione all'eccezione, disponendo che il paragrafo 1 non pregiudica le azioni di annullamento, di nullità o di inopponibilità di cui all'articolo 4, paragrafo 2, lettera m), di tale regolamento. In tal senso, la *lex fori concursus* si applica quando la costituzione o l'esercizio dei diritti reali contrasta con gli interessi della procedura d'insolvenza e gli atti possano essere qualificati come atti pregiudizievoli per la massa dei creditori. Tale articolo riguarda pertanto, come nella specie, le azioni revocatorie fondate sulle norme di diritto fallimentare e non sulle norme di diritto comune (azioni ordinarie di diritto civile e commerciale). Queste ultime seguono le norme generali di conflitto. Tuttavia, tali azioni di diritto comune sono ammissibili unicamente nella misura in cui la *lex fori concursus* lo consenta (32).

44. La regola di base è che la legge dello Stato membro di apertura della procedura di insolvenza disciplina, ai sensi dell'articolo 4 del regolamento n. 1346/2000, l'eventuale nullità, annullamento e inopponibilità degli atti pregiudizievoli per la massa dei creditori. Nella specie, l'azione revocatoria proposta dalla sig.ra Bäuerle è pertanto disciplinata dalla legge tedesca. Tale legge stabilisce le condizioni alle quali gli atti pregiudizievoli per la massa dei creditori possono essere sanzionati (nullità, annullamento), il regime di tali sanzioni (applicabili ipso iure o in forza di un'azione avviata dal curatore, con o senza effetti retroattivi, ecc.) e le loro conseguenze giuridiche (ad esempio, lo status del terzo che si trovi a fronteggiare un'azione revocatoria) (33).

45. A tal riguardo, nel diritto tedesco, l'articolo 88 dell'InsO prevede che, qualora un creditore della persona insolvente abbia ottenuto tramite esecuzione forzata, nel corso del mese precedente la domanda di apertura della procedura di insolvenza o successivamente alla medesima, una garanzia sul patrimonio del debitore facente parte della massa, l'apertura della procedura rende inoperante tale garanzia. Occorre pertanto rilevare che il summenzionato articolo riguarda dunque la nullità ipso jure di una garanzia sul patrimonio del debitore, in assenza di qualsiasi azione avviata dal

curatore. Ciò solleva una questione determinante per la soluzione della controversia di cui al procedimento principale, la quale è stata dibattuta all'udienza a seguito di un quesito a risposta orale posto dalla Corte: se tale regola del diritto tedesco ricada, come sostenuto dal giudice del rinvio, nella sfera di applicazione dell'articolo 5, paragrafo 4, del regolamento n. 1346/2000. In altre parole, se una nullità ipso iure di un diritto reale sul patrimonio del debitore rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 5, paragrafo 4, di tale regolamento, il quale prevede l'applicazione della *lex fori concursus* alle azioni di annullamento, di nullità o di inopponibilità di cui all'articolo 4, paragrafo 2, lettera m).

46. Ritengo che la questione debba ricevere risposta affermativa.

47. Anzitutto, come si evince dall'analisi effettuata supra ai paragrafi da 25 a 40 e dalle osservazioni del governo tedesco e della Commissione all'udienza, l'oggetto dell'articolo 88 dell'InsO, ossia l'ottenimento, tramite esecuzione forzata, di una garanzia sul patrimonio del debitore facente parte della massa fallimentare, rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 5 del regolamento n. 1346/2000.

48. Inoltre, la relazione Virgós/Schmit sembra ammettere, ai paragrafi 91 e 106, un'interpretazione ampia della nozione di azioni contenuta all'articolo 5, paragrafo 4, del regolamento n. 1346/2000. In tal senso, «un atto pregiudizievole per tutti i creditori può consistere nella costituzione di un diritto reale a favore di un creditore o di un terzo determinati. In tale caso, le disposizioni generali [del regolamento n. 1346/2000] sulle azioni di nullità, annullamento e inopponibilità degli atti giuridici sono applicabili (articoli 4, paragrafo 2, lettera m, e 13)» (34). A tal riguardo, il governo tedesco ha sostenuto all'udienza che una disparità di trattamento fra le disposizioni che prevedono una nullità ipso iure e quelle che richiedono un'azione giudiziaria non sarebbe conforme né all'obiettivo né alla ratio dell'articolo 5, paragrafo 4, del regolamento n. 1346/2000.

49. Infine, come fatto valere giustamente dal governo tedesco e dalla Commissione, il fatto che esista una differenza fra le versioni linguistiche quanto al riferimento alle «azioni» di nullità, non consente di affermare che l'ambito di applicazione dell'articolo 5, paragrafo 4, del regolamento n. 1346/2000 sia limitato unicamente alle azioni giudiziarie. Tale articolo deve essere letto in combinato con l'articolo 4, paragrafo 2, lettera m), di detto regolamento, il quale fa riferimento alle «disposizioni relative alla nullità, all'annullamento o all'inopponibilità» (35) e non unicamente alle «azioni di nullità, di annullamento e di inopponibilità». È dunque il diritto nazionale che determina se la nullità, l'annullamento o l'inopponibilità risultino da un'azione giudiziaria, dall'effetto della legge (36) o da un atto giuridico. Tuttavia, che la legge nazionale imponga di agire in nullità, in un primo momento, o che la decisione di apertura comporti automaticamente l'annullamento (37), nella misura in cui ciò sia necessario (38), la legge dello Stato di apertura (nella specie, la legge tedesca) si sostituisce alla legge normalmente applicabile all'atto pregiudizievole (nella specie, la legge austriaca) (39).

50. In tal senso, secondo il giudice del rinvio, il pignoramento dei conti bancari in Austria era privo di validità, per effetto dell'articolo 88 dell'InsO, già per il sol fatto che tale pignoramento è intervenuto successivamente alla proposizione della domanda intesa all'apertura della procedura di insolvenza in Germania. Di conseguenza, il diritto di pignoramento acquisito sul saldo attivo del conto prima dell'apertura della procedura diviene, in linea di principio, inoperante, a seguito di tale apertura, in applicazione della *lex fori concursus* (40).

51. Orbene, l'articolo 4, paragrafo 2, lettera m), del regolamento n. 1346/2000 deve essere letto in combinato disposto con il suo articolo 13. L'applicazione della *lex fori concursus* potrebbe

pertanto essere esclusa in applicazione della *lex causae*. È appunto questo che costituisce l'oggetto della prima questione pregiudiziale, che esaminerò in prosieguo.

B – *Sull'applicabilità dell'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000 ad un atto intervenuto successivamente all'apertura della procedura di insolvenza*

52. Si evince dalla decisione di rinvio, nonché dai paragrafi 45 e 49 supra, che il diritto di pignoramento del saldo attivo del conto che si trova nel territorio austriaco è sorto successivamente alla domanda di apertura della procedura di insolvenza e sarebbe pertanto divenuto inoperante, in applicazione dell'articolo 88 dell'InsO, alla data di apertura della procedura di insolvenza.

53. Tuttavia, l'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000 prevede un'eccezione all'applicazione della *lex fori concursus*, in forza della quale l'atto in questione non può essere validamente impugnato se colui che ha beneficiato di un atto pregiudizievole per la massa dei creditori prova che «tale atto è soggetto alla legge di uno Stato [membro] diverso dallo Stato di apertura, e che tale legge non consente, nella fattispecie, di impugnare tale atto con alcun mezzo».

54. Con la prima questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000 sia applicabile ad una fattispecie nella quale un diritto reale sia stato costituito prima dell'apertura della procedura di insolvenza, laddove il versamento della somma pignorata a tal titolo abbia avuto luogo dopo l'avvio della procedura stessa.

55. Per risolvere tale questione, analizzerò, in primo luogo, la portata dell'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000, per poi verificare, in secondo luogo, se la costituzione del diritto di pignoramento possa essere considerato quale momento determinante ai fini dell'applicazione di detto articolo.

1. Sulla portata dell'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000

56. Desidero, anzitutto, precisare che condivido la tesi sostenuta, sostanzialmente, dal sig. Lutz e dal governo tedesco, secondo la quale l'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000 non contiene alcuna indicazione che implichi una differenziazione degli atti pregiudizievoli a seconda che essi siano intervenuti anteriormente o posteriormente all'apertura della procedura di insolvenza.

57. A tal riguardo, secondo costante giurisprudenza, per determinare la portata di una disposizione del diritto dell'Unione, occorre tener conto allo stesso tempo del suo tenore letterale, del suo contesto e delle sue finalità (41). Anche la genesi di una disposizione del diritto dell'Unione può fornire elementi pertinenti per la sua interpretazione (42).

58. Quanto al tenore letterale dell'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000, l'impiego della locuzione «chi ha beneficiato di un atto pregiudizievole per la massa dei creditori prova», «nella fattispecie» e «con alcun mezzo» conferma il carattere restrittivo dell'eccezione rispetto alla regola generale enunciata all'articolo 4 del regolamento n. 1346/2000. Secondo la relazione Virgós/Schmit, la prima locuzione implica che tale disposizione costituisce un'eccezione sostanziale all'applicazione della *lex fori concursus*, su domanda della parte interessata, alla quale incombe l'onere della prova (43). Inoltre, all'udienza, la Commissione ha fatto riferimento, non a torto, alle locuzioni «nella fattispecie» e «con alcun mezzo» tratte da detta relazione. Quanto alla prima, essa deve essere intesa nel senso che l'atto non deve essere suscettibile di essere impugnato concretamente, ossia tenuto conto dell'insieme delle circostanze concrete della causa. Non è sufficiente l'accertamento della sussistenza di un rischio astratto. Infine, la locuzione «con alcun mezzo» significa che l'atto non può essere invalidato né tramite l'applicazione delle norme proprie della procedura di insolvenza né tramite l'applicazione delle norme di diritto comune

applicabili (44).

59. Per quanto riguarda l'economia e la finalità della norma di diritto interpretata, rammento che il regime delle norme di conflitto risultante dal combinato disposto degli articoli 4, paragrafo 2, lettera m), e 13 del regolamento n. 1346/2000 riveste una portata generale nel sistema del regolamento. Tale regime si applica parimenti ai diritti reali protetti dall'articolo 5. In tal senso, l'articolo 4, paragrafo 2, lettera m), del regolamento n. 1346/2000 riguarda le norme o le azioni di invalidazione provenienti dalla *lex fori concursus*, e il suo articolo 13 è l'eccezione all'applicazione di tale legge (45). Infatti, quest'ultimo articolo agisce come una norma «veto» che osta all'invalidazione dell'atto pregiudizievole risultante dalla legge dello Stato di apertura. Detto articolo non ha dunque altro fine se non quello di preservare il legittimo affidamento di un creditore o di un terzo quanto alla validità di un atto conforme alla *lex causae* (con riferimento sia alle disposizioni di diritto comune sia alle norme relative alla procedura di insolvenza), a fronte delle interferenze di un'altra *lex fori concursus* (46).

60. Infine, tali considerazioni risultano avvalorate dalla genesi della disposizione de qua. Infatti, come testimonia la relazione Virgós/Schmit, l'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000 riguarda gli «atti pregiudizievoli» costituiti o posti in essere prima dell'apertura della procedura di insolvenza e minacciati, come nella specie, dalle azioni revocatorie esperite dal curatore. In tal senso, tale articolo non si applica alle alienazioni che abbiano luogo successivamente all'apertura della procedura di insolvenza. Infatti, l'affidamento riposto dai creditori della validità di siffatti atti posteriori non merita una protezione accresciuta, non essendo più giustificato.

61. Ritengo pertanto che il complesso di tali considerazioni deponga chiaramente a favore di un'interpretazione restrittiva dell'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000. Tuttavia, per quanto attiene al caso in esame, come giustamente rilevato dal giudice del rinvio, non è certo che tale interpretazione possa valere anche qualora, come nella controversia oggetto del procedimento principale, il movimento patrimoniale a favore del creditore poggi su un diritto reale già acquisito prima dell'apertura della procedura. A tal riguardo, se il pagamento non fosse ancora stato effettuato alla data in cui l'azione revocatoria è stata intentata, il curatore avrebbe dovuto chiedere la revoca della pignoramento costituita prima dell'apertura della procedura di insolvenza. Orbene, l'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000 sarebbe stato applicabile ad una fattispecie del genere.

2. Sulla costituzione del diritto di pignoramento quale elemento determinante ai fini dell'applicazione dell'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000

62. Mi sia consentito iniziare tale analisi con una questione: se, nella specie, occorra considerare il momento del pagamento al sig. Lutz dell'importo garantito da un diritto reale, nella specie un diritto di pignoramento, un elemento essenziale che giustifica l'applicazione dell'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000.

63. Ritengo di no.

64. Secondo la Commissione, qualora un diritto di pignoramento – il quale sia effettivo, pur se suscettibile di essere revocato – sul patrimonio del debitore, sia stato costituito prima dell'apertura della procedura di insolvenza, è indifferente, per quanto attiene all'applicazione dell'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000, che la somma garantita dal diritto reale sia stata versata successivamente a tale apertura. Questo argomento mi sembra convincente. A mio avviso, solo la costituzione del diritto di pignoramento dovrebbe essere determinante ai fini dell'applicazione dell'articolo 13 di detto regolamento. In tal senso, è unicamente la costituzione del diritto reale che può essere considerata l'atto pregiudizievole. Se il diritto reale non fosse stato costituito, avrebbe potuto

applicarsi la *lex fori concursus*, e il sig. Lutz non avrebbe potuto avvalersi di tale disposizione. Infatti, il pagamento effettuato dalla banca della società debitrice a favore del sig. Lutz non sarebbe che la conseguenza del pegno esecutivo costituito prima dell'apertura della procedura di insolvenza. Inoltre, come sostenuto dal suo difensore all'udienza, il sig. Lutz non poteva prevedere l'apertura della procedura di insolvenza, la quale ha avuto luogo il 4 agosto 2008, né alla data in cui egli si era rivolto ai giudici austriaci né alla data in cui era sorto il pegno esecutivo.

65. Tale interpretazione è confortata dall'economia del meccanismo istituito dal regolamento n. 1346/2000, che poggia, da una parte, sull'assenza di lesione dei diritti reali sui beni situati in altri Stati membri (articolo 5), il che porta a sottrarre tali diritti dagli effetti della procedura d'insolvenza e, dall'altra, sulla tutela del legittimo affidamento dei creditori o di terzi nella validità di un atto (articolo 13).

66. Per quanto attiene, in primo luogo, alla protezione dei diritti reali assicurata dall'articolo 5 del regolamento n. 1346/2000, tale soluzione è stata accolta per motivi attinenti al merito, come l'obiettivo consistente nell'assicurare la tutela del commercio nello Stato membro in cui sono situati i beni e la certezza giuridica dei diritti connessi. I diritti reali svolgono una funzione estremamente importante nel credito e nella mobilitazione della ricchezza. Infatti, essi tutelano i loro titolari a fronte del rischio di insolvenza del debitore e consentono di ottenere crediti a condizioni vantaggiose (47). In tal senso, la certezza del diritto e la tutela del legittimo affidamento dei creditori nelle transazioni realizzate sembrano, a mio avviso, elementi fondamentali. Inoltre, ragioni di ordine procedurale giustificano parimenti una protezione accresciuta dei diritti reali, come gli obiettivi istituzionali del regolamento n. 1346/2000 collegati alla necessità di semplificare e facilitare l'amministrazione del patrimonio (48).

67. Per quanto attiene, in secondo luogo, all'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000, si evince dalle considerazioni esposte ai paragrafi 30 e 65 supra che la soluzione accolta da tale disposizione mira, in via principale, a preservare il legittimo affidamento dei creditori o dei terzi in ordine alla validità di un atto conforme alla *lex causae*. A tal riguardo, condivido l'analisi elaborata dal sig. Lutz e dalla Commissione, secondo la quale, alla luce del diritto austriaco e tenuto conto del complesso delle circostanze che caratterizzano la controversia di cui al procedimento principale, l'atto in questione non era impugnabile (49).

68. Sulla scorta di tutti i suesposti rilievi, ritengo che l'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000 debba essere interpretato nel senso che esso è applicabile ad una fattispecie nella quale un diritto reale sia stato costituito prima dell'apertura della procedura di insolvenza e il versamento dell'importo a tal titolo pignorato sia avvenuto successivamente all'apertura di tale procedura.

C – *Sui termini di prescrizione, di impugnazione e di decadenza previsti dalla lex causae nell'ambito del regime derogatorio previsto dall'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000*

69. Con la seconda questione si chiede se l'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000 debba essere interpretato nel senso che esso implichi che la *lex causae* disciplini anche gli effetti giuridici collegati al decorso del tempo. Più precisamente, il giudice del rinvio chiede se il regime derogatorio previsto da detto articolo 13 includa parimenti i termini di prescrizione, di impugnazione e di decadenza previsti dalla *lex causae*.

70. Si evince dalla decisione di rinvio che, in base alla normativa tedesca, il diritto di pignoramento del saldo attivo del conto è sorto successivamente alla domanda di apertura della procedura di insolvenza, e sarebbe pertanto stato invalido, in forza dell'articolo 88 dell'InsO, alla data di apertura di tale procedura (50). Tuttavia, secondo le pertinenti norme del diritto austriaco,

l'azione revocatoria della sig.ra Bäuerle è preclusa, a causa della scadenza del termine di un anno a partire dall'apertura della procedura di insolvenza impartito al curatore per proporre, se del caso, un'azione giudiziaria. Per contro, nel diritto tedesco, il termine per la proposizione di una siffatta azione è di tre anni.

71. Il giudice del rinvio fa presente che la dottrina tedesca è divisa al riguardo. In tal senso, da un filone della dottrina emergerebbe che la *lex causae* non dovrebbe disciplinare i termini di prescrizione o di decadenza applicabili. Tali termini, in quanto disposizioni di natura procedurale, dovrebbero desumersi dalla *lex fori concursus* (51). Per contro, un'altra corrente dottrinale sosterebbe che il rinvio alla *lex causae* dovrebbe essere inteso quale rinvio globale a tutte le sue norme, incluse quelle relative alla prescrizione o alla decadenza.

72. Non possono condividere la prima tesi mentre condivido, per contro, come illustrerò in prosieguo, la seconda (52).

73. Da un lato, nell'ambito dell'esame della prima questione, mi sono già pronunciato, ai paragrafi da 57 a 60 supra, sulla determinazione della portata dell'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000, alla luce del suo tenore letterale, del suo contesto e delle sue finalità (53). Risulta segnatamente da tale analisi che la locuzione «nella specie» riguarda le ipotesi in cui un atto, in considerazione del complesso delle circostanze concrete della lite, non deve essere essere impugnabile. Mi sembra chiaro che il decorso del tempo e, pertanto, le norme sostanziali e processuali che lo governano, fanno parte di tali specifiche circostanze della specie (54). A tal riguardo, il giudice del rinvio stesso conferma che il venir meno di un diritto per effetto del decorso del tempo potrebbe rientrare in tali circostanze concrete.

74. Dall'altro, e proseguendo nel solco di tale riflessione, occorre richiamare le osservazioni del sig. Lutz, del governo portoghese e della Commissione. Infatti, essi ritengono, in sostanza, che l'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000 faccia riferimento ad un atto non impugnabile «con alcun mezzo», cosicché esso non si limiterebbe ai requisiti sostanziali della revoca in conformità della *lex causae*, ma si estenderebbe dunque, segnatamente, alle disposizioni in materia di prescrizione o di decadenza. Orbene, come ho già avuto modo di esporre in precedenza, tale locuzione significa che l'atto non può essere invalidato, come nella specie, né in applicazione delle norme sulle procedure di insolvenza né in applicazione delle norme di diritto comune ad esso applicabili (55). Per quanto riguarda queste ultime, e tenuto conto della natura distinta, segnatamente, della prescrizione nei diversi sistemi giuridici, l'applicazione della *lex causae* depone, a mio avviso, a favore del rispetto della coerenza dell'ordinamento giuridico al quale essa appartiene e, di conseguenza, della coerenza fra le sue disposizioni di diritto sostanziale e quelle di diritto processuale.

75. A tal riguardo, la Commissione fa valere, nelle proprie memorie, che ogni interpretazione dell'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000 che escluda i termini di prescrizione qualificati, nel diritto nazionale, come termini di natura procedurale, opererebbe, fra i modelli teorici accolti dagli Stati membri, una discriminazione arbitraria e ostacolerebbe un'interpretazione uniforme di detta disposizione.

76. Tale posizione è confortata dalle disposizioni del regolamento Roma I (56). In tal senso, il giudice del rinvio, il sig. Lutz e la Commissione richiamano giustamente l'articolo 12, paragrafo 1, lettera d), di detto regolamento, ai sensi del quale l'incidenza del decorso del tempo su un diritto sorto *ex contractu* è determinata dall'ordinamento giuridico al quale è assoggettato il diritto in questione (57). Più precisamente, in conformità di tale articolo, la legge applicabile al contratto ai sensi del regolamento Roma I disciplina, in particolare, «i diversi modi di estinzione delle obbligazioni nonché le prescrizioni e decadenze» (58), i quali, pertanto, hanno una *qualificazione*

sostanziale e obbediscono alla *lex causae*.

77. Inoltre, lo rammento, si evince dai paragrafi 30, 65 e 67 supra, che l'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000 è inteso a tutelare l'affidamento del creditore nella permanenza di un atto. In tal senso, un creditore che confidi nella validità dell'atto in conformità della *lex causae* non deve essere colto di sorpresa dall'applicazione del diritto fallimentare di un altro Stato membro (59).

78. In ogni caso, è indubbio, a mio avviso, che le norme sulla prescrizione e sulla decadenza facciano parte del regime di invalidazione degli atti. In tal senso, qualora un atto sia impugnabile in conformità della *lex causae* mediante azione revocatoria, come nella causa principale, ma il termine per intentare una siffatta azione sia scaduto, non vedo alcuna ragione che giustifichi di ritenere che un tale atto resti impugnabile in conformità dell'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000 (60).

79. Di conseguenza, alla luce dei suesposti elementi, ritengo che il regime derogatorio previsto dall'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000 includa i termini di prescrizione, di impugnazione e di decadenza previsti dalla *lex causae*.

D – *Sulla legge applicabile alla determinazione dei requisiti di forma da rispettare ai fini dell'esercizio dell'azione revocatoria*

80. Con la terza questione, il giudice del rinvio chiede se i requisiti di forma che devono osservarsi ai fini dell'esercizio dell'azione revocatoria ai sensi dell'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000 siano determinati dalla *lex causae* ovvero dalla *lex fori concursus*.

81. Nella decisione di rinvio si espone, infatti, che nel diritto tedesco una dichiarazione non soggetta a requisiti di forma, la quale esprima la volontà del curatore di esercitare un diritto di rifusione, è sufficiente a compromettere l'affidamento del creditore nella stabilità del pagamento. Per contro, nel diritto austriaco, la revoca può essere validamente posta in essere solo tramite azione giudiziaria proposta entro il termine di un anno decorrente dall'apertura della procedura fallimentare, ove l'affidamento del creditore resta, al riguardo, irrilevante.

82. Condivido l'argomento della Commissione secondo cui il beneficiario dell'atto non conosce né i termini né i requisiti di forma del diritto di un altro ordinamento giuridico. Infatti, l'unico elemento determinante per questi era sapere se, entro il termine vigente nel proprio sistema giuridico, l'azione revocatoria fosse stata validamente proposta. In tal senso, nella specie, secondo il diritto austriaco, la conservazione del bene acquisito dipende unicamente dalla questione se l'actio restitutoria sia stata intentata o meno entro un anno a decorrere dall'apertura della procedura di insolvenza, il che esclude, nella specie, la lettera stragiudiziale del curatore del 10 marzo 2009.

83. Orbene, a tal riguardo, il considerando 24 del regolamento n. 1346/2000 enuncia che, a tutela delle aspettative legittime e della certezza delle transazioni negli Stati membri diversi da quello in cui la procedura è stata aperta, si dovrebbe prevedere una serie di deroghe alla regola generale. In tal senso, la ratio dell'articolo 13 di tale regolamento quale norma «veto» di cui dispone il beneficiario, non esige che il curatore accerti in maniera cumulativa la revocabilità di un atto nei due ordinamenti giuridici di cui trattasi.

84. Rimando inoltre all'analisi, da me effettuata supra, della locuzione «con alcun mezzo», la quale indica che il riferimento alla *lex causae* deve essere un riferimento globale.

85. Rammento parimenti che i requisiti di forma possono costituire non solo condizioni di ordine sostanziale, bensì anche di ordine procedurale. Di conseguenza, le modalità di esercizio del diritto di revoca devono essere definite principalmente dalla *lex causae*. Infatti, mi sembra contrario alla

coerenza dell'ordinamento giuridico applicabile distinguere le questioni concernenti i termini di prescrizione e quelle concernenti la forma, al fine di assoggettarle ad un diritto diverso. Di conseguenza, nella specie, un atto pregiudizievole non può essere rimesso in discussione dall'esercizio stragiudiziale di un diritto di revoca proveniente dalla *lex fori concursus*.

86. Tale posizione risulta inoltre avvalorata dalla relazione di valutazione sull'applicazione del regolamento n. 1346/2000 (61). In tal senso, più relazioni nazionali sottolineano che l'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000 è necessario per tutelare le aspettative legittime delle parti per quanto attiene al regime giuridico applicabile ai loro rapporti di diritto (62).

87. Al contrario, il ragionamento seguito dal governo tedesco nelle proprie osservazioni orali all'udienza, secondo il quale l'applicazione completa della *lex causae* si scontrerebbe con difficoltà di ordine pratico connesse alla determinazione e all'esame, da parte del curatore, di altri ordinamenti giuridici, non risulta convincente. A mio avviso, il fatto di dover analizzare i requisiti di forma di altri ordinamenti giuridici per poter proporre un'azione revocatoria non costituisce, per il curatore, un onere eccessivo. Si evince a tal riguardo dalla relazione di valutazione menzionata supra che l'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000 non eccede quanto è usuale nel settore degli affari internazionali (e dunque del diritto internazionale privato), nella parte in cui implica la considerazione di più di una legge nazionale. Infatti, nella prassi istituita sulla base di un numero considerevole di relazioni nazionali, la considerazione di un secondo regime giuridico non solleva difficoltà insormontabili (63). In tal senso, detta relazione non ha suggerito alcuna modifica o limitazione del riferimento alla *lex causae* da parte di detto articolo (64).

88. Di conseguenza, alla luce del complesso delle considerazioni esposte supra, ritengo che i requisiti di forma da osservarsi per l'esercizio dell'azione revocatoria con riferimento all'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000 siano determinati dalla *lex causae*.

VI – Conclusione

89. Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, suggerisco alla Corte di rispondere al Bundesgerichtshof (Germania) nei termini seguenti:

- 1) L'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000 del Consiglio del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza, deve essere interpretato nel senso che esso è applicabile ad una fattispecie nella quale un diritto reale sia stato costituito anteriormente all'apertura di una procedura di insolvenza e il versamento della somma a tal titolo pignorata sia avvenuto successivamente all'apertura della procedura medesima.
- 2) Il regime derogatorio previsto dall'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000 deve essere interpretato nel senso che esso include i termini di prescrizione, di impugnazione e di decadenza previsti dalla *lex causae*.
- 3) I requisiti di forma da osservarsi per l'esercizio dell'azione revocatoria con riferimento all'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000 sono determinati dalla *lex causae*.

¹ – Lingua originale: il francese.

² – Regolamento del Consiglio del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza (GU L 160, pag. 1).

[3](#) – Sebbene i termini «syndic» [curatore fallimentare] e «masse» [massa] siano stati abbandonati nel diritto fallimentare francese nel 1985, essi vengono impiegati nella versione francese del regolamento n. 1346/2000.

[4](#) – Articolo 129, paragrafo 1, dell’InsO.

[5](#) – Articolo 91, paragrafo 1, dell’InsO.

[6](#) – Secondo il giudice a quo, il diritto di pignoramento è sorto in uno Stato membro diverso da quello dell’apertura della procedura di insolvenza. La legge applicabile al versamento del saldo attivo del conto pignorato è dunque la legge dello Stato membro nel quale il versamento produce i suoi effetti, ossia la legge austriaca.

[7](#) – Si evince dalla decisione di rinvio che, in forza del diritto austriaco, un atto compiuto successivamente alla data di cessazione dei pagamenti o successivamente alla domanda di apertura della procedura di insolvenza, con il quale un creditore della massa ottenga una garanzia o la soddisfazione del proprio credito, è impugnabile qualora il creditore fosse al corrente, o comunque dovesse esserlo, dell’insolvenza o della domanda di apertura di una procedura di insolvenza. Secondo il giudice del rinvio, con il versamento della somma controversa, il sig. Lutz ha ottenuto soddisfazione in un momento in cui, a fronte della lettera del curatore fallimentare del 10 marzo 2009, era a conoscenza della domanda di apertura di una procedura di insolvenza. All’udienza, il difensore del sig. Lutz ha cionondimeno sostenuto che, nel diritto austriaco, ai fini della proposizione dell’azione revocatoria, il dies a quo è dato dall’apertura della procedura di insolvenza. Infatti, sarebbe a decorrere da tale data che, da un lato, la procedura viene pubblicata e il creditore può pertanto venire a conoscenza della situazione di insolvenza del debitore e, dall’altro, inizierebbe a decorrere il termine di decadenza di un anno previsto per l’avvio dell’azione giudiziaria. Al contrario, nel diritto tedesco, il dies a quo è dato dal deposito della domanda di apertura della procedura, e il termine per la proposizione dell’azione revocatoria è di tre anni. V. anche paragrafi da 81 a 83 infra.

[8](#) – Nella specie, l’esecuzione forzata del pagamento della somma controversa è successiva alla costituzione del diritto di pignoramento. Di conseguenza, è il diritto di pignoramento che dev’essere considerato quale atto pregiudizievole.

[9](#) – Sentenza Econord (C-182/11 et C-183/11, EU:C:2012:758, punto 21).

[10](#) – V. considerando 25 e l’articolo 20 del regolamento n. 1346/2000 nonché la nota a piè di pagina 19 supra.

[11](#) – Sentenza ERSTE Bank Hungary (C-527/10, EU:C:2012:417, punto 38 e la giurisprudenza citata).

[12](#) – Ibidem, punto 39. V. anche considerando 24 del regolamento n. 1346/2000.

[13](#) – Rilevo che l'articolo 5 del regolamento n. 1346/2000 suppone una localizzazione non fraudolenta dei beni in uno Stato membro diverso da quello dell'apertura della procedura di insolvenza. V., al tal proposito, relazione esplicativa sulla convenzione relativa alle procedure d'insolvenza (in prosieguo: la «relazione Virgós/Schmit»), paragrafo 105 e Ingelmann, T., “Article 5”, *European Insolvency Regulation*, K. Pannen (a cura di), De Gruyter Recht, Berlino, 2007, pag. 252. A tal riguardo, occorre rilevare che, anche se la relazione Virgós/Schmit riguarda unicamente la convenzione relativa alle procedure di insolvenza, essa fornisce elementi utili ai fini dell'interpretazione del regolamento n. 1346/2000. V., in tal senso, conclusioni dell'avvocato generale Jacobs nella causa Eurofood IFSC (C-341/04, EU:C:2005:579, paragrafo 2).

[14](#) – Sentenza ERSTE Bank Hungary (EU:C:2012:417, punto 41).

[15](#) – Ibidem, punto 42.

[16](#) – Affinché l'articolo 5 del regolamento n. 1346/2000 possa operare, un'interpretazione teleologica di tale disposizione esigerebbe che tutti gli atti necessari alla costituzione di un diritto reale siano stati realizzati prima dell'apertura della procedura di insolvenza. V. relazione Virgós/Schmit, paragrafo 95; Virgós Soriano, M. et Garcimartín Alférez, F.J., *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pag. 96 e 101, nonché Moss, G., Fletcher, I.F. e Isaacs, S., *The EC Regulation on Insolvency Procedures : A Commentary and Annotated Guide*, Oxford University Press, 2° edizione, 2009, pag. 287.

[17](#) – Sulla natura sostanziale di tale disposizione, v. la relazione Virgós/Schmit, paragrafo 99; Virgós Soriano, M., e Garcimartín Alférez, F.J., *op. cit.*, pag. 105; Ingelmann, T., “Article 5”, *op. cit.*, pag. 250; Moss, G., Fletcher, I.F., e Isaacs, S., *op. cit.*, pag. 286; Hess, B., Oberhammer, P., e Pfeiffer, T., *European Insolvency Law. The Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report on the Application of the Regulation No 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings*, Beck-Hart-Nomos, C. H., München/Oxford, 2014 (in prosieguo: la «relazione Heidelberg-Luxembourg-Vienna», pag. 178, e Klyta, W., *Uznanie zagranicznych postępowań upadłościowych*, Oficyna Wolters Kluwer business, Varsavia, 2008, pag. 149).

[18](#) – Nella sentenza German Graphics Graphische Maschinen, in relazione all'articolo 7 del regolamento n. 1346/2000, disposizione analoga all'articolo 5 del medesimo regolamento, la Corte ha ritenuto, in effetti, che «[d]etto altrimenti, tale disposizione rappresenta unicamente una regola materiale tesa a proteggere il venditore riguardo ai beni che si trovano al di fuori dello Stato membro di apertura della procedura di insolvenza» (C-292/08, EU:C:2009:544, punto 35). Secondo la relazione Heidelberg-Luxembourg-Vienna, pag. 181, la dottrina dominante nei 17 Stati membri individuerrebbe nell'articolo 5 una norma sostanziale.

[19](#) – Ingelmann, T., “Article 5”, *op. cit.*, pag. 253.

[20](#) – Relazione Virgós/Schmit, paragrafi 95 e 100. L'articolo 5 del regolamento n. 1346/2000 stabilisce che la procedura di insolvenza non pregiudica i diritti reali sui beni che si trovano nel territorio di altri Stati membri, e non che la procedura non pregiudicherà i beni (o i crediti) situati in un altro Stato membro, tutelati dai diritti medesimi. Poiché la procedura principale è una procedura universale, essa comprende

tutti i beni del debitore. Ciò è importante se il valore della garanzia è superiore al valore del credito garantito dal diritto reale. In tal senso, in assenza di apertura di una procedura secondaria, il creditore sarà obbligato a restituire al curatore della procedura principale l'eventuale residuo del ricavato della vendita (v. considerando 25 e articolo 20 del regolamento n. 1346/2000). Per contro, se il credito è coperto dal valore della garanzia, il creditore che vede soddisfatti i propri crediti garantiti da diritti reali, non deve restituire niente agli altri creditori. V., in tal senso, relazione Virgós/Schmit, paragrafi 99 e 173; Virgós Soriano, M. e Garcimartín Alférez, F.J., *op. cit.*, pag. 106 e 236. V. anche, in tal senso, Moss, G., Fletcher, I.F. e Isaacs, S., *op. cit.*, pag. 286, e Porzycky, M, *Zabezpieczenia rzeczowe w transgranicznym postępowaniu upadłościowym w Unii Europejskiej, Czasopismo kwartalne całego prawa handlowego, upadłościowego oraz rynku kapitałowego*, NR 3 (5) 2008, p.405.

[21](#) – V., a tal riguardo, Veder, P.M., *Cross-border insolvency proceedings and security rights: a comparison of Dutch and German law, the EC Insolvency Regulation and the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, Deventer, 2004, pag. da 334 a 336: “An independent interpretation of rights in rem is facilitated by the references that the second paragraph contains of the types of rights Art. 5 IR refers to”. V., parimenti, Klyta, W., *op. cit.*, pag. 150.

[22](#) – Virgós, M., e Garcimartín, F., *op. cit.*, pag. 96: “Its function [of article 5] is to operate as a limit to the characterization of a right as a right in rem for the purposes of Article 5. Only those rights conferred by national laws that conform to its typological characterization are protected by Article 5.1 of Regulation”.

[23](#) Secondo la dottrina, i diritti reali di cui al regolamento n. 1346/2000 sono non solo quelli risultanti da un atto giuridico bensì parimenti quelli che sorgono e si producono ipso iure, Porzycki, M, *op.cit.*, p.405.

[24](#) – Articoli 11, paragrafo 1, e 12, paragrafo 1, primo periodo, della legge austriaca sulle procedure di insolvenza, nel testo applicabile all'epoca dei fatti di cui al procedimento principale (öBGB1. I 2007/73; in prosieguo: l'«östKO»).

[25](#) – Ibidem, articolo 48, paragrafo 1. Il giudice del rinvio precisa parimenti che, a causa del pagamento effettuato a favore del sig. Lutz, il diritto di garanzia derivante si è estinto in forza di un'applicazione analogica dell'articolo 469 del codice civile austriaco (“Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch”) e non è pertanto più impugnabile. Su tale aspetto, v. nota a piè di pagina 7.

[26](#) – Per facilitare la sua applicazione, l'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento n. 1346/2000 fornisce un elenco dei diritti che, in linea di principio, sono considerati diritti reali dalle leggi nazionali. Tale elenco non è dunque esaustivo. A tal riguardo, v. relazione Virgós/Schmit, paragrafo 103, nonché Moss, G., Fletcher, I.F. e Isaacs, S., *op. cit.*, pag. 287.

[27](#) – Cfr, al riguardo, nota a piè di pagina 7 supra.

[28](#) – V. parimenti paragrafo 20 supra.

[29](#) – Ritengo utile rammentare in questa sede che, in materia di diritti reali, la localizzazione è il luogo in cui è situato il bene oggetto di tali diritti. Inoltre, rientrano nell’ambito di applicazione dell’articolo 5 del regolamento n. 1346/2000 i diritti reali relativi ai crediti. V., in tal senso, Virgós, M., e Garcimartín, F., *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, Kluwer Law International, L’Aja, 2004, pag. 103.

[30](#) – Gli atti di causa a disposizione della Corte non forniscono alcuna informazione sull’apertura di una procedura secondaria in Austria.

[31](#) – V., in tal senso, Moss, G., Fletcher, I.F., e Isaacs, S., *op. cit.*, pag. 287. V., parimenti, articolo 27 del regolamento n. 1346/2000.

[32](#) – Virgós Soriano, M., e Garcimartín Alférez, F.J., *op. cit.*, p. 135, e Virgós, M., e Garcimartín, F., *op. cit.*, pag. 135.

[33](#) – Relazione Virgós/Schmit, paragrafo 135; Virgós Soriano, M., e Garcimartín Alférez, F.J., *op. cit.*, pag. 135; Virgós, M., e Garcimartín, F., *op. cit.*, pag. 135; Pannen, K. e Riedemann, S., “Article 4”, *op. cit.*, pag. 228, nonché Klyta, W., *op. cit.*, pag. 175.

[34](#) – Anche se tale relazione fa riferimento agli atti giuridici, non vedo alcuna ragione per escludere dall’ambito di applicazione degli articoli 4, paragrafo 2, lettera m), e 13 del regolamento n. 1346/2000 gli effetti giuridici che si producono ipso iure o che rivestono carattere procedurale.

[35](#) – V. sentenza Seagon (C-339/07, EU:C:2009:83, punto 28) sulla competenza internazionale dei giudici in materia di azioni revocatorie fondate sull’insolvenza.

[36](#) – Dammann, R., “Article 13”, *op. cit.*, pag. 291: “Some legal systems automatically void any secured rights that have been granted within a specific period prior to the opening of insolvency proceedings. Whether such legal provisions are avoidance actions within the meaning of Art 4 (2) sentence 2 (m) of the European Insolvency Regulation is debatable”.

[37](#) – Relazione Virgós/Schmit, paragrafo 91.

[38](#) – Si tratta, ad esempio, dell’ipotesi in cui un’azione revocatoria sia stata proposta dal curatore incaricato al momento del fallimento, come nella causa principale. Ricordo a tal riguardo che l’articolo 4, paragrafo 2, lettera m), del regolamento n. 1346/2000 riguarda le azioni o norme di invalidazione degli atti il cui fondamento è costituito dalla lex fori concursus. Per contro, le norme di diritto comune sono applicabili soltanto nella misura in cui la lex fori concursus lo consenta. V., in tal senso, Virgós Soriano, M., e Garcimartín Alférez, F.J., *op. cit.*, pag. 135; Virgós, M., and Garcimartín, F., *op. cit.*, pag. 135. V., in relazione a tale aspetto, paragrafo 43 supra.

[39](#) – Relazione Virgós/Schmit, paragrafo 91.

[40](#) – V., per analogia, sentenza LBI (C-85/12, EU:C:2013:697), concernente le disposizioni della direttiva 2001/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 aprile 2001, in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi (GU L 125, pag. 1), nella quale la Corte è stata invitata ad interpretare disposizioni sostanzialmente identiche a quelle di cui alla presente causa.

[41](#) – V. sentenze Cilfit e a. (283/81, EU:C:1982:335, punto 20) nonché Kronos Titan e Rhein-Ruhr Beschichtungs-Service (C-43/13 e C-44/13, EU:C:2014:216, punto 25).

[42](#) – V. sentenza Inuit Tapiriit Kanatami e a./Parlamento e Consiglio (C-583/11 P, EU:C:2013:625, punto 50).

[43](#) – Moss, G., Fletcher, I.F., e Isaacs, S., *op. cit.*, pag. 297: “This will involve not only providing the relevant foreign law but also the relevant facts”.

[44](#) – Relazione Virgós/Schmit, paragrafo 138; Virgós Soriano, M., e Garcimartín Alférez, F.J., *op. cit.*, pag. 137, nonché Moss, G., Fletcher, I.F., e Isaacs, S., *op. cit.*, pag. 296.

[45](#)– Ricordo che il regime di invalidazione degli atti del debitore effettuati anteriormente all’apertura della procedura di insolvenza prevista dal regolamento n. 1346/2000 prevede, in un primo tempo, l’applicazione della lex fori concursus [articolo 4, paragrafo 2, lettera m)], ma consente di escluderne gli effetti invocando la legge che disciplina l’atto (articolo 13). Tuttavia, dal momento che il termine «atto» impiegato dall’articolo 13 di tale regolamento consente un’interpretazione alquanto ampia di tale disposizione, risulta pertinente sottolineare che tale regime deve potersi applicare non solo agli atti pregiudizievoli del debitore, bensì anche agli effetti giuridici che si producono ipso iure o a quelli di natura procedurale, come nella specie. V., in tal senso, Virgós Soriano, M., e Garcimartín Alférez, F.J., *op. cit.*, pag. 134 e 135.

[46](#) – V., in tal senso, relazione Virgós/Schmit, paragrafi 136 e 138, nonché Moss, G., Fletcher, I.F., e Isaacs, S., *op. cit.*, pag. 297.

[47](#) – Relazione Virgós/Schmit, paragrafo 97.

[48](#) – Ibidem, paragrafo 97.

[49](#) – V. paragrafo 20 supra.

[50](#) – V. anche paragrafo 19 supra.

[51](#) – Il giudice del rinvio precisa, a tal riguardo, che taluni sostenitori di questa posizione ne escludono espressamente i termini di impugnazione. A loro avviso, tali termini dovrebbero essere esaminati

cumulativamente alla luce della *lex fori concursus* e della *lex causae*, in modo da accogliere, quale termine di impugnazione il più breve dei due, il che, nella specie, favorirebbe il sig. Lutz.

[52](#) – La Commissione osserva, nelle proprie memorie, che l'argomento secondo il quale i termini di prescrizione o di decadenza della *lex causae* non devono, a causa della loro natura procedurale, essere presi in considerazione nell'ambito dell'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000 risulta, nella specie, problematico, alla luce della natura sostanziale del termine di decadenza nel diritto austriaco.

[53](#) – V. sentenze *Cilfit e a.* (EU:C:1982:335, punto 20) nonché *Kronos Titan et Rhein-Ruhr Beschichtungs-Service* (EU:C:2014:216, punto 25).

[54](#) – Relazione Virgós/Schmit, paragrafo 137.

[55](#) – *Ibidem*, paragrafo 138, nonché Virgós Soriano, M., e Garcimartín Alférez, F.J., *op. cit.*, pag. 136. V. anche Virgós, M., e Garcimartín, F., *op. cit.*, pag. 136.

[56](#) – Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) (GU L 177, pag. 6).

[57](#) – La Commissione aggiunge che le norme del regolamento Roma I relative alla legge applicabile esigono in maniera generale dal curatore il rispetto del diritto straniero nel caso in cui sia interessato un altro paese, il che, nella prassi, non solleverebbe difficoltà maggiori.

[58](#) – V., a tal riguardo, Gaudemet-Tallon, H., «Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement 'Rome I' du 17 juin 2008. Détermination de la loi applicable. Domaine de la loi applicable», *JurisClasseur Europe Traité*, fascicolo n. 3201, 2009, pag. da 119 a 121: «La loi applicable au fond du contrat déterminera donc la durée de la prescription ainsi que les causes d'interruption et de suspension. Et les mêmes articles soumettent également les déchéances à la loi du contrat». Nei sistemi giuridici degli Stati dell'Europa continentale, è pacifico che la prescrizione sia disciplinata dalla *lex causae*, Zrałek, J., *Przedawnienie w międzynarodowym obrocie handlowym, Zakamycze*, Cracovia, 2005, pag. 142.

[59](#) – Virgós Soriano, M., e Garcimartín Alférez, F.J., *op. cit.*, pag. 135.

[60](#) – *Ibidem*, pag. 136.

[61](#) – V. la relazione Heidelberg-Luxembourg-Vienna, pag. 213.

[62](#) – A tal riguardo, v. risposta alla questione 24 nelle relazioni nazionali belga, estone, lettone, rumena e spagnola. Ad esempio, per la relazione del Regno Unito, l'articolo 13 del regolamento n. 1346/2000 è considerato un successo nella difesa dei legittimi interessi dei creditori. *Ibidem*, pag. 213.

[63](#) – Ibidem, pag. 214.

[64](#) – Ibidem, pag. 215.