

Corte d'appello di Milano, 27 novembre 2023, n. 3350

Pres. est. Bonaretti

Il riconoscimento in Italia di un lodo arbitrale di condanna reso a Londra nei confronti di una società in amministrazione straordinaria non contrasta con l'ordine pubblico interno oppure Eurounionale.

Le previsioni secondo cui il curatore ha la facoltà ed il potere di concludere compromessi (art. 35 legge fallimentare) come pure di formulare al giudice delegato la proposta di nomina di arbitri (articolo 25 legge fallimentare), confermano che non sussiste incompatibilità tra fallimento e procedure concorsuali in genere (compresa l'amministrazione straordinaria) ed arbitrato.

È esclusa la vis attrattiva del tribunale fallimentare a conoscere la controversia insorta tra la società fallita (o in amministrazione straordinaria) ed il terzo, quando la scelta della devoluzione della controversia ad un arbitro inglese è avvenuta successivamente all'apertura della procedura concorsuale, sulla base di una clausola arbitrale afferente ad un contratto di fornitura sottoscritto dai commissari straordinari.

Il comportamento dei commissari straordinari, volto ad invocare la competenza del tribunale fallimentare, risulta contrario ai doveri di correttezza e buona fede e rivela il tentativo di sottrarsi strumentalmente agli obblighi da loro stessi contrattualmente assunti con la clausola arbitrale.

(Omissis). 2.1. Con atto di citazione ex art. 840 c.p.c, notificato in data 23/12/2022, (...) S.p.A. in Amministrazione Straordinaria conveniva in giudizio (...) SA, opponendo il decreto presidenziale di efficacia dei lodi e sostenendo, a supporto dell'opposizione proposta, che la controversia decisa dai lodi non poteva essere oggetto di compromesso secondo la legge Italiana; ne chiedeva, pertanto, l'annullamento e/o la revoca, con vittoria di compensi e spese. L'Opponente, inoltre, nel rilevare che il decreto opposto non aveva statuito in ordine all'esecutorietà delle pronunce arbitrali, pure domandata da (...), muoveva espressa contestazione anticipata e in via preliminare a richieste di concessione di esecutorietà (anche soltanto provvisoria) che eventualmente fossero state formulate da quest'ultima nel corso del procedimento di opposizione. (Omissis).

MOTIVI DELLA DECISIONE

3. Con unico motivo di opposizione, l'Opponente deduce incompromettibilità della controversia secondo la legge italiana, richiamando l'art. 840, comma 5, n. 1), c.p.c..

3.1. Il motivo è infondato.

3.1.1. L'Opponente, intendendo provare, ai sensi della disposizione del codice di rito da ultimo richiamata che la controversia decisa dai tre distinti lodi inglesi non poteva essere oggetto di compromesso secondo la legge italiana, sottolinea che (...) S.p.A. era (e tuttora è) sottoposta a procedura di amministrazione straordinaria ai sensi della L. 18 febbraio 2004, n. 39 e che, secondo quanto disposto dall'art. 13, D. Lgs. 8 luglio 1999, n. 270 (avente contenuto analogo all'art. 13 L. Fall.), sarebbe esclusivamente il tribunale che ha dichiarato lo stato di insolvenza e, nella fattispecie, il Tribunale di Milano, in virtù della *vis attractiva* di natura funzionale e inderogabile, competente a conoscere e giudicare in ordine alla controversia insorta tra (...) e (...) e rimessa, invece, a procedimento arbitrale estero.

Sostiene l'Opponente, infatti, che tale controversia, in quanto inerente all'accertamento di crediti vantanti da Trasteel verso l'amministrazione straordinaria, afferisca alla dichiarazione di insolvenza e che, pertanto, il Foro funzionale inderogabile individuato dal citato art. 13 D. Lgs. n. 270/1999 imponga l'incompromettibilità della medesima vertenza alla cognizione arbitrale, stante l'apertura della procedura concorsuale a cui ILVA è sottoposta, per esigenze di tutela della par condicio creditorum.

3.1.2. Occorre, innanzitutto, rilevare che non sussiste un'incompatibilità ontologica tra fallimento (e procedure concorsuali in genere) e arbitrato: si noti, ad esempio, come il curatore abbia facoltà di concludere compromessi (art. 35 L. Fall.) o di formulare al giudice delegato la proposta di nomina di arbitri (art. 25 L. Fall.) e tali disposizioni, giova precisare, si rendono applicabili anche al procedimento di amministrazione straordinaria, giusto richiamo compiuto dall'art. 19 D. Lgs. 270/1999.

Tale compatibilità è stata avvalorata, a più riprese, anche dalla più recente giurisprudenza di legittimità¹, che, muovendo dagli artt. 72 e 83-bis L. Fall., ha ritenuto che, in ipotesi di subentro, da parte del curatore, nel contratto contenente clausola compromissoria, la stessa conserva piena efficacia anche nei confronti del curatore subentrato, in virtù della biunivocità del legame contratto-clausola, osservando che, diversamente, si consentirebbe al curatore di sciogliersi da singole clausole del contratto di cui chiede l'adempimento.

Occorre anche tenere presente che, nel caso in esame, la scelta di devoluzione della controversia all'arbitro inglese è avvenuta successivamente all'apertura della procedura di amministrazione straordinaria (21 gennaio 2015), in quanto il contratto di compravendita intercorrente tra le parti, contenente la relativa clausola, ivi *sub* art. 15, risulta sottoscritto dalla Amministrazione Straordinaria in data 19 marzo 2018.

Non si vede, dunque, perché il curatore, con la scelta di subentrare in un contratto soggetto a clausola compromissoria, debba essere onerato al rispetto di

¹ Cass., Sez. Un., 26 maggio 2015, n. 10800; Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2023, n. 5694.

quest'ultima, al pari di ogni altra clausola del medesimo contratto, e non debba invece esserlo l'amministrazione straordinaria, in ipotesi di sottoscrizione *ex novo* di un contratto siffatto. Una simile soluzione appare quantomeno irrazionale, quando non contraria ai doveri di correttezza e buona fede e non può certamente essere invocata da parte dell'Opponente per sottrarsi, strumentalmente, agli obblighi da sé medesima contrattualmente assunti.

Né può sostenersi che tale soluzione venga a pregiudicare il principio della *par condicio* che caratterizza le procedure concorsuali, trattandosi qui di pronuncia che potrà essere fatta valere nei confronti della procedura soltanto nel rispetto del principio da ultimo richiamato.

Si noti, inoltre, che l'accertamento extra-fallimentare del credito risulta ulteriormente avvalorato, avendo avuto la Suprema Corte² occasione di chiarire che la procedura di verifica del passivo prevista dalla legge fallimentare trova significative eccezioni. Tra esse, oltretutto, figura la sentenza straniera che accerta un credito al di fuori del procedimento di cui agli artt. 93 ss. L. Fall., sentenza che ben potrà essere oggetto di riconoscimento interno, non sussistendo alcun principio di ordine pubblico, interno o di derivazione eurounionale, ostativo a tale esito.

Di qui il rigetto dell'opposizione. (*Omissis*).

LODO ARBITRALE STRANIERO DI ACCERTAMENTO DEL CREDITO CONCORSUALE ED ESCLUSIONE DELLA *VIS ATTRACTIVA* FALLIMENTARE

BRUNO INZITARI

*Professore ordinario f.r.
nell'Università di Milano-Bicocca*

1. – Da tempo ormai, è stata abbandonata la convinzione che sussista un'incompatibilità di fondo tra arbitrato e fallimento.

Gli artt. 35 e 25 l. fall. (applicabili anche al procedimento di amministrazione straordinaria, stante il richiamo operato dall'art. 19 d.lgs. 270/1999), rispettivamente, legittimano il curatore a concludere compromessi e gli consentono di formulare al giudice delegato la proposta di nomina degli arbitri.

Tali disposizioni, oltre a mostrare spazi di convivenza fra arbitrato e procedure concorsuali, sanciscono in modo inequivocabile l'ammissibilità di un giudizio arbitrale allorché la relativa convenzione sia stata conclusa proprio dal curatore/commissario dopo la dichiarazione di fallimento, ovvero dopo l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria.

² Cass., 15 aprile 2019, n. 10540.

Invero, non vi sarebbe ragione per la legge di offrire ai curatori/commissari la facoltà di stipulare essi stessi convenzioni d'arbitrato per poi negare a tali convenzioni il dispiegamento dei loro effetti nei confronti dei contraenti (inclusa la stessa procedura). Nel caso oggetto del giudizio della Corte d'appello di Milano, gli stessi Commissari avevano prestato il consenso alla sottoscrizione della clausola compromissoria, e quindi il consenso a demandare ad arbitri stranieri il rapporto sostanziale sorto dopo l'apertura della procedura, ai sensi dell'art. 35 l. fall.. Conseguentemente la pretesa dell'Amministrazione straordinaria volta a far valere l'inoperatività della convenzione arbitrale, è apparso alla Corte comportamento adottato in violazione del divieto di operare contra *factum proprium*, e dei doveri di buona fede e correttezza contrattuale ai sensi degli artt. 1175, 1375 c.c.

2. – La compatibilità fra arbitrato e procedure concorsuali, d'altra parte, risulta possibile non solo nell'ipotesi in cui la scelta di stipulare una convenzione arbitrale sia stata espressa direttamente dagli organi della procedura, ma anche laddove la clausola sia stata sottoscritta dal debitore *in bonis* poi fallito, ed il curatore/commissario decida di optare per il subentro nel relativo contratto ai sensi degli artt. 72 ed 83-bis l. fall.

In tali casi, come ha ricordato la Suprema Corte in plurime occasioni: «[...] la clausola compromissoria, [...] conserv[a] piena efficacia anche nei confronti del curatore: diversamente opinando, infatti, si consentirebbe al curatore di sciogliersi da singole clausole del contratto di cui pure chiede l'adempimento»³. Principio, quest'ultimo, confermato da ultimo dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁴ la quale si è espressa in termini di "biunivocità del legame contratto-clausola" nei rapporti in cui il curatore decide di accedere.

Se il curatore che subentra in un contratto non può sottrarsi agli effetti della clausola compromissoria sottoscritta dal fallito ante procedura, la stessa regola deve valere anche per il Commissario dell'Amministrazione Straordinaria che ha espresso in costanza di procedura la volontà di deferire le eventuali controversie in arbitri.

Con specifico riguardo alla disciplina dell'amministrazione straordinaria, inoltre, il *favor* espresso dal legislatore rispetto alla compatibilità con l'arbitrato è ancora più evidente quando si considera che, rispetto ai commissari straordinari, viene meno anche la necessità di

³ Cass., sez. un., 26 maggio 2015, n. 10800.

⁴ Cass., sez. un., 23 febbraio 2023, n. 5694.

autorizzazione del comitato dei creditori per la stipulazione di convenzioni arbitrali, prevista invece per il curatore.

Come noto, infatti, secondo la disciplina del d.lgs. 270/1999 il Commissario può compiere senza autorizzazione tutti gli atti che non sono indicati dall'art. 42 d.lgs. 270/1999, e dunque anche le convenzioni arbitrali, non ricomprese nell'elenco.

3. – Neppure i principi della competenza funzionale del giudice fallimentare *ex* art. 24 l. fall. e dell'esclusività delle forme di accertamento dello stato passivo *ex* art. 52 e 93 ss. l. fall. possono costituire un valido motivo per escludere l'operatività della clausola arbitrale. Infatti, la citate regole non rappresentano un principio irrinunciabile del nostro ordinamento, che, invece, ne ammette alcune deroghe, come, peraltro, espressamente si evince dalla presenza della clausola salvatoria nell'art. 52 l. fall., nonché dal consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui «la procedura di verifica del passivo prevista dalla l. fall., art. 93 e ss., trova [...] significative eccezioni»⁵.

Ebbene, fra le varie eccezioni ammesse a tali regole, quella di maggior rilievo è quella in cui la cognizione sull'esistenza e la misura del credito vantato nei confronti del debitore soggetto a procedura concorsuale spetti all'autorità giurisdizionale straniera, europea ed extraeuropea, nonché a quella arbitrale straniera.

La pronuncia di Cass., 15 aprile 2019, n. 10540 ha enunciato principi e le regole di coordinamento tra la giurisdizione statale e arbitrale straniera e quella spettante al giudice fallimentare. In particolare, la Suprema Corte ha affermato che: 1) il procedimento di accertamento del passivo non è l'unica modalità consentita per accertare ragioni di credito ammesse ad una procedura concorsuale: sotto questo aspetto, quindi, le norme interne di diritto concorsuale non costituiscono espressione di un principio di ordine pubblico, (concetto, quest'ultimo, richiamato dal recentissimo intervento delle Sezioni Unite del 23 febbraio 2023, n. 5694); 2) di conseguenza, la sentenza straniera che accerta un credito al di fuori del procedimento *ex* art. 93 ss. l. fall. può essere oggetto di riconoscimento in Italia, non essendo la pronuncia contraria né alla disciplina nazionale, né alla disciplina europea; 3) si deve distinguere tra l'accertamento sull'esistenza e l'ammontare del

⁵ Cass., 15 aprile 2019, n. 10540, emessa nel c.d. "caso Parmalat" e pubblicata in questa *Rivista*, 2019, 473, con nota di R. MURONI, *Nel caso Parmalat-Citibank la Cassazione ridimensiona la vis attrattiva del tribunale fallimentare italiano nell'accertamento di crediti concorsuali soggetti a giurisdizione straniera*.

credito, che è preliminare e può avvenire attraverso una pronuncia straniera, e l'ammissibilità o meno di quel credito al passivo, che invece attiene alla sua concorsualità (c.d. concorso formale). Solo questo secondo aspetto è inderogabilmente affidato al giudice del fallimento: la decisione del giudice straniero che accerta l'*an* e il *quantum*, quindi, «non incide sul concorso dei creditori [...] proprio perché l'accertamento del credito fuori dal fallimento non esclude la necessità dell'insinuazione al passivo, che è l'unica via per partecipare al riparto».

La stessa visione è condivisa dalla dottrina straniera, a parere della quale, la *vis attractiva* del foro fallimentare ha una portata molto limitata, che si estende solo alle azioni direttamente connesse ai procedimenti di insolvenza (i.e. dichiarazione di insolvenza/fallimento, impugnazioni di tali provvedimenti, verifica del passivo ecc.), mentre per le azioni che si basano su questioni di diritto contrattuale (ad es., azioni di risoluzione, inadempimento, nullità ecc.), valgono i principi espressi dal Regolamento UE n. 1215/2012, c.d. Bruxelles I-bis, che invece riserva tali azioni al giudice ordinario, secondo le regole degli stati membri. Tale autonomia poi, in particolare, viene riconosciuta in parallelo per la cognizione riservata agli arbitrati esteri, rispetto ai quali la giurisdizione degli arbitri si misura sulla Convenzione di New York del 1958, senza che rilevi la *lex concursus* in ordine agli effetti dell'apertura sull'efficacia dell'accordo arbitrale.

Secondo l'ordinamento italiano, il principio del concorso formale e quello della *par condicio creditorum* non precludono il riconoscimento della decisione straniera. Il procedimento ex art. 93 ss. l. fall. conosce significative eccezioni ed inoltre sussiste una differenza tra l'accertamento dell'esistenza e della misura del credito, e la verifica del passivo, rilevante ai fini del riparto; infine i principi del Caso Parmalat, enunciati con riferimento alle sentenze straniere, possono applicarsi anche ai lodi stranieri, stante la parificazione degli effetti di cui all'art. 824-bis c.p.c..

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, va rilevato che l'art. 824-bis c.p.c., introdotto con d.lgs. 40/2006, ha sancito la piena equiparazione della pronuncia resa nel giudizio di arbitrato rituale (come quello celebrato presso il Tribunale della LCIA) con la pronuncia resa da parte del giudice statale: l'attività di cognizione compiuta dal Collegio arbitrale, infatti, ha natura giurisdizionale al pari di quella svolta dal giudice ordinario.

In conclusione, l'art. 52 l. fall., sotto il profilo della *vis attractiva*, pone una questione relativa al rito applicabile per l'accertamento dei crediti verso il fallito, cui consegue un regime di rilevabilità nei limiti dell'onere di impugnazione da parte del soccombente se il giudice ha statuito sulla questione, pena la formazione dell'effetto preclusivo del giudicato interno.

L'eventuale accertamento di un credito verso il fallito svolto dal giudice in sede ordinaria in violazione dell'art. 52 l. fall., consiste in un errore di natura procedimentale, la cui violazione determina una nullità che deve essere dedotta come motivo di impugnazione del provvedimento, stante la regola di cui all'art. 161 c.p.c. In mancanza, la questione passa in giudicato interno, con conseguente limite di riesaminabilità in sede di impugnazione.

Tale principio è stato enunciato tanto nei rapporti tra giudice ordinario e giudice fallimentare, quanto nei rapporti tra giudice straniero o arbitro (sia interno che straniero) e giudice fallimentare.

Con riguardo al primo caso, la giurisprudenza afferma che, anche se la violazione della regola della competenza esclusiva del giudice fallimentare ai sensi degli artt. 52 e 93 l. fall. è rilevabile d'ufficio, occorre sempre coordinare tale rilevanza con il potere di impugnazione delle parti e con la regola di conversione delle nullità nei motivi di gravame: «di talché l'eventuale nullità derivante dal detto vizio procedimentale non dedotta come mezzo di gravame avverso la sentenza resta coperta dall'intervenuto giudicato interno, con conseguente preclusione tanto della deduzione del vizio nei successivi gradi di giudizio, quanto della suddetta rilevanza d'ufficio»⁶.

Lo stesso vale per le pronunce straniere, in base a quanto affermato dalla Corte di Cassazione:

- nel caso Parmalat: «[...] l'esclusività della procedura di cui alla l. fall., art. 93 ss., si risolve in una questione di rito [...], la cui violazione può essere fatta valere in giudizio, ma è soggetta ai limiti del giudicato interno, secondo l'orientamento di cui si è sopra dato conto»⁷;

- nel precedente caso Valtur c. Nesco, dove si trattava proprio di un arbitrato estero, e dove la Corte ha dichiarato inammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione, in quanto: «[...] la questione posta dalla ricorrente non rientra, *stricto sensu*, tra quelle "di giurisdizione" proponibili con regolamento *ex art. 41 c.p.c.* Se la controricorrente Valtur, pur non negando che, nel contratto stipulato tra le parti, fosse stata inserita una clausola compromissoria per arbitrato [...], ha poi sostenuto che, in seguito alla sua [...] dichiarazione d'insolvenza, il procedimento arbitrale instaurato dalla Nesco si sarebbe interrotto e, comunque, avrebbe dovuto considerarsi definitivamente improcedibile [...], tale conclusione, al di là della sua condivisibilità, non impinge direttamente e immediatamente in una *quaestio*

⁶ Così, fra le molte, Cass., 9 settembre 2022, n. 26683.

⁷ Cass., 15 aprile 2019, n. 10540, cit., e i precedenti conformi *ivi* richiamati: Cass., 21 dicembre 2015, n. 25674; Cass., 18 aprile 2014, n. 9030.

iurisdictionis, ma attiene più propriamente al merito della causa, al merito, cioè, dei rapporti tra procedura di ammissione del credito con riserva e procedimento arbitrale»⁸.

Principi, questi, che da ultimo sono stati confermati dalle Sezioni Unite, Cass., 23 febbraio 2023, n. 5694, le quali, nel richiamarsi al caso Parmalat e al caso Valtur c. Nesco, affermano che anche qualora si ponga una questione di operatività o meno di un accordo arbitrale interno per *vis attractiva* in favore del giudice fallimentare italiano ex art. 52 l. fall., non si pone un tema di competenza, ma di inammissibilità/improcedibilità delle domande di merito svolte innanzi al giudice arbitrale per sopravvenuto fallimento delle due parti.

Abstract

**FOREIGN ARBITRAL DECISION ASCERTAINING A BANKRUPTCY CLAIM
AND EXCLUSION OF BANKRUPTCY *VIS ATTRACTIVA***

Il lodo arbitrale straniero che accerta un credito al di fuori della procedura di cui agli artt. 93 e ss. della Legge Fallimentare può essere riconosciuto in Italia, ma occorre distinguere tra l'accertamento dell'esistenza e dell'ammontare del credito, che può essere accertato da una sentenza o da un lodo arbitrale straniero; ma ciò non esclude la necessità di insinuare il credito, che è l'unico modo per partecipare alla procedura ed al concorso fallimentare.

The foreign arbitral decision that establishes a claim outside the proceedings pursuant to articles 93 et seq. of the Bankruptcy Law may be recognised in Italy, but a distinction must be made between the establishment of the existence and the amount of the claim, which is provisional and can be established by a foreign judgment or arbitral decision; this does not exclude the need to lodge the claim, which is the only way to participate in the distribution.

⁸ Cass., 21 luglio 2015, n. 15200.