

Antonio Leandro

Circolazione ed estinzione dei crediti commerciali nei conflitti di legge dell'Unione europea

Il regolamento «Roma I»
tra mercato interno e mercati dei capitali



Giappichelli



INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. Il reg. «Roma I» dinanzi ai fenomeni negoziali di circolazione ed estinzione dei crediti. – 2. I problemi di coordinamento tra leggi che tali fenomeni sollevano. – 3. Circolazione dei crediti commerciali, movimenti di capitali e corretto funzionamento del mercato interno: il reg. «Roma I» nel prisma delle politiche volte a creare un’Unione dei mercati dei capitali. – 4. I “crediti commerciali” come oggetto di indagine. – 5. I concetti di “circolazione” ed “estinzione”. – 6. I vari quadri regolatori dei contratti commerciali internazionali. – 7. Le *lacune* del reg. «Roma I». – 8. Il coordinamento con il reg. 2015/848: smobilizzo dei crediti e conflitti di legge nelle procedure concorsuali transfrontaliere. – 9. Piano del lavoro.

1. Premessa. Il reg. «Roma I» dinanzi ai fenomeni negoziali di circolazione ed estinzione dei crediti

Circolazione ed estinzione dei crediti sono conseguenze di fatti o atti ai quali la legge che regola il contratto di trasferimento del credito e la legge che regola il credito trasferito ricollegano, rispettivamente, l’effetto circolatorio e l’effetto estintivo. Tali effetti possono essere disposti anche da clausole contrattuali.

Può darsi che i due effetti derivino da una operazione economica contraddistinta dall’estinzione oggettiva del credito (eliminazione *tout court* del credito) o da una *estinzione* soltanto soggettiva (modificazione del lato attivo del rapporto di credito).

Nei rapporti commerciali internazionali sottoposti al reg. «Roma I»¹, i

¹ Le obbligazioni rientrano nella «materia contrattuale» sottoposta al regolamento quando esse sono «assunte liberamente da una parte nei confronti dell’altra»: v. *ex multis* CGUE, 21 gennaio 2016, cause riunite C-359/14 e C-475/14, *ERGO Insurance c. «If P&C Insurance» e Gjensidige Baltic c. PZU Lietuva*, ECLI:EU:C:2016:40, punto 44. È noto che la nozione di «obbligazioni contrattuali», propria del regolamento, è delineata in coerenza e continuità con la corrispondente nozione accolta nel reg. «Bruxelles I-bis» – e suoi predecessori – e nel reg.

fatti o gli atti che estinguono i crediti come conseguenza dell'estinzione dell'obbligazione sono determinati dalla legge regolatrice del contratto o della specifica obbligazione. D'ora innanzi si userà l'espressione generica "*lex contractus*" ricordando che ciascuna obbligazione derivante dallo stesso contratto può avere una sua legge.

L'art. 12, par. 1, lett. *d*) richiama la *lex contractus* per disciplinare «i diversi modi di estinzione delle obbligazioni nonché le prescrizioni e le decadenze».

Fatti estintivi sono, ad esempio, la morte dell'obbligato (per le prestazioni infungibili), la riunione nella stessa persona della qualità di creditore o debitore (confusione), l'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore, l'inadempimento, le prescrizioni e le decadenze. Atti estintivi sono, ad esempio, la rescissione, l'adempimento, la novazione, la remissione del debito, l'accordo risolutivo del contratto, la compensazione volontaria, la surrogazione convenzionale.

In certi casi, l'art. 12 risolve alla radice i problemi di qualificazione che alcuni istituti sollevano nel diritto internazionale privato comune. Emblematico è il caso delle prescrizioni e delle decadenze, configurabili sia come istituti di diritto processuale collegati al diritto di azione, e, pertanto, rimessi alla *lex fori*, sia come fatti che incidono sul diritto soggettivo sostanziale e, pertanto, sottoposti alla rispettiva *lex contractus*².

«Roma II»: cfr. considerando 7 reg. «Roma I». Nel presente lavoro, rivolto essenzialmente al reg. «Roma I», non saranno trascurate le necessarie comparazioni con la conv. Roma, la quale – conviene ricordare – detta la legge applicabile in relazione a contratti conclusi fino al 16 dicembre 2009 (cfr. art. 28 reg. «Roma I»), a meno che le parti non vi abbiano apportato, di comune accordo, «una modifica di ampiezza tale da dover ritenere che sia stato concluso un nuovo contratto [...]» a decorrere dal 17 dicembre 2009 (CGUE, 18 ottobre 2016, causa C-135/15, *Nikiforidis*, ECLI:EU:C:2016:774, punto 39). Nel presente lavoro non si darà voce agli strumenti rispetto ai quali il reg. «Roma I» è cedevole ai sensi dell'art. 25, come, ad esempio, la convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955 sulla legge applicabile alle vendite internazionali di oggetti mobili corporali. Infine, vale la pena ricordare che la conv. Roma è ancora in vigore per quanto riguarda le «regioni ultraperiferiche» di cui all'art. 349 TFUE e la Danimarca. Tale Stato non ha partecipato all'adozione del regolamento, come accade, di regola, a ogni iniziativa dell'Unione nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile. Beninteso, un giudice danese dovrà applicare la convenzione, ma quelli appartenenti agli altri Stati membri applicheranno il regolamento in situazioni collegate con la Danimarca come conseguenza dell'art. 24 e, di fatto, del carattere universale del regolamento di cui all'art. 2, fermo restando quanto dispone l'art. 1, par. 4 allorché occorra preservare il funzionamento di alcune disposizioni del regolamento in *tutti* gli Stati membri.

² La *lex contractus* disciplina sia l'obbligo contrattuale sia la prescrizione dei correlati diritti: CGUE, 6 ottobre 2009, causa C-133/08, *ICF*, ECLI:EU:C:2009:617, punto 47.

In altri casi, negozi o atti che, secondo alcuni ordinamenti, determinano l'estinzione di un'obbligazione, sono qualificati da altri ordinamenti come *meri* negozi traslativi del credito.

L'oscillazione sul terreno della qualificazione è ridotta, se non azzerata, all'interno del reg. «Roma I» per effetto di disposizioni che, fornendo soluzioni uniformi ai conflitti di legge e al coordinamento tra rapporti sottoposti a leggi differenti, superano le diverse finalità accostabili ai singoli istituti nel diritto materiale dei vari Stati.

L'estinzione del credito può discendere, infine, da atti non contrattuali o da atti generalmente non sottoposti alla *lex contractus* (quale è la compensazione giudiziale, sottoposta, per la sua qualità di atto processuale, alla *lex fori*³).

2. I problemi di coordinamento tra leggi che tali fenomeni sollevano

Ora, gli atti negoziali produttivi di effetti traslativi e/o estintivi di un credito pongono peculiari problemi di individuazione della legge applicabile e di coordinamento tra le leggi individuate.

Se tali atti hanno natura contrattuale e sono regolati da una legge diversa da quella applicabile al credito, logicamente soltanto l'effetto estintivo sarà governato da quest'ultima. Il regolamento sottopone alla *lex contractus* la disciplina dei «modi» di estinzione dell'obbligazione, senza imporre (né presupporre) che la fonte dell'estinzione, da un lato, e l'obbligazione da estinguere, dall'altro, siano necessariamente sottoposte alla medesima legge.

Questa impostazione teorica trova conforto in disposizioni dedicate a «vicende creditorie» che estinguono (o modificano la titolarità di) obbligazioni sottoposte a leggi diverse tra loro, nonché diverse rispetto alla fonte dell'effetto estintivo/traslativo.

Si pensi alla cessione del credito: l'idoneità della cessione a modificare il lato attivo del rapporto da cui il credito sorge è un aspetto rimesso alla legge regolatrice del credito (argomentando *ex art. 12, lett. d*)), mentre il rapporto tra cedente e cessionario è sottoposto, ai sensi dell'art. 14, par. 1, alla legge che regola l'atto di cessione⁴.

³ Vedi *infra*, Cap. III, par. 9.

⁴ Vedi *infra*, Cap. I, parr. 2, 5 e 6.

Inoltre, la cessione potrebbe sostituire il pagamento ai fini della estinzione di un'obbligazione riveniente da un altro contratto (*datio in solutum*), così ponendosi un problema di coordinamento tra la legge della cessione, la legge dell'obbligazione da estinguere e la legge che regola il credito ceduto.

Il problema di coordinare più leggi è correlato al coinvolgimento di più rapporti nel fenomeno della cessione. E un analogo scenario si dischiude dinanzi ai fasci di rapporti riconducibili alla surrogazione (convenzionale – art. 14 – e legale – art. 15) e alle obbligazioni solidali (art. 16).

Finalità circolatorie ed estintive di crediti, con conseguenti problemi di coordinamento tra leggi regolatrici dei crediti e legge regolatrice dell'atto estintivo, caratterizzano altresì la compensazione dei crediti. In effetti, qualificando la compensazione legale come modo di estinzione dell'obbligazione, essa è disciplinata dalla legge che regola il credito oggetto di compensazione. Ciò può condurre a una sola legge se la compensazione riguarda crediti sottoposti alla medesima legge. Qualora, invece, i crediti siano regolati da leggi diverse, e supponendo che ciascuna *lex contractus* disciplini diversamente l'effetto estintivo del corrispondente credito, sarebbe inevitabile applicarle cumulativamente per stabilire se la compensazione (e la correlata estinzione dei crediti in gioco) sia valida ed efficace nel suo complesso⁵. Il cumulo delle leggi trova conforto nella giurisprudenza della Corte di giustizia⁶.

Il reg. «Roma I» ha adottato, tuttavia, una scelta diversa, sancendo nell'art. 17 che, «qualora il diritto di compensazione non sia stato convenuto dalle parti, la compensazione è regolata dalla legge applicabile al credito per il quale è fatto valere il diritto di compensazione».

Lo scenario muta in caso in caso di compensazione convenzionale (o volontaria): la disciplina complessiva del fenomeno subisce un frazionamento tra accordo di compensazione e crediti che ne sono oggetto. Ricordando, infatti, quanto detto in precedenza a proposito dei negozi estintivi, una sarà la legge regolatrice dell'accordo di compensazione, altra sarà quella che regolerà l'effetto estintivo del credito, a meno che le parti non convengano di sottoporre a una sola legge tanto l'accordo estintivo quanto gli effetti estintivi sui crediti⁷.

⁵ Vedi *infra*, Cap. III, par. 2.

⁶ CGUE, 10 luglio 2003, causa C-87/01 P, *Commissione delle Comunità europee c. Conseil des communes et régions d'Europe*, ECLI:EU:C:2003:400.

⁷ Vedi *infra*, Cap. III, par. 8.

3. Circolazione dei crediti commerciali, movimenti di capitali e corretto funzionamento del mercato interno: il reg. «Roma I» nel prisma delle politiche volte a creare un'Unione dei mercati dei capitali

Il credito assume anche le vesti di un *valore* suscettibile di scambio o di un *bene* trasferito a scopo di garanzia in cambio di un prestito o altro vantaggio economico. Di conseguenza, i negozi traslativi ed estintivi dei crediti paiono *prima facie* funzionali alla circolazione di ricchezza e capitali.

La cessione dei crediti rappresenta, ad esempio, un mezzo che le imprese utilizzano per ottenere liquidità e accedere al credito. Banche e imprese vi ricorrono per destinare al meglio il proprio capitale, assumendo varie vesti nel rapporto di cessione o all'interno di operazioni economiche più complesse come il *factoring* o la cartolarizzazione.

Dal canto loro, fenomeni estintivi, come la compensazione o la surrogazione a seguito di pagamento, agevolano lo smobilizzo di crediti già solo dai bilanci delle parti coinvolte, le quali così potranno accedere ad altro credito o a un credito ristrutturato, ovvero cedere le posizioni di regresso per acquisire capitale.

Assumendo una prospettiva di circolazione della ricchezza, non sorprende che la concessione, il trasferimento e l'estinzione dei crediti siano sull'agenda delle politiche volte a istituire un'Unione dei mercati dei capitali.

E non si tratta di una novità. Già la direttiva 88/361/CEE⁸ e la giurisprudenza della Corte di giustizia⁹ hanno delineato un concetto di *circolazione dei capitali* che include i «crediti relativi ad operazioni commerciali o a prestazioni di servizi», nonché «prestiti e crediti finanziari»¹⁰ e, più in

⁸ Direttiva del Consiglio del 24 giugno 1988 per l'attuazione dell'art. 67 del Trattato (88/361/CEE), *GUCE* L 178 dell'8 luglio 1988, 5 ss. Si veda in particolare l'allegato I intitolato «Nomenclatura dei movimenti di capitali di cui all'art. 1 della direttiva».

⁹ CGUE, 3 ottobre 2006, causa C-452/04, *Fidium Finanz AG*, ECLI:EU:C:2006:631, punto 41 ss.

¹⁰ Cfr. direttiva 88/361/CEE, allegato I, parr. VII e VIII, e le relative note esplicative, che narrano di *crediti commerciali* quali «crediti derivanti dai contratti commerciali (anticipi o pagamenti scaglionati per lavori in corso o da eseguire e dilazioni di pagamento, accompagnati o no dalla sottoscrizione di effetti commerciali) nonché il loro finanziamento con crediti concessi da enti creditizi». La categoria comprende anche le operazioni di *factoring*. Per *prestiti e crediti finanziari* si intendono «i finanziamenti di qualsiasi tipo concessi da istituti finanziari, compresi quelli relativi a operazioni commerciali o a prestazioni di servizi alle

generale, il frutto delle operazioni economiche che creano diritti individuali su crediti.

La disciplina del reg. «Roma I» in materia di circolazione dei crediti appare dunque ben integrata tra gli strumenti rivolti al corretto funzionamento del mercato unico dei capitali. Il regolamento opera, infatti, nella duplice direzione di abbattere gli ostacoli alla circolazione dei crediti rivenienti dalla diversità delle normative conflittuali e di stabilire regole certe e prevedibili per le relazioni commerciali transfrontaliere¹¹. In altre parole, sebbene il reg. «Roma I» sia principalmente destinato a risolvere i conflitti di legge innescati dai «fenomeni di mobilità» del credito¹², esso serve anche a disciplinare i particolari flussi di ricchezza innescati dalla circolazione internazionale dei crediti.

Non v'è dubbio che il reg. «Roma I» poggia su basi giuridiche diverse da quelle proprie delle misure dell'UE strumentali alla *circolazione dei capitali*, essendo un atto riconducibile alla politica di conservazione e sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia nello specifico settore della cooperazione giudiziaria in materia civile. Senonché, il reg. «Roma I» è stato adottato a garanzia del corretto funzionamento del mercato interno, risultando così strumentale ai suoi molteplici profili, inclusa, appunto, la libera circolazione dei capitali. Per gli aspetti che ci interessano, il regolamento serve, dunque, a rimuovere ostacoli e frontiere tra gli Stati membri in conformità all'art. 63TFUE.

Tutto ciò è apprezzabile in una dimensione sia *intra* che *extra* unionale, tenendo conto, in generale, delle politiche di attrazione degli investimenti provenienti da Stati terzi¹³ e, in particolare, del fatto che il reg. «Roma I» ha

quali non partecipa alcun residente», nonché «i prestiti ipotecari, i crediti al consumo, il leasing finanziario nonché le linee di credito di sostituzione e altre facilitazioni di emissione di effetti».

¹¹ In parallelo si pone l'esigenza di offrire ai creditori un quadro di certezza giuridica contro i ritardi di pagamento. V. la direttiva 2011/7/UE del 16 febbraio 2011, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (rifusione), in *GUUE*, L 48 del 23 febbraio 2011, 1 ss., attuata in Italia con d.lgs. 9 novembre 2012, n. 192. Tale esigenza è indirettamente realizzata migliorando il quadro giuridico degli strumenti di circolazione ed estinzione dei crediti quando essi operano come mezzi di soddisfazione del credito: v. Commissione Europea, *Study on Supply Chain Finance. Final Report*, gennaio 2020, par. 4.

¹² L'espressione virgolettata è di P. FRANZINA, *Introduzione al diritto internazionale privato*, II ed., Giappichelli, Torino, 2023, 14.

¹³ Cfr. la comunicazione della Commissione europea, *Accogliere con favore gli investimenti esteri diretti tutelando nel contempo gli interessi fondamentali*, COM(2017) 494 def., del 13 settembre 2017.

applicazione universale. Il quadro normativo che esso predispone copre, infatti, anche operazioni commerciali di circolazione dei crediti collegate con Stati terzi e/o effettuate da soggetti aventi residenza abituale in Stati terzi¹⁴.

Il libro verde e il piano di azione adottati dalla Commissione europea nel 2015 per la creazione dell'Unione dei mercati dei capitali confortano quanto detto finora¹⁵. Il piano è stato revisionato nel 2017¹⁶ e nel 2020¹⁷. Tra gli obiettivi primari spicca la predisposizione di strumenti che garantiscano certezza sia alle operazioni transfrontaliere su crediti, con particolare riguardo all'ordine di priorità (e opponibilità) dei diritti risultanti dalle operazioni di trasferimento dei crediti. Si tratta di misure di sostegno all'integrazione dei mercati, all'attrazione di investimenti internazionali e all'accesso delle imprese al credito¹⁸.

Al fine di creare uno sfondo di certezza dei quadri regolatori delle opera-

¹⁴L'art. 19 fornisce una definizione uniforme di residenza abituale al fine di agevolare il funzionamento chiaro e armonioso dei criteri di collegamento utilizzati in mancanza di scelta di legge (considerando 39). La residenza abituale in caso di società, associazioni e persone giuridiche è il «luogo in cui si trova la loro amministrazione centrale», mentre, in caso di persone fisiche che operano nell'esercizio di un'attività professionale, è la «sede di attività principale». Negli altri casi, che essenzialmente corrispondono a contratti in cui una parte opera per scopi estranei all'attività professionale, la residenza abituale è agganciata alle circostanze del caso. La residenza abituale può mutare e, pertanto, innescare «conflitti mobili» nella determinazione della legge applicabile. Al fine di contenere l'incertezza che ne potrebbe derivare, l'art. 19, par. 3 impone di accertare la residenza abituale al momento della conclusione del contratto. Con riguardo a contratti conclusi da filiali, agenzie o qualunque altra sede di attività, o qualora la prestazione debba essere fornita, in base al contratto, da una di queste articolazioni, l'art. 19, par 2 identifica la residenza abituale nel «luogo in cui è ubicata la filiale, l'agenzia o altra sede di attività».

¹⁵Cfr. *Libro verde – Costruire un'Unione dei mercati dei capitali*, COM(2015) 63 def., del 18 febbraio 2015, e la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Piano di azione per la creazione dell'Unione dei mercati dei capitali* (COM(2015) 468 def., del 30 settembre 2015).

¹⁶Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sulla *Revisione intermedia del piano di azione per la creazione dell'Unione dei mercati dei capitali* (COM(2017) 292 def., dell'8 giugno 2017).

¹⁷Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un'Unione dei mercati dei capitali per le persone e le imprese: un nuovo piano di azione* (COM(2020) 590 def., del 24 settembre 2020).

¹⁸*Piano di azione per la creazione dell'Unione dei mercati dei capitali*, cit., punto 6.1, con particolare riferimento alle operazioni di cartolarizzazione dei crediti.

zioni sui crediti, l'Unione sta lavorando, in particolare, sull'adozione di un regolamento sulla legge applicabile alla opponibilità ai terzi della cessione dei crediti¹⁹. L'obiettivo – comune a tutti gli strumenti che risolvono i conflitti di legge a livello unionale – è di rimuovere gli ostacoli alla certezza giuridica che derivano dalle divergenze tra le normative conflittuali degli Stati membri. In particolare – si vedrà –²⁰, lo strumento vorrebbe creare un ambiente normativo affidabile e prevedibile da quanti intendano *acquistare* il credito e farne uso in successive operazioni, tutte idealmente protese alla circolazione del *capitale* nel mercato europeo²¹.

Va da sé che l'esigenza di forgiare ambienti normativi chiari e prevedibili caratterizza il mercato globale dei capitali e, dunque, le operazioni su crediti concepite e realizzate su scala mondiale. Questa esigenza è al centro delle politiche di altri organismi internazionali, quali l'UNCITRAL, nei lavori protesi allo sviluppo del commercio internazionale²², e l'UNIDROIT, nel cui ambito è stata adottata, ad esempio, la conv. UNIDROIT sul *factoring*²³ e la l. modello sul *factoring*²⁴. La condivisione degli intenti spesso sfocia

¹⁹ Sugli obiettivi dell'iniziativa legislativa v. la proposta della Commissione di regolamento sulla legge applicabile alla opponibilità ai terzi della cessione dei crediti (COM (2018) 96 def., del 12 marzo 2018).

²⁰ *Infra*, Cap. I, par. 12 ss.

²¹ Il piano di azione del 2020 non smentisce questa *policy*, pur valorizzando azioni più generali sullo sfondo della crisi sanitaria determinata dalla pandemia di Covid-19 e nella prospettiva di un rilancio *green* e *digital* dell'economia europea volto a rendere competitiva l'Unione europea sullo scenario internazionale: *Unione dei mercati dei capitali per le persone e le imprese: nuovo piano di azione*, cit., punto 4.

²² Vedi, in particolare, la *Model Law on Secured Transactions* (ris. 71/136 dell'Assemblea generale del 13 dicembre 2016, la quale enfatizza la finalità più generale di «promote economic growth, sustainable development, the rule of law and financial inclusion, as well as assist in combating poverty») e la conv. UNCITRAL sulla cessione, per la quale «the adoption of a convention on the assignment of receivables in international trade will enhance transparency, contribute to overcoming the problems of uncertainties in this field and promote the availability of capital and credit at more affordable rates». Pur non essendo in vigore (ad oggi è stata firmata da Lussemburgo, Madagascar e Stati Uniti, ma ratificata soltanto dalla Liberia e dagli Stati Uniti), la convenzione costituirà un utile termine di comparazione nell'analisi della disciplina del reg. «Roma I» dedicata alla cessione del credito e nella ricerca delle soluzioni al problema della legge applicabile all'opponibilità della cessione nei confronti dei terzi. Vedi *infra*, Cap. I, par. 10.

²³ La convenzione è attualmente in vigore tra Belgio, Francia, Germania, Italia, Lettonia, Nigeria, Russia, Ucraina e Ungheria: dati e aggiornamenti sul sito www.unidroit.org.

²⁴ La legge modello è stata approvata nel maggio 2023. Essa offrirà agli Stati aderenti uno schema legislativo utilizzabile sia per il *factoring* internazionale che per quello interno.

nella contaminazione normativa. Già solo questo spiega perché i lavori dell'UNCITRAL e dell'UNIDROIT saranno presi in considerazione nella presente indagine.

4. I “crediti commerciali” come oggetto di indagine

I crediti ai quali è dedicato questo lavoro nascono da rapporti commerciali internazionali, nei quali i contraenti sono posti su un piano di parità sotto il profilo del *potere contrattuale*. In altre parole, si tratta di *B2B claims* e, per ragioni di brevità, ma *atecnicamente*, si è scelto di usare con riferimento ad essi l'espressione “crediti commerciali”.

Restano estranei, dunque, i crediti per i quali il reg. «Roma I» detta regole ispirate alla protezione della parte debole, sebbene alcune soluzioni prese qui in analisi siano talvolta applicabili anche alle loro vicende circolatorie e/o estintive.

Il credito commerciale certamente non assorbe la nozione di credito al quale si rivolge sia la realtà del commercio internazionale sia l'azione dell'Unione per la semplificazione della circolazione dei capitali. Il credito commerciale vi rientra²⁵.

Il concetto di *credito* può includere tutte le fattispecie che genericamente esprimono la *titolarità di una prestazione a favore del creditore* (ossia l'esecuzione di un obbligo di natura pecuniaria e non pecuniaria da parte del debitore)²⁶. La nostra indagine verte essenzialmente su crediti di natura pecuniaria, alla cui circolazione è fisiologicamente accostato un movimento di capitali e di ricchezza. Del pari inclusi sono i «crediti finanziari», intesi co-

Nel presente lavoro saranno considerati i profili di diritto internazionale privato, ai quali la legge modello dedica l'intero capitolo VIII. V. <https://www.unidroit.org/work-in-progress/factoring-model-law>.

²⁵ Per intenderci, la nozione di credito commerciale non si *appiattisce* su quella di crediti da pagamenti derivanti da transazioni commerciali come intese nella direttiva 2011/7/UE, ossia le «transazioni tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni che comportano la fornitura di merci o la prestazione di servizi dietro pagamento di un corrispettivo» (art. 2, n. 1).

²⁶ Nel senso che l'art. 14 reg. «Roma I» si rivolga anche a prestazioni di natura non pecuniaria v. in particolare F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Assignment of Claims in the Rome I Regulation: Article 14*, in F. FERRARI-S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, München, 2009, 222.

me crediti derivanti da strumenti finanziari, e il «contante accreditato su conti correnti bancari», inteso come credito che il correntista ha nei confronti della banca e può immettere nei circuiti di circolazione dei capitali²⁷.

5. I concetti di “circolazione” ed “estinzione”

La nozione di circolazione del credito è a sua volta molto ampia. Si pensi alla cessione dei crediti: il reg. «Roma I» la identifica come «trasferimento definitivo di crediti», o «trasferimento di crediti a titolo di garanzia», o come «impegno e altro diritto di garanzia sui crediti» (art. 14, par. 3). Una nozione così estesa risponde alle principali finalità (alienazione di un *bene* o costituzione di una garanzia) che l'istituto della cessione dei crediti esprime nel diritto materiale²⁸. Peraltro, queste finalità trovano una sponda nel concetto di “diritto sul credito” desumibile da altri regolamenti che l'Unione ha adottato nel settore della cooperazione giudiziaria civile²⁹.

In questa sede non saranno considerate la circolazione e l'estinzione dei crediti derivanti da operazioni su cambiali, assegni, vaglia cambiari e altri strumenti negoziabili perché i rapporti che vi fanno capo – unitamente alle relative obbligazioni – soggiacciono a sistemi di trasferimento *cartolare* estranei al reg. «Roma I» (art. 1, par. 2, lett. *d*). In altre parole, l'attenzione sarà rivolta ai conflitti di legge e ai problemi di coordinamento tra leggi generati da una circolazione *non cartolare* del credito³⁰.

²⁷ Il credito da conto corrente differisce dal credito vantato nei confronti della banca in base al saldo attivo di un finanziamento non utilizzato. Naturalmente, anche il credito da saldo attivo può essere messo in circolazione.

²⁸ Giova ricordare che il trasferimento del credito può avere anche funzione satisfattiva: si pensi alla già menzionata *datio in solutum*, ossia alla cessione del credito in luogo del pagamento.

²⁹ Vedi, ad esempio, il «diritto... di recuperare il credito, in particolare in seguito alla costituzione di un pegno o alla cessione di tale credito a titolo di garanzia» previsto dall'art. 8 del reg. 2015/848: *infra*, cap. I, par. 19.

³⁰ Per la stessa ragione si è ritenuto di estromettere dall'analisi i conflitti di legge determinati dal *forfaiting* tenendo conto che questa operazione di *supply chain finance* di norma fa leva sul trasferimento *pro soluto* di titoli di credito (all'esportazione) a fronte di uno sconto (*à forfait*) sul valore del credito cartolare. L'istituto è generalmente assimilato a una compravendita di crediti cartolari.

Ragioni affini inducono a occuparsi di crediti derivanti dagli strumenti finanziari – come definiti dalla dir. MiFID II³¹ – soltanto qualora la circolazione e l'estinzione non avvengano attraverso operazioni di trasferimento che abbiano ad oggetto lo strumento finanziario incorporante³², ovvero non riguardino la circolazione di particolari strumenti finanziari come valori mobiliari, strumenti del mercato monetario o quote di un organismo di investimento collettivo.

Lo stesso è a dirsi per i crediti derivanti da cripto-attività: l'attenzione potrà rivolgersi a fenomeni di circolazione ed estinzione che riguardano il credito, ma non la cripto-attività che sia in sé oggetto di scambio³³.

Talune vicende circolatorie affrontate dal reg. «Roma I» possono invece riguardare crediti di natura extra-contrattuale. Si noterà, inoltre, che, nell'ambito della cessione contrattuale di crediti non contrattuali, della compensazione come modo di estinzione del credito, della surrogazione legale (stabilita dalla *lex contractus*) e della responsabilità solidale derivante da obbligazioni non contrattuali, il reg. «Roma I» e il reg. «Roma II» disegnano un mini-sistema quasi organico composto da regole conflittuali e tecniche comuni o altamente integrate.

Pertanto, alcune delle successive riflessioni potranno valere anche per i crediti nascenti da rapporti extra-contrattuali, sebbene l'indagine si concentrerà soltanto su crediti sorti da contratti commerciali.

³¹ La direttiva predispose un elenco di strumenti finanziari nella sezione C dell'allegato I.

³² Sulla normativa di diritto internazionale privato relativa al trasferimento di strumenti finanziari in forma scritturale v. gli atti indicati nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni *sulla legge applicabile agli effetti patrimoniali delle operazioni su titoli* (COM (2018) 89 def., del 12 marzo 2018).

³³ L'Unione ha adottato il regolamento (UE) 2023/1114 del 31 maggio 2023 relativo ai mercati delle cripto-attività, in *GUUE*, L 150 del 9 giugno 2023, 40. Per cripto-attività si intende «una rappresentazione digitale di un valore o di un diritto che può essere trasferito e memorizzato elettronicamente, utilizzando la tecnologia a registro distribuito o una tecnologia analogica» (art. 3, par. 1, n. 5). Si tenga presente che il regolamento rispetta il principio «stessa attività, stessi rischi, stesse norme» e il principio della «neutralità tecnologica» affinché le cripto-attività «che rientrano negli atti legislativi dell'Unione vigenti in materia di servizi finanziari» rimangano «disciplinate dal quadro normativo esistente, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata per la loro emissione o il loro trasferimento»: è il caso, ad esempio, delle esposizioni verso le cartolarizzazioni (considerando 9).

6. I vari quadri regolatori dei contratti commerciali internazionali

La prospettiva internazionale qui accolta implica, poi, che il contratto da cui i crediti nascono possa essere regolato da normativa materiale uniforme ovvero da regolamenti contrattuali che le parti, nell'esercizio dell'autonomia negoziale, corredano di regole e principi propri del commercio internazionale o del settore del commercio internazionale in cui esse operano.

Analogo inquadramento può riguardare il contratto avente ad oggetto l'effetto circolatorio o estintivo (es., il *factoring*) o l'operazione economica complessa che, pur caratterizzata da una *vicenda circolatoria* di crediti, persegua finalità diverse, quale la raccolta di capitali sul mercato degli strumenti finanziari (es., la cartolarizzazione dei crediti).

Ecco perché l'analisi qui dedicata al reg. «Roma I» richiede necessariamente una prospettiva più ampia, che possa, di volta in volta, dimostrare come, ancor prima di un coordinamento tra leggi applicabili individuabili tramite il regolamento, talune vicende circolatorie/estintive dei crediti richiedono un coordinamento tra normativa uniforme e normativa di diritto internazionale privato ovvero tra regimi diversi dello stesso diritto internazionale privato.

Si può intuire, inoltre, che le vicende circolatorie ed estintive di crediti, apprezzate nella duplice prospettiva di operazioni tra privati e di operazioni rientranti nelle politiche europee ed internazionali dedicate alla circolazione di capitali, toccano l'interesse di *terzi*. Tali soggetti, che siano qualificati come aventi causa sul credito o come generalità dei consociati interessati alle politiche di liberalizzazione del commercio, ricevono particolare tutela dagli ordinamenti al punto da giustificare in taluni casi l'intervento di norme imperative semplici o norme di applicazione necessaria sul quadro regolatorio complessivo dell'operazione.

Il raccordo tra normativa conflittuale del reg. «Roma I» e altri regimi normativi a vario titolo applicabili ai contratti internazionali è inoltre necessario perché buona parte degli strumenti uniformi (di *hard* o *soft law*) hanno portata settoriale (dedicandosi ad alcuni profili del contratto³⁴ o a categorie contrattuali specifiche³⁵), eccetto i Principi UNIDROIT sui contratti com-

³⁴ Si pensi ai noti INCOTERMS elaborati dalla *International Chamber of Commerce*, nell'ultima versione del 2020 (www.iccwbo.org).

³⁵ Vedi, ad esempio, la Convenzione di Ottawa del 28 maggio 1988 sul *leasing* finanziario internazionale, attualmente in vigore tra 11 Stati, compresa l'Italia.

mercili internazionali³⁶, i quali, pur senza carattere di esaustività, coprono svariati profili della vita di un contratto internazionale, compresa – per quel che qui rileva – la cessione dei crediti nascenti da esso³⁷.

Il riferimento agli atti di *soft law* è, dal canto suo, giustificato perché essi talvolta consentono di accertare lo stato dell'arte delle regole di diritto internazionale privato in determinati settori a seguito di una comparazione su scala regionale o globale, oppure incorporano i risultati di un processo di formazione spontanea avvenuto nella prassi, o, ancora, mirano a promuovere lo sviluppo di regole internazionalprivatistiche intorno a principi ritenuti fondamentali in determinati settori³⁸.

Analogamente, occorre confrontarsi con iniziative *soft* dell'UE che intendono valorizzare e consolidare, anche con finalità di indirizzo sia per il legislatore dell'Unione sia per gli Stati membri, elementi comuni a regole di diritto internazionale privato unionali, nazionali, o regole stabilite da strumenti internazionali (anche quelli che non sono in vigore né per l'Unione né per gli Stati membri quando la mancata entrata in vigore non adombra la condizione delle impostazioni e dei principi ispiratori dello strumento)³⁹.

7. Le lacune del reg. «Roma I»

La necessità di confrontarsi con vari regimi pur assumendo la prospettiva del reg. «Roma I» dipende dalla contaminazione tra le esperienze europee e internazionali nella formulazione di regole *hard* e *soft* applicabili al commercio internazionale.

Per altro verso, il ricorso a fonti esterne al reg. «Roma I» è necessario a causa delle *lacune* sia del regolamento sia del diritto internazionale privato

³⁶ UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* (UPICC), nell'ultima edizione del 2016 (www.unidroit.org).

³⁷ Cfr. art. 9.1.1 ss.

³⁸ Si pensi ancora alle *Model Laws* adottate dell'UNCITRAL e alla 1. modello UNIDROIT sul *factoring*. Altri esempi provengono dai Principi dell'Aja del 19 marzo 2015 sulla scelta di legge nei contratti commerciali internazionali e da alcune risoluzioni di associazioni accademico-professionali come l'*International Law Association*, l'*International Law Institute* o il *Groupe européen de droit international privé*.

³⁹ Un esempio proviene dalla Comunicazione *sulla legge applicabile agli effetti patrimoniali delle operazioni su titoli*, cit.

dell'Unione nel suo complesso, ancora privo di completezza, organicità, coerenza di insieme e sistematicità.

Rinviando a quanto scritto in altra sede in merito a tali lacune⁴⁰, qui preme evidenziare il *vuoto normativo* in relazione sia a regole di parte generale che a regole settoriali in campi nevralgici del diritto privato e commerciale (ad es. il diritto societario e il diritto di proprietà).

Di *vuoti* si potrebbe parlare anche in relazione al reg. «Roma I». L'aspetto sarà sviluppato al momento di trattare la questione della legge applicabile agli effetti della cessione del credito nei confronti dei terzi.

Le *lacune* non impediscono, beninteso, di conseguire un coordinamento tra gli atti dell'Unione attraverso metodi di interpretazione. A questo proposito appaiono consolidati nelle mani dell'interprete: a) il ricorso all'interpretazione intertestuale promossa dalla Corte di giustizia (e poi valorizzata nei preamboli di taluni regolamenti): ne sono esempio le interazioni tra regolamenti «Roma I», «Roma II» e «Bruxelles I-bis»⁴¹; b) la clausola di salvaguardia presente in un atto dell'UE a favore di un altro strumento unionale o internazionale⁴²; c) il principio di specialità, che imposta, ad esempio, come subito vedremo, i rapporti tra reg «Roma I» e reg. 2015/848 quando i fenomeni di circolazione ed estinzione dei crediti si dischiudono nella cornice di una procedura di insolvenza⁴³.

⁴⁰ Cfr., anche per ulteriori riferimenti, A. LEANDRO, *La codificazione del diritto internazionale privato fra strumenti internazionalistici e diritto dell'Unione europea*, in A. ANNONIS. FORLATI-F. SALERNO (a cura di), *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea*, Atti del XXIII Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale (Ferrara, 6-8 giugno 2018), Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 279.

⁴¹ Vedi, *ex multis*, CGUE, *ERGO Insurance*, cit., con riguardo alla nozione di obbligazione contrattuale; 12 ottobre 2016, causa C-185/15, *Kostanjevec*, ECLI:EU:C:2016:763, in materia di ingiusto arricchimento; 15 giugno 2017, causa C-249/16, *Kareda*, ECLI:EU:C:2017:472, in materia di responsabilità solidale.

⁴² Vedi, nella materia che ci occupa, l'art. 23 reg. «Roma I», il quale “salva” l'applicazione di «disposizioni dell'ordinamento comunitario che, con riferimento a settori specifici, disciplinano i conflitti di leggi» in materia di obbligazioni contrattuali o extracontrattuali.

⁴³ Sulla natura speciale e derogatoria del reg. 2015/848 (e del suo predecessore, il reg. 1346/2000) rispetto al reg. «Roma I» (e, invero, anche al reg. «Bruxelles I-bis») v., in particolare, CGUE, 8 giugno 2017, causa C-54/16, *Vinyls Italia SpA, contro Mediterranea di Navigazione SpA*, ECLI:EU:C:2017:433, punto 48. V. pure CGUE, 16 aprile 2015, causa C-557/13, *Lutz*, ECLI:EU:C:2015:227, punto 46; 22 aprile 2021, causa C-73/20, *ZM*, ECLI:EU:C:2021:315, punto 26, nonché Cass., I sez. civ., 12 febbraio 2020 n. 3436, IG.

8. Il coordinamento con il reg. 2015/848: smobilizzo dei crediti e conflitti di legge nelle procedure concorsuali transfrontaliere

In effetti, il coordinamento tra atti negoziali, tra regimi di diritto internazionale privato e tra le leggi applicabili assume toni particolari quando la vicenda circolatoria o estintiva dei crediti commerciali è gestita nell'ambito di una procedura di insolvenza a carattere transfrontaliero.

Va da sé che il *credito* rappresenta, nella prospettiva dei titolari, l'oggetto di una pretesa individuale assorbita nella procedura collettiva (a prescindere dalla finalità liquidatoria o di risanamento di quest'ultima) o di una garanzia che l'apertura della procedura può pregiudicare. Nella prospettiva del debitore in procedura, il *credito*, di cui il debitore sia titolare, rappresenta, invece, un mezzo per soddisfare il ceto creditorio e/o una leva per finanziare la continuazione della propria attività.

A ciò si aggiunga che: a) operazioni di cessione da parte del debitore insolvente in prossimità della procedura possono risultare "anormali" e, dunque, suscettibili di revocatoria; b) i crediti del debitore insolvente possono essere ceduti in fase di liquidazione all'interno di operazioni unitarie di cessione d'azienda oppure di singole operazioni aventi ad oggetto crediti dello stesso debitore; c) il creditore insinuato potrebbe cedere a terzi il proprio credito ammesso allo stato passivo; d) il creditore insinuato potrebbe invocare la compensazione con il proprio debito nei confronti del debitore in procedura.

Tutte queste situazioni possono adagiarsi su un terreno di internazionalità, innescando conflitti di legge.

Assumendo la prospettiva transfrontaliera, l'apertura di una procedura di insolvenza – soprattutto quando essa determina, per il debitore, lo spossamento dei beni e la privazione della disponibilità di proseguire l'impegno contrattuale assunto, trasferendo a un amministratore il potere di decidere se proseguire o no, dopo l'apertura della procedura, il contratto – fa sì che gli effetti della procedura siano disciplinati dalla *lex concursus* (ossia la legge dello Stato in cui la procedura è aperta) secondo un'opinione consolidata nel diritto internazionale privato comune ed elevata a disposizione normativa negli artt. 7 e 35 reg. 2015/848. La *lex concursus* è genericamente applicabile agli effetti sui contratti pendenti e a strumenti estintivi dei crediti, quali la compensazione.

Senonché, l'esistenza dei crediti oggetto di circolazione, la validità dell'atto da cui essi promanano, nonché la distinzione tra profili di validità della

circolazione e profili di efficacia nei confronti della massa, sono temi rispetto ai quali la *lex concursus* può ritrarsi a favore di altre leggi, in particolare di quelle individuate dal reg. «Roma I», nonché a favore di norme uniformi che, nell'immediato, proteggono la certezza delle transazioni concluse prima dell'apertura della procedura di insolvenza e, in via mediata, favoriscono smobilizzo e concessione dei crediti destinati all'attività di impresa.

La cornice della procedura di insolvenza in cui siano gestite le vicende circolatorie ed estintive dei crediti richiede, pertanto, un coordinamento tra reg. «Roma I» e reg. 2015/848 che muova, anzitutto, dall'analisi delle rispettive *policies*.

Il coordinamento va realizzato adottando una prospettiva bi-direzionale perché, come si vedrà, il reg. 2015/848, per un verso, talvolta rinvia implicitamente al reg. «Roma I» o direttamente alla *lex contractus* per determinare l'impatto dell'apertura della procedura sull'esistenza dei crediti e, per altro verso, le disposizioni del reg. «Roma I» si ritraggono in tutto o in parte a favore di quelle del reg. 2015/848, come accade in tema di protezione dei *diritti reali*, nei quali l'art. 8 del reg. 2015/848 include il diritto del cessionario «di recuperare il credito [...] in seguito alla costituzione di un pegno o alla cessione di tale credito a titolo di garanzia»⁴⁴, o in tema di compensazione legale dei crediti, la quale è sottoposta nel reg. 2015/848 a una soluzione pressoché identica al reg. «Roma I» ma ispirata a una *ratio* diversa⁴⁵, a dimostrazione della riferita specialità del primo regolamento rispetto al secondo.

Un diverso coordinamento si imporrà tra il reg. 2015/848 e il prospettato regolamento relativo alla opponibilità della cessione nei confronti dei terzi, avendo sempre come sfondo l'obiettivo del legislatore dell'Unione di garantire certezza e stabilità ai diritti sui crediti anche in occasione o in prossimità di una crisi di impresa.

9. Piano del lavoro

Ciò premesso, il presente lavoro intende affrontare il coordinamento tra leggi a vario titolo applicabili ai fenomeni di circolazione dei crediti com-

⁴⁴ Vedi *infra*, Cap. I, par. 19.

⁴⁵ Vedi *infra*, Cap. III, par. 5.

merciali cui sia collegato anche un effetto estintivo totale o parziale, soggettivo o oggettivo, della posizione creditoria, assumendo la prospettiva del reg. «Roma I», così da coglierne le risposte e individuare i profili che invece richiedono l'utilizzo di altri regimi normativi.

Seguendo questa impostazione, il lavoro analizzerà, in sequenza, le soluzioni adottate dal regolamento in tema di cessione, surrogazione e compensazione dei crediti, evidenziandone analogie, differenze e interazioni.