



Comparative Law Review

2024 – Vol. 15 n. 2

ISSN:2038 - 8993

COMPARATIVE LAW REVIEW

The Comparative Law Review is a biannual journal published by the
I. A. C. L. under the auspices and the hosting of the University of Perugia Department of Law.

Office address and contact details:

Department of Law - University of Perugia
Via Pascoli, 33 - 06123 Perugia (PG) - Telephone 075.5852437
Email: complawreview@gmail.com

EDITORS

Giuseppe Franco Ferrari
Tommaso Edoardo Frosini
Pier Giuseppe Monateri
Giovanni Marini
Salvatore Sica
Alessandro Somma
Massimiliano Granieri

EDITORIAL STAFF

Fausto Caggia
Giacomo Capuzzo
Cristina Costantini
Virgilio D'Antonio
Sonja Haberl
Edmondo Mostacci
Valentina Pera
Giacomo Rojas Elgueta
Tommaso Amico di Meane
Lorenzo Serafinelli

REFEREES

Salvatore Andò
Elvira Autorino
Ermanno Calzolaio
Diego Corapi
Giuseppe De Vergottini
Tommaso Edoardo Frosini
Fulco Lanchester
Maria Rosaria Marella
Antonello Miranda
Elisabetta Palici di Suni
Giovanni Pascuzzi
Maria Donata Panforti
Roberto Pardolesi
Giulio Ponzanelli
Andrea Zoppini
Mauro Grondona

SCIENTIFIC ADVISORY BOARD

Christian von Bar (Osnabrück)
Thomas Duve (Frankfurt am Main)
Erik Jayme (Heidelberg)
Duncan Kennedy (Harvard)
Christoph Paulus (Berlin)
Carlos Petit (Huelva)
Thomas Wilhelmsson (Helsinki)

COMPARATIVE
LAW
REVIEW
VOL. 15/2 - 2024

Contract Law for Interesting Times

6

FABRIZIO ESPOSITO

The Economic Approach to Law as an Interdisciplinary Lemon and Calabresian Law and Economics as Trust Mark

45

JULIAN AMOULONG – ALEXANDRO MARIANO PASTORE

Performance of Contracts and Social Crisis – A Comparative Study of French and German Legal Systems regarding unexpected changes

69

JACOPO FORTUNA

Contractual Mistake, Smart Contract and Artificial Intelligence from a Comparative Perspective

104

MARIANNA MARINI

Le procedure secondarie virtuali nella gestione della crisi e dell'insolvenza *cross-border* nel quadro europeo

125

ZIA AKHTAR

Roman law tradition, Scottish Civil Procedure and Adoption of a Mixed System of Jurisprudence

147

CLARISSA GIANNACCARI

Circolazione dei modelli e modelli di mercato: la finanza islamica come banco di prova del ruolo del diritto

Prime riflessioni sull'incontro tra finanza convenzionale e altre possibili letture di mercato

177

GIACOMINA ESPOSITO

The Cross-Examination:

Comparative Analysis between the Italian and the US legal system

195

ANA MARIA PÉREZ VALLEJO

Parenting plan: la experiencia en los sistemas de common law y su recepcion en Europa

LE PROCEDURE SECONDARIE VIRTUALI NELLA GESTIONE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA CROSS-BORDER NEL QUADRO EUROPEO

Marianna Marini*

SOMMARIO:

I. ORIGINI E FUNZIONE GIURIDICA DELL'ISTITUTO EUROPEO DELLE PROCEDURE SECONDARIE SINTETICHE O VIRTUALI; II. LA DISCIPLINA DELLE PROCEDURE SECONDARIE VIRTUALI AI SENSI DEL REGOLAMENTO UE N. 2015/848; III. LA NATURA GIURIDICA DELL'IMPEGNO EX ART. 36 DEL REGOLAMENTO UE N. 2015/848; IV. LE PROCEDURE SECONDARIE VIRTUALI NEL COORDINAMENTO CON LE NORME DEI SINGOLI ORDINAMENTI NAZIONALI

Questo lavoro approfondisce l'istituto delle procedure secondarie sintetiche o virtuali introdotto, nell'ambito della disciplina comunitaria della crisi e dell'insolvenza crossborder, dal legislatore europeo agli artt. 36 e ss. del Regolamento UE n. 2015/848. Questo istituto costituisce uno degli strumenti volti ad assicurare la gestione efficiente delle procedure concorsuali aperte nei confronti della stessa impresa multinazionale e, in particolare, appare diretto a prevenire l'apertura delle procedure secondarie potenzialmente confliggenti con le esigenze di una efficace gestione della procedura principale. In questo articolo, dopo aver ricostruito anche in via interpretativa le regole operazionali che disciplinano le procedure secondarie sintetiche, ci si sofferma in particolare sull'unilateral undertaking, su cui l'istituto si basa, per poi affrontare una serie di questioni ulteriori relative alla sua applicazione nei diversi sistemi nazionali, e in particolare nell'ordinamento italiano.

This article aims to reconstruct the legal treatment of Synthetic Insolvency Proceedings in European corporation law. This legal arrangement represents one of the instruments designed to guarantee the effective management of insolvency proceedings opened against the same multinational company. In particular, it appears to be primarily aimed at preventing the opening of secondary proceedings that could potentially conflict with an effective management of the main proceeding. This paper analyses those provisions of the European Regulation 2015/848 that regulate the Synthetic Insolvency Proceedings and it focuses on the unilateral undertaking, which is at the core of this legal tool. Finally, the paper will address some additional issues concerning the application of this Regulation in the different national legal systems, with a particular focus on the Italian legal system.

Keywords: crisi dell'impresa multinazionale – insolvenza transnazionale – procedure secondarie virtuali – *unilateral undertaking* – Regolamento UE n. 2015/848

I. ORIGINI E FUNZIONE GIURIDICA DELL'ISTITUTO EUROPEO DELLE PROCEDURE SECONDARIE SINTETICHE O VIRTUALI

Nell'ambito della disciplina comunitaria della crisi e dell'insolvenza crossborder, l'istituto delle procedure secondarie sintetiche o virtuali, disciplinato agli artt. 36 e ss. del Regolamento UE n. 2015/848, costituisce una delle novità più significative rispetto al previgente testo normativo del Reg. UE n. 2000/1346.

Come è noto, la versione Recast del Regolamento, assecondando la tendenza all'“ibridazione” dei modelli teorici tipici dei sistemi giuridici dell'insolvenza transfrontaliera¹, assume il modello dell'universalità limitata² per assicurare la gestione efficiente delle procedure concorsuali aperte nei confronti della stessa impresa

¹ Vattermoli, *Introduzione al multinational insolvency system*, in *Fondamenti di diritto commerciale internazionale*, diretti da A. Nigro, Vol. VI, *Profili concorsuali e tributari*, Pacini Editore, Pisa, 2020, p. 24.

² Westbrook, *The Lessons of Maxwell Communication*, in *64 Fordham L. Rev.*, 1996, p. 2531.

multinazionale e quello della territorialità cooperativa³ per il coordinamento delle procedure relative al gruppo di società multinazionale: se per le diverse componenti del gruppo il coordinamento è meramente eventuale e avviene tra procedure parallele e autonome⁴, per il debitore-soggetto giuridico unico, ossia la c.d. impresa multinazionale “atomo” che presenta cioè “un’articolazione organizzativa⁵, (sedi secondarie stabilimenti, beni e rapporti giuridici) che trascende i confini dello Stato di origine”⁶, il coordinamento tra le procedure si configura secondo la nota dicotomia procedura principale, procedura secondaria⁷.

Ma l’apertura di molteplici procedure nei confronti del medesimo debitore, oltre a poter generare una serie di conflitti, e comunque di problemi di raccordo⁸ tra le stesse, comporta, inevitabilmente, un aumento dei costi, destinati a gravare in definitiva sui creditori: ed è appunto al fine di ridurre tali inconvenienti che il legislatore europeo ha introdotto l’istituto delle procedure secondarie virtuali, che si iscrive in quell’insieme di iniziative e di rimedi volti a ridurre le antinomie che nella prassi vengono generate dal difficile raccordo tra procedura principale e procedure secondarie e che, pertanto, si applica esclusivamente nei confronti del debitore unico soggetto giuridico, e non in caso di crisi di un gruppo.

In particolare, ai sensi dell’art. 36 Reg. n. 2015/848, l’amministratore della procedura principale di insolvenza può concludere un impegno, con i creditori della dipendenza, che, se approvato da questi ultimi, produce l’effetto di impedire l’apertura della procedura

³Lopucki, *Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach*, in 82 *Cornell L. Rev.*, 1999, pp.742 e ss.

⁴ Mazzoni, *Cross-border insolvency of multinational groups of companies: proposals for an European approach in the light of the Uncitral approach*, in AA.VV., *Insolvency and Cross-border Groups. UNCITRAL Recommendations for a European perspective?*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Banca d’Italia*, n. 69/2011, p. 15.

⁵ L’art. 2 n. 10 Reg. n. 2015/848 definisce la nozione di dipendenza come «qualsiasi luogo di operazioni in cui un debitore esercita o ha esercitato nel periodo di tre mesi anteriori alla richiesta di apertura della procedura principale d’insolvenza, in maniera non transitoria, un’attività economica con mezzi umani e con beni».

⁶ Vattermoli., *Il diritto europeo dell’insolvenza multinazionale*, in *Fondamenti di Diritto commerciale internazionale*, diretti da A. Nigro, Vol. VI, *Profili concorsuali e tributari*, Pacini Editore, Pisa, 2020, p. 93.

⁷ Ai sensi dell’art. 46 del Regolamento la subordinazione della procedura secondaria a quella principale consiste nel potere dell’amministratore della procedura principale di chiedere la sospensione, per un periodo limitato di tempo, delle operazioni di realizzo dell’attivo nell’ambito della procedura secondaria, quando tale misura risulti funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori tanto della procedura principale, quanto della procedura secondaria; e, ai sensi, dell’art. 47 di proporre un piano di ristrutturazione o di un concordato nell’ambito della procedura secondaria, ai sensi della legge applicabile a quest’ultima procedura.

⁸ Benincasa, *Crisi dei gruppi transfrontalieri e regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza. Prassi, giurisprudenza e progetti di riforma per consentire una complicata convivenza tra fenomeni economici e soluzioni giuridiche*, in *giustiziacivile.com*, 4/2015, pp. 4 e ss.

secondaria di insolvenza (art. 38, par. 2)⁹, “di fatto limitando con un atto di autonomia privata la competenza giurisdizionale di uno Stato membro”¹⁰.

Degli strumenti adottati dal legislatore comunitario nella versione Recast del EIR, alcuni, come l’istituto di cui all’art. 36, sono destinati ad operare *ex ante*, in questo caso per prevenire l’apertura delle procedure secondarie potenzialmente confliggenti con le esigenze di una efficace gestione della procedura principale, mentre altri sono destinati ad operare *ex post*¹¹, quando la procedura secondaria è ormai stata aperta. Nella prassi dell’insolvenza transfrontaliera, come disciplinata dal previgente Reg. UE n. 2000/1346, si riscontrava spesso una difficile coesistenza, in termini di efficace gestione complessiva della crisi dell’impresa multinazionale, tra la procedura principale e quelle secondarie¹². Si pensi, ad esempio al fatto che nella precedente formulazione normativa le procedure secondarie potevano avere solamente natura liquidatoria, con effetti peraltro limitati ai beni ed ai rapporti territorialmente collocabili all’interno dello Stato membro di apertura, *ex art.* 3.2, mentre, con riferimento alla natura delle procedure principali, nella prassi, si propendeva essenzialmente per procedure volte al risanamento delle imprese e alla continuità aziendale delle stesse.

Inoltre, questa difficile coesistenza di procedure era amplificata dalla relativa semplicità con cui una procedura secondaria poteva essere aperta. È tuttora vigente, anche nella nuova formulazione del Reg. UE n. 2015/848, una norma che espressamente esonera il giudice adito per l’apertura della procedura secondaria dall’accertamento dello stato di insolvenza¹³, in quanto lo stesso sarebbe già stato compiuto dal giudice della procedura principale. Infine, contribuivano ad alimentare la difficile convivenza tra le procedure anche la vaghezza, la scarsa forza coercitiva e l’incerta portata applicativa delle norme volte a garantire coordinamento e collaborazione tra gli organi delle diverse procedure.

⁹ In questo senso vedi anche il Considerando n. 42, Reg. UE n. 2015/848. Inoltre, ai sensi del Considerando n. 43, ai fini dell’impegno stipulato con i creditori locali, i beni e i diritti situati nello Stato della dipendenza dovrebbero formare una sottocategoria della massa fallimentare e, nel ripartire tali beni e diritti (o il ricavato del loro realizzo), l’amministratore della procedura principale di insolvenza dovrebbe rispettare “i diritti di prelazione di cui avrebbero goduto i creditori se fosse stata aperta una procedura secondaria di insolvenza in quello Stato membro”. Ai fini dell’approvazione dell’impegno, invece, si applicano le regole della maggioranza previste, dalla legge nazionale della dipendenza, per l’approvazione del piano di ristrutturazione (Considerando n. 44, Reg. UE n. 2015/848).

¹⁰ Vattermoli, *op. cit.*, p. 88.

¹¹ Questo orientamento del legislatore ha trovato ulteriore conforto a livello interpretativo, nel caso Bank Handlowy del 2011, nel corso del quale la Prima Sezione della Corte di Giustizia si è espressa nel senso che: deve considerarsi consentita “l’apertura di una procedura secondaria di insolvenza nello Stato membro in cui si trova una dipendenza del debitore, anche quando la procedura principale ha finalità di tutela” e possa presentarsi con quest’ultima un insanabile conflitto quanto alle rispettive finalità. La stessa Corte ha poi ribadito che “l’articolo 27 del Regolamento n. 1346/2000, come modificato dal regolamento n. 788/2008, deve essere interpretato nel senso che il giudice chiamato a pronunciarsi su una domanda di apertura di una procedura secondaria di insolvenza non può esaminare l’insolvenza del debitore nei confronti del quale è stata aperta una procedura principale in un altro Stato membro, anche se quest’ultima ha finalità di tutela”. Sul tema vedi Montella, *Problemi di applicazione del Reg. n. 1346/2000 e soluzioni del nuovo Reg. n. 848/2015*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di Jorio, Torino, 2016, p. 499 e ss. ma anche Marongiu Buonaiuti, *La revisione del Regolamento sulle procedure di insolvenza. Il coordinamento tra procedure d’insolvenza basato sulla prevalenza della procedura principale nel Regolamento (UE) n.2015/848 di rifusione*, in www.sidi-isi.org/sidiblog.

¹² Pottow, *A new role for secondary proceedings in international bankruptcies*, in *Tex. Int’l L. J.* 46, no. 3 (2011): 579-99.

¹³ In merito si confrontino l’art. 26 Regolamento UE n. 2000/1346 e l’art. 34 del Regolamento EIR vigente.

Infatti, nonostante da diverse disposizioni trapelasse il carattere prioritario della procedura principale rispetto alle procedure secondarie¹⁴, le disposizioni specificamente volte a disciplinare i rapporti tra procedure e organi coinvolti non apparivano del tutto idonee a garantire un efficace meccanismo di adeguamento delle procedure secondarie ad una gestione efficiente della procedura principale.

L'istituto delle procedure secondarie "virtuali" appare diretto ad evitare l'apertura della procedura secondaria "reale", in modo da assicurare all'amministratore della procedura principale una gestione unitaria dell'insolvenza o della crisi nell'ambito di un'unica procedura, alla quale partecipano anche i creditori locali, nei confronti dei quali, tuttavia, continueranno ad applicarsi le regole relative ai privilegi e alla graduazione dei crediti previste dalla legge dello Stato della dipendenza, con l'esito di riprodurre, appunto "virtualmente", all'interno della procedura principale, gli effetti che, in relazione a tali profili, sarebbero derivati dall'apertura della procedura secondaria. A questo fine, la legge richiede che l'amministratore della procedura principale si impegni con i creditori locali a riservare a costoro il medesimo trattamento cui sarebbero stati assoggettati, per quanto riguarda la ripartizione del ricavato della liquidazione dei beni della dipendenza (o con riguardo alla gestione dei beni ubicati in uno Stato membro diverso da quello dove pende la procedura principale), ed in particolare, i diritti nella ripartizione e gli ordini di prelazione previsti dal diritto nazionale di cui avrebbero goduto i creditori, se fosse stata effettivamente aperta una procedura secondaria di insolvenza in quello Stato membro.

In particolare, limitandosi ad un'interpretazione meramente letterale del dato normativo¹⁵, la funzione delle procedure secondarie sintetiche o virtuali, potrebbe apparire essenzialmente liquidatoria. Si potrebbe cioè pensare che, optando per una procedura sintetica, si scelga di assoggettare alla liquidazione uno specifico complesso di beni, quelli della dipendenza, in base alla disciplina della *lex concursus secundarii*, indipendentemente dalla sorte degli altri beni che compongono il patrimonio del debitore, assoggettati invece alla disciplina della procedura principale unitaria: il che, come si vedrà meglio in seguito, ridurrebbe, ma non eliminerebbe del tutto il problema del difficile coordinamento tra natura, funzione e leggi applicabili alle procedure o ad alcuni fasi di queste.

Se, come già accennato, in caso di apertura di una procedura secondaria "reale" si pone un'esigenza di omogeneità e coerenza tra la natura e le finalità di questa con quelle della procedura principale (in quanto maggiori saranno i problemi di coordinamento tra le procedure e le rispettive *lex concursus* quando si tratti di procedure aventi connotati strutturali e funzionali diversi)¹⁶, nel caso di procedura secondaria "virtuale" si porrebbe

¹⁴ In questo senso, Leandro, *Amending the European Insolvency Regulation to Strengthen Main Proceedings*, in *Riv.dir.int.priv.proc.*, 2014, pp. 317 e ss.

¹⁵ Un'interpretazione letterale del testo del Regolamento fa infatti riferimento unicamente ad un'ipotesi liquidatoria riferendosi al "valore di realizzo dei beni" (art. 36, par. 1); "ripartizione del ricavato del realizzo dei beni" (par. 2); "avvenuto il realizzo di tali beni" (par. 6) "ripartizioni previste prima di procedere alla ripartizione dei beni e del ricavato" e ancora di "[...]una ripartizione conforme alle condizioni dell'impegno e alla legge applicabile. In tal caso, non avviene alcuna ripartizione fino a quando il giudice non abbia deciso in merito all'impugnazione" (par. 7).

¹⁶ La dottrina italiana è unanime nel ritenere che, essendo la procedura principale l'unico modello di riferimento, si debba applicare la disciplina della procedura locale più compatibile con tale modello, tra quelle elencate nell'Allegato A dello stesso Regolamento. (sul tema Cfr. Leandro, *op. cit.*, p. 125.; De Cesari

solo un'esigenza di coerenza e compatibilità della destinazione liquidatoria del complesso dei beni della dipendenza rispetto alla procedura unitaria. A questo fine, non sembrerebbe necessario che quest'ultima preveda la liquidazione concorsuale, o concordata, dell'intero patrimonio (come nel caso, ove si tratti di procedura unitaria aperta in Italia, di liquidazione giudiziale o di concordato liquidatorio), risultando sufficiente che, pur nell'ambito di una procedura di risanamento, o comunque caratterizzata dalla continuazione dell'impresa (e si pensi al concordato in continuità), almeno i beni della dipendenza siano destinati ad essere liquidati¹⁷. Invero, abbandonando questa impostazione e optando per una preferibile interpretazione evolutiva, maggiormente in linea con il *favor* del legislatore europeo per la continuità aziendale, nel silenzio di una espressa specifica della norma sul punto, l'istituto in esame potrebbe consentire anche un utilizzo alternativo (all'ipotesi liquidatoria) dei beni della dipendenza, ma sempre nel rispetto di una condizione di pareto-efficienza a tutela degli interessi generali dei creditori locali.

L'istituto della procedura secondaria "sintetica" o "virtuale"¹⁸ ha origine nella prassi di *common law*¹⁹, per lo più nei casi di insolvenza di gruppi di società multinazionali²⁰.

Il primo caso di *virtual proceeding* risale infatti al 2006, nell'ambito della crisi del gruppo MG Rover, in cui gli *administrators* della procedura, che ricomprendeva anche la MG Rover Belux SA/NV, ottennero l'autorizzazione della Corte competente a creare una specifica classe di creditori stranieri ai quali applicare, per definire il trattamento delle rispettive pretese in sede di riparto, la propria legge locale, al fine di evitare che venisse aperta una procedura *ad hoc* in Belgio.²¹ L'impiego nella prassi delle procedure secondarie virtuali ha

Montella, *op. cit.*, p. 106). Inoltre, un obbligo di coerenza sembra essere previsto anche dalla norma di cui all'art. 38 par. 4.

¹⁷ Il che non toglie che la circostanza che la procedura virtuale, necessariamente liquidatoria, si innesti in una procedura, quella unitaria, avente una diversa funzione potrebbe far sorgere ulteriori problemi di compatibilità tra le rispettive discipline.

¹⁸ In questo senso, vedi per tutti Moss-Fletcher-Isaacs, *The EU Regulation on Insolvency Proceedings*, Oxford, 2016, pp. 59 e ss.

¹⁹ Westbrook, *A Global Solution to Multinational Default*, 98, MICH. L. REV., pp. 2300 e ss.

²⁰ Si veda per tutti Wessels, *Contracting out of Secondary Proceedings: The Main Liquidator's Undertaking in the Meaning of Article 18 in the Proposal to Amend the EU Insolvency Regulation*, in 9 Brook J. Corp. Fin. & Com. L. 236 (2014), p. 250.

²¹ *In re MG Rover Belux SA/NV*, [2006] EWHC (Ch) 1296. La High Court affermò sul punto che l'art. 3 del Regolamento "*does not oblige the supervising court to insist upon the adoption of its domestic law to every aspect of the insolvency or to insist that local rights can only be taken into account if secondary insolvency proceedings are commenced. I can accordingly give permission for a payment that does not strictly accord with English law if it is just and convenient to do so and helps achieve the objective of the administration*".

Tra gli altri casi che hanno dato luogo alla *best practice* delle *virtual proceedings* poi recepite nel Regolamento n. 2015 /848 dal legislatore comunitario, si veda il caso *Collins & Aikman Europe, SA*, the High Court of England and Wales, Chancery Division, [2006], EWCH 1343 (Ch) – www.bailii.org, in cui i creditori locali hanno acconsentito a non dare luogo a una procedura secondaria, confluendo nella procedura principale di competenza della London High Court, in base ad un impegno rimasto un semplice accordo verbale, in cui, in cambio, si applicava alle loro pretese, nella procedura principale, il trattamento previsto dalla disciplina della procedura del proprio ordinamento nazionale.

Si veda anche il caso *Nortel Networks SA*, Re [2009] EWHC 206 (Ch) relativo al gruppo Nortel Networks, composto da diverse società situate sia negli Stati Uniti che in Europa. Nei confronti del gruppo Nortel Networks fu aperta una procedura negli Stati Uniti basata sul Chapter 11 del Bankruptcy Code. Nel corso della procedura gli amministratori del procedimento principale hanno presentato una specifica istanza alla High Court of Justice inglese, al fine di ottenere l'autorizzazione a chiedere ai tribunali europei locali interessati di fornire costantemente informazioni su eventuali richieste di creditori locali di avviare procedimenti secondari.

dato luogo a quelle *best practices* che si trovano oggi tradotte in alcune norme del Regolamento EIR, essendosi determinato quel passaggio dalla “pratica alla norma”, sempre più frequente in materia di insolvenza transnazionale.

II. LA DISCIPLINA DELLE PROCEDURE SECONDARIE VIRTUALI AI SENSI DEL REGOLAMENTO UE N. 2015/848

La disciplina della procedura secondaria virtuale si ricava dalle disposizioni contenute agli artt. 36, 37 par. 2 e 38 par. 2 del Regolamento europeo n. 2015/848. Queste norme prevedono che, nel caso di insolvenza dell'impresa multinazionale, l'apertura di una procedura secondaria debba essere subordinata alle esigenze della procedura principale e di una sua gestione efficiente, affinché, nel rispetto degli interessi dei creditori locali, la procedura secondaria non vada ad inficiare i piani di gestione della procedura principale²². Come già anticipato, a questo scopo, l'art. 36 del Regolamento consente all'amministratore della procedura principale, informato dell'esistenza di beni e di creditori che potrebbero essere coinvolti in una procedura secondaria²³, “di contrarre un impegno al fine di evitare la procedura secondaria di insolvenza” con i creditori locali, garantendo a costoro di essere trattati, nella procedura principale, “come se” la procedura secondaria fosse stata aperta, e cioè di rispettare, nella ripartizione dei “beni situati nello Stato membro in cui potrebbe essere aperta la procedura secondaria di insolvenza”, o, più frequentemente, delle somme realizzate all'esito della loro liquidazione, “i diritti nella ripartizione dei beni e i diritti di prelazione previsti dal diritto nazionale di cui avrebbero goduto i creditori se fosse stata aperta una procedura secondaria di insolvenza in quello Stato membro”, applicando così nella procedura principale “la graduazione dei crediti localmente regolata in relazione agli *assets* della dipendenza”²⁴.

L'impegno, scritto, proposto dall'amministratore della procedura principale deve essere approvato, a maggioranza, dai creditori locali “conosciuti”, secondo “le regole in materia di maggioranza qualificata e di voto che si applicano per l'adozione dei piani di ristrutturazione a norma del diritto dello Stato membro in cui si sarebbe potuta aprire la procedura secondaria di insolvenza” (art. 36, par. 5): per creditore locale si intende non un

L'intenzione degli amministratori è stata quella di specificare ai tribunali interessati che l'avvio di una procedura secondaria locale avrebbe compromesso la continuità aziendale e la possibilità di successo di una procedura di ristrutturazione dell'intero gruppo. Sul caso in questione “degnata di nota la sentenza dell'Alta Corte di Giustizia dell'11 febbraio 2009. In tale decisione, il giudice Patten ha autorizzato gli amministratori ad inviare comunicazioni a tutti i tribunali europei interessati, citando i casi MG Rover e Collins & Aikman, e ha specificato che, alla luce della dichiarata necessità degli amministratori della procedura principale di preservare la continuità aziendale al fine di realizzare un piano di ristrutturazione globale del gruppo in grado di soddisfare le richieste di tutti gli attori coinvolti nella crisi, si potevano applicare misure alternative per raggiungere risultati migliori rispetto a quelli che sarebbero scaturiti da una semplice liquidazione “locale” degli attivi” In questo senso vedi, Benincasa Ghia, *Insolvency of Group of Companies as Rules Recipient and Circulation Tool and Secondary Virtual Proceedings*, in *International Business Law*, Ghia (cur.), Padova, 2016, pp. 30 e ss.

²² Leandro, *Procedure secondarie “sintetiche” e diritto applicabile nella procedura principale*, in *Crisi Transfrontaliera di impresa: orizzonti internazionali ed europei*, cur. Leandro, Meo; Nuzzo Bari, 2018, p. 123.

²³ Ibidem.

²⁴ Pasquariello, *La regolazione europea dell'insolvenza transnazionale tra autonomia ed eteronomia: il c.d. impegno ad evitare la procedura secondaria*, in *Dir. Fall.*, n. 6, 2019, p. 1310.

creditore che ha il suo domicilio o la sua residenza nello Stato membro della dipendenza dell'impresa multinazionale, ma quel creditore “i cui crediti nei confronti di un debitore derivano o sono legati all'attività di una dipendenza situata in uno Stato membro diverso dallo Stato membro in cui si trova il centro degli interessi principali del debitore”²⁵, cioè colui che avrebbe interesse a vedere la sua pretesa realizzata nel corso di una procedura secondaria²⁶.

Se da un lato, conformemente alle interpretazioni della dottrina maggioritaria, i rappresentanti della procedura principale non sono obbligati a proporre l'impegno²⁷, ogni qualvolta sia opportuno o conveniente per evitare l'apertura di una procedura secondaria, è al contempo evidente, come meglio si vedrà in seguito, che, una volta approvato dai creditori, l'impegno *ex art.* 36 diviene vincolante. Innanzitutto, l'impegno produce effetti nei confronti dell'amministratore della procedura principale, chiamato a rispondere nei confronti dei creditori locali per i danni derivanti da eventuali inadempimenti degli obblighi inerenti alla gestione della procedura consolidata virtualmente, che dovrà essere gestita in conformità dell'impegno. Inoltre, gli effetti dell'impegno si producono anche nei confronti del giudice adito per l'apertura della procedura secondaria, come pure nei confronti dei creditori locali, e, seppure indirettamente, degli altri creditori della procedura principale.

Rispetto alla procedura principale, l'approvazione dell'impegno, ai sensi del par. 6 dell'art. 36 del Regolamento UE n. 2015/848, “vincola il patrimonio”. Questa disposizione diviene più chiara se letta alla luce del Considerando n. 43 dello stesso Regolamento, secondo il quale, per effetto dell'approvazione dell'impegno, i beni e i diritti ubicati nel Paese della dipendenza del debitore dovrebbero formare una sottocategoria della massa fallimentare e, nel ripartire tali beni e diritti o il ricavato del loro realizzo, il curatore della procedura principale di insolvenza dovrebbe rispettare i diritti di prelazione di cui avrebbero goduto i creditori locali se fosse stata aperta una procedura secondaria di insolvenza in quello Stato membro. Sembrerebbe dunque che l'impegno produca gli effetti di un consolidamento atipico delle procedure, nel senso che comporta una gestione unitaria delle stesse, ma nel rispetto di discipline differenti. Infatti, gli *assets* della dipendenza andrebbero a formare “una sottocategoria della massa fallimentare”, dovendo l'amministratore della procedura principale, laddove venga aperta poi una procedura secondaria ai sensi degli artt. 37 e 38, consegnare all'amministratore di quest'ultima procedura i beni che erano stati dislocati al di fuori dal territorio dello Stato membro della dipendenza, ovvero il ricavato della vendita degli stessi qualora ne sia già avvenuto il realizzo (art. 36, par. 6). Ma atteso che “ogni creditore può insinuare il proprio credito nella procedura principale di insolvenza e in qualsiasi procedura secondaria” (art. 45, par. 1)²⁸, la sottocategoria della massa fallimentare in questione, formata dai beni della dipendenza, non è da intendersi quale massa autonoma a tutela della garanzia patrimoniale dei soli creditori locali. Essa, piuttosto, presenta un'autonomia sotto il solo profilo normativo: nel senso che la ripartizione del valore dei

²⁵ Art. 2 n. 11 Regolamento UE n. 2015/848.

²⁶ Wessels, *op. cit.*, p. 272.

²⁷ Laukermann, *European Insolvency Regulation*, Bornemann-Brinkmann-Dahl (eds.), 2017.

²⁸ Su questa regola generale del Regolamento in materia di ammissione al passivo vedi per tutti Vattermoli, *Par condicio omnium creditorum*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, LXVII, 1, 2013, pp. 159 e ss.

beni da cui è formata è soggetta ad una disciplina, quella della *lex fori concursus secundarii*, diversa, e perciò autonoma, da quella applicabile alla procedura principale.

Quanto agli effetti nei confronti del giudice adito per l'apertura della procedura secondaria, costui, una volta approvato l'impegno, potrà astenersi dall'avviarla solo dopo aver verificato che l'impegno tuteli i creditori locali: l'amministratore della procedura principale è legittimato ad impugnare la decisione di apertura della procedura secondaria contestandone la motivazione agli effetti dell'impegno (art. 39, par. 2)²⁹.

Invece, nei confronti dei creditori locali, ivi compresi quelli dissenzienti, l'approvazione dell'impegno comporta una compressione del potere di promuovere l'apertura della procedura secondaria, incidendo sia sui termini per la presentazione dell'istanza, sia sui presupposti dell'apertura della procedura. Infatti, il par. 2 dell'art. 37 del Regolamento impone ai creditori locali un termine di trenta giorni, dalla ricezione della notifica di approvazione dell'impegno, per presentare l'istanza di apertura della procedura secondaria presso il giudice competente dello Stato della dipendenza: quest'ultimo, laddove sia stato contratto un impegno a norma dell'articolo 36, su istanza dell'amministratore delle procedure di insolvenza non apre la procedura secondaria "se ritiene che l'impegno tuteli adeguatamente gli interessi generali dei creditori locali" (art. 38, par. 2). Il giudice competente, prima di poter procedere all'apertura della procedura secondaria, dovrà dunque verificare, oltre alla sussistenza dei presupposti soggettivi e oggettivi previsti dal diritto nazionale dello Stato membro, che non sia stato approvato un impegno *ex art. 36*, o che tale impegno non garantisca in modo appropriato le pretese generali dei creditori locali.

Alla luce delle norme in esame, resta da chiedersi se gli effetti dell'approvazione dell'impegno si producano solo nei confronti dei creditori locali o se invece riguardino tutti i creditori concorsuali. Sebbene formalmente l'impegno sia assunto nei confronti dei soli creditori locali, unici soggetti legittimati ad accettarlo, questo potrebbe esplicitare, per quanto in via indiretta, effetti nei confronti di tutti i creditori concorsuali, "giacché tutti sono suscettibili di risentire – anzi, auspicabilmente, di beneficiare – degli effetti della scelta dell'amministratore della procedura principale, in termini di migliore, più celere e più efficiente gestione di una sola procedura di crisi o di insolvenza, della quale è preservato il carattere universale"³⁰.

Il trattamento apparentemente discriminatorio delle categorie di creditori – locali e non – in termini di diritto di voto sull'impegno, nonostante gli effetti di quest'ultimo finiscano per incidere sull'intero concorso, potrebbe interpretarsi come un tentativo del legislatore comunitario di attenuare quel principio generale di universalità limitata³¹, che informa l'intero sistema legislativo europeo, e che si esprime anche nell'assenza di una generale *cross-priority rule*³². In assenza di un riconoscimento oggettivo nella procedura principale

²⁹ Sul tema vedi Pasquariello, *op. cit.*, p. 1313.

³⁰ Pasquariello, *op. cit.*, p. 1317.

³¹ Su questi temi in generale si veda Mooney jr., *Harmonizing choice-of-law rules for international insolvency cases, virtual territoriality, virtual universalism, and the problem of local interest*, in *Brook. J. Corp. Fin. And Com. L.*, vol. 9, 2014.

³² Vattermoli, *op. cit.*, p. 171.

dei privilegi vantati dai creditori esteri, i diritti dei creditori privilegiati locali potrebbero essere compromessi³³, se non si riconoscesse loro quel trattamento “as if” garantito dall’impegno, alla cui approvazione questi ultimi hanno la legittimazione esclusiva.

L’impegno si configura, dunque, nei soli confronti dei creditori locali. Ai fini della disciplina in esame, infatti, non rilevano come meritevoli di particolare tutela gli interessi degli altri creditori concorsuali³⁴. I creditori locali sono gli unici legittimati ad approvare l’impegno e, dunque, a poterlo contestare. Infatti, le norme del Regolamento che disciplinano la procedura secondaria virtuale contemplano una serie di prerogative unicamente a tutela dei creditori della dipendenza, i quali, pur avendo ottenuto in virtù dell’impegno un trattamento dei loro interessi analogo a quello che avrebbero avuto in caso di apertura della procedura secondaria, hanno comunque rinunciato alla giurisdizione domestica, scontando comunque l’inconveniente di doversi rivolgere ad un giudice diverso da quello del foro nazionale di appartenenza³⁵.

Ai sensi dei paragrafi 5 e 7 dell’art. 36 del Regolamento n. 2015/848, sull’amministratore della procedura principale gravano taluni obblighi informativi a tutela dei creditori locali. Innanzitutto, l’amministratore dovrà informare “i creditori locali in merito all’impegno, alle regole e alle procedure per la sua approvazione e all’approvazione o al rigetto dell’impegno”. Inoltre, qualora abbia contratto l’impegno, l’amministratore della procedura principale dovrà informare i creditori locali “in merito alle ripartizioni previste prima di procedere alla ripartizione dei beni e del ricavato”, nel rispetto della graduazione dei crediti e dei diritti di prelazione di cui avrebbero goduto i creditori locali, se fosse stata aperta una procedura secondaria di insolvenza in quello Stato membro. Quest’ultimo obbligo di informazione è rafforzato dal rimedio dell’impugnazione, che la norma in oggetto riconosce a tutela dei creditori locali. Questi ultimi, infatti, *ex parr.* 7 e 8 dell’art. 36, hanno il potere di provocare l’intervento del giudice della procedura principale ai fini della decisione in merito all’impugnazione di provvedimenti di riparto non conformi all’impegno. Sembrerebbe più in generale che la norma in oggetto, nel prevedere la facoltà dei creditori locali di provocare l’intervento del giudice della procedura principale, non solo nel caso dell’impugnazione già menzionata, ma anche al fine di imporre al curatore della procedura principale di insolvenza di adottare le misure necessarie a garantire il rispetto delle condizioni dell’impegno previste dalla legge dello Stato di apertura della procedura principale di insolvenza, riconosca ai creditori locali un generale potere di *enforcement* dell’impegno.

A tutela dei creditori locali sorge così un ulteriore obbligo a carico dell’amministratore, ossia quello di adottare, su ordine del giudice, le misure ritenute necessarie per adempiere

³³ Westbrook, *Universal Priorities*, in *33 Tex. Int’l L. J.*, 1998, p. 36.

³⁴ In termini di tutela processuale si deve rilevare, infatti, che sulla base della c.d. *hotspot rule* (sul tema vedi per tutti Vattermoli, *op. cit.*, pp. 173 e ss.), e proprio perché l’apertura di una procedura secondaria virtuale produce, rispetto alla ripartizione del valore dei beni localizzati in uno Stato diverso da quello in cui viene aperta la procedura principale, gli stessi effetti “as if secondary proceedings were opened”, nel senso che tale valore deve essere distribuito secondo *la lex concursus secundarii*, la conclusione dell’impegno finirà per incidere non soltanto sulla posizione dei creditori locali, ma anche su quella degli altri, analogamente, appunto, a quanto accadrebbe se venisse aperta realmente, e non solo virtualmente, una procedura secondaria.

³⁵ De Cesari Montella, *Il nuovo diritto europeo della crisi d’impresa: Il regolamento (UE) 2015/848 relativo alle procedure di insolvenza*, Torino, 2017, p. 109.

concretamente l'impegno assunto. Questa norma sembrerebbe voler limitare il potere discrezionale dell'amministratore della procedura principale rispetto alle forme di attuazione dell'impegno. Si riconosce ai creditori locali il potere di provocare ancora una volta l'intervento del giudice della procedura principale, per ottenere un provvedimento giudiziale che abbia l'effetto di qualificare come "necessarie", e non discrezionali appunto, alcune misure per l'attuazione dell'impegno. In questo senso, questa norma costituisce un rimedio di natura obbligatoria per la tutela dei creditori locali³⁶. La violazione di tali obblighi, infatti, rappresenta il presupposto per l'azione di responsabilità contro l'amministratore *ex par.* 10 dell'art. 36 del Regolamento. Diversamente, quello riconosciuto dalla norma di cui al par. 9 sembrerebbe qualificabile come rimedio di natura reale per la tutela dei creditori locali³⁷. La norma prevede, infatti, che i creditori locali possono anche adire i giudici dello Stato membro in cui potrebbe essere aperta la procedura secondaria di insolvenza "affinché sia imposto al giudice di adottare provvedimenti provvisori o conservativi per garantire il rispetto delle condizioni dell'impegno da parte dell'amministratore delle procedure di insolvenza". Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, ad un provvedimento giudiziale che, a tutela dei creditori locali, imponga al giudice della procedura principale di adottare un provvedimento avente ad oggetto un sequestro conservativo dei beni sui quali i creditori locali vantano particolari diritti, al fine di assicurare il rispetto delle condizioni dell'impegno da parte dell'amministratore della procedura.

III. LA NATURA GIURIDICA DELL'IMPEGNO EX ART. 36 DEL REGOLAMENTO UE N. 2015/848

L'istituto delle procedure secondarie virtuali incarna contemporaneamente due delle tendenze che maggiormente caratterizzano oggi il diritto internazionale della crisi transfrontaliera. Infatti, se da una parte, come si è visto, tale istituto ha origine nella prassi di *common law* e, in quanto *best practice*, viene recepito a livello normativo dal legislatore comunitario, esprimendo uno di quei passaggi dalla pratica alla norma che sempre più spesso informano e guidano, nella sua evoluzione, l'attuale diritto internazionale della crisi e dell'insolvenza; dall'altra, fondandosi sulla fattispecie dell'*impegno*, è espressione di quel processo di privatizzazione della gestione della crisi transfrontaliera che sempre più spazio va occupando nell'ordinamento concorsuale o paraconcorsuale, internazionale ed europeo: esso, insieme agli *insolvency protocols* e all'accordo tra amministratori *ex art.* 66 par. 1, rientra tra gli strumenti di natura negoziale che caratterizzano il diritto della crisi

³⁶ In questo senso vedi Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987, p. 104. L'autore qualifica come obbligatoria "un tipo di tutela che presuppone *già a priori l'individuazione di un soggetto determinato*, sia esso *obbligato* in base ad un contratto o un fatto illecito produttivo di danni o ad altri fatti o atti, anche diversi dal contratto e dall'illecito, atti che l'ordinamento reputa idonei a produrre obbligazioni".

³⁷ E v., ancora, Di Majo, *op. ult. cit.*, p. 105, ove l'autore ritiene che si possa "convenire dunque che, mentre la tutela c.d. *reale* null'altro presuppone che l'affermazione del diritto (dell'attore) e lo stato di insoddisfazione di tale diritto, non instaurandosi alcuna relazione significativa di diritto sostanziale con il soggetto che figura quale *convenuto*, la tutela *obbligatoria* presuppone, al contrario, che si sia instaurato un rapporto di diritto sostanziale con un determinato soggetto (a mezzo *fonte dell'obbligazione*) rapporto che è all'origine della particolare *forma di responsabilità* (sia essa contrattuale o aquiliana) che si fa valere con l'azione *personale*".

crossborder, e che, come tali, le norme del Regolamento UE n. 2015/848 procedono ad istituzionalizzare.

Il principale problema sollevato da queste fattispecie attiene all'esatta qualificazione della loro natura giuridica: questione particolarmente rilevante non solo in termini puramente teorici, ma anche per la ragione che la sua soluzione consente di superare una serie di dubbi interpretativi o applicativi³⁸.

Limitatamente all'istituto dell'impegno, appare significativa la scelta linguistica del legislatore comunitario³⁹, nelle diverse traduzioni dell'art. 36: la fattispecie in esame è qualificata in inglese come "*unilateral undertaking*", in francese "*engagement unilatéral*", in tedesco "*Zusicherung*" e in spagnolo "*compromiso unilateral*".

La versione italiana dell'art. 36 del Regolamento UE n. 2015/848 qualifica la fattispecie in esame come "impegno unilaterale"⁴⁰ e ad essa ci si riferisce sempre con riferimento al verbo *contrarre*⁴¹.

Un'interpretazione letterale di questa disposizione, con riferimento alle categorie giuridiche dell'ordinamento italiano, potrebbe indurre a riconoscere all'impegno una configurazione contrattuale⁴², e più precisamente quella di contratto con obbligazioni a carico del solo proponente *ex art. 1333 c.c.*⁴³. Sono diversi però gli argomenti che porterebbero a rigettare questa interpretazione letterale. In primo luogo, il legislatore comunitario prevede che l'impegno sia sottoposto alle regole locali sull'*approvazione* dei piani di ristrutturazione (art. 36, par. 5) e che dunque sia espressamente approvato alla maggioranza qualificata dei creditori, mentre la conclusione del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente è affidata ad un meccanismo di silenzio-assenso. In secondo luogo, e più in generale, come già ritenuto da un'autorevole dottrina a proposito degli *insolvency protocols*, anche gli impegni mal si attagliano alla natura giuridica del contratto, «ciò non tanto perché appaia difficile identificare un quadro normativo privatistico in cui essi si muovano e dal quale ricevano tale "sanzione", ma in quanto i contenuti degli stessi smentiscono il dato»⁴⁴. Il contenuto dell'impegno è solo indirettamente patrimoniale e l'amministratore della procedura principale nel contrarre l'impegno non dispone di propri diritti, ma svolge funzioni di amministrazione della procedura di insolvenza «nell'interesse principale di terzi (i creditori, la massa, il debitore) ed in conformità alla legge che la regola»⁴⁵.

Esclusa la qualificazione, suggerita dalla lettera della norma, dell'impegno in termini puramente contrattuali, appare preferibile muovere dal raffronto con analoghe figure previste dal nostro ordinamento.

³⁸ In questo senso ma con riferimento ad un'altra fattispecie introdotta dal Reg. UE n. 2015/848, gli *insolvency protocols* vedi Vattermoli, *Gli insolvency protocols nelle operazioni di ristrutturazione del gruppo di imprese in crisi*, in *Dir. Ban. Merc. Fin.*, n.1, 2019, pp. 31 e ss.

³⁹ Bork, Mangano, *European Cross-border Insolvency Law*, Oxford, 2016, p. 247.

⁴⁰ Wessels, *op. cit.*, p. 272.

⁴¹ In questo senso vedi il Considerando n. 42, i parr. 2,3,5,6 e 7 dell'art. 36, il par. 2 dell'art. 38 del Regolamento UE n. 2015/848.

⁴² De Cesari Montella, *op. cit.*, p. 107.

⁴³ Pasquariello, *op. cit.*, p. 1316.

⁴⁴ Fumagalli, *I protocolli tra le procedure nella disciplina transfrontaliera dell'insolvenza*, in Leandro, Meo e Luzzo, *Crisi transfrontaliera di impresa: orizzonti internazionali ed europei*, Bari, 2018, p. 193.

⁴⁵ Ivi, p. 194.

L'impegno, in quanto volto a vincolare anche i creditori (locali) non aderenti, incidendo sia sui presupposti per l'apertura della procedura secondaria, sia sui termini per la presentazione dell'istanza, potrebbe essere assimilato ad altri strumenti negoziali di soluzione della crisi, quali il concordato o, più convincentemente, l'accordo di ristrutturazione dei debiti "a efficacia estesa" (art. 61 CCII), in quanto, come quest'ultimo, idoneo a derogare agli artt. 1372 e 1411 c.c.⁴⁶.

Ma l'impegno si differenzia da questi istituti sia dal punto di vista della struttura soggettiva dell'accordo, in quanto non intercorre tra soggetti privati (debitore-creditori), ma tra un pubblico ufficiale e dei privati (amministratore della procedura principale-creditori locali); sia per l'oggetto, poiché, più che essere uno strumento di soluzione della crisi, si configura come strumento per l'individuazione del mezzo di soluzione della crisi stessa.

Come già osservato da un'autorevole dottrina, «la questione che rende difficile la qualificazione giuridica di questi istituti è che siamo di fronte all'istituzionalizzazione di pratiche negoziali fino ad oggi atipiche. Queste si caratterizzano per la comune attitudine ad esprimere, in un solo quadro sinottico, la logica collaborativa per la più efficace gestione della crisi ed eventuale riorganizzazione delle imprese interessate che rivela, sì, una matrice pattizia, che poi confluisce nella formalizzazione di un vero e proprio documento programmatico sull'azione della procedura»⁴⁷. Sempre la dottrina citata, inoltre, nell'osservare che «le fattispecie in esame si caratterizzano per determinare l'effetto di sostituire e/o integrare il contenuto di un atto autoritativo, generando così un curioso mix di norme inderogabili ed esercizio di autonomia negoziale, di cui non sempre è facile individuare i rispettivi confini», con riferimento alla natura giuridica degli *insolvency protocols*, propone un'interessante analogia con la figura degli "accordi fra pubbliche amministrazioni", di cui all'art. 15 l. n. 241/1991, attraverso i quali tali autorità disciplinano «lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune» ed ai quali, ove non diversamente previsto, si applicano «i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili»⁴⁸.

Adattando questa impostazione alla fattispecie dell'impegno *ex art. 36*, si potrebbe ritenere che, dal punto di vista soggettivo, mentre i *protocols* (così come gli accordi tra amministratori *ex art. 66 Reg. n. 2015/848*) intercorrono tra organi delle procedure, quindi presentano punti di contatto con la fattispecie degli accordi tra pubbliche amministrazioni *ex art. 15 l. n. 241/90*, gli impegni, conclusi invece tra amministratore della procedura principale e creditori locali, potrebbero essere assimilati agli impegni previsti dalla disciplina antitrust, e soprattutto, ai c.d. accordi integrativi o sostitutivi del procedimento, disciplinati dall'art. 11 della stessa legge sul procedimento amministrativo, anche essi contratti tra amministrazione e privati⁴⁹.

⁴⁶ Vedi *supra* paragrafo 2.

⁴⁷ Vattermoli, Pasquariello, Tedeschi, *Insolvency protocols: a cooperative tool for managing crossborder group insolvency in Transnational protocols: a cooperative tool for managing crossborder insolvency*, trad. it. In <https://www.project-top.eu/wp-content/uploads/2022/02/Italian-E-book.pdf>, p. 140.

⁴⁸ Vattermoli, *Gli insolvency protocols nelle operazioni di ristrutturazione del gruppo di imprese in crisi*, cit., p.33.

⁴⁹ Per una sistematica in materia vedi per tutti Sandulli, voce *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Cassese S. (a cura di), Milano, 2000, pp. 1170 e ss.

Si tratta di accordi, conclusi esclusivamente nell'esercizio di potestà amministrative⁵⁰, che si inseriscono in una fase procedimentale già avviata e presuppongono l'esercizio consensuale del potere pubblico⁵¹, al fine di determinare il contenuto discrezionale di provvedimenti, ovvero per sostituirli. Anche l'impegno *ex art. 36* è un accordo che si inserisce all'interno di una procedura di insolvenza già aperta, la procedura principale, al fine di sostituire il provvedimento giurisdizionale di apertura della procedura secondaria. Inoltre, come per gli accordi integrativi o sostitutivi, il potere di iniziativa circa la conclusione dell'impegno è riservato all'amministratore del procedimento. Come gli accordi sostitutivi, anche gli impegni sembrano essere figure negoziali contrassegnate da diverse peculiarità e, in particolare, da un vincolo di scopo⁵², che l'amministrazione può utilizzare in ragione del principio della generale sostituibilità o alternatività tra strumenti di diritto pubblico (atti unilaterali) e strumenti di diritto comune (atti consensuali) nell'esercizio dell'azione amministrativa e del principio di funzionalizzazione al pubblico interesse anche degli strumenti di diritto comune utilizzati dall'amministrazione⁵³ ai fini dello svolgimento dell'azione amministrativa⁵⁴. Per entrambe le fattispecie, poi, non solo è richiesta la forma scritta, ma si prevede un potere di impugnazione, quale rimedio avverso alla violazione dell'accordo (per l'impegno, come già visto, disciplinato dal par. 7 dell'art. 36 Reg. n. 2015/848).

Siffatta similitudine potrebbe poi consentire di applicare agli impegni i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, richiamati, in quanto compatibili, dalla disciplina degli accordi integrativi o sostitutivi tra pubbliche amministrazioni: il che consentirebbe, ad esempio, di assoggettare alla disciplina della responsabilità per inadempimento quella prevista, a carico dell'amministratore che abbia violato l'impegno, dall'art. 36, par. 10.

Quanto alla disciplina antitrust, come è noto, il legislatore europeo prima (art. 9 Reg. UE n. 2003/1) e quello italiano poi (art. 14 *ter* l. n. 289/90) qualificano come *impegno* un accordo che intercorre tra una o più imprese e la Commissione (o l'autorità nazionale garante della concorrenza), in forza del quale le prime si impegnano a cessare determinate condotte o a compiere determinati atti, al fine di fugare il dubbio di una condotta anticoncorrenziale.

⁵⁰ Damonte, *Atti, accordi, convenzioni nella giustizia amministrativa*, Padova, 2002, pp. 145 e ss.

⁵¹ Nigro, Relazione introduttiva, in Trimarchi (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione. Atti del Convegno. Messina-Taormina, 25-26 febbraio 1988*, Milano, 1990, p.9. All'A., presidente di una commissione governativa (nota come "Commissione Nigro") di riforma del procedimento amministrativo, i cui lavori portarono successivamente all'approvazione della l. n. 241/1990 sull'attività amministrativa, si deve il concepimento e l'introduzione del nostro ordinamento degli istituti in esame come espressione di un'attività amministrativa di tipo convenzionale.

⁵² Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, p. 122.

⁵³ Sul tema per tutti vedi Nigro, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980.

⁵⁴ Monni, *Gli accordi tra le pubbliche amministrazioni, con particolare riguardo all'ordinamento degli enti locali*, in *Lex Italia* 11/2003. In questo saggio l'autore specifica che: "Per "attività" si intende generalmente qualsiasi tipo di attività giuridica, sia essa amministrativa di diritto pubblico sia essa amministrativa di diritto privato, cioè attività funzionalizzata, in quanto immediatamente intesa al perseguimento di interessi pubblici, sia essa, infine, attività di diritto comune, relativamente ai rapporti patrimoniali e alle acquisizioni di beni e di servizi strumentali allo svolgimento delle attività finali della amministrazione, nonché attività materiale (prestazioni)".

L'istituto in esame, analogamente all'impegno nelle procedure secondarie virtuali, configura una fattispecie di natura negoziale⁵⁵, che intercorre tra amministrazione e privati e che integra o sostituisce un atto autoritativo dell'amministrazione stessa (nel caso di specie dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato). Inoltre, anche l'impegno antitrust si colloca all'interno di un procedimento già avviato, poiché, ai sensi della legge, la richiesta di conclusione dell'impegno deve essere presentata nella fase istruttoria. Altra caratteristica comune ai due istituti è l'ampio potere discrezionale dell'amministrazione parte dell'impegno⁵⁶, che in un caso può decidere se proporre o meno l'impegno basandosi su valutazioni di convenienza e opportunità per l'efficiente gestione delle procedure di insolvenza, nell'altro può optare liberamente tra la conclusione dell'impegno (accettando con la sua decisione la proposta negoziale delle imprese coinvolte) o la conclusione dell'istruttoria e la conseguente applicazione di sanzioni alle imprese per le condotte anticoncorrenziali.

Non possono tuttavia sottacersi le differenze tra l'impegno *ex art. 36* e gli impegni previsti in materia antitrust⁵⁷. Nella disciplina degli impegni antitrust, non solo il potere di iniziativa spetta ai privati e non all'amministratore del procedimento, ma è sui primi che gravano gli obblighi che ne derivano, e, conseguentemente, le sanzioni previste in caso di inosservanza dell'impegno⁵⁸, senza contare che l'impegno in questione si perfeziona con la decisione dell'autorità amministrativa e solo così diventa vincolante⁵⁹.

Più in generale poi, confrontando entrambi i tipi di impegno in esame con la figura degli accordi di cui all'art. 11 della l. n. 241/90, può notarsi che mentre gli impegni delle procedure secondarie virtuali si configurano più propriamente come accordi *sostitutivi*, in cui attraverso un esercizio consensuale del potere pubblico si sostituisce il provvedimento finale, mantenendo inalterato l'effetto tipico, al contrario gli impegni antitrust si prestano ad essere considerati piuttosto in termini di accordi *integrativi* del provvedimento amministrativo⁶⁰, in quanto volti a determinare il contenuto discrezionale del successivo provvedimento finale. Insomma, la conclusione dell'impegno *ex art. 36*, modifica soltanto lo strumento utilizzato, in quanto l'impegno sostituisce il provvedimento di apertura della

⁵⁵ Gitti, *Gli accordi con le Autorità indipendenti, in 20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di Rabitti – Barucci, tomo I, Torino, 2010, pp. 1122 e ss.

⁵⁶ Sul tema in generale vedi per tutti D'alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008.

⁵⁷ Un ulteriore istituto che potrebbe presentare gli stessi elementi essenziali delle fattispecie qui nominate è previsto nel disegno di legge (c.d. D.D.L. Capitali), che dispone “interventi a sostegno della competitività dei capitali e delega al Governo per la riforma organica delle disposizioni in materia di mercati dei capitali recate dal testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e delle disposizioni in materia di società di capitali contenute nel codice civile applicabili anche agli emittenti”. In particolare, con riferimento alle norme in materia di attività di intermediazione e consulenza finanziaria, il disegno di legge in esame reca alcune modifiche alla disciplina dei poteri sanzionatori della Consob, proponendo di integrare il d.lgs. n.58/1998 con l'art. 196- *ter*, contenente la disciplina di una nuova fattispecie di impegni, articolata sulla falsariga di quella degli impegni antitrust.

⁵⁸ L'art.14 *ter* della l. n. 287/90.

⁵⁹ Libertini, *Le decisioni di chiusura dei procedimenti per illeciti antitrust a seguito di impegni delle imprese interessate*, in *I nuovi strumenti di tutela antitrust, misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, Cintioli - Olivieri (a cura di), Milano, 2007 p. 14.

⁶⁰ In senso contrario vedi Cintioli, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza impegni e misure cautelari*, in *Giur. Comm.*, 2008 p.33 ma anche Lalli, *sub art. 14 ter alla l. n. 287/90*, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Cacialà, Troiano (curr.), 2010.

procedura secondaria, ma non l'effetto, che resta il medesimo in quanto l'impegno garantisce il trattamento dei creditori locali "come se" la procedura secondaria fosse stata aperta. Nella disciplina antitrust, invece, la conclusione e, soprattutto, il rispetto dell'impegno modifica lo stesso esito del procedimento⁶¹, impedendo l'accertamento di un illecito anticoncorrenziale, fermo restando che, anche in tal caso, l'effetto ultimo, cioè la mancata alterazione del gioco della concorrenza, è comunque rispettato.

IV. LE PROCEDURE SECONDARIE VIRTUALI NEL COORDINAMENTO CON LE NORME DEI SINGOLI ORDINAMENTI NAZIONALI

L'introduzione nell'ordinamento europeo della disciplina della procedura secondaria virtuale pone poi una serie di questioni ulteriori relative alla sua applicazione nei diversi sistemi nazionali, di cui, in questa sede, ci si limiterà a dare un breve accenno.

L'istituto della procedura secondaria virtuale, pur essendo volto ad evitare l'apertura di una procedura secondaria vera e propria, e i costi relativi, non preclude integralmente l'insorgere delle esigenze di coordinamento con le norme dei singoli ordinamenti nazionali.

Infatti, può notarsi che, tra gli effetti prodotti dall'approvazione dell'impegno vi è, come detto, quello di sottoporre eccezionalmente alla *lex concursus* locale alcune fasi della procedura unitaria, in particolare, quelle che coinvolgono la posizione dei creditori locali, tra cui la determinazione della maggioranza necessaria all'approvazione dell'impegno⁶²: ma la *lex concursus* locale potrebbe prevedere più di una disciplina relativa all'approvazione dei diversi strumenti di regolazione concordata della crisi, trattandosi allora di individuare quale di esse vada applicata ai fini della determinazione della maggioranza per l'approvazione dell'impegno⁶³. Del resto, non sarà semplice individuare preventivamente, ai fini dell'impegno, i creditori locali ai quali sottoporre l'approvazione, così come non sarà agevole individuare i beni coinvolti, sulla cui localizzazione o riguardo alla determinazione del loro valore⁶⁴. Oppure si consideri il caso in cui il debitore abbia dipendenze in diversi Stati membri dalle quali derivano crediti locali soggetti a normative tra loro diverse. E ancora, si potrebbero determinare problemi di compatibilità tra la *lex concursus* locale e quella principale in materia di diritti di prelazione dei creditori sui beni, come relativamente alla ripartizione dell'attivo o ancora al coordinamento in materia di tutela dei diritti reali o alla disciplina degli atti pregiudizievoli ai creditori⁶⁵.

Proprio al fine di risolvere, almeno in parte, i problemi di coordinamento tra l'istituto, inedito, dell'impegno e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, in alcuni di essi, ma

⁶¹ Police, *Il potere discrezionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di Rabitti-Barucci, tomo I, Torino, 2010, pp. 374 e ss.

⁶² In tal senso vedi Leandro, *op. cit.*, p. 125.

⁶³ Sul tema, si veda De Cesari Montella, *op. cit.*, p. 108, in cui l'autrice sostiene che per piani di ristrutturazione si deve intendere una nozione autonoma "riferita a ciascuna procedura che nei singoli Stati membri abbia per finalità la ristrutturazione dell'impresa del debitore, quale ne sia la denominazione locale; qualora, poi, l'ordinamento del dato Stato conosca più procedure di ristrutturazione, con diverse modalità di approvazione da parte dei creditori, si dovrà, si suppone, far riferimento a quella che è la procedura di ristrutturazione più frequentata e tipica. Così pensiamo di non sbagliare suggerendo che nel diritto italiano il riferimento corretto sia il concordato preventivo".

⁶⁴ Leandro, *op. cit.*, p. 133.

⁶⁵ Ivi, p. 126 e ss.

non nel nostro, sono state emanate, e non solo con riferimento alla fattispecie dell'impegno, disposizioni di attuazione del Regolamento o comunque volte a favorire il coordinamento tra quest'ultimo e la disciplina interna. Per esempio, in Francia è stata emanata l'*Ordonnance* n. 1519/2017, che, a questo fine, modifica alcune disposizioni del *Code de Commerce* anche con riferimento alla fattispecie dell'impegno. Nel Regno Unito è stato promulgato l'*Insolvency Amendment (EU 2015/848) Regulations 2017*, "che ha comportato l'introduzione di disposizioni di attuazione e di coordinamento con il Regolamento 848 relativamente, oltre al resto, agli obblighi di specificazione del carattere "principale", "secondario", o "territoriale" della procedura, alla modifica delle condizioni per la conversione delle procedure, ai procedimenti per l'approvazione dell'impegno unilaterale che – ai sensi dell'art. 36 del Regolamento n. 848 – esclude l'apertura di una procedura secondaria, agli accordi sulla giurisdizione unica in caso di procedure di coordinamento delle procedure di insolvenza aperte a carico di società facenti parte del medesimo gruppo"⁶⁶.

In questo senso, e con specifico riferimento all'attuazione e al coordinamento delle norme di diritto interno con quelle europee in materia di procedura secondaria virtuale, doveva leggersi anche la norma di cui all'art. 14 *bis* contenuta nella bozza del Codice della crisi e dell'insolvenza, redatta nell'ottobre del 2018 dalla c.d. Commissione Rordorf, che aveva cura di precisare, al comma 2, che l'approvazione dell'impegno dovesse ritenersi soggetta alle regole in materia di voto e maggioranze previste per il concordato preventivo. Allo stesso modo, si prescriveva che l'iniziativa, da parte di un amministratore della procedura principale aperta in Italia, di presentazione della proposta di impegno ai creditori locali dello Stato della dipendenza fosse soggetta all'autorizzazione del giudice delegato (art. 14 *bis* c. 4), mentre spettava al Tribunale decidere delle istanze dei creditori locali *ex* art. 36 parr. 7 e 8 (art. 14 *bis* c. 5).

La citata norma di cui all'art. 14 *bis* non è stata però riprodotta nella versione finale del Codice della crisi e dell'insolvenza. Il legislatore italiano sembra aver perso un'importante occasione per introdurre disposizioni di attuazione e di coordinamento con il sistema giuridico interno delle norme in materia di procedura secondaria virtuale disciplinate dal Regolamento n. 848. Come è noto, da una parte, non si può dubitare dell'effettiva ed immediata coerenza nel nostro ordinamento delle norme in materia di insolvenza *crossborder* come disciplinate dal Regolamento, in quanto queste promanano da un atto normativo comunitario avente portata generale, obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile negli ordinamenti degli Stati membri: tale atto normativo si pone, peraltro, nell'ordine delle fonti del nostro ordinamento, tra quelle di rango comunitario e, pertanto, gerarchicamente superiore a quelle di diritto interno. Dall'altra, però, la totale assenza nel nostro ordinamento di norme di attuazione e coordinamento con la disciplina comunitaria in materia di procedura secondaria virtuale aggrava una serie di questioni interpretative, a partire da quelle in materia di impegno, le uniche alle quali si avrà attenzione in questa sede. In particolare, si avrà specifico riguardo a quelle sollevate dalla presentazione e approvazione, in una procedura principale straniera, dell'impegno volto ad evitare

⁶⁶ Pasquariello, *op. cit.*, nota 38.

l'apertura di una procedura secondaria reale a carico della dipendenza ubicata in Italia, senza entrare nel merito degli ulteriori problemi derivanti dalla gestione (e dal coordinamento delle leggi applicabili alle diverse fasi) della procedura unitaria una volta che l'impegno sia stato approvato, in modo da circoscrivere il campo di indagine ai problemi di coordinamento tra la legge europea e il diritto italiano della crisi.

In questo senso, un primo ordine di problemi si pone rispetto all'individuazione dei creditori a cui sottoporre l'approvazione dell'impegno e delle maggioranze a tal fine richieste.

A questo proposito, occorre far riferimento ancora una volta alla norma di cui al paragrafo 5 dell'art. 36 del Regolamento, secondo il quale devono considerarsi applicabili ai fini dell'approvazione dell'impegno "le regole in materia di maggioranza qualificata e di voto che si applicano per l'adozione dei piani di ristrutturazione", secondo la legge dello Stato membro in cui si sarebbe potuta aprire la procedura secondaria di insolvenza. Inoltre, ai sensi del Considerando n. 44, laddove il diritto nazionale preveda diverse procedure per l'approvazione dei piani di ristrutturazione, sono le norme degli Stati membri a dover indicare la specifica procedura pertinente ai fini dell'adozione dell'impegno.

Se si considera che l'espressione piani di ristrutturazione corrisponde a quella, successivamente accolta della c.d. direttiva *Insolvency*, di quadri di ristrutturazione, e che a quest'ultima è stata data attuazione in Italia nell'ambito della disciplina del concordato preventivo, non resta che fare riferimento alle maggioranze previste per l'approvazione della relativa proposta, come del resto già previsto nella bozza Rordorf dal citato art. 14 *bis*.

Occorrerà, inoltre, considerare che l'ordinamento italiano prevede maggioranze diverse, a seconda che si tratti di concordato liquidatorio o in continuità aziendale⁶⁷. Come è noto, ai sensi dell'articolo 109 CCII, nel primo caso si richiede il voto favorevole della maggioranza dei crediti ammessi al voto, e, "ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se la maggioranza dei crediti ammessi al voto è raggiunta inoltre nel maggior numero di classi", mentre nel secondo, dove la suddivisione in classi è in ogni caso obbligatoria (art. 85 c. 3, CCII), si richiede inoltre il voto favorevole della maggioranza di tutte le classi.

Si consideri, tuttavia, che, ai fini dell'approvazione dell'impegno, una suddivisione in classi dei creditori locali sembra doversi escludere in linea di principio, per la ragione che l'oggetto della relativa proposta è per definizione unico ed omogeneo per tutti i creditori, esaurendosi nella scelta se rinunciare o meno all'apertura di una procedura secondaria reale in Italia.

Ne deriva, allora, che ai fini dell'approvazione dell'impegno, deve ritenersi richiesto il voto favorevole dei creditori locali che rappresentano la maggioranza assoluta dei crediti ammessi al voto, come previsto dall'art. 109 comma 1 CCII, per l'ipotesi di concordato liquidatorio senza suddivisione dei creditori in classi: saranno inoltre applicabili sia la norma che, nel caso in cui un unico creditore (locale) sia titolare di crediti in misura

⁶⁷ Secondo l'opinione di un'autorevole dottrina la differenza in questione "testimonia il favor del legislatore nei confronti del concordato in continuità aziendale ancor più evidente nel quadro dell'attuazione della direttiva n. 2019/1023" Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, VI ed., Bologna, 2023, p. 437.

superiore alla maggioranza dei crediti ammessi al voto, l'impegno potrà dirsi approvato solo se, oltre a quello della maggioranza dei crediti, abbia riportato inoltre il voto favorevole della maggioranza per teste dei voti espressi dai creditori (locali) ammessi al voto, sia quella dettata dall'ultimo periodo del comma 6 dell'art. 109 CCII, nella parte in cui il legislatore specifica che "sono inoltre esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze i creditori in conflitto d'interessi".

Nella totale assenza di norme di attuazione occorre anche individuare preventivamente, ai fini dell'impegno, quali siano i creditori locali legittimati ad esprimere il voto per l'approvazione dell'impegno secondo la legge italiana. Nel par. 5 dell'art. 36 Reg. n. 2015/848 è previsto che: "l'impegno è approvato dai creditori locali conosciuti". Inoltre, sempre il Regolamento, al Considerando n. 44, specifica che "se a norma del diritto nazionale le regole di voto per l'adozione di un piano di ristrutturazione richiedono la previa verifica dei crediti, questi crediti dovrebbero considerarsi approvati ai fini del voto sull'impegno".

Se l'impegno sul quale i creditori sono chiamati ad esprimersi, come detto, ha ad oggetto unicamente la scelta della nazionalità del giudice competente a regolare gli interessi dei creditori locali in base alla legge della dipendenza e prende le mosse da una proposta dell'autorità che gestisce la procedura principale, con la conseguenza che la sua approvazione comporta il medesimo effetto nei confronti di tutti i creditori, allora appare ragionevole riconoscere la legittimazione al voto a tutti i creditori locali che abbiano rapporti con la dipendenza, cioè ai titolari di crediti sorti nell'ambito dell'attività di quest'ultima, senza che rilevi tra essi alcuna distinzione di rango.

In questo senso, per analogia, sempre con riferimento alla disciplina del concordato preventivo, in materia di legittimazione al voto per l'approvazione dell'impegno, si potrebbero ritenere adattabili la norma di cui all'art. 107 comma 3, ultimo periodo, CCII in attuazione del par. 5 dell'art. 36 Reg. n. 2015/848, e la norma di cui all'art. 108 comma 1. Appare del resto opportuno prevedere espressamente che l'amministratore della procedura principale alleggi alla comunicazione obbligatoria ai creditori locali, cui è tenuto circa l'impegno, un elenco dei creditori legittimati al voto con indicazione dell'ammontare per cui sono ammessi, e precisare che eventuali crediti locali contestati o non ancora verificati si ritengano ammessi al voto limitatamente all'impegno.

Quanto invece alle maggioranze richieste ai fini dell'approvazione dell'impegno, dovrebbero trovare applicazione le norme sulla maggioranza senza classi di cui all'art. 109 comma 1 a tutti i creditori locali.

Alla luce di quanto esposto finora, in una prospettiva *de iure condendo* al fine di dare piena attuazione alle disposizioni in materia di procedure secondarie sintetiche, potrebbe essere opportuno introdurre un'espressa disposizione volta a disciplinare le regole di maggioranza e di legittimazione al voto per l'approvazione dell'impegno, come previsto dalla bozza iniziale del nuovo Codice della crisi d'impresa, al fine di adattare alla disciplina dell'approvazione dell'impegno, come già detto, il combinato disposto di cui agli artt. 107 comma 3, ultimo periodo, e 108 comma 1 CCII per ciò che concerne le regole in materia di legittimazione al voto, con esclusione delle distinzioni di rango dei creditori, e di estendere all'impegno la disciplina delle regole di maggioranza di cui ai commi 1 e 6, ultimo

periodo, dell'art. 109 CCII, con esclusione della parte riferita alla suddivisione dei creditori in classi, in quanto non compatibile con l'oggetto dell'impegno.

Attenzione meriterebbero, infine, i problemi di coordinamento derivanti dalla presentazione di una domanda di apertura di una procedura secondaria in Italia, successiva o precedente alla presentazione dell'impegno. Come già parzialmente anticipato nei paragrafi precedenti e alla luce dell'interpretazione delle norme del Regolamento in materia, la presentazione dell'impegno da parte dell'amministratore della procedura principale, ex artt. 36 e 37 Reg. n. 2015/848, può intervenire tanto in un momento in cui una domanda di apertura di una procedura secondaria non sia stata ancora presentata da parte dei creditori locali di una dipendenza, quanto nel periodo intercorrente tra la presentazione di una domanda siffatta e l'apertura della relativa procedura. Entrambe queste ipotesi necessiterebbero di norme di attuazione nel nostro ordinamento.

Nel primo caso, cioè quello della presentazione di una domanda di apertura di una procedura secondaria successivamente all'approvazione di un impegno, il Regolamento, all'art. 38 par. 2 (ma anche al già citato Considerando n. 42), prevede una sorta di giudizio di omologazione dell'impegno da parte del giudice adito per l'apertura della procedura secondaria, disponendo, come già visto, che laddove sia stato contratto un impegno il giudice competente non apre la procedura secondaria di insolvenza se ritiene che l'impegno tuteli adeguatamente gli interessi dei creditori locali. In questo caso, in una prospettiva *de iure condendo*, sarebbe opportuna una norma interna che, analogamente a quanto previsto dall'art. 49, comma 5 CCII, impedisse, in presenza di un impegno approvato, l'apertura della procedura secondaria, disponendo che, pur in presenza dei relativi presupposti, il giudice non possa dichiarare l'apertura della procedura secondaria se l'impegno tuteli adeguatamente gli interessi dei creditori della dipendenza italiana, al fine di garantire l'efficiente gestione delle procedure⁶⁸.

Nel secondo caso invece, ovvero quando l'impegno sia presentato successivamente alla istanza di apertura della procedura secondaria, il Regolamento, proprio allo scopo di permettere all'amministratore della procedura principale la possibilità di eccepire l'impegno, già prevede l'obbligo del giudice adito per l'apertura della procedura secondaria di informare l'amministratore delle procedure di insolvenza o il debitore non spossessato della procedura principale di insolvenza al fine di permettere loro di essere sentiti (art. 38, par. 1) e consente a costoro di chiedere la sospensione del procedimento, al fine di evitare che l'avvenuta apertura della procedura secondaria finisca per precludere definitivamente la possibilità di presentazione dell'impegno (art. 38, par. 3).

Allo scopo di dare concreta attuazione a queste norme si tratterebbe allora di introdurre una norma espressa, che definisca i termini entro i quali presentare l'impegno, equiparando la proposizione dell'impegno alla proposta di concordato in pendenza di una procedura di liquidazione giudiziale, ex art. 40, comma 10, CCII, e prevedendo la possibilità di sospendere l'istruttoria per l'apertura della procedura secondaria vera e propria, al fine di rendere concretamente realizzabile l'approvazione dell'impegno nel medesimo procedimento istruttorio, entro la data della prima udienza dello stesso, a pena di decadenza, e fatta salva la possibilità di chiedere al giudice adito la sospensione

⁶⁸ In questo senso, in commento alla norma di cui all'art. 49 c. 5 CCII vedi Nigro, Vattermoli, *op. cit.*, p. 127.

dell'apertura della procedura secondaria, per un periodo non superiore a tre mesi, in attuazione della norma di cui al par. 3 dell'art. 38 Reg. n. 2015/848.

In conclusione, per quanto sarà la prassi applicativa ad individuare i principali problemi sollevati dall'istituto della procedura secondaria virtuale e ad orientarne la soluzione, certo è che la sua efficacia, quantomeno sotto il profilo della certezza del diritto, rischia di essere seriamente indebolita, quanto in particolare al nostro ordinamento, dall'assenza di norme attuative e di coordinamento della disciplina comunitaria: ma l'auspicio che, almeno in sede di correttivo, il legislatore ponesse rimedio a tale lacuna sembra restato vano.

