



UNIVERSITÀ POLITECNICA DELLE MARCHE
FACOLTÀ DI ECONOMIA “G. FUÀ”

Corso di laurea magistrale in Economia e Management
Curriculum Economia e Diritto d’Impresa

La nuova legge fallimentare con riferimento ai gruppi societari
New bankruptcy law on corporate groups

Relatore:
Sergio Branciarì

Tesi di laurea di:
Simone Buccolini

Anno Accademico 2018-2019

Indice

	Cap.
Introduzione	
1: i gruppi societari, definizione e loro disciplina.	5
1.1 Premessa: definizione di gruppi di società, necessità di un riconoscimento diretto, oltre che indiretto, nell'ordinamento giuridico.	5
1.1 Il controllo societario secondo l'art. 2359 c.c.	10
1.2 Disciplina dei gruppi sulla responsabilità da direzione e coordinamento dell'art.2497 c.c. e sulla sussistenza di direzione unitaria degli artt.2497sexies c.c. e 2497-septies c.c.	16
1.2.1 Gli obblighi di pubblicità e trasparenza	30
1.2.2 Il recesso dei soci delle società soggette a direzione e coordinamento	36
Cap. 2: le procedure concorsuali prima della riforma	
Premessa: la mancanza di una disciplina concorsuale diretta alla crisi dei gruppi di imprese	43
2.1 Definizione del concordato preventivo precedente alla riforma	46
2.2 La prassi giurisprudenziale	49
2.2.1 Dubbi e problematiche relative alla competenza territoriale	65
2.2.2 La commistione delle masse attive e passive	71
2.2.3 Concordato preventivo di gruppo e operazioni straordinarie	74
Cap. 3: la nuova legge fallimentare 155/2017	
3.1 Premessa: necessità di una disciplina per la regolamentazione dell'insolvenza	85
3.2 Gli interventi della riforma sul concordato preventivo di gruppo: analisi della Legge 155/2017.	93
3.3 I criteri per la definizione di gruppo di imprese secondo l'art. 3, comma 1°	96
3.4 Principi e criteri direttivi per la gestione unitaria del concordato preventivo di gruppo: dell'art.3, comma 2°, l. 155/2017	98

Conclusioni	103
Bibliografia	107
Sitografia	108

Introduzione

Il concetto di gruppo di società non è stato adeguatamente valorizzato, per molto tempo, nell'ordinamento giuridico italiano. Il fenomeno, nonostante l'importante diffusione nel territorio nazionale nella realtà odierna, non fu adeguatamente considerato dal codice del 1942 fino alla Riforma del diritto societario del 2003, che ha introdotto al Capo IX, del Titolo V del nostro Codice civile, agli artt. 2497 ss. c.c., il tema dell'attività di direzione e di coordinamento di una società, anche se questo non vuol dire però, che in questo arco temporale, non siano stati apportati comunque importanti interventi legislativi in tema di gruppi societari, anche se considerati disorganici ed incompleti.

Nel caso di dissesto e insolvenza di una delle società del gruppo, trovava attuazione la disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, al Capo I, del Titolo IV, d.lgs. 270/1999, agli artt. 80 ss., in tema di estensione dell'amministrazione straordinaria alle imprese del gruppo.

Nella realtà di oggi, la problematica relativa al gruppo di imprese è stata sostenuta e parzialmente risolta dalla legge delega della Riforma del diritto fallimentare, l. 155/2017, in cui dopo 40 anni ci si trova ad affrontare una nuova definizione di gruppo legata alla disciplina civilistica, insieme ad una regolamentazione di specifici principi e criteri direttivi per la gestione unitaria del concordato preventivo di gruppo.

Il decreto legislativo di attuazione della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155 si apre con una serie di disposizioni – gli artt. 1-11 – in grado di realizzare l'adesione ai principi

di linearità, economicità, rapidità e tempestività che hanno fatto da guida all'opera di riforma.

Quest'ultima, che nelle intenzioni del legislatore deve mirare a superare lo stato alluvionale e frammentario della precedente disciplina, si propone altresì di coordinare la materia, eliminando l'esistente divario tra disposizioni riformate e vecchie previsioni rimaste invariate, che, nonostante i molteplici interventi di modifica e integrazioni effettuati nel corso degli anni, risentono ancora di un'impostazione nata in un contesto temporale e politico ben lontano dall'attuale.

Una delle modifiche più significative è, senza dubbio, l'introduzione della possibilità del concordato preventivo di gruppo. Finora infatti, il concordato preventivo di gruppo non era uno strumento riconosciuto nell'ordinamento giuridico proprio a causa della mancanza di una disciplina concorsuale positiva diretta alla regolamentazione della crisi che investiva i gruppi di società.

Nel tempo, però, non sono mancate discussioni giurisprudenziali circa la legittimità o meno del concordato preventivo di gruppo all'interno del nostro ordinamento giuridico.

Buona parte dei sostenitori hanno dato luogo circa l'ammissibilità della proposta unitaria da parte del gruppo, nonostante la stessa Corte Suprema abbia più volte ribadito il proprio diniego in materia di concordato preventivo di gruppo, a causa dei limiti inderogabili presenti dell'ordinamento giuridico che disciplinano le differenti società e per la mancanza di una disciplina positiva in materia concorsuale della fattispecie concordataria riferita al gruppo.

Ad oggi, visto la costante diffusione di queste strutture organizzative complesse e la maggiore frequenza da parte di queste di utilizzare lo strumento, la necessità, nel diritto concorsuale, di cercare delle soluzioni normative che tentino di procedere ad una

risoluzione della crisi d'impresa del gruppo attraverso lo strumento concordatario si è fatta sempre più indispensabile, e quindi si è creata l'esigenza di formulare un'apposita disciplina ad hoc.

Nella redazione del seguente elaborato, si è dedicato un primo capitolo alla disciplina dei gruppi di imprese, nello specifico analizzando il riconoscimento solamente indiretto nell'ordinamento giuridico italiano di questa tipologia di strutture organizzative.

Il capitolo inizierà con la disciplina in tema di controllo, di cui art.2359 c.c., ove vi sarà una dettagliata descrizione delle tre differenti tipologie di forme di controllo societario, enfatizzando il collegamento all'art.2497-sexies c.c.

Prosegue un'attenta analisi degli artt. 2497 ss. in tema di direzione e coordinamento delle società. Nello specifico si affronterà, nella lettura, la normativa della responsabilità per gli organi sociali della holding in caso di pregiudizio arrecato al patrimonio dei soci di minoranza e creditori delle controllate.

Segue l'art. 2497-sexies, la presunzione, salvo prova contraria, che l'attività di direzione e coordinamento sia esercitata dalla società o ente tenuto alla redazione del bilancio consolidato o al controllo societario. L'art. 2497-septies, disciplina l'attività di direzione e coordinamento sulla base di un contratto o di clausole statutarie.

Il capitolo secondo tratterà della legge fallimentare precedente alla riforma, caratterizzata dalla mancanza di una disciplina concorsuale diretta alla crisi dei gruppi di imprese, che vede come unico strumento di risoluzione della crisi il concordato preventivo di gruppo, affiancato dallo strumento dell'Amministrazione straordinaria delle grandi imprese.

Per quanto riguarda l'ammissibilità di tale strumento, nello specifico si cercherà di delineare le caratteristiche essenziali dei diversi orientamenti giurisprudenziali e

dottrinali in riferimento alla gestione della procedura concorsuale, sia in tema di consolidamento processuale che di tutela del ceto creditorio, elencando le diverse casistiche e soluzioni adottate dai differenti tribunali.

Dopo una prima panoramica generale, l'elaborato affronterà il dubbio sulla rilevanza territoriale, sulla commistione delle masse attive e passive, definiti come limiti inderogabili e sulla creazione di operazioni straordinarie per l'accesso alla procedura di concordato.

Un paragrafo speciale verrà dedicato alle pronunce della Suprema Corte e in particolar modo verranno evidenziati i motivi alla base del diniego circa l'inammissibilità della proposta concordataria di gruppo.

Il capitolo finale si occuperà di descrivere le novità che sono state introdotte con l'emanazione del decreto legislativo di attuazione della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155 circa la formulazione della nuova disciplina concorsuale e i principi europei su cui tale progetto ha basato le proprie considerazioni.

Tre importanti paragrafi del capitolo tratteranno l'analisi dell'art 3, l. 155/2017, dapprima a livello generale, poi nello specifico verranno analizzati i commi 1° e 2°, includendo anche in questo ultimo paragrafo una sezione finale dedicata alla liquidazione giudiziale di gruppo (comma 3°). In particolare, in primis si evinceranno i criteri per la definizione di gruppo di imprese e, al comma 2°, verranno definiti i principi e criteri direttivi per la gestione unitaria del concordato preventivo di gruppo.

Cap. 1 - I gruppi societari: definizione e disciplina

1.1. Premessa: i gruppi di società nell'ordinamento giuridico

Nell'ordinamento giuridico italiano non esiste una vera e propria definizione di gruppo di società, ma vi è solo un riconoscimento indiretto che pone dei riferimenti normativi alla nozione di gruppo di imprese.

I riferimenti sono contenuti al Capo IX del Titolo V del nostro Codice, ove sono delineate le caratteristiche essenziali del gruppo; nello specifico si fa riferimento agli artt. 2497 ss. in tema di direzione e coordinamento di società.

La disciplina citata espone all'art.2497 la responsabilità da direzione e coordinamento, mentre negli artt. 2497-sexies c.c. e 2497-septies c.c. si evidenzia la sussistenza dell'esercizio di direzione unitaria esercitata dalla controllante che fa presumere l'esistenza di un gruppo di imprese.

Non solo, all'artt. 2497- bis e ter c.c. sono esposti gli obblighi del gruppo in termini di pubblicità e trasparenza, mentre con l'art. 2497 - quater c.c. il legislatore ha voluto tutelare la società soggetta a direzione e coordinamento attraverso l'utilizzo dello strumento del recesso; occorre anche definire che l'art. 2497 - quinquies c.c. richiama l'art. 2467 c.c. in tema di finanziamenti dei soci. L'importanza di una disciplina che possa regolamentare i gruppi di imprese ha assunto un particolare rilievo soprattutto nell'ultimo decennio.

Infatti, in Italia, secondo i dati Cerved¹, i gruppi societari operanti in sul territorio nazionale superano le 120.000 unità e implicano nel loro insieme quasi 330.000 società².

In queste strutture organizzative, il controllo è affidato a pochi soggetti e nel momento in cui tale controllo è riconosciuto, vi è l'applicazione di un'apposita disciplina che permette di coordinare il rapporto tra holding e controllata appartenente allo stesso gruppo.

Una volta definita una panoramica generale in merito alla diffusione dei gruppi nel territorio italiano, occorre dare una definizione che possa categorizzare questo tipo di strutture e una descrizione relativa ai vantaggi e svantaggi cui le società del gruppo sono soggette nel momento in cui partecipano a esso.

Anzitutto, il presupposto principale per la creazione di un gruppo di società è quello dell'acquisizione delle partecipazioni.

Una società per azioni infatti può acquisire e sottoscrivere liberamente azioni o quote di altre società di capitali³, anche se sussistono ulteriori presupposti basilari che il gruppo deve avere per essere definito come tale.

Le caratteristiche fondamentali possono essere categorizzate come:

- L'aggregazione di molteplici imprese, anche se ogni singola società facente parte del gruppo ha una propria autonomia giuridica.
- Il rapporto che correla le diverse entità operative del gruppo.

¹ Cerved è un operatore primario in Italia nell'analisi del rischio di credito e una delle principali agenzie di rating in Europa.

² Bottai L.A., *I gruppi di imprese nella riforma concorsuale*, Utet, Torino, 2018, pag. 35.

³ Campobasso G.F., *Le partecipazioni rilevanti. I gruppi di società, Manuale di Diritto Commerciale*, Utet, Torino, 2016, pag. 225.

- L'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento da parte della holding, per la creazione di un fine comune⁴.

A livello astratto, quindi, si può definire il gruppo di società come “un'aggregazione di forze produttive”, strutturate in una forma organizzativa complessa, giuridicamente indipendenti, collegata dall'esigenza di “organizzare un'attività comune in alcuni settori produttivi”, nella quale la società, definita come holding o capogruppo, esercita un'attività di direzione e coordinamento nei confronti di una o più imprese appartenenti al medesimo gruppo⁵.

Il fine perseguito dall'organizzazione nel suo insieme è quello di attuare una politica comune e ottenere risultati unitari nell'interesse dell'intero gruppo.

La holding, o controllante, è la società che esercita una funzione di controllo sulle imprese all'interno del gruppo, per questo motivo si può definire che ha un'influenza dominante sulle sottoposte, che a sua volta può trasformarsi in un'attività di direzione e coordinamento nei confronti della controllata, o nel caso di una pluralità di soggetti, delle controllate.

Il gruppo di imprese presenta molteplici benefici, nonostante spesso comporti altrettanti rischi.

I benefit dell'appartenenza al gruppo si evidenziano nella combinazione tra i vantaggi derivanti dall'unità economica della sua dimensione e quelli della disgregazione in più unità autonome e indipendenti. Nello specifico, la velocità nell'attuare operazioni strategiche e operative, il vantaggio di una propria autonomia decisionale se pur limitata

⁴ Saccon C., *Il gruppo di imprese e il bilancio consolidato, Bilancio consolidato: disciplina nazionale e IFRS*, Milano, 2016, pag. 2 e ss.

⁵ Ferrara F., Corsi F., *I rapporti di partecipazione e i gruppi di società*, Compendio di diritto commerciale, Milano, 2010, pag. 161.

alle direttive imposte dalla holding, la possibilità di frazionare il rischio d'impresa e limitarlo a tutte le società del gruppo⁶. L'aggregazione in una pluralità di imprese permette di avere una maggiore efficienza negli equilibri economici e gestionali, rispetto ad un'impresa che opera singolarmente, migliorando così "l'economicità complessiva".

Le caratteristiche cardine del gruppo sono sicuramente la "flessibilità" e "l'adattabilità". Il vantaggio dell'appartenenza ad un gruppo si identifica proprio nella possibilità di far parte di un complesso efficace ed efficiente che permette una diversificazione e integrazione dei processi produttivi, una penetrazione nel mercato attraverso la struttura complessa, un aumento del proprio potere contrattuale nel mercato implicando così situazioni di scambio più favorevoli⁷.

I gruppi riconosciuti erano quelli bancari regolati dal TUB⁸ e i gruppi finanziari dal TUF⁹.

Un breve accenno iniziale alla regolamentazione dei gruppi è stato introdotto, in primis con la Riforma del 2001, cui art.10, lett. a, l. 366/2001¹⁰.

⁶ Campobasso G.F., *Le partecipazioni rilevanti. I gruppi di società*, 2016, pag. 225.

⁷ Saccon C., *Il gruppo di imprese e il bilancio consolidato, Bilancio consolidato: disciplina nazionale e IFRS*, Milano, 2016, pag.4: i gruppi possono essere classificati sia in base alla loro struttura, sia in base alla natura e al livello di integrazione. Per quanto concerne la struttura troviamo gruppi verticali e orizzontali; in base alla natura sia della capogruppo sia dell'attività svolta da quest'ultima si collocano gruppi privati e pubblici, governati da holding finanziarie o miste. Infine, si possono classificare i gruppi in base all'integrazione, ovvero orizzontale, verticale, gruppi conglomerati, patrimoniali, finanziari, industriali e imprenditoriali.

⁸ Si fa riferimento all'art. 60 del TUB, ove cita testualmente "il gruppo bancario è composto alternativamente: a) dalla banca italiana capogruppo e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali da questa controllate; b) dalla società finanziaria o dalla società di partecipazione finanziaria mista capogruppo italiana e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali da questa controllate, quando nell'insieme delle società da essa partecipate vi sia almeno una banca italiana controllata e abbiano rilevanza determinante, secondo quanto stabilito dalla Banca d'Italia [...], le partecipazioni in società bancarie e finanziarie".

⁹ Il D.lgs. 58/1998 TUF lascia alla Banca d'Italia, sentita la Consob, di determinare la nozione di gruppo rilevante in materia di SIM - art. 19, comma 1°, lett. h) - e fondi comuni d'investimento - art. 34, comma 1, lett. f) - oltre che introduce agli artt. 93, una definizione di controllo per le società emittenti strumenti finanziari quotati, e richiede all'art. 117 la redazione di bilanci consolidati di gruppo nelle società per azioni quotate in borsa.

¹⁰ POLI S., *Il concordato preventivo di gruppo*, in Giur. Comm., 2014, pp. 735.

Nasceva in questo modo l'esigenza di inserire un'apposita normativa per disciplinare il fenomeno, che tendeva sempre di più ad espandersi nel nostro paese e, in particolar modo si cercava di tutelare tutti quei soggetti che venivano ad esporsi perché coinvolti nelle società, quali soci di minoranza e creditori sociali.

Dal punto di vista giuridico ogni entità, società o enti, mantiene la propria autonomia e indipendenza patrimoniale, pur essendo assoggettata sia alla direzione unitaria della capogruppo, sia al raggiungimento di uno scopo comune che forma l'interesse del gruppo nel suo insieme.

Ciò premesso, il bisogno di un'apposita disciplina si evince dal fatto di voler soddisfare particolari esigenze, nel diritto societario, nello specifico quello di evitare che si formino particolari "intrecci di partecipazioni" che possano alterare nella totalità le società del gruppo e la direzione della capo gruppo.

Conseguentemente, si enfatizza la necessità di creare una rete che colleghi il gruppo nel suo insieme in modo che le informazioni circolino in modo corretto all'interno della struttura, per quanto concerne sia gli esiti economici che la situazione patrimoniale del gruppo nel suo insieme, sia i "rapporti finanziari e commerciali fra società del gruppo".

L'ultima considerazione in merito riguarda il pregiudizio nelle scelte operative delle singole società facenti parte del gruppo.

Con la disciplina, di cui artt. 2497 ss., si vuole evitare che le decisioni acquisite dalle società controllate nell'interesse del gruppo, creando un vantaggio all'intero gruppo stesso, vadano ad arrecare pregiudizio a tutti quegli azionisti esterni, quindi che non fanno parte del gruppo stesso, e ai creditori¹¹.

¹¹ CAMPOBASSO G.F., *Le partecipazioni rilevanti. I gruppi di società*, cit., p.226.

Nel definire l'espressione della direzione unitaria, il legislatore ha avuto differenti riferimenti sia nella disciplina del controllo societario, sia agli artt.80 ss. d.lgs. 270/1999, in tema di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza.

L'attività di direzione e coordinamento permette che le decisioni sulle operazioni di gestione e le operazioni strategiche siano estranee alle singole società operative.

Lo strumento del controllo, a cui verrà dedicato un apposito paragrafo, permette sicuramente di esercitare una direzione unitaria, ma non è sufficiente per definirsi un concetto di gruppo perché serve l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

A dare forza interviene il legislatore introducendo la presunzione e l'esistenza dei contratti.

1.2. Il controllo societario secondo l'art. 2359 c.c.

La connessione che si pone tra capogruppo e controllata identifica la fattispecie del controllo societario, ai sensi dell'art.2359 c.c., riconosciuto come la possibilità potenziale di una società di condizionare, in modo decisivo, "l'attività economica" di un altro soggetto.

La disciplina del controllo contenuta nell'art. 2359 c.c. identifica tre differenti tipologie di forme di controllo societario, ovvero il "controllo di diritto, controllo di fatto", che si raggruppano in un unico insieme, definito controllo azionario, ed il "controllo contrattuale".

La norma, di cui art.2359 c.c., insieme a molteplici definizioni presenti nelle leggi speciali settoriali, in particolare si fa riferimento a quella presente all'art.93¹² TUF, ove

¹² Art. 93, comma 1°, l.3/2018, TUF, presenta la definizione di controllo: "nella presente parte sono considerate imprese controllate, oltre a quelle indicate nell'articolo 2359, primo comma, numeri 1 e 2, del

vi è un ulteriore elenco di società controllate da una società quotata, presenta una definizione di società controllata.

Una volta analizzato cosa si intende per società controllata, occorre definire le tre tipologie di controllo.

Quando si tratta di controllo di diritto si intende che una società “dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria di un’altra società”; siffatta società ha quindi il potere di nominare e revocare gli amministratori, decidere l’esito delle proposte in assemblea ordinaria, ovvero gestire la controllata tramite gli amministratori.

Il controllo di fatto invece, viene esercitato quando si hanno i “voti sufficienti per esercitare un’influenza dominante nell’assemblea ordinaria”.

La partecipazione al capitale rappresenta la base al rapporto di controllo, infatti anche se la partecipazione è minoritaria, sussiste la possibilità di decidere sulle deliberazioni dell’assemblea ordinaria in modo da disintegrare i “possessi azionari e l’assenteismo” dei soci¹³.

Il punto di raccordo tra le due forme di controllo è quello in cui la holding ha il potere di utilizzare una “influenza dominante” sulle controllate che attraverso le direttive ne decide l’attività, un potere che può essere descritto attraverso la nomina o revoca degli amministratori di queste società con l’esercizio del proprio voto in assemblea ordinaria.

L’influenza dominante nel controllo di diritto avviene attraverso la maggioranza dei voti, mentre nel controllo di fatto è esercitata attraverso i soggetti, che pur non costituendo

codice civile, anche: a) le imprese, italiane o estere, su cui un soggetto ha il diritto, in virtù di un contratto o di una clausola statutaria, di esercitare un'influenza dominante, quando la legge applicabile consenta tali contratti o clausole; b) le imprese, italiane o estere, su cui un socio, in base ad accordi con altri soci, dispone da solo di voti sufficienti a esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria”.

¹³CAMPOBASSO G.F., *Le partecipazioni rilevanti. I gruppi di società*, cit., p.227.

la maggioranza, riescono ad ottenere una percentuale elevata da prevalere sugli altri soci nell'assemblea ordinaria.

Compreso nella configurazione di un controllo di fatto o di diritto si presenta anche il controllo indiretto, ma non il controllo di terzi.

La terza fattispecie prevista di controllo è quella del controllo derivante da accordo contrattuale, (c.d. contrattuale) ovvero in presenza di particolari vincoli contrattuali, una società esercita un'influenza dominante su un'altra.

In questo caso, a differenza dei precedenti, il controllo non è legato alla partecipazione azionaria, ma ai rapporti contrattuali, che creano una situazione di dipendenza economica della controllata, tale da influenzarne la vita della società stessa.

Occorre poi precisare che il controllo si presenta sia direttamente, come esplicito nell'art.2359 c.c., comma 1° c.c.; o indirettamente, in riferimento al solo controllo azionario, ovvero di fatto e di diritto, ai sensi dell'art. 2359 c.c., comma 2°, ove si definisce che “si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta”, non sono però conteggiati “i voti spettanti per conto di terzi”, ovvero in termini di controllo indiretto.

Il testo della norma può essere tradotto nel fatto che il controllo indiretto, esistente tra una holding e una controllata, avviene attraverso una terza società interposta, che è sotto il controllo della capogruppo ma a sua volta risulta essere la controllante della sottoposta, da sola o attraverso figure di società fiduciarie o persone interposte. Questo fenomeno crea società c.d. a catena.

Ai sensi dell'art.2359, comma 2°, c.c., solamente il controllo azionario è accettabile, se invece lungo la catena una controllata dovesse presentare particolari vincoli

contrattuali con una controllante, solo quest'ultima diretta sarebbe considerata come tale e non le antecedenti.

Anche se come si può evincere, la controllata è pur sempre una controllata è comunque tale anche in presenza di condizioni contrattuali, quindi le società interne della controllata sono anch'esse società le cui direttive sono imposte dalla controllante che esercita il controllo contrattuale.

Occorre effettuare un'altra precisazione riguardante il testo della norma.

Il citato controllo indiretto, cui riferimento normativo all'art.2359, comma 2° c.c., avviene per tramite di "società fiduciarie e persona interposta".

Nonostante con il controllo societario, la holding eserciti un'influenza economica sulla sottoposta, non è detto che si sia in presenza di un gruppo di società, il controllo presume l'esercizio dell'attività di direzione unitaria, di cui artt. 2497 ss. In particolar modo il concetto di controllo, in termini di disciplina dei gruppi, è richiamato all'art. 2497-sexies c.c., ove "[...] si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'articolo 2359".

Nell'analisi dell'art. 2359 c.c., descrivendo le tre differenti tipologie di controllo societario si è fatto riferimento solamente alla fattispecie delle società controllate, in realtà il testo della norma introduce anche un'altra fattispecie, ovvero quella del collegamento.

Con il termine società collegata, di cui art. 2359, comma 3°, c.c., si intende una società sulla quale "un'altra esercita un'influenza notevole¹⁴", di grado inferiore rispetto al concetto di influenza dominante.

¹⁴ DACCÒ A., *I gruppi di società*, cit., p. 670.

Si parla di influenza notevole quando “un soggetto detiene almeno un quinto dei voti, o un decimo nelle società quotate in mercati regolamentati, ed è in grado di esercitarli nell’assemblea ordinaria¹⁵”.

In linea di massima si può definire che si parla di collegamento di società nel momento in cui la partecipazione posseduta sia, quantitativamente parlando, inferiore, quindi insufficiente, per determinare le strategie della controllata, ma comunque il detentore di queste partecipazioni ha una sorta di influenza tale da non essere ignorato nella gestione, seppure minore.

Per il diritto italiano “Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa.¹⁶”.

Definire se si tratta di una fattispecie di controllo o di collegamento è rilevante sotto il profilo giuridico, perché presentano delle peculiarità che le distinguono l’uno dall’altra.

La rilevanza giuridica del collegamento può essere limitata, ovvero comporta degli obblighi solamente in sede di redazione di bilancio per la società che detiene la partecipazione. Questo significa che il valore della partecipazione, per gli amministratori della controllata, non rappresenta un investimento ma è da considerarsi un’immobilizzazione, ovvero un bene che deve essere valutato come durevole nel patrimonio della società, con i criteri di valutazione ad esso assoggettati, una qualificazione sostanzialmente imprenditoriale.

¹⁵CAMPOBASSO G.F., *Le partecipazioni rilevanti. I gruppi di società*, cit., p. 227.

¹⁶ Art. 2359 cc, comma 3°.

Per quanto concerne la fattispecie del controllo, il suo valore giuridico si definisce flessibile. Infatti, il controllo si presenta come punto cardine del gruppo nel suo complesso organizzativo. Si può definire che la rilevanza giuridica del controllo viene categorizzata dall'ordinamento nelle seguenti modalità.

Innanzitutto, la fattispecie del controllo è quella che dà origine all'obbligo di attuare un'informazione contabile sia per la holding che per le controllate, fattispecie introdotta dalla legge 7 giugno 1974, n.216 e successivamente modificata da ulteriori interventi legislativi, allo scopo di sottolineare i diversi rapporti di partecipazione - finanziari, i risultati economici, l'impatto dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento sulle controllate.

All'interno del microsistema dell'informazione di gruppo, si insinua anche l'obbligo di redigere il bilancio consolidato, che permette di conoscere la situazione patrimoniale, finanziaria ed economica del gruppo complessivo, attraverso l'eliminazione delle operazioni infragruppo¹⁷.

Un altro obbligo che sorge dalla situazione di controllo, è quello di vietare alla controllata di acquisire partecipazioni nella holding, in questo caso valgono gli stessi limiti dell'acquisto delle partecipazioni proprie, ai sensi dell'art. 2359-bis. Sorgono quindi dei limiti e divieti per la sub-holding allo scopo di evitare una disgregazione del patrimonio e contaminazione degli organi sociali della società controllante. Infine, ai sensi dell'art.2497sexies, il controllo fa presumere l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, che sembra essere contemplata nel solo controllo di diritto¹⁸.

¹⁷ CAMPOBASSO G.F., *Le partecipazioni rilevanti. I gruppi di società*, cit., p.229.

¹⁸ GUIZZI G., *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, cit., pp. 351-354.

1.3. La responsabilità da direzione e coordinamento e la direzione unitaria

La disciplina della responsabilità, di cui art. 2497 c.c., non definisce il gruppo di imprese, ma qualifica quel determinato fatto, suscettibile di accertamento oggettivo, che consiste nell'attività di direzione e coordinamento di società.

Il Capo IX indirettamente correla una definizione di gruppo all'istituto della responsabilità, di cui art. 2497 c.c., in cui si specifica che l'attività di direzione e coordinamento è strettamente annessa al tema della responsabilità, perché la presente disciplina caratterizza non solo i soggetti responsabili, ma individua anche il fondamento oggettivo della valutazione della responsabilità.

Proprio l'attività di direzione e coordinamento è un'attività che si distingue dalla comune attività di gestione societaria ed è il punto cardine della responsabilità¹⁹.

La normativa contenuta negli artt. 2497 ss. si applica ai gruppi di imprese a condizione che la holding svolga un'attività di direzione unitaria.

Nei testi della norma non vi è una spiegazione dettagliata che descriva tale attività, ma si può comunque evincere che il legislatore si riferisce ad un comportamento di tipo imprenditoriale e di tutte quelle scelte operative e strategiche che si legano ad esso, che sono nell'interesse dell'intero gruppo, trasmesse alla/e controllata/e attraverso l'imposizione di direttive.

Storicamente, l'istituto della responsabilità dei gruppi di impresa era già stato affrontato parzialmente dalla disciplina sull'amministrazione delle grandi imprese, di cui art. 3, l. 95/1979, Legge Prodi, sostituito poi dall'art. 90 d.lgs. 270/1999, c.d. Legge Prodi-

¹⁹ DI MAJO A., *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Torino, 2012, p. 89 ss.

bis, che evidenziava una responsabilità solidale degli amministratori. Successivamente, il D.lgs. n. 231/2001 ha introdotto, nell'ordinamento giuridico, il concetto di reato in capo alle persone giuridiche.

La norma precedente stabiliva che la persona giuridica era responsabile del reato commesso nel suo interesse o per il suo vantaggio, indipendentemente dalle persone fisiche.

Le norme introdotte agli artt. 2497 ss. del c.c. hanno permesso di fornire rassicurazioni in “merito alla liceità” dell'attività di direzione e coordinamento posta in essere.

L'art. 2497, comma 1°, c.c.²⁰, descrive le società o enti che esercitano un'attività direzione e coordinamento sulle altre, prevedendo la responsabilità sia nei confronti dei soci di queste in caso di pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, sia nei confronti dei creditori sociali per l'eventuale “lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società”.

Con l'espressione società controllante si intende una società tenuta al consolidamento dei bilanci.

Le holding posso essere sia figure societarie, ma anche associazioni, fondazioni, comitati o società estere.

Con la terminologia ente invece ci si riferisce a tutti quei “soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria²¹”, non si

²⁰ Art. 2497, comma 1°, cita testualmente “le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime”.

²¹ D.l.1 luglio 2009, n.78 conv. con modificazioni dall'art. 1, comma 1°, L. 3 agosto 2009, n.102.

comprende se all'interno di queste categorie si possano collocare gli enti pubblici territoriali diversi dallo Stato, anche se la tesi maggioritaria definirebbe lo stato come un organizzatore, che governa le differenti branche societarie.

La società controllante esercita un'attività imprenditoriale in termini di direzione e coordinamento delle società appartenenti allo stesso gruppo nel rispetto del principio di corretta gestione societaria.

Proprio a favore di questo punto il legislatore ha voluto inserire dei limiti alla liceità all'attività di direzione e coordinamento della holding, nonostante non vengano fissate, dallo stesso legislatore, delle condizioni allo svolgimento di questo tipo di attività in quanto pienamente legittimo.

Il citato art. 2497 c.c. evidenzia una tutela obbligatoria sia per i soci che per i creditori sociali, dando la possibilità, in caso di cattiva gestione, a questi soggetti di ottenere un risarcimento del danno.

In questo modo, con una situazione di responsabilità della capogruppo, si vuole ottenere una regolarizzazione dei comportamenti della stessa, volti da un lato a prevenire eventuali azioni che portino ad una sua responsabilità e dall'altro che vengano introdotti limiti sull'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento. Come già ribadito, nella disciplina sulla responsabilità contenuta nell'art. 2497 c.c., troviamo l'indicazione dei soggetti legittimati attivi, dei soggetti contro cui far valere il principio di responsabilità, della condotta che ne determina la responsabilità e la necessaria sussistenza di un pregiudizio.

Nella norma troviamo anche una condizione nella quale l'azione di responsabilità viene a mancare, ovvero nel momento in cui il danno risulta mancante di fronte al risultato

complessivo della direzione e coordinamento, o anche integralmente eliminato a fronte di operazioni a ciò dirette.

Nel testo della norma si fa riferimento ad un pregiudizio arrecato ai soci e creditori. Nello specifico, per quanto concerne la prima categoria di soggetti interessati si definisce un pregiudizio arrecato “all’attività e al valore della partecipazione”, il danno è quindi di tipo indiretto e può essere identificato come un valore minore del patrimonio della società.

Riassumendo il concetto appena esposto, si evince che il danno arrecato ha danneggiato la società controllata e quindi indirettamente anche il patrimonio del socio in termini di remunerazioni di utili o capital gains, situazione che non si sarebbe verificata in normali condizioni di gestione societaria e imprenditoriale.

Il calcolo del valore della partecipazione, che può essere definito per via certa attraverso ad esempio la Borsa, definisce un valore protetto per il socio. La differenza tra il valore, colpito da pregiudizio e quello antecedente rispetto le direttive imposte dalla holding possono costruire il valore del danno che la holding, nello svolgere il proprio ruolo, ha cagionato al patrimonio sociale della controllata.

Mentre in riferimento alla redditività non vi è la certezza di un dato oggettivo, ma si tratta di stime e congetture.

Infatti, la redditività della partecipazione non è, verso la holding, oggetto di pretesa, a differenza del valore che è oggetto dell’interesse protetto²².

La seconda categoria di soggetti coinvolti sono i creditori sociali, che a differenza dei precedenti subiscono una lesione al proprio capitale, nel momento in cui viene a mancare “l’integrità patrimoniale” della società e, in questo modo non possono più far

²²DI MAJO A., *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Giappichelli, Torino, cit., p. 118.

valere i propri diritti sul patrimonio della società perché questo è stato depauperato a causa dello svolgimento dell'attività di direzione e coordinamento. Riassumendo, sia per i soci che per i creditori sociali, l'azione di responsabilità nei confronti della capogruppo, in caso del pregiudizio cagionato al proprio patrimonio, è diretta, entrambi infatti agiscono per un risarcimento che va a loro direttamente e non alla società controllata, in quanto vedono danneggiati i propri interessi patrimoniali in conseguenza alla partecipazione della società appartenente al gruppo. Quindi, l'arricchimento, derivante dall'azione di responsabilità, spetta direttamente in capo a questi soggetti, senza passare prima nella società, anche se l'esercizio dell'azione di responsabilità è possibile solo se non sono stati soddisfatti dalla società stessa, ai sensi dell'art.2497, comma 3°, c.c.²³

Buona parte della dottrina sostiene che non dovrebbe svolgersi in questo modo il procedimento e che la tutela offerta dall'art. 2497, comma 1°, c.c. dovrebbe gravare in capo alla società controllata in primis, anche se, visto che la norma implica un risarcimento del danno indiretto, questo non sarebbe possibile se la responsabilità avvantaggiasse inizialmente la società stessa.

Il pregiudizio è quello arrecato ai soci e ai creditori sociali delle controllate, il danno subito dai creditori vede venir meno il credito vantato da essi rispetto al patrimonio sociale, la quale conservazione è venuta a mancare a causa del pregiudizio cagionato dalla società controllante nei confronti della sub holding.

L'art. 2497, comma 1°, c.c. richiede la sussistenza di tre presupposti.

Il primo evidenzia la necessità dell'esistenza di un'attività di direzione e coordinamento da parte di una società o di ente, in riferimento al presupposto di attività

²³CAMPOBASSO G.F., *Le partecipazioni rilevanti. I gruppi di società*, Utet, Torino, cit., p. 231.

di direzione e coordinamento, cui si collegano gli artt. 2497-sexies e 2497-ter, in riferimento alla presunzione dell'attività e alla pubblicità, in modo da agevolare l'onere della prova.

La dottrina e giurisprudenza pongono due visioni contrapposte sul soggetto cardine dell'articolo.

La dottrina predilige un'interpretazione di tipo letterale del testo della norma, considerando solamente le persone giuridiche, i soggetti passivi alle quali attribuire la responsabilità.

Per la giurisprudenza invece anche le holding, con ragione sociale identificata come persona fisica, che svolgano un'attività di direzione e coordinamento, possono essere soggette ad azione di responsabilità, da parte dei soci e creditori sociali, nei loro confronti.

Un secondo presupposto a capo dell'articolo è che il vantaggio, che ha arrecato pregiudizio ad una delle società controllate, deve avere dato beneficio o alla holding stessa o ad una parte del gruppo, svantaggiando la restante parte del gruppo. A questo proposito si può definire che la holding abbia agito nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, violando i principi di "una corretta gestione societaria e imprenditoriale".

Si presentano molti problemi in riferimento a questo punto.

Innanzitutto, non è facile per l'Autorità individuare una violazione della gestione societaria. Inoltre, vi è la possibilità che vi sia una valutazione discrezionale delle decisioni delle società da parte del giudice, che invece dovrebbe seguire le norme giurisprudenziali²⁴.

²⁴ DACCÒ A., *I gruppi di società*, Giuffrè, Milano, cit., p. 682, si parla del c.d. business judgment rule, è la possibilità, da parte del giudice, di esaminare e approfondire l'operato e le decisioni dell'organo che amministra una società - board of directors.

Si precisa anche il concetto di interesse imprenditoriale, che richiama il conflitto di interessi, in quanto l'interesse non è solamente del gruppo, ma si identifica nell'interesse del soggetto che può essere l'imprenditore e della società eterodiretta. La gestione societaria dovrebbe garantire l'esecuzione dell'interesse del gruppo, e di conseguenza dovrebbe apportare benefici anche a tutte le controllate che ne fanno parte.

Nel momento in cui viene favorito l'interesse proprio rispetto all'interesse del gruppo si crea un abuso di potere dell'attività di direzione e coordinamento, che comporta a sua volta l'esercizio di un'azione di responsabilità.

Un altro presupposto, derivante dalla disciplina, consiste nel fatto che il danno cagionato non comporta un'azione di responsabilità, se il "danno risulti mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento", nel senso che siano state compiute ex post delle operazioni volte proprio a compensare il danno subito dalla società sottoposta all'attività di direzione e coordinamento e che quindi tale danno sia stato integralmente eliminato. Infatti, nel valutare l'attività di direzione e coordinamento bisogna prendere in considerazione tutte le operazioni svolte dal gruppo e valutare i benefici di appartenenza ad un gruppo da parte delle controllate, ovvero delle operazioni poste in essere per assorbire il danno subito. Si parla in questi casi di teoria dei vantaggi compensativi²⁵.

A tal riguardo vi sono state particolari discussioni per quanto concerne la valutazione dei vantaggi, in particolare si discute se debbano essere considerati anche quei vantaggi considerati come incerti, di difficile identificazione o futuri.

²⁵ DACCÒ A., *I gruppi di società*, Giuffrè, Milano, cit., p. 682.

Il testo della norma però assumerebbe un significato restrittivo in quanto si fa riferimento alla mancanza del danno rispetto al risultato complessivo, infatti il vantaggio deve essere concreto e quantificabile per la società controllata. Il vantaggio è riferito solamente al patrimonio della società controllante.

L'ultimo presupposto è che la capo gruppo debba avere violato i principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale. Secondo una tesi giurisprudenziale si è di fronte ad una scorretta gestione nel momento in cui la holding, nell'effettuare una determinata operazione, non ha bilanciato l'equilibrio tra il proprio interesse, ovvero quello del gruppo e quello della controllata che è andata a danneggiare.

Un esempio lampante, che sorregge l'affermazione, si ritrova nella sentenza, del 18 dicembre 2015, del Tribunale di Milano²⁶, cui si fa riferimento allo specifico caso in cui una holding, aveva optato per la decisione di stornare il core business di una sua controllata, eliminando nei confronti di quest'ultima ogni forma di assistenza finanziaria. La conseguenza fu quella dell'annichilimento imprenditoriale della società stessa e dell'annullamento del valore in essa della partecipazione dei soci esterni al controllo.

In questo caso la decisione della holding è stata quella di spostare le competenze attribuite da una società ad un'altra del gruppo, cessando così ogni forma di assistenza finanziaria e determinando in questo modo un depauperamento quasi totale della società stessa.

Il Tribunale di Milano, nella sentenza citata, aveva ritenuto che vi fosse una violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale perché la holding non si era preoccupata di compensare la citata operazione di cambiare la distribuzione

²⁶ Tribunale di Milano, 18 dicembre 2015.

delle competenze all'interno del gruppo con degli altri vantaggi. L'operazione non era comunque definita illegittima, perché la holding può decidere di modificare gli assets aziendali, ovvero in questo caso il passaggio del core business da una società ad un'altra del gruppo di corretta gestione societaria e imprenditoriale, di cui art.2497 c.c., quindi di una cattiva gestione da parte degli amministratori della holding, quando, a fronte di un'operazione che comporti un depauperamento, non vi è un bilanciamento con un'altra attribuzione di competenze o comunque un altro vantaggio²⁷.

Proseguendo nell'analisi della disciplina contenuta nella norma, ai sensi dell'art. 2497, comma 2°, c.c.²⁸, sono responsabili in solido, con la controllante, i soggetti che abbiano preso parte al "fatto lesivo" e chi in modo consapevole ne ha "tratto beneficio" nei limiti del vantaggio ottenuto²⁹. Quindi vi è un'estensione della responsabilità anche nei confronti di quei soggetti che non hanno direttamente deciso l'attività lesiva, ma che vi hanno comunque partecipato o ne hanno tratto beneficio.

Si estende così il raggio d'azione della disposizione, raggruppando soggetti differenti, anche persone fisiche, che non fanno parte del gruppo.

Si parla di amministratori e sindaci della capogruppo e controllata, società c.d. sorelle, terzi soggetti, amministratori della capogruppo ecc.

I soggetti passivi che possono essere identificati sono in primis le controllanti. Seguendo, anche chiunque abbia preso parte al fatto lesivo: soci, amministratori e sindaci, sia della holding che della sub-holding che abbiano partecipato alla decisione che ha cagionato il danno.

²⁷ Tribunale di Milano, 18 Dicembre 2015

²⁸ Art. 2497, comma 2°: "risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio".

²⁹ CAMPOBASSO G.F., *Le partecipazioni rilevanti. I gruppi di società*, Utet, Torino, cit., p.231.

Infine, tutti coloro che abbiano tratto un beneficio dall'esercizio della direzione unitaria o nel limite del vantaggio conseguito.

L'azione di responsabilità è considerata come uno strumento aggiuntivo alle normali azioni extracontrattuali che i creditori e la controllata hanno a disposizione.

La norma già richiamata, cui art. 2497, comma 3°, evidenzia che i soci e i creditori sociali possono agire nei confronti della holding, nel solo caso in cui non siano stati soddisfatti dalla società stessa.

Una volta esplicitata la disciplina della responsabilità, contenuta all'art. 2497 c.c., occorre inserire alcune precisazioni in merito alla natura della responsabilità.

La prima è quella del connubio esistente tra responsabilità contrattuale o extracontrattuale legata alla disciplina, la seconda, conseguenza della prima, è riferita all'onere della prova.

Buona parte della giurisprudenza di merito sostiene che la responsabilità, cui fa riferimento la norma, è una responsabilità di natura extracontrattuale, di cui art. 2043 c.c., comportando che il "danno ingiusto" consiste nella perdita di redditività e del valore della partecipazione sociale, per i soci della controllata e dell'integrità del patrimonio per i creditori sociali della sottoposta.

Sostenitori della tesi opposta invece considerano che la più volte citata responsabilità della holding sia una responsabilità di natura contrattuale, di cui ex art. 1218 c.c. in tema di inadempimento di obbligazioni, perché la capogruppo andrebbe a violare un'obbligazione su di lei gravante e consistente nell'impartire corrette direttive di tipo imprenditoriale e di comportarsi secondo buona fede nei confronti delle controllate.

L'importanza di identificare la natura della responsabilità contenuta nella disposizione riguarda anche il tempo di prescrizione poiché è ben noto che se ci si riferisce

ad una natura di tipo extracontrattuale la prescrizione è di cinque anni, mentre per la contrattuale è di dieci anni.

Altro punto riguarda la qualificazione del danno, infatti nella responsabilità extracontrattuale è ammesso anche il danno “non prevedibile”³⁰, a differenza della contrattuale che non lo prevede.

La problematica principale che sorge, dall’adozione di una delle categorie sulla natura della responsabilità, sarebbe nell’inversione dell’onere della prova. L’onere probatorio, trattandosi di un fatto illecito, è carico del soggetto leso, ovvero spetta a costui provare che la controllante abbia violato gli obblighi della corretta “gestione imprenditoriale” ed il nesso causale tra il comportamento adottato e il pregiudizio arrecato, ovvero che questi sia riferito alla mancanza di una corretta gestione.

Basti pensare che il danno arrecato ai soci o creditori sociali deriva da operazioni poste in essere dalla controllata sotto le precise direttive della controllante. I soggetti lesi dovranno quindi assodare che le direttive sono eseguite e che imponendole, la controllata abbia subito un danno al proprio patrimonio.

Quanto sino ad ora descritto, fa sorgere di conseguenza un’altra problematica che si identifica nel dimostrare che quelle direttive sono state imposte dalla controllante alla controllata, questo perché spesso non vi è la presenza della relativa documentazione che funge da supporto alla prova, ma sono direttive di tipo affabile, anche se la presunzione, di cui art.2497-sexies c.c., che definisce il concetto di direzione unitaria, fa intendere che la controllata abbia eseguito gli ordini imposti, anche se non è detto che gli amministratori

³⁰ DACCÒ A., *I gruppi di società*, Giuffrè, Milano, cit., p. 685.

della holding siano gli artefici di qualsiasi operazione eseguita dagli amministratori della sottoposta.

Occorre precisare che, per evitare questa tipologia di problemi, gli amministratori della holding hanno l'obbligo di redigere lo sviluppo della gestione anche attraverso la controllata, inserita nella relazione al bilancio.

Con riferimento alla responsabilità della capogruppo occorre fare una precisazione circa la possibilità della holding di sottrarsi alla responsabilità, ovvero di costruire esenzioni dalla responsabilità.

Nella disciplina penalistica di cui all'art. 6 d.lgs. 8 giugno 2001, n.231³¹ si prevedeva la possibilità per la società capogruppo di costruire esimenti dalla responsabilità, poteva infatti sciogliere dalle accuse di danno lesivo, provando di essersi adoperata a svolgere una gestione e organizzazione, prima del danno, adatta a non cagionare un illecito e che i responsabili del pregiudizio cagionato non hanno seguito questi schemi di gestione e organizzazione.

Anche nella disciplina odierna sussiste la possibilità simile a quella prevista dall'art. 2050 c.c., in materia di responsabilità civile, che consiste di poter provare che la holding ha usato tutte le misure adatte ad evitare il pregiudizio, o in riferimento al diritto

³¹ “se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che: a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quelli verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b). 2. In relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati, i modelli di cui alla lettera a), del comma 1, devono rispondere alle seguenti esigenze: a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati; b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire; c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati; d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello”.

societario, cui art. 2381 c.c., nella disciplina della società per azioni, “sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società”.

L'esenzione da responsabilità è attuabile solo in caso di scorretta gestione degli operatori della capogruppo e non in caso in cui la persona giuridica sia colpevole di aver gestito in maniera non adeguata il gruppo.

Se l'illecito è stato cagionato da uno dei soggetti passivi della società, allora si dovrà provare che sia stato deputato esternamente al legame che li correla alla persona giuridica.

Atteso quanto fin ora considerato in tema di responsabilità da attività di direzione e coordinamento, occorre fare una precisazione sulla disciplina della direzione unitaria, di cui artt. 2497-sexies, 2497-septies c.c.

L'art. 2497-sexies, ammette una presunzione relativa, specificando che la società che possiede il potere di esercitare un'attività di direzione e coordinamento è quella società che consolida, nel proprio bilancio, i bilanci di altre società o che controlla, ai sensi dell'art. 2359 c.c., le società medesime.

Le tipologie di controllo permettono di creare una posizione dominante, portando a far presumere l'esistenza di un gruppo di imprese, quindi di far presumere un'attività di direzione e coordinamento. Anche le società collegate possono essere sottoposte a direzione e coordinamento, anche se verso queste società la presunzione del citato art. 2497-sexies non opera. Una correlazione con quanto appena esposto, si ritrova all'art. 2497-septies c.c., nella quale si presume l'esistenza di un'attività di direzione e coordinamento anche in presenza di contratto o clausole statutarie.

La controllata mantiene la propria autonomia imprenditoriale e di svolgimento dell'attività grazie alla tipologia di rapporto istaurato con la controllante.

Non vi è una partecipazione nel capitale sociale, ma comunque la controllata è soggetta a direzione da parte della controllante attraverso la stipula di un contratto o la presenza di una clausola statutaria che permettono di avere una forza dominante di una società nei confronti di un'altra.

In questo caso il soggetto non verte in una posizione di controllo su di un altro ma, in presenza di un contratto o di una particolare clausola contenuta nello statuto, è legittimato a svolgere l'attività di direzione e coordinamento verso le controllate.

In riferimento ai contratti, molto discussi dalla dottrina in termini di ammissibilità e liceità, sono i c.d. contratti di dominio. Infatti, la dottrina tende a non legittimare il c.d. contratto di dominazione, una teoria di esclusione che tende a prevalere per la maggior parte degli studiosi.

Anteriormente alla Riforma del diritto del 2003, la dottrina non riconosceva in modo esclusivo, a causa della loro avversità con i nostri principi societari, questa tipologia di contratti.

A seguito della Riforma, nonostante le norme che disciplinano i gruppi di imprese e nello specifico l'attività di direzione e coordinamento, la dottrina tende ad adottare ideologia sopra esposta.

La differenza con i contratti di dominio si evince proprio dal fatto che, in quest'ultimo vi è l'imposizione di direttive pregiudizievoli da parte della capo gruppo nei confronti delle eterodirette, nonostante contrariamente, può ritenersi ammissibile la concezione di una direzione unitaria fondata su un atto negoziale.

Un'altra eccezione riguarda i contratti c.d. di coordinamento, in questo caso i contratti definiscono le linee generali che regolano il rapporto tra società capogruppo e controllate³².

Un'ulteriore considerazione coinvolge i gruppi c.d. paritetici, o meglio definiti come gruppi orizzontali, ove vi è tra le diverse società la stipula di un contratto di carattere paritario, sul concetto di legittimità la dottrina si divide in due blocchi, in una prima ipotesi chiarisce che l'art. 2497-septies c.c. abbia per oggetto solamente questa tipologia di gruppi, dall'altro canto c'è chi sostiene invece che un'attività di direzione e coordinamento non possa essere instaurata all'interno di un contratto. Un'altra linea di pensiero invece sostiene che, a seguito della disciplina riconosciuta nell'art. 2497-septies c.c., non vi sia alcuna ragione per definire illegittimo il negozio giuridico per la creazione di un gruppo.

1.3.1. Gli obblighi di pubblicità e trasparenza

Al Capo IX del c.c. oltre le norme che si occupano degli aspetti patologici dei gruppi, troviamo anche le norme c.d. fisiologiche, che hanno lo scopo di assicurare la trasparenza del mercato e permettono in tal modo di riconoscere all'interno del sistema economico i soggetti che vi operano.

La norma, di cui art. 2497-bis, tende a tutelare gli interessi dei creditori e dei soci, infatti il soggetto che intende entrare, tramite acquisto di partecipazioni, in una società deve poter essere informato sulle condizioni che la legano ad un'altra società, la quale magari ne detiene il controllo.

³² DACCÒ A., *I gruppi di società*, Giuffrè, Milano, cit., 2014, p. 676.

Sempre con riguardo all'interesse dei soci, questi devono essere informati se la loro società sia entrata o uscita dal gruppo, questo per invocare il diritto di recesso. Ancora, la valutazione degli stessi terzi soggetti quali fornitori, sulla società, potrebbe dipendere proprio dal gruppo di appartenenza della stessa.

Una volta imposto un quadro generale sull'importanza dell'informazione nella protezione degli interessi dei soci e terzi soggetti, occorre specificare che all'art.2497-bis c.c.³³, si presenta l'obbligo della "pubblicità notizia" come condizione sufficiente, ma non necessaria per dimostrare l'appartenenza al gruppo, quale società che esercita attività direzione e coordinamento o sottoposta ad essa. Questa correlazione deve essere resa pubblica attraverso l'iscrizione in un'apposita sezione del Registro delle Imprese. L'iscrizione avverrà iscrivendo accanto al nome della società, la holding che esercita l'attività di direzione e coordinamento su di essa. Quindi nella sezione citata, le società compariranno due volte, dapprima in proprio nome e con l'indicazione della holding, in modo da rendere visibile il gruppo a cui appartengono, poi insieme a tutte le altre società controllate sottoscritte al di sotto della controllante.

In caso di mancata iscrizione da parte degli amministratori della "società eterodiretta", si applica la disciplina della responsabilità, di cui art. 2497 c.c., comma 3°,

³³ Art. 2497-bis: "la società deve indicare la società o l'ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta negli atti e nella corrispondenza, nonché mediante iscrizione, a cura degli amministratori, presso la sezione del registro delle imprese di cui al comma successivo. -E' istituita presso il registro delle imprese apposita sezione nella quale sono indicate le società o gli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento e quelle che vi sono soggette. -Gli amministratori che omettono l'indicazione di cui al comma primo ovvero l'iscrizione di cui al comma secondo, o le mantengono quando la soggezione è cessata, sono responsabili dei danni che la mancata conoscenza di tali fatti abbia recato ai soci o ai terzi. - La società deve esporre, in apposita sezione della nota integrativa, un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio della società o dell'ente che esercita su di essa l'attività di direzione e coordinamento. - Parimenti, gli amministratori devono indicare nella relazione sulla gestione i rapporti intercorsi con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette, nonché l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati".

nei confronti degli amministratori inadempienti all'obbligo di pubblicità³⁴. Essendo una pubblicità notizia, attraverso cui l'iscrizione permette di conoscere ai terzi soggetti l'esistenza dell'organizzazione, e in caso di non avvenuta iscrizione, gli amministratori della controllata risponderanno per i pregiudizi derivanti dalla mancata conoscenza dell'esistenza del gruppo verso soci e terzi soggetti delle società³⁵.

Occorre precisare che all' art. 2497-bis, commi 4° e 5°, c.c., nel momento della stesura del bilancio, sono previsti obblighi di informazione contabile in capo della società controllata e degli amministratori della stessa, allo scopo di scorgere i rapporti sia partecipativi che finanziari, gli esiti economici e l'impatto che l'attività di direzione e coordinamento ha avuto sull'esercizio e i risultati della controllata, ai sensi dell'art. 2497-bis, comma 5°, c.c.

Al comma 4° del citato articolo è importata la norma, di cui art. 2429, comma 3°, c.c., per quanto concerne le informazioni riguardanti il bilancio delle società collegate per i bilanci consolidati, tenendo separato il prospetto riepilogativo previsto dall'art. 2497-bis, comma 4°, c.c., che evidenzia da un lato l'attivo dello stato patrimoniale, ovvero i dati delle immobilizzazioni e disponibilità liquide; dall'altro il passivo sommato tra il capitale, le riserve, i fondi e debiti.

Il secondo prospetto sarà il conto economico, ove vi sarà la differenza tra il valore e i costi della produzione, il totale dei proventi e oneri finanziari e le rettifiche di valore di attività finanziarie, il totale dei proventi e oneri straordinari, le imposte, il risultato dell'esercizio, le rettifiche a fini fiscali e l'utile o la perdita.

³⁴ GALGANO F., *Direzione e coordinamento di società*, Zanichelli, Bologna, 2014 cit., p. 121.

³⁵ DACCÒ A., *I gruppi di società*, Giuffrè, Milano, cit., p. 680.

L'ultima considerazione riguarda l'obbligo informativo da parte degli amministratori di immettere nella relazione sulla gestione i rapporti di correlazione tra la società che esercita l'attività di direzione e coordinamento e la società sottoposta ad essa; ai risultati conseguiti da tale attività che possono determinare i vantaggi compensativi, ai sensi dell'art. 2497, comma 1°, c.c., simile all'obbligo di cui all'art. 2428, comma 3°, c.c.

La seconda norma che cura gli aspetti fisiologici del gruppo la si trova all'art. 2497-ter c.c.³⁶, che coinvolge il concetto di trasparenza societaria in tema di motivazione delle decisioni.

Gli obblighi in questione permettono di definire un giudizio sulla correttezza della gestione societaria.

Le motivazioni, cui si riferisce, sono quelle che hanno portato gli amministratori della controllata ad assumere una scelta sotto l'influenza della holding. Quindi si ritiene che tutte le decisioni prese dalla controllata, sotto l'influenza della società che esercita l'attività di direzione e coordinamento, dovranno essere analiticamente motivate, indicando le ragioni e interessi che tali decisioni hanno sulle scelte³⁷.

Il concetto di decisione si identifica in quel determinato atto che abbia una funzione strettamente decisoria che legittimi la motivazione presente.

Il concetto di decisione può riguardare sia delibere assembleari come i singoli atti degli amministratori e/o dell'amministratore unico, oppure deliberazioni consiliari. Nella relazione sulla gestione saranno quindi presenti sia le adeguate informazioni

³⁶ Testualmente: "le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando da questa influenzate, debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione. Di esse viene dato adeguato conto nella relazione di cui all'articolo 2428".

³⁷ DACCÒ A., *I gruppi di società*, Giuffrè, Milano, cit., p. 678.

sull'operatività dell'impresa sia le motivazioni sulle scelte di gestione, richiamando l'art. 2497-bis c.c.

L'influenza da parte della società che esercita un'attività di direzione e coordinamento pone un ulteriore problema in capo al carattere decisorio.

Questa influenza può essere sia direttamente imputata alla decisione, ma anche indirettamente riferita al contesto su cui il determinato atto si pone o alle congetture che lo accompagnano.

Una peculiarità sorge sul concetto di decisione riguardo il carattere discrezionale sull'attuazione della succinta norma.

La disciplina, di cui art. 2497-ter, perderebbe la propria efficacia se fosse, la propria applicazione, a descrizione dell'amministratore che pone in essere la decisione finale. Quindi, la disciplina sulle motivazioni delle decisioni ha una sorta di applicazione generale, che si estende a tutte le decisioni condizionate dall'attività di direzione e coordinamento.

L'ultimo aspetto da considerare nel trattare la trasparenza delle scelte riguarda gli effetti che si avrebbero nel caso di violazione dell'obbligo di motivazione, anche se all'interno dell'articolo non sono definite le conseguenze in caso di violazione, quest'ultima deve poter essere evidenziata, altrimenti la norma non avrebbe alcun senso.

Possiamo definire i principali problemi che si riscontrano in caso di danno alla motivazione.

In primo luogo, tale violazione della motivazione comporterebbe l'impugnazione della delibera, chiedendosi però anche se la delibera possa essere impugnata o per carenza di motivazione o perché sia potenzialmente lesiva per la controllata.

A fornire una risposta a questo punto, si richiama l'art. 2391 c.c.³⁸, nel quale si evince che l'impugnazione della delibera è soggetta alla dimostrazione che sia stata posta in essere per arrecare danno alla società.

L'eventualità lesiva della delibera però impone che sia comunque valida, evidenziando che l'obbligo di motivazione costituisce per l'appunto un requisito per la validità della decisione influenzata, altrimenti il pregiudizio non potrebbe esistere con un atto incompleto e quindi invalido.

La seconda conseguenza, nel caso di infrazione della motivazione, riguarda il risarcimento del danno, cui si richiama l'art.2497 c.c., in tema di responsabilità da attività di direzione e coordinamento.

Si possono correlare il concetto di abuso e mancanza di motivazione, in quanto il comportamento in caso di assenza di motivazione può essere espressione di abuso, a cui gli amministratori saranno tenuti a rispondere in sede risarcitoria.

L'ultimo punto riguarda l'invalidità dell'atto posto in essere. Per cui la decisione, a cui non segua una motivazione dovrebbe essere in conflitto con lo statuto organizzativo

³⁸Ai sensi del richiamato art. 2391 c.c., in tema di interesse degli amministratori, si evidenzia che "l'amministratore deve dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata; se si tratta di amministratore delegato, deve altresì astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale, se si tratta di amministratore unico, deve darne notizia anche alla prima assemblea utile. Nei casi previsti dal precedente comma la deliberazione del consiglio di amministrazione deve adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione. Nei casi di inosservanza a quanto disposto nei due precedenti commi del presente articolo ovvero nel caso di deliberazioni del consiglio o del comitato esecutivo adottate con il voto determinante dell'amministratore interessato, le deliberazioni medesime, qualora possano recare danno alla società, possono essere impugnate (1) dagli amministratori e dal collegio sindacale entro novanta giorni dalla loro data; l'impugnazione non può essere proposta da chi ha consentito con il proprio voto alla deliberazione se sono stati adempiuti gli obblighi di informazione previsti dal primo comma. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione. L'amministratore risponde dei danni derivati alla società dalla sua azione od omissione. L'amministratore risponde altresì dei danni che siano derivati alla società dalla utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di dati, notizie o opportunità di affari appresi nell'esercizio del suo incarico".

del gruppo, ma sarà impugnabile solo da chi non ha partecipato alla decisione, come quanto dispone l'art.2388 c.c. in tema di validità delle deliberazioni del Consiglio.

1.3.2 Il recesso dei soci delle società soggette a direzione e coordinamento

L'esigenza di salvaguardare gli interessi dei soci di minoranza delle società sottoposte a direzione e coordinamento da parte della holding, ha portato il legislatore a introdurre, con la riforma del diritto societario del 2003, nel nostro ordinamento giuridico, all'art. 2497- quater c.c., il concetto di recesso.

Il recesso rappresenta lo strumento cardine dell'esercizio dei poteri tra tutte le società facenti parte del gruppo. Il socio di minoranza ha il potere di prendere parte e influire sulle decisioni della società, esercitando i propri normali diritti, ma comunque possiede una "via di fuga" dalle decisioni dei soci di maggioranza che sono solitamente gli stessi soci che esercitano la direzione unitaria, sia direttamente che indirettamente³⁹.

La norma introdotta, coinvolge aspetti molto più ampi rispetto a quello del recesso, dando una la possibilità al socio di condurre le trattative in merito alla propria permanenza nella società, in caso di modifiche dell'asset aziendale del gruppo.

Il diritto di recesso, ai sensi dell'art. 2497- quater c.c., comma 1°, lettera a), prevede che il socio della controllata possa recedere in caso in cui la holding abbia deliberato una trasformazione che produca un mutamento dello scopo sociale.

La norma tende a diversificare la fattispecie del riconoscimento del diritto di recesso del socio della società soggetta a direzione e coordinamento, nei casi in cui la capogruppo abbia modificato il proprio oggetto sociale, consentendo così l'esercizio di attività che

³⁹DE GIOVANNI G. - CASAROSA M., *Il recesso nei gruppi. inizio, cessazione e mutamento dell'attività di direzione unitaria*, in Dir. Soc., in la Gest. Soc. delle imprese, p. 6.

alterino in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniali della società controllata, con la fattispecie della trasformazione dello scopo sociale⁴⁰.

La suddivisione tra le due categorie, da una parte la trasformazione dello scopo sociale e dall'altra modifica dell'oggetto sociale, comporta differenti alterazioni della posizione del socio. Mentre per il concetto recesso da trasformazione di società si fa riferimento a trasformazioni eterogenee della struttura della società, che comportano un elevato grado di alterazione della posizione del socio.

Nel caso di recesso per modifica dell'oggetto sociale invece vi è solo una lieve mutazione di tutte quelle condizioni economiche e patrimoniali della controllata, ed è questa la conseguenza indiretta che permette di esercitare l'azione di recesso da parte del socio perché potrebbe comportare un rischio di investimento.

Un'altra modalità per esercitare il recesso, descritto 2497- quater, comma 1°, lettera b), si ha nel caso in sia stata pronunciata, a favore del socio, “una condanna di chi esercita attività di direzione e coordinamento” ai sensi dell'articolo 2497 c.c., con il limite di esercizio per l'intera partecipazione.

In questo preciso punto, a favore del socio della controllata si presenta sia il diritto di recesso, sia di tutela risarcitoria.

L'esecutività della condanna permette al socio di esercitare il recesso. Qui l'interesse del socio è stato pregiudicato dall'esercizio di direzione unitaria da parte della società capogruppo, un chiaro segno di mancanza di fiducia all'interno del gruppo.

⁴⁰DACCÒ A., *I gruppi di società*, Giuffrè, Milano, cit., p. 687, in entrambi i casi appena descritti, la trasformazione dello scopo sociale e la modifica dell'oggetto sociale, si fa sempre riferimento alla capogruppo, e non alla società soggetta a direzione e coordinamento, nonostante il diritto di recesso spetti proprio ai soci di quest'ultima. L'onere della prova spetterà al socio che intende agire in recesso dimostrando che gli effetti prodotti dalla capogruppo hanno coinvolto anche la controllata.

Si parla di una sorta di tutela cumulativa a quella risarcitoria⁴¹. La norma evince che vi sia già la presenza di un abuso nell'esercizio di direzione unitaria da parte della capogruppo e vi è la concreta minaccia che la stessa holding possa creare una situazione in cui esercitare un'altra condotta dannosa, infatti la condanna è solamente esecutiva, senza il bisogno che sia passata in giudizio, anche se la suddetta potrebbe essere modificata o rimossa.

Il problema è che il recesso può essere anche esercitato a favore di chi, pur non partecipando direttamente al giudizio, si sia visto comunque ledere i propri interessi dall'esercizio illecito di direzione e coordinamento.

La dottrina, in parte, sostiene che l'interpretazione della norma sia di tipo restrittiva, specificando che solamente i soci, in giudizio con esito positivo, possano esercitare il diritto di recesso. Anche se, occorre ricordare che l'illecita condotta grava sulla totalità dei soci, anche quelli esterni, quindi si potrebbe sostenere la tesi opposta in cui il recesso spetti a tutti i soci esterni delle società sottoposte all'attività di direzione e coordinamento⁴².

Ai sensi dell'art. 2497- quater, comma 1°, lettera c), l'esercizio di recesso da parte del socio della società eterodiretta può avvenire all'inizio o alla cessazione dell'attività di direzione e coordinamento, ma anche nel caso che vi sia una modifica soggettiva dell'ente che esercita questo tipo di attività.

⁴¹ DI MAJO A., *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Giappichelli, Torino, cit., p. 143.

⁴² DE GIOVANNI G. - CASAROSA M., *Il recesso nei gruppi. Inizio, cessazione e mutamento dell'attività di direzione unitaria*, 05/2014, pp. 8.

Derivano implicitamente da questo ultimo punto molteplici presupposti legati alla possibilità di recesso da parte del socio della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento in termini di alterazione del rischio di investimento.

In primis, la società in questione non deve essere quotata in mercati regolamentati. Non deve, inoltre essere stata presentata un'offerta di pubblico acquisto⁴³. Entrambe le ipotesi sono differenti e indipendenti, ma ciò che li accomuna sta nel fatto che sono fattispecie di esclusione del diritto di recesso.

Le motivazioni alla base si evincono dal voler creare una maggior tutela patrimoniale delle società che fanno appello al pubblico risparmio e, dall'altro lato, che il valore delle azioni delle società che fanno ricorso ad un mercato regolamentato, sia rapidamente liquidabile e di conseguenza negoziabile.

L'ultima condizione si evince nel fatto che per esercitare il recesso vi deve essere un'alterazione delle condizioni del rischio di investimento, a tal proposito si specifica che l'onere probatorio è in capo al socio⁴⁴.

In riferimento all'ipotesi di inizio della direzione unitaria, si correlano gli artt. 2497-sexies e 2497-septies, ove nel primo l'attività di direzione e coordinamento corrisponde con l'acquisto del controllo e, nel secondo, che la direzione unitaria è legata all'autonomia negoziale delle società. Quindi potrebbero sorgere problematiche tra un conflitto di

⁴³ DACCÒ A., *I gruppi di società*, Giuffrè, Milano, cit., p. 688, il socio non deve avere in capo altre vie di uscita.

⁴⁴ DI MAJO A., *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 141, l'elenco delle ipotesi di diritto di recesso non è però ristretto a solamente quelle tipologie. Vi sono altre cause ammesse nell'ordinamento, ai sensi dell'art. 2437, comma 4°, sia per le società che non fanno ricorso al mercato di rischio e ancora in tema di s.r.l. il recesso è richiamato negli statuti. Ciò significa che per i soci della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento, potrebbero avere altre soluzioni, contenute negli statuti, che si aggiungano alle cause descritte dall'art.2497-quater.

interessi della capogruppo e il rischio di investimento per il socio, che porterebbe al non spartire il valore del gruppo in modo uguale.

Per quanto concerne la cessazione invece, lo strumento di recesso potrebbe salvare i soci della controllata da un pregiudizio che deriva dall'inefficienza della sub holding di esercitare la propria attività.

La cessazione può essere anche riferita alla partecipazione per un terzo esterno al gruppo, attraverso lo strumento di riorganizzazione degli assets societari, anche se lo strumento del recesso non è applicabile nei casi di modifiche o mutamenti della direzione e coordinamento.

Ai sensi dell'art.2497 - quater non vi è la presenza di un riferimento temporale, ovvero non vi è la presenza di un termine preciso in cui il socio della sottoposta possa utilizzare lo strumento del recesso, la norma richiama la disciplina delle S.p.a. e s.r.l.; il recesso, dalla conoscenza del fatto, deve avvenire entro 30 giorni⁴⁵.

Una delle cause di cessazione societaria può scaturirsi dal recesso, nel caso in cui la società non riesca a liquidare il valore della partecipazione, avvantaggiando i soci di minoranza, a discapito di quelli di maggioranza che si vedono costretti a sciogliere la società stessa.

La citata norma, di cui art. 2497-quater c.c., si riferisce soltanto alle società azionarie e alle società a responsabilità limitata; si definisce però, che la disciplina sulla direzione e coordinamento fa riferimento a tutte le società, comprese quelle di persone, quindi nel

⁴⁵ DI MAJO A., *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Giappichelli, Torino, cit., p. 145, si richiamano gli artt. 2437-bis, comma 1°, in tema di società azionarie, 2473, comma 1°, in tema di società a responsabilità limitata.

caso che la controllata sia una società di persone si applicheranno le norme relative agli artt. 2285, 2293, 2315 c.c.

Cap. 2 - Le procedure concorsuali prima della riforma

2.1. Premessa: la mancanza di una disciplina concorsuale diretta alla crisi dei gruppi di imprese

Vista la continua espansione di questo fenomeno, il gruppo di imprese dovrebbe essere valorizzato nel suo complesso e preservato nella sua unitarietà. L'assenza di una disciplina che regoli il fenomeno dei gruppi si è estesa anche nella disciplina concorsuale.

Infatti, il legislatore, come cita testualmente Di Majo, “non si è preso cura di affrontare e regolare l'insolvenza dei gruppi di impresa, neanche tenendo conto che l'istituto, sia pure limitatamente alla responsabilità, era stato regolato dalla riforma societaria”, ai sensi degli artt. 2497 ss¹. Nell'ordinamento si è ommesso un riferimento normativo, nello specifico legato alle conseguenze per il gruppo rispetto al caso in cui una delle imprese appartenenti all'organizzazione abbia fatto ricorso ad una procedura concorsuale, o ancora a come gli stati passivi, i riparti e i programmi di liquidazione delle società insolventi e il gruppo possano essere coordinati nel caso in cui la crisi di un'impresa si riversi sull'intero gruppo.

Viene quindi ignorato un elemento fattuale non indifferente: nel momento in cui una delle imprese soggette ad attività di direzione e coordinamento entra in uno stato di sofferenza, infatti, accade molto di frequente che l'effetto si espande all'intero gruppo.

Questo “effetto domino” genera molte problematiche tali per cui sarebbe invece opportuna una gestione della crisi in modo unitario tramite l'utilizzo di un'unica

¹ DI MAJO A., *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Giappichelli, Torino, cit., p. 33.

procedura, al fine di garantire in modo migliore la tutela dei creditori e soci minoritari, tenendo conto degli eventi conseguenti che si estendono al gruppo nel suo complesso.

L'utilizzo di un'unica procedura per la gestione della crisi pare rappresentare soluzione vantaggiosa. Successivamente all'entrata in vigore della legge fallimentare, nel lontano 1942, ci fu un vero boom economico per le imprese dell'epoca, ma si dovette aspettare fino al 1979 per la formulazione di una disciplina che facesse alcun riferimento al fenomeno del gruppo².

Di insolvenza e crisi del gruppo societario, si fa riferimento alla disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese, di cui art.3, l.3.4.1979, n.95, Legge Prodi, sostituita dagli artt. 80 ss. D. lgs. 8.7.1999, n.270³, Legge Prodi- bis, quale raggruppa il gruppo insolvente in una procedura unitaria, indicando inoltre i presupposti che caratterizzano il gruppo, cui hanno seguito gli artt. 1,3,4,4 bis, 5, l.39/2004, Legge Marzano. Nell'ordinamento italiano, oltre alle norme sopra citate, sono presenti leggi speciali che disciplinano l'insolvenza o la crisi dei gruppi, ovvero fattispecie di liquidazione coatta amministrativa delle società fiduciarie o di revisione - art. 2 d.lgs. 233/196 convertito con la l. 430/1986 - e la crisi dei gruppi creditizi - ai sensi degli artt. 100-105, d.lgs. 385/1993 – nelle due fattispecie in esame si precisa che le controllate, il cui stato di crisi è accertato in giudizio, sono soggette alla stessa disciplina prevista per la

² DI MAJO A., *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Giappichelli, Torino, cit., p. 34.

³ Ai sensi dell'art. 81, D. lgs. 8.7.1999, n.270, in tema di amministrazione straordinaria delle imprese del gruppo, la norma cita testualmente al primo punto "Dalla data del decreto che dichiara aperta la procedura madre, e fino a quando la stessa è in corso, le imprese del gruppo soggette alle disposizioni sul fallimento, che si trovano in stato di insolvenza, possono essere ammesse all'amministrazione straordinaria indipendentemente dal possesso dei requisiti previsti nell'articolo 2". L'articolo continua, al punto numero due, che "Le imprese del gruppo sono ammesse all'amministrazione straordinaria qualora presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali, nei modi indicati dall'articolo 27, ovvero quando risulti comunque opportuna la gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del gruppo, in quanto idonea ad agevolare, per i collegamenti di natura economica o produttiva esistenti tra le singole imprese, il raggiungimento degli obiettivi della procedura".

holding⁴. Seguendo questa linea, si trova un accenno all'organizzazione di gruppo nella disciplina concorsuale, in particolare agli artt. 124 e 160, comma 1°, lett. b) l.fall.; nel primo caso, in riferimento al concordato fallimentare, si identifica che “la domanda non possa essere presentata dal fallito, da società in cui egli partecipi o da società sottoposte al comune controllo”, e ancora nel secondo caso, con differente tema, ovvero nel concordato di gruppo, si evince che “possono costituirsi come assuntori del concordato anche creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura”.

Questa precisazione vuole enfatizzare che la crisi dei gruppi o la sua insolvenza non è disciplinata da altra procedura concorsuale perché le imprese in difficoltà appartenenti al gruppo sono regolamentate come se fossero indipendenti, poiché in questo ambito l'esistenza di un gruppo non è considerata giuridicamente rilevante, nonostante si sia di fronte ad un complesso unitario sotto un profilo economico.

Le imprese che vi appartengono vengono quindi considerate come se svolgessero la propria attività singolarmente. Il problema sorge perché la crisi di una delle società appartenenti al gruppo non ha generalmente effetto solo nei confronti della singola società ma si produce moltiplicandosi per l'intera organizzazione.

La continua mancanza di una disciplina positiva sia concorsuale che societaria sul fenomeno di gruppi di imprese, non ha permesso di introdurre delle scappatoie al sistema attuale per cercare di attuare una normativa di coordinamento delle imprese facenti parte del gruppo, di modo che si presentavano puntualmente problematiche, che verranno ampliate nei prossimi paragrafi, relative alla commistione delle masse attive e passive, alla tutela dei creditori, nonché alla competenza territoriale.

⁴ DI MAJO A., *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Giappichelli, Torino, cit., p. 37.

Una simile scelta, che pare imposta nel sistema italiano, non è soddisfacente perché eccessivamente rigida e perché non riesce a proteggere dagli effetti negativi per l'intero gruppo nel suo complesso. Infatti, si prevede di trattare l'insolvenza o la crisi della controllata in modo indipendente ed individuale, e di considerare sia la gestione unitaria del gruppo sia l'autonomia patrimoniale e giuridica delle singole società⁵. L'autonomia patrimoniale esige la necessità di verificare, in capo alla società, lo stato di insolvenza o crisi, con riguardo alla situazione patrimoniale della stessa società e non alle altre controllate, non sussistendo alcuna commistione o unione dei patrimoni tra le società⁶.

2.2 Definizione del concordato preventivo precedente alla riforma

Il gruppo di imprese, che si presenta in uno stato di squilibrio, potrebbe decidere, al fine di evitare una dichiarazione di fallimento, di adottare soluzioni concordate della crisi. Tra queste risulta particolarmente importante il c.d. concordato preventivo di gruppo.

Non si tratta di una forma speciale di concordato preventivo, ma la fattispecie sussiste nell'applicazione del classico istituto concordatario ai gruppi di imprese, anche se non è prontamente individuato e riconosciuto dalla disciplina concorsuale. Questa procedura concorsuale può essere associata alla società, definita sia nella sua forma originaria sia a tutte le sue conformazioni ed articolazioni, ovvero definita come gruppo. Il concordato preventivo può essere descritto come una fattispecie negoziale di soluzione della crisi.

La peculiarità del piano concordatario è la sua natura privatistica, ovvero la presenza di un'opzione volontaria per la risoluzione degli squilibri di tutte le società che compongono il gruppo stesso.

⁵ DI MAJO A., *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Giappichelli, Torino, cit., p.35.

⁶ CAMPOBASSO G.F., *Le partecipazioni rilevanti. I gruppi di società*, Utet, Torino, cit., p. 650.

Si può definire quindi, il “concordato di gruppo”, come un’enunciazione di un'unica proposta, domanda e piano concordatario, da parte di molteplici soggetti appartenenti al medesimo gruppo, che prevedano delle forme di unificazione e coordinamento, sia sul piano procedurale che dei contenuti.

I motivi alla base della diffusione della formulazione da parte delle società del c.d. concordato di gruppo possono essere più di uno, ma effettivamente la principale ragione che spinge nella direzione in ammettere questo tipo di soluzione della crisi si evidenzia nel fatto di voler trattare la crisi o l’insolvenza del gruppo in modo unitario e coordinato, attraendo così il “plusvalore derivante dalla cessione unitaria degli assets dislocati nel patrimonio delle diverse società coinvolte, ovvero, perlomeno, delle economie di scala derivanti dall'utilizzazione di procedure unitarie o coordinate.”, come scrive S. Poli⁷.

In assenza di una specifica previsione legislativa resterebbe in ogni caso incerta l’applicazione della procedura di concordato preventivo di gruppo, a causa di un mancato riconoscimento nell’ordinamento italiano. Sembrerebbe però esservi un richiamo alla fattispecie concordataria di gruppo sia per i riferimenti normativi contenuti all’art.160, comma 1°, lett. b)⁸, sia attraverso l’utilizzo di operazioni straordinarie societarie, come cita l’art. 160, comma 1°, lett. a), in cui “la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione

⁷ POLI S., *Il concordato preventivo di gruppo*, in Giur. Comm., 2014, p. 735, si può precisare inoltre che l’utilizzo dello strumento concordatario è maggiormente competitivo a differenza dello strumento straordinario, quali potrebbero essere fusioni o scissioni delle società, in cui la proposta di concordato sarebbe presentato dal soggetto che risulta da tali operazioni. La gestione della crisi attraverso operazioni straordinarie comporterebbe dei vantaggi, in primis nella creazione di un'unica massa attiva e passiva e di conseguenza con l’eliminazione delle poste intercompany, ma allo stesso tempo l’utilizzo di questi strumenti per la gestione della crisi comporterebbe degli svantaggi maggiori dei vantaggi, in termini di tempistiche di attuazione e di criticità di applicazione dell’istituto, con risultato che la gestione della crisi potrebbe aggravarsi.

⁸ La disciplina in esame, all’art.160, comma 1, lett. b), evince “l’attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore; possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato”.

dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie [...]”⁹. Chiarito il concetto dell’istituto concordatario e delle caratteristiche, nel prosieguo si cerca di dare un breve spunto ad aspetti di natura sostanziali e procedurali, definiti dalla prassi giurisprudenziale, che hanno applicato il concordato preventivo alla struttura di gruppo.

Come si dimostrerà, buona parte della giurisprudenza ha esteso il concetto di gestione unitaria della crisi del gruppo, definendone un’interpretazione restrittiva, nel rispetto del vincolo di distinzione delle masse attive e passive delle singole società e di tutela della classe creditoria. Potrebbe inoltre porsi, al momento dell’approvazione del piano concordatario, il problema di una valutazione sulla sua fattibilità da parte dei creditori delle diverse società, provocando dei risultati disomogenei che potrebbero peggiorare, anziché migliorare lo stato in cui si trova il gruppo. Quindi il decollo dell’istituto in esame presenta alcune difficoltà applicative e conoscitive.

Il problema si riferisce alla complessità di organizzare un piano di sistemazione debitoria che tenda a considerare tutte le società che appartengono al gruppo in termini di esigenze economiche delle stesse, nonché anche alla mancanza di una disciplina appositamente creata che disciplini sia il gruppo di società, sia l’istituto del concordato di gruppo. In riferimento a questa ultima ipotesi, si possono trovare norme settoriali che risolvano parzialmente il problema, ovvero la normativa antitrust, la disciplina del bilancio consolidato e, per quanto riguarda più precisamente l’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento, la normativa del codice di cui artt. 2497 ss. c.c.

⁹ BOTTAI L.A., *I gruppi di imprese nella riforma concorsuale*, Utet, Torino, cit., p. 5, si precisa che le masse attive e passive delle società, nonché la personalità giuridica, non si devono inglobare l’una con l’altra ma devono mantenersi distinte anche se vi è la presentazione di un unico piano concordatario.

2.3 La prassi giurisprudenziale

La mancanza di una disciplina positiva in tema di gruppi di imprese ha provocato, come anticipato, delle difficoltà nello stabilire una linea procedurale nel caso di presentazione di una domanda di concordato da parte del gruppo, anche se questo non implica, di conseguenza, che il concordato di gruppo sia dichiarato illegittimo, ma suppone solamente il fatto che bisogna considerare un percorso giuridico formato da molteplici tentativi di coordinamento delle diverse procedure delle società che fanno parte del gruppo per creare un'unica amministrazione della crisi del gruppo nel suo complesso, tenendo comunque presente che è necessario garantire la tutela del ceto creditorio di ogni società.

Se si valorizza il potere della holding come semplice coordinamento o come un'attività di direzione, la valutazione degli aspetti procedurali del concordato preventivo potrebbero assumere differenti forme. Se si considera l'attività di coordinamento da parte della holding come un'attività solamente di regolazione e gestione di elementi diversi in modo da risultare integrati e armoniosi per uno scopo comune, allora sarà preferibile una soluzione giurisprudenziale che tenga separate le procedure di ogni società in crisi, con un coordinamento solamente a livello di organi sociali, in modo da riuscire a creare piani concordatari armoniosi tra loro nonostante ogni entità sia considerata autonoma e indipendente.

Se si enfatizza invece la questione dell'esercizio dell'attività di direzione, allora è preferibile la scelta di una gestione unitaria procedimentale della crisi, con la formulazione di una proposta unitaria e l'unicità degli organi procedurali.

Dagli anni Ottanta, la giurisprudenza ha cercato di riflettere sul fenomeno dei gruppi nella disciplina concorsuale, cercando di definire, per l'appunto, una gestione unitaria

della crisi, ma trovandosi di fronte barriere, quali la responsabilità patrimoniale delle persone giuridiche e l'obbligo di distinzione delle masse attive e passive delle società appartenenti al gruppo, che hanno provocato un blocco restrittivo all'applicazione della fattispecie concordataria, proponendo così solamente un coordinamento tra le varie procedure.

Nell'ordinamento giuridico italiano si trova, a differenza di quello nordamericano¹⁰ che prevede la possibilità di ricostruire un consolidamento patrimoniale di tutte le società, un consolidamento di tipo processuale, che tende ad accomunare tutte le società del gruppo ma solamente sotto il profilo gestionale e amministrativo.

La soluzione in base alla quale la maggior parte delle pronunce della giurisprudenza di merito ha basato la propria decisione, è espressa dal termine c.d. *procedural consolidation*.

Questa espressione consiste nella creazione di una procedura unitaria, ove la domanda concordataria e il relativo piano sono presentati in modo unitario dalle società del gruppo, le quali presentano caratteristiche sia di congruità procedurali, sia di coordinamento nella fase di liquidazione dell'operosità, garantendo la soddisfazione dei creditori delle singole società attraverso la distinzione delle masse societarie¹¹.

¹⁰ *Bankruptcy Code*, fondato tramite il caso *Sampsel v-. Imperial Paper & Color Cor*, in *RAVINA C.*, Concordato di gruppo: inammissibile la confusione delle masse attive e passive, cit., p.750.

¹¹ FAUCEGLIA G., *Uno, nessuno, centomila: il concordato preventivo di gruppo*, Giurisprudenza commerciale, 2016 cit., p. 12, specificando che questa considerazione vale soprattutto per il concordato con continuità aziendale perché la crisi che investe una o più imprese appartenenti al gruppo ha bisogno di essere trattata in modo unitario e coordinato, per sfruttare, attraverso l'unicità procedurale, le economie di scala; nei concordati misti, ove alcune società vengono investite dalla fase liquidatoria e altre dalla fase di continuità aziendale.

I vantaggi che risiedono da quanto appena esposto sono quelli dell'annullamento delle poste intercompany e della valutazione in termini unitari della crisi che investe la società.

Differente è invece, come già riportato, il caso della substantive consolidation nella disciplina americana. Il Codice Fallimentare americano non autorizza espressamente il consolidamento materiale, nonostante riconosca un piano che possa prevedere il consolidamento di un “debtor with one or more persons” come mezzo di attuazione.

Piuttosto, il consolidamento sostanziale è un prodotto di lucentezza giudiziaria che ha preceduto l'emanazione del Codice Fallimentare nel 1978. Tuttavia, a causa dei pericoli che possono derivare dal costringere i creditori di un'entità a condividere equamente il patrimonio di questa con i creditori di un altro debitore che potrebbe essere meno solvibile, i Tribunali generalmente ritengono che lo strumento del consolidamento sostanziale debba essere usato con parsimonia e hanno etichettato il consolidamento sostanziale come un “rimedio straordinario”.

Nonostante alcune prassi giurisprudenziali facciano comunque riferimento a questo tipo di orientamento di unione delle masse. Atteso tutto quanto sino a qui considerato, la fattispecie del concordato di gruppo ha provocato comunque, a livello giurisprudenziale e dottrinale, alcuni interrogativi in termini di legittimità della fattispecie. Analizzando brevemente le soluzioni adottate, la problematica maggiormente diffusa risulta essere quella del consolidamento procedurale. A questo proposito, gli orientamenti dei Tribunali di Roma¹² sembrano avere valorizzato la condizione di una gestione unitaria della crisi, prevedendo la nomina degli stessi organi per tutte le procedure che partecipano al

¹² Tribunale di Roma 7 marzo 2011, Tribunale di Roma 25 luglio 2012, Tribunale di Roma 18 aprile 2013 in ilcaso.it.

concordato di gruppo, nonostante questa determinata gestione unitaria processuale possa provocare dei conflitti di interessi.

Il Tribunale di Milano invece ha sposato la tesi secondo la quale ogni società del gruppo ha il proprio curatore e il proprio giudice delegato, ma che vi sia comunque la nomina di un giudice delegato che si occupi di coordinare le varie procedure.

Le problematiche relative all'ammissibilità del concordato di gruppo non riguardano solo le condizioni processuali ma anche la tutela del ceto creditorio, in particolar modo la problematica dell'adunanza dei creditori. In questo caso la prassi giurisprudenziale ha voluto adattarsi, in termini di soluzioni positive, ad ogni caso concreto.

Il Tribunale di Roma¹³ e di Asti¹⁴ hanno previsto una separazione delle adunanze e delle votazioni per l'omologazione concordataria, mentre il Tribunale di Roma¹⁵ ha imposto, nonostante un'unica adunanza dei creditori, che fossero poste in essere singole votazioni e separate deliberazioni.

Non si sono adeguati a questa soluzione invece il Tribunale di Terni¹⁶ e di Palermo¹⁷ che hanno preferito la formulazione di un'unica adunanza di creditori e un'unica maggioranza delle votazioni¹⁷.

Il pensiero dottrinale, invece, sostiene che, nonostante la considerazione di un'unica adunanza di creditori, la votazione deve avere una netta distinzione degli stati passivi delle imprese del gruppo che hanno presentato ricorso per ammissione della proposta concordataria e delle masse creditorie, in quanto subordinate per il calcolo delle maggioranze di approvazione del piano concordatario.

¹³ Tribunale di Roma 25 luglio 2012 in [ilcaso.it](#).

¹⁴ Tribunale di Asti 24 settembre 2012 in [unijuris.it](#).

¹⁵ Tribunale di Roma 7 marzo 2011 in [ilcaso.it](#).

¹⁶ Tribunale di Terni 29 dicembre 2010 in [ilcaso.it](#).

¹⁷ Tribunale di Palermo 4 giugno 2014 in [ilcaso.it](#).

Quindi fermo restando il vincolo procedurale sulla confusione di masse attive e passive, la tutela dei creditori concorsuali può comportare differenti problematiche nel caso di formulazione di un'unica adunanza dei creditori o a seguito di un'unica maggioranza di omologazione del piano concordatario. Riassumendo, in riferimento ai creditori, la tesi prevalente sembra negare la formulazione di un unico computo di tutti i creditori e in presenza di un concordato pienamente liquidatorio, l'ipotesi tende ad ammettere che si creino classi distinte di creditori, cui la società debitrice sarà soggetta al vincolo di responsabilità patrimoniale¹⁸.

Ciò premesso, i creditori hanno differenti strumenti di tutela a loro disposizione, quali l'azione revocatoria degli atti infragruppo e l'azione di responsabilità per direzione unitaria. Oltre alla struttura processuale, a quella dei creditori concorsuali, un'ulteriore riflessione è quella legata alle “vicende idonee” al concordato di gruppo nel considerare diverse procedure delle società che fanno parte del gruppo.

In questo caso, per categorizzare gli effetti che una procedura ha su un'altra, si invoca il principio di “simul stabunt, simul cadent”, che in caso di mancata approvazione, quindi omologazione, del concordato, da parte di una società del gruppo, l'intero gruppo ne subirà la conseguenza provocando la mancata omologazione per anche tutte le altre. Questa soluzione è stata adottata dal Tribunale di Ravenna¹⁹ e di Roma²⁰, ma non da Tribunale di Terni²¹ e di Crotone²², mentre l'ipotesi dottrinale sostiene che vi siano relazioni tra le procedure del concordato pur mantenendo intatta l'ideologia che in caso

¹⁸ VERNA G., *Sulla presentazione di concordati preventivi da parte delle imprese del gruppo*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2015, p.907.

¹⁹ Tribunale di Ravenna 22 maggio 2014 in *ilcaso.it*.

²⁰ Tribunale di Roma 18 aprile 2014 in *ilcaso.it*.

²¹ Tribunale di Terni 19 maggio 1997 in *DI MAJO A., I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Torino, 2012, p.45

²² Tribunale di Crotone 28 maggio 1999 in *Giust. Civ.*, cui caso verrà trattato singolarmente in seguito.

di mancanza di una delle maggioranze dei creditori di una società per l'approvazione comporti l'infattibilità del piano stesso.

I casi giurisprudenziali e i pensieri dottrinali sopra esposti si sono adattati al principio della procedural consolidation, ma occorre fare un accenno anche alla procedura opposta, ovvero quella delle commistioni delle masse, la c.d. substantive consolidation.

A negare tale principio, sono stati i Tribunali di Roma e di Asti²³, che hanno riconfermato la questione della responsabilità patrimoniale, di cui art. 2740 c.c. Tuttavia, non sono mancati alcuni casi, nell'ordinamento italiano, in cui la giurisprudenza si è adeguata alla forma particolare di substantive consolidation, presentando una liquidazione unitaria solamente degli attivi per la soddisfazione dei creditori concorsuali, considerando comunque inderogabile il concetto di non commistione delle masse attive e passive.

Un caso è quello dei giudici messinesi²⁴, ove la pronuncia è stata quella di prendere in considerazione la correlazione unitaria tra l'attivo concordatario e la convenienza economica.

Nel caso riportato, visto che le due società in nome collettivo potevano presentare una soddisfazione totale dei creditori privilegiati e parziale dei chirografari, la società in accomandita semplice proponeva, nella proposta concordataria, in cui si garantiva il soddisfacimento dei creditori attraverso una liquidazione dei beni della stessa e la cessione dei beni personali dei soci e dei residui della procedura concordataria delle s.n.c.; il patrimonio delle s.n.c. veniva così offerto ai creditori e inserito nella proposta

²³Tribunali di Roma 25 luglio 2015, di Asti 24 settembre 2012 e di Roma 18 aprile 2013 in ilcaso.it e unijuris.it.

²⁴Tribunale di Messina, 30 novembre 1998 nota di DI MAJO A., op. cit., p.49.

concordataria della s.a.s., per cui i patrimoni personali non erano computati nel calcolo dell'attivo delle s.n.c. ma in quello della s.a.s., quale non era sufficiente per accedere alla proposta concordataria.

A valorizzare l'accordo vi era la presenza di una clausola di traslazione delle risorse dai concordati presentati dalle s.n.c. verso quello della s.a.s. in veste di cessione pro solvendo, in cui si prevedeva la liberazione dei debitori delle s.n.c. solo in caso di soddisfazione dei creditori concorsuali. Come si può evincere dalla pronuncia, non si è formata nessuna procedura unitaria, nessuna unitarietà dei ricorsi, ma vi è stato a livello di sostanza un consolidamento.

Analoga considerazione è stata posta in essere dal Tribunale di Terni²⁵, ove si è stata ammessa una soluzione unitaria della crisi attraverso un'unica adunanza dei creditori e un'unica votazione delle maggioranze per l'omologazione del piano concordatario.

La pronuncia ha voluto indicare che nonostante il gruppo nel suo complesso sia formato da differenti soggetti, a rigore di logica queste entità svolgono un'attività economica nella propria autonomia e sono assoggettate a direzione e coordinamento da parte della stessa controllata.

Inoltre, nella sentenza viene valorizzato la continuità aziendale e la riduzione del debito. La posizione assunta dal Tribunale di Terni è stata quella di concedere quindi la liquidazione unitaria dell'attivo in modo da soddisfare i creditori in misura maggiore.

Il problema che caratterizza le pronunce sopra esposte è quello della mancata tutela dei creditori a causa della considerazione degli attivi in maniera unitaria delle società che appartengono al gruppo, anche se la stessa giurisprudenza di merito ha fatto prevalere la

²⁵ Tribunale di Terni, 30 dicembre 2010 in ilcaso.it.

tesi in cui questa liquidazione unitaria dell'attivo possa garantire un trattamento per i creditori migliore rispetto ad una non commistione delle masse.

I creditori delle società del gruppo che non versano in uno stato di crisi, si ritrovano però a subire una falceria come i creditori che invece appartengono alla società insolvente. L'ultima considerazione fatta in merito alla trattazione unitaria del piano concordatario riguarda la pronuncia di Rovigo²⁶ circa ad un concordato di tipo liquidatorio, nel caso di specie il concordato era ammesso sempre per la correlazione tra le società sulla base di rapporti finanziari e giuridici e il vantaggio di una liquidazione unitaria per i creditori. Il diritto, invece, tende a soffermarsi sulla singola impresa indipendente, che voglia aderire alla proposta, definendo così che il concordato di gruppo può essere definito come un "fascio di procedure", anche se configurato alla stessa domanda e piano che coordinano tra loro, quindi valorizzando gli aspetti gestionali e procedurali della fattispecie.

Sempre in riferimento ai profili sostanziali, in favore della commistione delle masse, si introduce il concetto di legittimità del patrimonio parziale trasferito, a seguito dell'entrata in vigore dell'art.186-bis l.fall., la quale norma disciplina il concordato con continuità aziendale, che va ad intaccare negativamente il principio di cui art.2740 c.c.

Il concetto è strettamente correlato alla teoria dei vantaggi compensativi, disciplinata dalla procedura societaria agli artt. 2497 ss., che dal lato concorsuale dovrebbe prevedere una considerazione di generale governance e organizzazione delle società del gruppo e non solo limitata al concetto di direttive tra holding e controllate.

A fronte di una breve descrizione esposta precedentemente, si cerca di descrivere alcuni orientamenti, oltre ai casi citati brevemente nella prima parte, che hanno sviluppato

²⁶ Tribunale di Rovigo, 5 novembre 2013 in www.unijuris.it.

le proprie pronunce basandosi sul principio della procedural consolidation, quindi considerando la fattispecie del concordato preventivo, in riferimento agli aspetti solamente procedurali, come un'unica procedura di gruppo, in cui vi è la presenza di un coordinamento procedurale attraverso unico commissario, giudice ecc.

Nel definire quanto esposto, pare opportuno analizzare alcune pronunce della giurisprudenza che negli ultimi vent'anni hanno dato un importante contributo alla formulazione di una procedura concordataria della crisi. Una prima tesi giurisprudenziale ha considerato ammissibile la procedura concordataria di gruppo, nel caso in cui si presentino i presupposti di ammissibilità per tutte le società, a condizione che la competenza territoriale si riferisca alla sede legale della holding e, che la sede principale del gruppo sia nello stesso luogo di amministrazione e direzione della società uguale della holding¹, con l'ulteriore possibilità di avere un unico giudice delegat

o e commissario giudiziale, unico provvedimento e unico giudizio di omologazione, fermo restando la non commistione degli stati passivi delle singole società e la non computazione delle votazioni²⁷.

Un caso in esame è del Tribunale di Roma, che ha rimarcato l'importanza della relazione tra attivo e fabbisogno concordatario. Le società strettamente correlate tra loro, sia in ambito operativo che patrimoniale, avevano preposto la stessa domanda concordataria. Il Tribunale ha sostenuto che la presentazione di molteplici procedure avrebbe provocato una lesione, sia ai creditori che alle stesse società, rendendo così ammissibile il concordato preventivo come una procedura univoca, considerando il

²⁷ Tribunale di Ivrea, 21 febbraio 1995 in DI MAJO A., *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Torino, 2012, p.44.

concordato complessivo nel suo insieme, ma comunque rimarcando ad ogni società la propria autonomia²⁸.

In realtà, non tutte le tesi si sono conformate nel definire il concordato di gruppo come una fattispecie ammissibile nel nostro ordinamento giuridico, anzi proprio a causa dell'autonomia operativa che contraddistingue ogni società che appartiene al gruppo, dovrebbe essere proprio la condizione per dichiarare inammissibile il concordato preventivo di gruppo, anche se spetterà al Tribunale competente definire il collegamento sostanziale tra le diverse entità, cui potrebbe essere l'eccezione alla regola²⁹.

Gli orientamenti finora considerati hanno quindi alla base della propria motivazione, riguardo l'ammissibilità della proposta concordataria, la gestione di una procedura univoca che tenga comunque in considerazione vincoli procedurali e di tutela dei creditori. Tutto ciò premesso, occorre presentare anche alcune tesi giurisprudenziali, che hanno presentato nel tempo alcuni criteri innovativi e che hanno investito grandi gruppi presenti nella realtà economica odierna, seppur i casi si riferiscano ad alcuni anni fa, nello specifico le soluzioni adottate dal Tribunale di Crotone³⁰ ed il Tribunale di Pavia³¹, che hanno adottato un profilo restrittivo procedurale.

Alla base del seguente modello si stabiliscono relazioni e collegamenti allineati tra le società, sia sugli aspetti commerciali che finanziari, in modo che i creditori di ogni singola società fossero anche delle altre come garanti. Non vi era una separazione delle masse, anzi vi era una formazione di una singola massa patrimoniale unitaria che trovava

²⁸ Tribunale di Roma, 16 dicembre 1998 in DI MAJO A., *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Torino, 2012, p.44.

²⁹ Tribunale di Perugia, 3 marzo 1995 in 1995 in DI MAJO A., *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Torino, 2012, p.45.

³⁰ Tribunale di Crotone 28 maggio 1999 in Giust. Civ.

³¹ Tribunale di Pavia, 26 maggio 2004, come citato da S. POLI, *Il concordato preventivo di gruppo*, cit., p. 743.

la propria giustificazione nel creare una sorta di omogeneità nella soddisfazione concorsuale; questa unificazione potrebbe portare ad un equilibrio, lesionato dalla holding o dai soci di maggioranza, della posizione giuridica di soci e dei creditori della controllata e del gruppo complessivo.

La novità introdotta dal Tribunale di Crotone si stabilisce proprio nel considerare, non valutando la ragione dei creditori dissenzienti, l'interesse nel trattare unitariamente la crisi di gruppo, sia a livello sostanziale che procedurale.

Il caso in esame riguardava la presentazione di un'unica domanda di concordato e, di conseguenza, di un unico ricorso posto in essere dalla società capogruppo individuale e da tre società controllate appartenenti al medesimo. La soluzione adottata dal Tribunale di Crotone fu quella di porre in essere, a favore delle società, una procedura univoca, con la presenza degli organi medesimi ed un'unica adunanza di tutti i creditori delle società, in cui potevano esprimere il proprio parere sul piano concordatario complessivamente considerato.

Il piano concordatario fu omologato, nonostante una delle maggioranze richieste per l'approvazione, quella che riguardava la controllante, ai sensi dell'art.161 l.fall., non fu raggiunta, previo controllo del requisito soggettivo e oggettivo di ammissibilità della procedura.

Questo orientamento ha quindi ampliato la definizione di gruppo e l'ammissibilità di concordato preventivo, anche nelle circostanze che non avrebbero ammesso la procedura per mancanza maggioranza dei creditori consenzienti, privilegiando l'unitarietà del gruppo sia per la soddisfazione dei creditori sia per le società in crisi³².

³²Tribunale di Crotone, 28 maggio 1999 in Giust. Civ, nota in DI MAJO A., *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Torino, 2012, p.45.

Come citato da S. Poli, uno dei casi più importanti e recenti, fu quello del concordato preventivo del gruppo Yomo, nella quale il Tribunale di Pavia³³ ha definito che il bisogno di “valutazione unitaria della proposta di concordato che dovrà essere valutata in una sola procedura”, nello specifico continuando a valorizzare “la necessità di considerare separatamente le masse attive e passive di ogni società e quindi di procedere a distinte adunanze di creditori”.

La sentenza continua affermando che “la legislazione vigente, come dimostrato ancora dalla recente l. 39/2004, non permette di considerare in modo unitario le rispettive masse attive e passive ritenendo che l’esistenza dei singoli enti e conseguentemente dei singoli patrimoni non possa in alcun modo essere superata dall’esistenza del “gruppo” neppure per far prevalere la reale situazione economica ed imprenditoriale rispetto all’assetto giuridico dello stesso”, quotando, in quattro differenti adunanze dei creditori, la situazione patrimoniale delle società in modo individuale³⁴. Il caso risale ad aprile del 2004, ove la controllante e tre società appartenenti al gruppo Yomo, ubicate nel territorio della capogruppo nel mese precedente alla proposta concordataria, hanno depositato un unico ricorso di concordato preventivo di gruppo.

Nella proposta si prevedeva l’utilizzo della cessazione in maniera univoca delle società ad altre che appartenevo allo stesso campo di attività, in cui il contratto preliminare era subordinato “all’omologa e stipula medio tempore di un accordo di affitto ponte”³⁵.

³³ Tribunale di Pavia, 26 maggio 2004, come citato da S. POLI, *Il concordato preventivo di gruppo*, cit., p. 743.

³⁴ DI MAJO A., *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Giappichelli, Torino, cit., p.49.

³⁵ Tribunale di Pavia, 26 maggio 2004

In data 26.05.2004, il decreto di ammissione presentava alcuni punti cardine, che possono essere riassunti nel seguente modo:

- anche in mancanza di una specifica disciplina di gruppo, il Tribunale di Pavia ha proposto l'ammissibilità del piano concordatario;
- si è verificata la presenza di un collegamento tra le varie imprese del gruppo e il riconoscimento dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento da parte della capogruppo verso le altre imprese;
- considerando singolarmente le società, si sono accertate le condizioni oggettive e soggettive per la legittimità della proposta;
- la competenza territoriale era verificata presso la sede legale della holding e che le tre società si trovavano nel circondario del Tribunale competente;
- la positiva valutazione della proposta concordataria, che avrebbe portato, attraverso la cessione unitaria un maggior valore rispetto la presentazione di singole procedure dalle differenti società;
- la non ammissibilità di commistione delle masse attive delle società;
- la nomina di un solo giudice delegato, un commissario giudiziale, unico pagamento del campione procedurale, quindi la creazione di un'unica procedura;
- in termini di tutela dei creditori, la formazione di differenti adunanze per ogni società ammessa alla procedura concorsuale.

Il decreto di omologazione, però, arrivò nel 2005, successivamente all'avviamento del decreto di competitività e, in tal caso il Tribunale dichiarò l'omologazione con un unico liquidatore giudiziale, evitando altre considerazioni in merito alla proposta e ribadendo le proprie considerazioni sull'ammissibilità.

Riassumendo, la legislazione passata era caratterizzata da due differenti correnti, da una parte si prevedeva che una sorta di unificazione della procedura, nonostante la presentazione di molteplici decreti e domande di ammissione, dall'altra la considerazione di un unico piano concordatario attraverso la presentazione di una domanda di ammissione unica, ma mantenendo la non commistione delle masse.

Nell'ultimo decennio si è enfatizzata una disciplina che permettesse di considerare in modo univoco una formulazione del concordato di gruppo. Un primo riferimento in esame, oltre ad altri che verranno considerati successivamente, è quello adottato dal Tribunale di Roma³⁶ in cui la proposta di concordato considerava due classi di creditori chirografari, per ogni società del gruppo, ovvero il soddisfacimento del 60% del credito vantato e riconosciuto per i creditori definiti diretti e per l'altra categoria, quella dei creditori indiretti, era atteso la stessa soddisfazione del 60%, ma di cui il 40% derivava dalla debitrice controllata e il 20% derivava dalla condebitrice solidale della controllata.

Nel caso specie, il concordato di gruppo era ammissibile, quindi vi era un'ammissibilità di un medesimo ricorso per più società del gruppo, purché vi fosse la presenza di un unico piano aziendale che prevedeva la non commistione delle masse delle stesse e singole votazioni e deliberazioni per ogni società, in modo da tutelare i creditori della stessa.

L'Autorità Giudiziaria riteneva che l'autonomia privata, di cui art. 1322 c.c., potesse essere la base per la legittimità del concordato preventivo di gruppo. La relatività giuridica del gruppo, considerando la sua divisione, era controbilanciata e superata da una

³⁶ Tribunale di Roma, 7 marzo 2011, in ilcaso.it.

realtà economia che considera il gruppo come un'unica entità, cui l'organo di governo è unico.

Infatti, il gruppo di imprese trova il suo fondamento nella libertà di autonomia privata di cui art.1322 c.c., e questo è lo strumento per un sistema negoziale della crisi. La relatività economia di gruppo e il concetto di autonomia privata delle società che vi appartengono, creano la necessità di una trattazione unitaria della procedura, definendo che proprio la soggettività dominerà in riferimento alle responsabilità patrimoniali e alla distinzione delle masse.

L'autonomia privata non può guidare la responsabilità patrimoniale, il Tribunale di Roma ha voluto unificare la procedura, ma a condizione che la responsabilità patrimoniale restasse invariata, dando importanza al gruppo come entità economica ma non modificando la soggettività che può rappresentare il gruppo stesso. Il gruppo presenta quindi due colossi, realtà economica e dimensione giuridica³⁷.

Un'altra tesi sostenuta in tema della fattispecie concordataria, fu quella adottata dal Tribunale di Parma in riferimento al gruppo Jam Session, caso simile a quello della Yomo, infatti la holding e le due società del gruppo presentavano un'unica domanda concordataria in cui si prevedeva che la cessazione dei beni aziendali e la maggiore soddisfazione dei creditori concorsuali delle singole società, attraverso la formulazione di liste di creditori in grado di ordine di velocità di soddisfazione.

Il Tribunale di Parma³⁸ considerava ammissibile la proposta di concordato, pur tenendo presente la correlazione tra i nuovi riferimenti contenuti nella nuova legge e la

³⁷ DI MAJO A., *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Giappichelli, Torino, 2012, pp.49 ss.

³⁸Tribunale di Parma, 27 giugno 2008.

manca di una disciplina che regoli questi gruppi. Altro orientamento, riguardante il gruppo Fincar, il Tribunale di Bologna³⁹ ha tratto conclusioni in riferimento ad un concordato di natura liquidatoria, non di continuità come affrontato nel caso precedente. Il caso presentava distintamente sei ricorsi diversi formulati dalla holding, sub-holding e quattro controllate, nel quale si annotava la distinzione delle masse attive e passive delle varie società. Il Tribunale, nel considerare una legittimità causale dei ricorsi depositati aveva comunque posto degli ostacoli rinvenibili dalla disciplina concorsuale, quali a competenza territoriale e le condizioni soggettive e oggettive di ammissibilità. Invece a livello procedurale si è prevista la nomina di sei differenti commissari giudiziali a fronte di rispettivi ricorsi, di un unico giudice delegato e la preferenza del coordinamento rispetto al consolidamento delle procedure, eliminando il concetto substantive consolidation.

Infatti, come premesso nei precedenti punti proprio la stessa giurisprudenza si è sempre espressa in una logica negativa a sostegno dell'ideologia del principio di cui art. 2740 c.c. in termini di responsabilità patrimoniale, a cui buona parte dei Tribunali hanno aderito⁴⁰.

I casi riportati poc'anzi affermano quindi, oltre alla causalità dell'ammissibilità della proposta concordataria, l'orientamento verso una procedural consolidation, quale considera sia la trattazione di un consolidamento unitario sia della domanda di concordato sia della omologazione, facevano capo alla formulazione di un'unica procedura che

³⁹ Tribunale di Bologna, 8 ottobre 2009 nota in DI MAJO A., I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario, Torino, 2012, pp.49 ss.

⁴⁰ Tribunale di Asti del 24 settembre 2012, Tribunale di Roma del 18 aprile 2013 e il Tribunale di Alessandria del 31 marzo 2016 in ilcaso.it e www.unijuris.it.

coinvolga un unico giudice delegato e uno stesso commissario giudiziale, sia al coordinamento tra le diverse procedure del gruppo.

In conclusione di quanto trattato, oltre al tema della competenza territoriale, cui sarà dedicato il prossimo paragrafo, occorre evidenziare tutte quelle situazioni concordatarie che si sviluppano tra le diverse società, in tema di mancata ammissibilità della proposta concordataria, mancata approvazione ecc.; nel caso la fattispecie del concordato di gruppo sia trattata come una procedura unitaria, le conseguenze e vicende si estenderanno all'intero gruppo nel rispetto delle società.

Nel caso in cui la fattispecie sia trattata come un fascio di procedure, le conseguenze relative a quella società riguardano solo il circondario della società medesima.

Nella tabella sottostante verrà riassunte ed evidenziate le differenze tra i maggiori orientamenti giuridici recenti, anche se non risulta possibile identificare una soluzione organica della fattispecie.

2.3.1 Dubbi e problematiche relative alla competenza territoriale

Indubbiamente una delle prime difficoltà che si insinuano nella legittimazione del concordato di gruppo riguarda il riconoscimento dell'Autorità giudiziaria di riferimento.

La mancanza di una specifica norma che regoli quale sia il Tribunale competente fa sorgere il rischio che la gestione della crisi del gruppo sia affidata a differenti Autorità e che ne derivino, in termini di coordinamento procedurale, significative problematiche.

La soluzione maggiormente adottata dalla giurisprudenza consiste nel fare riferimento all'art. 9 l. fall.163, "il fallimento è dichiarato dal tribunale del luogo dove l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa", quindi si considera come Autorità giudiziaria competente quella dove ha sede la holding, perché è la sede dove si svolge l'attività di

direzione e coordinamento, che fa presumere l'esistenza di un gruppo di società, ai sensi degli artt. 2497 ss.

Il problema principale si focalizza nel momento in cui una domanda di concordato viene proposta da società controllate che si trovano in circondari differenti rispetto a quello della holding, in quanto la mancanza di una norma specifica sulla competenza, in particolare quella richiamata nell'art.161, comma 1°, l.fall.⁴¹, non permette attrarre i fori delle controllate verso quello della capogruppo.

La disciplina dell'amministrazione straordinaria dei gruppi di imprese, ai sensi dell'art. 82, d.lgs 270/1999⁴² evidenzia che la competenza territoriale spetta al Tribunale del luogo in cui ogni impresa ha la propria sede principale.

Invece l'art.3, comma 3°, che richiama l'art.2, comma 1°, l. 18.02.2004, n.39, evidenzia che "l'impresa [...] presentando contestuale ricorso per la dichiarazione dello stato di insolvenza al tribunale del luogo in cui ha la sede principale, l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria, tramite la ristrutturazione economica e finanziaria di cui all'articolo 1". Quindi l'Autorità giudiziaria competente è quella che ha dichiarato l'insolvenza della prima impresa, seguendo la linea di unitarietà della procedura.

Occorre fare una precisazione, con la terminologia sede principale si intende il centro di direzione e gestione della società, e non come il centro in cui vi è la produzione.

⁴¹Il suddetto articolo evidenzia che "la domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo è proposta con ricorso, sottoscritto dal debitore, al tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale; il trasferimento della stessa intervenuto nell'anno antecedente al deposito del ricorso non rileva ai fini della individuazione della competenza".

⁴²L'art.82 d.lgs. 270/1999 cita testualmente: "l'accertamento dei presupposti e delle condizioni per l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria dell'impresa del gruppo è effettuato dal tribunale del luogo in cui essa ha la sede principale con l'osservanza delle disposizioni del titolo II e del capo I del titolo III. 2. Il ricorso per la dichiarazione dello stato di insolvenza dell'impresa del gruppo può essere proposto anche dal commissario straordinario della procedura madre".

La linea guida della giurisprudenza di legittimità, è la sentenza della Cassazione, ove si definisce che “competenza territoriale per la dichiarazione di fallimento spetta al tribunale del luogo in cui l’imprenditore ha la sede principale dell’impresa, che si presume coincidente con la sede legale fino a quando non risulti dimostrato che la sede effettiva, si trovi alla data di presentazione dell’istanza di fallimento, ubicata altrove”.

Si continua precisando la definizione di "sede principale dell'impresa" come centro di direzione e gestione dell'impresa societaria e non come luogo di svolgimento dell'attività di produzione, che può essere realizzata in diversi stabilimenti ubicati in differenti luoghi.

Questo trova il proprio fondamento dall’esame della disciplina di rilievo comunitario, in particolare l'art. 3 e il 13° considerando del Regolamento UE n. 1346/2000, il quale precisa, che il "centro degli interessi principali si dovrebbe intendere il luogo in cui il debitore esercita in modo abituale e pertanto riconoscibile dai terzi, la gestione dei suoi interessi" evidenziando come sede principale il "center of main interests (COMI)".

Anche la Corte di Giustizia⁴³ ha definito che “occorre tenere conto del luogo di amministrazione principale delle società se esso si trova presso la sede statutaria, la presunzione a favore di quest’ultima non è superabile”. Il concetto imposto dal diritto comunitario cerca di risolvere il problema di trasferimento della competenza territoriale che può anche creare una dilazione per i tempi della procedura.

Considerando che il problema del Tribunale di gruppo si ha nel momento in cui si ambisca ad un consolidamento delle procedure, nel momento in cui quindi vi è la gestione

⁴³ Corte di Giustizia, sez. 1°, 20.10.2011, n. 396, in Fall.

unitaria della crisi che richieda un profilo di competenza territoriale, una sorta di predeterminazione del presupposto della competenza.

Una ovvia correlazione sussiste tra l'identificazione della sede principale e quanto risulta dall'iscrizione nell'apposita sezione del registro imprese, di cui art. 2497-bis.

La corrispondenza nel definire la sede legale quale sede effettiva crea un vantaggio ai singoli creditori, che in caso di insolvenza non avrebbero l'obbligo di seguire la società nei vari cambi di località. A questo proposito, secondo la giurisprudenza, la sede legale coincide con la sede effettiva della società, ma opera solo se la sede legale è fittizia e formale. Quindi, secondo l'orientamento giurisprudenziale, nel definire la localizzazione della sede della società, in particolare per tutte quelle società che hanno diversi centri operativi posizionati su differenti luoghi, si riconosce che, in primo luogo, la competenza territoriale per la dichiarazione di fallimento spetta al tribunale del luogo in cui l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa – come richiamato dall'art.9 l.fall – che coincide con la sede legale almeno finché non si provi che la sede effettiva sia collocata in una località differente, alla data di presentazione dell'istanza di fallimento.

In secondo luogo, si deve considerare che con l'espressione sede effettiva è da comprendersi il punto ove viene svolta l'attività di direzione, organizzazione, amministrazione e di coordinamento dei fattori produttivi, non considerando invece il centro della produzione, nel momento in cui quest'ultimo non sia anche il centro dell'organizzazione della società. Quindi, nel seguire questo orientamento, l'Autorità giudiziale competente è quella che deriva da una serie di circostanze che fanno presumere l'attività di organizzazione della società, luogo in cui è tenuta l'assemblea sociale che ha deliberato lo scioglimento volontario della società e dal quale proviene ed indirizzata tutta la corrispondenza intrattenuta dal liquidatore.

La giurisprudenza di merito ha superato in più occasioni la rigidità del principi⁴⁴ facendo ricorso al criterio delle sede effettiva, la presunzione coincidente tra la sede effettiva e legale della società, possa essere vinta attraverso degli indici che permettano di ubicare la sede effettiva in un luogo diverso, in modo da attrarre verso il tribunale competente del gruppo anche tutte quelle proposte delle società che partecipano al gruppo ma che si trovano in un circondario diverso, quali esempi Tribunali di Roma e Asti. L'esempio lampante lo si trova nella Cassazione Civile, sentenza n.20559, quale verrà trattata a seguito, in cui la competenza territoriale nel caso di omologazione al concordato preventivo prevede un richiamo all'art. 161 l.fall., quale identifica come Autorità rilevante il tribunale nel circondario ove la società ha sede principale.

Ove si trovino molteplici società non è prevista alcuna norma che regoli l'attrazione degli altri fori verso la capogruppo, se le altre società hanno sede legale in luoghi diversi dalla capogruppo.

Antecedentemente, la Cassazione aveva ribadito il concetto che nell'accertamento dell'insolvenza della società la competenza spetta al Tribunale del luogo in cui l'impresa specifica ha la propria sede principale, senza possibili deroghe di connessioni con altre procedure di società del gruppo.

Nel caso concreto la sentenza rendeva inammissibile la procedura di concordato preventivo anche per questa peculiarità⁴⁵. Tutto ciò premesso, si definisce che nel caso di tutte le imprese nella stessa circoscrizione dove si trova la holding si applica l'art. 31, invece se le società sono ubicate in sede differenti viene applicato l'art. 290, questa

⁴⁴ Il principio a cui si fa riferimento è quello in cui la competenza territoriale spetta al tribunale ove la singola impresa ha sede principale, ovvero il luogo in cui ha il centro direttivo e amministrativo degli affari.

⁴⁵Cass.Civ., Sez. I, sentenza n. 20559, 13.10.2015, in Fall.

manca di coordinamento fra le due norme comporta difficoltà in termini di accesso al concordato di gruppo.

La disciplina contenuta nell'art. 160 l.fall., in riferimento a questo dubbio interpretativo, identifica che le società del gruppo possono costituirsi come assuntori o finanziatori della procedura agevolando la ristrutturazione dei debiti.

In una categoria della prassi giurisprudenziale, quali si ritrovano gli orientamenti del tribunale di Asti⁴⁶ e di Monza⁴⁷, nella quale la domanda di concordato di gruppo deve essere presentata con ricorso da parte di ogni società che appartiene al gruppo; un altro orientamento, seguito dal Tribunale di Ferrara⁴⁸ si è prevista invece una proposta concordataria unica unita all'utilizzo dello strumento straordinario, quale una fusione societaria, operazione comunque subordinata all'omologazione del concordato preventivo, sempre però, come nei casi precedenti, l'utilizzo di un unico ricorso per ogni società del gruppo.

Nell'orientamento che prevede la soluzione di presentazione di un unico ricorso si sono adeguati differenti Tribunali⁴⁹.

Alcuni sostenitori prediligono, per quanto concerne il piano di concordato, che vi sia la presentazione di tanti piani concordatari quante sono le società coinvolte nello stesso perché sia ammissibile la fattispecie concordataria, altri che sia ammissibile un'unica domanda concordataria da parte di tutte le società ed è possibile prevedere un unico piano concordatario, provocando un vantaggio per i creditori concorsuali soprattutto in caso di obbligazioni in solido in capo a più società del gruppo perché la presentazione di un unico

⁴⁶ Tribunale di Asti, 24 settembre 2012 in unijuris.it.

⁴⁷ Tribunale di Monza, 26 maggio 2011 in ilcaso.it.

⁴⁸ Tribunale di Ferrara, 8 aprile 2014 in ilcaso.it.

⁴⁹ Tribunale di Terni 29 dicembre 2010, Roma del 7 marzo 2011, Monza del 24 aprile 2012, Palermo del 4 giugno 2014.

concordato potrebbe far sì che si tenga conto solamente una volta dei debiti delle società, andando così ad aumentare il patrimonio di gruppo attraverso dei finanziamenti infragruppo e apportando così una maggiore possibilità di soddisfazione sia dei creditori concorsuali che personali delle società.

Anche alcuni Tribunali⁵⁰ basano la propria teoria sulla condizione dei presupposti di accesso alla procedura, in cui tutti i requisiti devono essere valutati separatamente per ciascuna delle imprese.

2.3.2 La commistione delle masse attive e passive

Atteso quanto fino ad ora considerato in merito agli aspetti procedurali, uno dei vincoli inderogabili, oltre a quello della competenza territoriale, è rappresentato dalla non commistione delle masse attive e passive. Nei paragrafi precedenti è stata trattata la differenza tra la procedural consolidation italiana e la substantive consolidation americana, evidenziando che proprio la prima categoria, a differenza della seconda permetteva di non agglomerare le masse attive e passive delle società, rispetto alla seconda in cui la gestione di unica massa per tutte le società permetta un una gestione unitaria della crisi.

Il problema alla base della commistione delle masse sorge dal momento che alcuni creditori di una delle imprese minori del gruppo potrebbero trovarsi in una situazione di svantaggio rispetto ad altri creditori di società più capienti, nel caso si procedesse ad una commistione unitaria del patrimonio, proprio perché i piani possono prevedere la continuità aziendale di alcune imprese e la liquidazione di altre, oltre al fatto che possono

⁵⁰ Tribunale di Roma 18 aprile 2013, Roma del 16 ottobre 2016, Ferrara del 8 aprile 2014, Ravenna 22 maggio 2014, La Spezia del 20 marzo 2013, Terni del 29 dicembre 2010, Palermo del 4 giugno 2014

essere uno strumento di attuazione di componenti straordinarie, quali fusioni, scissioni ecc.⁵¹

Sostanzialmente con la problematica dei trasferimenti finanziari, che corrispondono a trasferimenti di risorse da una società ad un'altra per il pagamento dei creditori delle imprese del gruppo, ci si pone il quesito se si possa o meno far valere una forma di aggregazione delle masse societarie. In riferimento alle masse patrimoniali, ai sensi dell'art.4-bis, d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, nella disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese, si definisce che "è prevista la formulazione di un'unica proposta di concordato, anche nel caso in cui l'amministrazione straordinaria riguardi un gruppo al quale faccia capo una pluralità di società.

Viene, tuttavia, fatta salva l'autonomia delle masse attive e passive riconducibili alle singole imprese, dalla quale discende la possibilità di trattare in maniera differenziata creditori anche appartenenti alla stessa classe, a seconda dell'effettiva situazione giuridica e patrimoniale di ogni singola società alla quale è riferibile la proposta di concordato".

Nella disciplina concorsuale, il tema è stato interpretato dalla giurisprudenza di merito in differenti modalità.

Un caso riguarda il Tribunale di Genova⁵², in cui le società del gruppo costituivano una nuova società, NewCo, creata appositamente per la presentazione della proposta concordataria, in cui le società del gruppo travasavano il proprio patrimonio, creando così un'unica massa attiva e passiva e un unico Comitato dei Creditori.

Con questa operazione si voleva far sì che la nuova società potesse presentare domanda di concordato preventivo, utilizzando uno strumento legittimo contenuto nella

⁵¹ BOTTAI L.A., *I gruppi di imprese nella riforma concorsuale*, Utet, Torino, cit., p. 8.

⁵² Corte D'Appello di Genova, 23 dicembre 2011 in unijuris.it.

disciplina concorsuale, creando così una massa unitaria di soddisfazione per i creditori che appartenevano alle società del gruppo.

Correlato al dibattito della confusione delle masse attive e passive del gruppo, il limite che la giurisprudenza si è sempre trovata a combattere è quello delle responsabilità patrimoniale delle persone giuridiche.

Proprio ai sensi dell'art. 2740 c.c., progetti legge quali Commissione Trevisanato e Commissione Pajardi, hanno sempre ribadito il vincolo inderogabile sull'impossibilità di un'unificazione delle masse attive e passive delle imprese che fanno parte del gruppo, creando solo un coordinamento di tipo procedurale.

Il rispetto di questo presupposto è volto a tutelare il ceto creditorio del gruppo suddiviso tra tutte le società, in quanto i creditori delle società meno capienti potrebbero essere assorbiti, in grado di minore soddisfazione, dai creditori delle società più capienti⁵³.

Se ci si sofferma sull'aspetto solamente processuale, allora si dovrebbero presentare tanti elenchi di creditori quante sono le società che aderiscono al piano concordatario, in modo da preservare le masse, indicando una separazione delle votazioni, in modo da non raggruppare in unica modalità le maggioranze⁵⁴.

La giurisprudenza di merito ha voluto quindi intensificare il principio della soggettività patrimoniale sul piano procedurale e gestionale definendo che proprio questo concetto, di cui art. 2740 c.c., fa emergere il fatto che il plusvalore che si ricava dalla procedura unitaria della crisi, dovrebbe essere diviso tra tutte le società che hanno accesso al concordato, in base al valore che le stesse hanno apportato all'intera procedura.

⁵³ www.altalex.com/documents/news/2018/07/02/il-gruppo-di-imprese-nelle-procedure-concorsuali.

⁵⁴ POLI S., *Il concordato di gruppo*, Cedam, Padova, cit., p. 109.

Anche se l'autonomia privata di ogni singola società non può guidare la responsabilità patrimoniale, perché l'importanza del gruppo come entità economica non deve contrastare la soggettività che può rappresentare il gruppo stesso.

Il gruppo presenta quindi due colossi identificativi, da una parte una realtà economica sempre più diffusa e in grado di creare vantaggi per ogni impresa cui vi appartiene e dall'altra una dimensione giuridica che caratterizza ogni società che appartiene al gruppo stesso⁵⁵.

La stessa sentenza della Cassazione⁵⁶ definisce che “ferma allora la considerazione previa in ordine al profilo involto dal sintagma "concordato di gruppo", può osservarsi che in tutti i casi di aggregazione diversa dal gruppo, ove vi siano proposte concordatarie tra loro coordinate in prospettiva di conferimenti e accolti tra le singole società di cui si tratta, elemento imprescindibile resta l'autonomia delle masse attive e passive e la conseguente votazione separata sulle proposte da parte dei creditori di ciascuna società o impresa”⁵⁷.

2.3.3 Concordato preventivo di gruppo e operazioni straordinarie

Nel cercare di definire la possibilità di applicazione della fattispecie, occorre fare una breve precisazione per quanto concerne la possibilità di accedere al concordato di gruppo attraverso l'utilizzo di un'operazione straordinaria societaria.

Due problemi si presentano in capo a queste tipologie di operazioni. Anzitutto, ci si pone il quesito, che se una volta individuata la possibilità di un'operazione straordinaria

⁵⁵ DI MAJO A., *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Giappichelli, Torino, cit., p.49 ss.

⁵⁶ Cass. Civ., Sent. 31 luglio 2017, n.19014.

⁵⁷ www.altalex.com/documents/news/2018/07/02/il-gruppo-di-imprese-nelle-procedure-concorsuali

nel piano concordatario, questa fattispecie possa comportare un giudizio sull'ammissibilità o fattibilità del concordato stesso e ci si domanda inoltre se si possono considerare le conseguenze relative a queste operazioni societarie e anche le eventuali opposizioni alle operazioni, che potrebbero riflettersi proprio sull'ammissione al concordato preventivo di gruppo⁵⁸.

Nella norma, di cui art. 2056 c.c., si prevedono due tipologie di scissioni, con la scissione totale il flusso di patrimonio nel suo complesso viene trasferito dalla società scissa alla nuova società, rendendo conclusa la propria esistenza e i suoi soci beneficeranno delle azioni della società scisse.

Nella scissione parziale si deporta alla nuova società solo una parte del patrimonio scisso, provocando una diminuzione dello stesso della società soggetta a tale operazione, anche se continua comunque a svolgere la propria attività, i soci in questo caso riceveranno le azioni della società beneficiaria.

L'operazione di scissione può effettuarsi per incorporazione, che si suddivide con concambio e senza concambio, per costituzione di una nuova società o mista. La scissione, per ultimo, può essere proporzionale o non proporzionale.

La scorporazione invece prevede uno scambio tra il trasferimento dell'azienda, o un suo ramo, ad un'altra società e le azioni o quote della società scorporata, senza alcun riferimento ai soci, nell'applicazione della disciplina dei conferimenti in natura.

La differenza tra le due operazioni straordinarie è fondamentale nella legge fallimentare, soprattutto per quanto concerne la normativa che si riferisce al tema del

⁵⁸ LOVISATTI S., *Sul concordato tramite scissione: tra disciplina concorsuale e norme societarie*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2016, p.1265.

piano del concordato preventivo, non considerando per il momento la suddivisione tra le quote per i soci destinatari⁵⁹.

Gli aspetti procedurali che caratterizzano le fattispecie presentano delle differenze in riferimento al piano concordatario. Nel caso in cui la fattispecie considerata sia quella della scissione, si presentano tre stadi: progetto di scissione, delibera di scissione e atto, la scorporazione invece, ai sensi dell'art. 152 l.fall⁶⁰, permette che lo scorporo sia immesso all'interno del piano o della proposta concordataria sul fondamento della deliberazione, assunta dagli amministratori.

Nel considerare le operazioni straordinarie, occorre vedere come si posiziona l'iter procedurale di queste fattispecie rispetto a quello concorsuale, ovvero nel caso in cui la società sia in concordato preventivo. Sempre in riferimento alla categoria straordinaria della scissione, tenendo considerate le fasi citate precedentemente, se si attua questo tipo di operazione mentre è in essere un processo concordatario, in una delle fasi relative alla procedura, si dovrebbe introdurre anche la fase della "conformità", nel senso che gli

⁵⁹ Si precisa che la disciplina concorsuale, all'art. 163-bis in tema di offerte concorrenti, avverte sia l'operazione della scissione sia della scorporazione, evidenziando che "quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e), comprende una offerta da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, il tribunale dispone la ricerca di interessati all'acquisto disponendo l'apertura di un procedimento competitivo a norma delle disposizioni previste dal secondo comma del presente articolo. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche quando il debitore ha stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni [...]; il debitore deve modificare la proposta e il piano di concordato in conformità all'esito della gara. La disciplina del presente articolo si applica, in quanto compatibile, anche agli atti da autorizzare ai sensi dell'articolo 161, settimo comma, nonché all'affitto di azienda o di uno o più rami di azienda".

⁶⁰ L'art.152 l.fall., in tema di proposta di concordato, evince che "la proposta di concordato per la società fallita è sottoscritta da coloro che ne hanno la rappresentanza sociale. La proposta e le condizioni del concordato, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto: a) nelle società di persone, sono approvate dai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale; b) nelle società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, nonché nelle società cooperative, sono deliberate dagli amministratori. In ogni caso, la decisione o la deliberazione di cui alla lettera b), del secondo comma deve risultare da verbale redatto da notaio ed è depositata ed iscritta nel registro delle imprese a norma dell'articolo 2436 del codice civile".

organi della procedura dovrebbero rendere congruo il programma della scissione con quello del concordato, vigilando l'intera procedura.

Ancora, per quanto concerne la suddivisione delle entità patrimoniali, si dovrebbe creare un controllo assiduo sulla divisione degli assets, delle masse attive e passive tra la società soggetta all'operazione straordinaria e quella che ne beneficia, in modo da salvaguardare il soddisfacimento dei creditori sociali e l'esecuzione del piano concordatario. Deve risultare chiaramente la strumentalità della fattispecie straordinaria nel rispetto del piano concordatario. Si specifica qualche riferimento alla tutela dei creditori, in quanto riferita, in tema di risoluzione e annullamento del concordato, all'art.186 l.fall.⁶¹, si tenderà a garantire il diritto di opposizione, in caso di lesione da arte della succinta operazione nei confronti del concordato.

Per ridurre la minaccia di esercitare il diritto di opposizione posto in essere a capo dei creditori, la soluzione sarebbe quella di precedere la presentazione della domanda di concordato, disciplinata dall'art.160, comma 2°, l.fall., presso il Tribunale competente, attraverso l'inizio della procedura della fattispecie straordinaria posta in essere.

Riassumendo, si identifica che in caso di mancata omologazione del piano concordatario dell'impresa soggetta a scissione, neppure l'operazione straordinaria potrà essere attuata, ovvero, in un'altra prospettiva, la fattispecie scissione potrà essere posta in essere, solo una volta che il concordato sarà eseguito o omologato, cercando così da limitare i rischi di opposizione da parte dei creditori sociali.

⁶¹ Il suddetto articolo specifica: "ciascuno dei creditori può richiedere la risoluzione del concordato per inadempimento. Il concordato non si può risolvere se l'inadempimento ha scarsa importanza. Il ricorso per la risoluzione deve proporsi entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dal concordato. Le disposizioni che precedono non si applicano quando gli obblighi derivanti dal concordato sono stati assunti da un terzo con liberazione immediata del debitore. Si applicano le disposizioni degli articoli 137 e 138, in quanto compatibili, intendendosi sostituito al curatore il commissario giudiziale".

La maggioranza degli esponenti tende a valorizzare la teoria in cui la delibera di assenso del programma di scissione avvenga prima che il deposito della domanda di concordato preventivo. Nel caso in cui la situazione fosse capovolta, allora si porrebbe il dilemma del voto dell'assemblea, al verificarsi dell'approvazione della maggioranza dei creditori del piano concordatario.

L'ultima considerazione riguarda i debiti della società scissa.

La società concordataria, in questo caso la scissa, è ancora responsabile dei debiti concorsuali dislocati alla società beneficiaria, in seguito alla fattispecie straordinaria posta in essere.

Atteso tutto ciò già considerato, si presentano le pronunce adottate dalla giurisprudenza di merito sulla possibilità di ricorrere ad operazioni straordinarie, nello specifico sulla possibilità di costruire una società nuova che contenga i patrimoni delle altre società, in modo che questa presenti poi la domanda concordataria.

Un caso di applicazione deriva dal Tribunale di Ravenna⁶², in cui la società cooperativa per azioni che ha presentato ricorso, aveva proposto un concordato con continuità aziendale tramite una scissione societaria parziale proporzionale, con conseguenze indirette anche sull'omologazione dello stesso. La società che veniva scissa avrebbe continuato l'attività di gestione aziendale.

La società nuova era destinata alla soddisfazione dei creditori concordatari con la dismissione dei beni sociali assegnati alla scissione. Se la proposta fosse stata rifiutata, ovvero resa inammissibile, si presentava un piano alternativo, ove la società debitrice avrebbe continuato la propria attività e con l'uso dello stesso programma di dismissione

⁶² Tribunale di Ravenna, 22 maggio 2014 in ilcaso.it.

dei beni sociali condotto dalla figura del liquidatore giudiziale, invece che la Newco. Il tutto veniva enfatizzato dal contingente flusso, dalla scissa alla beneficiaria, di proventi, riferiti a canoni di locazione.

Il Tribunale di Ravenna, in questo specifico caso, rendeva la proposta inammissibile, in quanto non riusciva a contemplare il superamento delle difficoltà della proposta presentata, per la prima ipotesi principale. Ma allo stesso tempo il Tribunale ha reso ammissibile la seconda proposta, ovvero quella senza scissione.

Un altro caso riguarda la pronuncia del Tribunale di Palermo⁶³, in riferimento al caso di una proposta di concordato in continuità aziendale presentato da una società in accomandita semplice, fondata appositamente per la proposta tramite la transazione di beni aziendali da parte delle società, ma subordinata all'omologazione del concordato, ove si riconosceva un legame di responsabilità illimitata dei soci accomandatari di differenti società di capitali.

La pronuncia del Tribunale è stata favorevole all'ammissibilità della proposta concordataria in riferimento ai vincoli dei soci sia patrimoniali che finanziari che si ponevano a capo della società, proprio la presenza di questi legami hanno giustificato l'ammissibilità della proposta da parte del Tribunale anche se la parte della cessione dei beni e quindi la fase liquidatoria, in riferimento all'operazione straordinaria posta in essere, è lasciata al vaglio dei creditori delle società nel momento del voto, costruendo la valutazione sotto un profilo di convenienza e di discrezionalità, anche se si configura la problematica dei creditori dissenzienti.

⁶³ Tribunale di Palermo, 4 giugno 2014 in ilcaso.it

L'orientamento del Tribunale di Monza⁶⁴ e del Tribunale di Ferrara⁶⁵, in cui si è prevista la legittimità di un piano concordatario che prevedesse una fusione tra due società ricorrenti, prevedendo successivamente il trasporto di finanza esterna degli stessi nei confronti della nuova società definita Newco.

In questo caso l'omologazione del concordato era la condizione base per la possibilità di utilizzo dell'operazione straordinaria, che a sua volta era contenuta nel piano, e solo una volta conclusa la votazione e risultata positiva si poteva ottenere una soddisfazione per i creditori attraverso la liquidazione dell'attivo trattato unitariamente.

Ancora un esempio, il Tribunale di Prato⁶⁶ si è pronunciato circa l'ammissibilità di un piano concordatario, al quale sono state richieste specifiche argomentazioni per integrare le tesi poste in essere, ove vi era la presenza di tre fusioni, di cui solo una delle società, ricorrendo all'art. 161, comma 6°, l.fall.⁶⁷, aveva depositato la domanda di concordato. Nel realtà odierna, l'ammissibilità delle fattispecie straordinarie in compimento con un concordato preventivo, risultano essere sostenute sia dagli art. 2506 c.c. che dà la possibilità di utilizzare la scissione o fusione anche se sottoposta a una delle

⁶⁴ Tribunale di Monza, 24 aprile 2012 in ilcaso.it.

⁶⁵ Tribunale di Ferrara, 8 aprile 2014 in ilcaso.it.

⁶⁶ Tribunale di Prato, 24 luglio 2014 in ilcaso.it.

⁶⁷ Ai sensi dell'art.161, comma 6°, l.fall.: "l'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e all'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo entro un termine fissato dal giudice, compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni. Nello stesso termine, in alternativa e con conservazione sino all'omologazione degli effetti prodotti dal ricorso, il debitore può depositare domanda ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma. In mancanza, si applica l'articolo 162, commi secondo e terzo. Con decreto motivato che fissa il termine di cui al primo periodo, il tribunale può nominare il commissario giudiziale di cui all'articolo 163, secondo comma, n. 3; si applica l'articolo 170, secondo comma. Il commissario giudiziale, quando accerta che il debitore ha posto in essere una delle condotte previste dall'articolo 173, deve riferirne immediatamente al tribunale che, nelle forme del procedimento di cui all'articolo 15 e verificata la sussistenza delle condotte stesse, può, con decreto, dichiarare improcedibile la domanda e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore con contestuale sentenza reclamabile a norma dell'articolo 18".

procedure concorsuali, dall'art.160, comma 1°, lett. a), ove si prevede “la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito”, quindi ipotizzando la presentazione di una sorta di piano atipico e, da molteplici pronunce giurisprudenziali.

Proprio attraverso l'utilizzo di operazioni straordinarie ci potrebbe essere una sorta di elusione della normativa nel caso di presentazione di un concordato di gruppo, infatti sembrerebbe ammissibile che differenti società del gruppo possano trasferire il proprio capitale in una NewCo, società veicolo costituita appositamente per la presentazione di una proposta concordataria, creando così un'unione delle masse delle società e una computo univoco dei creditori, grazie allo strumento previsto all'art.160, 1.fall.

Tutto ciò premesso, nonostante la tesi sull'ammissibilità sia sostenuta dalle casistiche sopra considerate, proprio l'apertura della procedura della fusione e scissione nella valutazione dell'ammissibilità e fattibilità del piano concordatario presenta molteplici difficoltà, in quanto non si presenta una definizione, ma ci si affida ad una sorta di ipotesi. In riferimento a tale ipotesi occorre identificare sia il progetto di fusione e/o scissione che andrà a realizzarsi inserito nel concordato, sia le conseguenze che la fattispecie straordinaria può provocare.

Nell'identificare il concordato con scissione che andrà a realizzarsi, occorre precisare che nei casi la società scissa è tenuta alla continuazione dell'attività aziendale e quindi si impegna nei confronti dei creditori concorsuali a risolvere le obbligazioni poste in essere, anche se tra i dibattiti giurisprudenziali si formano quesiti circa l'introduzione in

riferimento alle obbligazioni di vantaggi compensativi per i creditori sociali, quali si vedono ledere i propri interessi nel passaggio di beni nella nuova società scissa e al valore attribuito all'obbligazione.

Proprio il Tribunale di Ravenna, considera nel piano “concreti e monetizzabili vantaggi compensativi”. Quando si trattano invece le conseguenze delle operazioni straordinarie, si potrebbe considerare la necessità, nel piano, di inserire delle risorse supplementari.

Nello specifico, se l'operazione di fusione si ultimerà solamente dopo il deposito della domanda di concordato, la credibilità del piano concordatario sarà condizionato alla possibilità che vi siano sufficienti risorse per la soddisfazione, almeno integrale, dei creditori della società fusa in quella concordataria. Ma non solo, anche se l'operazione è di scissione, secondo il Tribunale di Prato⁶⁸, in caso in cui non siano scaduti i termini per i creditori per fare opposizione, ai sensi dell'art. 2503 c.c., nel piano concordatario si dovranno indicare i proventi per bilanciare il caso in cui vengano poste in essere delle opposizioni, nonché “sia ai fini della verifica delle condizioni di fattibilità giuridica (...), sia ai fini della corretta informazione dei creditori, nell'ipotesi in cui l'esito positivo dell'opposizione non incida sulla fattibilità giuridica del piano, ma determini solo una minor percentuale di realizzazione del credito”.

Una volta affrontato il tema dell'ammissibilità del concordato preventivo e dell'operazione straordinaria, occorre fare una breve precisazione in riferimento alla conformità e congruità tra il diritto societario e quello concorsuale.

⁶⁸ Tribunale di Prato 24 luglio 2014 in ilcaso.it.

I due temi di maggior valore riguardano la responsabilità della società inadempiente e il ruolo dei creditori sociali che sono, contemporaneamente, anche creditori concorsuali. La giurisprudenza di merito, nello specifico il Tribunale di Ravenna e quello di Arezzo, nell'affrontare il primo tema trattato, ritengono che l'art. 2506-quater, comma 3^o⁶⁹, c.c., sia inderogabile. Il secondo tema, ovvero il ruolo dei creditori sociali e concorsuali raggruppati nella stessa figura, evidenzia che la normativa societaria non si introduce in quella del diritto concorsuale. Nello specifico il diritto di opposizione, ai sensi dell'art. 2503, comma 2^o, c.c., che rinvia all'art. 2445, comma 4^o, c.c., e questa disposizione fa riferimento a un procedimento giudiziario dell'operazione straordinaria del creditore non subisce modifiche e non rientra nel diritto di opposizione per l'omologazione del concordato preventivo, di cui art. 180 l.fall in tema di giudizio di omologazione.

⁶⁹ Ai sensi dell'art. 2506-quater, comma 3^o, c.c.: "ciascuna società è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico".

Cap. 3 - La nuova legge fallimentare 155/2017

3.1 Premessa: necessità di una disciplina per la regolamentazione dell'insolvenza

Il Senato della Repubblica ha autorizzato, l'11 ottobre 2016, la legge n. 2681, riguardante la legge “delega al governo per la riforma delle discipline della crisi d’impresa e dell’insolvenza”, successivamente passata al vaglio della Camera dei deputati e accolta il 3 febbraio 2017.

In tempi relativamente brevi, il presidente Renato Rordorf, Primo Presidente della Corte di Cassazione, in data 22 dicembre 2017, ha affidato due bozze dei decreti legislativi, per la realizzazione della legge delega n.155/2017, al Ministro della Giustizia.

Già in data 5 ottobre 2017, lo stesso Ministro di Giustizia aveva incaricato la Commissione di esperti a consegnare velocemente i decreti¹, perché come prevede lo stesso art.1, l. 155/2017, il Governo è “delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, con l'osservanza dei principi e criteri direttivi di cui alla medesima legge, uno o più decreti legislativi per la riforma organica delle procedure concorsuali di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e della disciplina sulla composizione delle crisi da sovraindebitamento di cui alla legge 27 gennaio 2012, n. 3, nonché per la revisione del sistema dei privilegi e delle garanzie”.

Considerando questo primo articolo della legge delega, il Governo è tenuto a considerare i principi derivati dall’Unione Europea, nello specifico il riferimento al

¹ LAMANNA F., *La riforma concorsuale in progress: dalla legge delega alla sua (rapida) attuazione*, in Fall., 2017, p.1.

regolamento (UE) n. 848/2015 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015 per le procedure e l'insolvenza.

Oltre al suddetto regolamento, viene anche tenuto in considerazione, sempre nell'attuazione nel nuovo decreto fallimentare, la raccomandazione (UE) n. 135/2014 della Commissione del 12 marzo 2014 e i principi model law per la disciplina dell'insolvenza, dettati dalla Commissione delle Nazioni Unite, relativi al diritto commerciale internazionale (UNCITRAL)².

All'art.2, comma 1°, lett. f) della delega, in tema di principi generali, ritroviamo che il Governo deve “eccepire, ai fini della disciplina della competenza territoriale, la nozione di «centro degli interessi principali del debitore» definita dall'ordinamento dell'Unione europea”.

Sorge spontaneo il richiamo alla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera che, nella definizione di centro degli interessi, lo identifica come la località in cui si conglomerano, abitualmente e in modo riconoscibile dai terzi soggetti, la propria attività.

Lo stesso art. 2, comma 1°, lett. m), induce a “riformulare le disposizioni che hanno originato contrasti interpretativi, al fine di favorirne il superamento, in coerenza con i principi stabiliti dalla presente legge”, comporta una sorta di cambiamento radicale della disciplina vigente al cospetto della normativa attuale, collegandosi alle tematiche delle Garanzie non possessorie, di cui art.11, in tema di principi e criteri direttivi delle garanzie reali immobiliari³.

² <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/10/30/17G00170/sg>. Proprio l'art.1 della legge delega impone il limite temporale per l'attuazione del decreto legislativo da parte del Governo.

³ LAMANNA F., *La riforma concorsuale in progress: dalla legge delega alla sua (rapida) attuazione*, in Fall., 2017, p.3

Tutto ciò premesso, si introducono gli aspetti principali della nuova legge definita dalla Commissione ministeriale, denominata Commissione Rordorf⁴, una soluzione che intende proprio a oltrepassare le lacune della legge fallimentare, ancora in vigore, del 1942.

Il testo unico della crisi di impresa tende a perfezionare la normativa presente nel d.l. 83/2015, in tema di misure urgenti in materia fallimentare, civile, processuale e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria, correlando la normativa italiana per l'insolvenza delle imprese a quella comunitaria, al fine di riuscire a creare una pronta risoluzione delle crisi d'impresa e di riuscire, valorizzando strumenti deflattivi del fallimento, a circoscrivere le perdite nel sistema economico e a garantire una ricostruzione aziendale⁵.

Tutto ciò premesso, prima di descrivere la soluzione adottata dalla Commissione Rordorf per quanto concerne i gruppi di imprese, di cui all'art. 3, si precisano le principali novità introdotte per la crisi di impresa e insolvenza.

Uno dei punti chiave riguarda proprio la sostituzione della parola fallimento con il termine insolvenza, questo per dare, da un punto di vista lessicale, una minore gravità a livello sociale, in quanto, proprio l'espressione insolvenza riporta ad un esito non fortunato della crisi della società. Quindi non si tratterà più di fallimento ma verrà utilizzata l'espressione liquidazione giudiziale, tendendo così a sostituire l'espressione discriminatoria del fallimento, adattandosi così al pensiero degli Stati membri confinanti, quali Francia e Spagna.

⁴ PALLADINO V., *Crisi del gruppo*, in Fall., 2016, p. 9 ss.

⁵ FITTANTE A., *Il ddl delega della Commissione Rordorf: una riforma organica della crisi d'impresa*, in Fall., 2016, p.1, la Commissione Rordorf è presieduta dal consigliere di Corte di Cassazione Renato Rordorf

Si presenteranno quindi due nuove soluzioni, quella relativa all'ex fallimento, definita liquidazione major, e una nuova soluzione, definita liquidazione giudiziale minor, applicabile alle società che in caso di crisi non superino le soglie previste dall'art. 1 l.fall., sia alle società definite in categorie diverse, quali professionisti ecc⁶.

Proprio la nuova legge fallimentare crea un'opzione alternativa a quella della liquidazione giudiziale, cercando di dare una prevalenza alla disciplina del restructuring, in cui si valorizzano per l'appunto i mezzi negoziali di risoluzione della crisi d'impresa rispetto a quelli meramente liquidatori⁷. Quindi verranno predilette quelle forme che privilegeranno la continuità aziendale, andando ad agevolare e ridurre i termini dei differenti riti procedurali e una diminuzione delle spese della procedura.

Importanti novità infatti vengono introdotte anche in riferimento alla fattispecie del concordato in continuità, di cui art. 6, anche se la novità più importante sarà introdotta con il riconoscimento di una disciplina positiva che regolamenti in materia concorsuale il concordato preventivo di gruppo, di cui art.3, sia in ambito procedurale che applicativo.

Non solo, lo stesso concetto di continuità è esteso anche agli accordi di ristrutturazione dei debiti e piani attestati di risanamento, di cui art. 5, in cui si rimuove la soglia della soddisfazione del 60% dei crediti nel caso in cui sia valorizzato il soddisfacimento totale dei creditori estranei all'accordo, a meno che il debitore invochi la sospensione delle misure cautelari ed esecutive⁸.

La nuova legge delega presenta altre importanti modifiche che passano dall'ampliamento dei poteri del curatore, alle tempistiche e limitazioni delle domande nel

⁶ LAMANNA F., *La riforma concorsuale in progress: dalla legge delega alla sua (rapida) attuazione*, in Fall., 2017, p. 3.

⁷ FITTANTE A., op.cit., p.3.

⁸ FITTANTE A., op.cit., p.6.

momento dell'accertamento del passivo. Ancora, riguardo ai rapporti pendenti viene in primis delineato il principio di prededuzione per i crediti sorti durante la procedura.

Poi è prevista un'apposita sezione riguardante l'introduzione della disciplina relativa ai contratti che alla base hanno le caratteristiche personali delle controparti (c.d. contratti *intuitus personae*) definendo la possibilità della risoluzione del contratto, in caso di mancanza del consenso nel proseguire lo stesso dalla parte dichiarata non fallita.

Continuando in una breve e basilare descrizione del nuovo progetto Rordorf, si caratterizza una nuova normativa autonoma che disciplina i contratti preliminari, che vada ad intaccare anche la disciplina degli immobili.

Sempre con riguardo all'ambito strettamente fallimentare, il riferimento ai nuovi rapporti di lavoro subordinato definiscono che vi debba essere una correlazione tra la legge sul lavoro e il trattamento dei lavoratori subordinati in caso di una società in fallimento, soprattutto una normativa che tuteli quest'ultimi in termini di licenziamento, assicurazione, salari, TFR e le direttive di insinuazioni al passivo.

Per quanto concerne la struttura procedurale, si è data una valorizzazione alla figura del giudice in modo da specializzarne la conoscenza concorsuale, caratterizzando all'interno dei tribunali delle apposite sezioni specializzate anch'esse in materia prettamente concorsuale e tutte le conseguenze annesse.

Invece la crisi di sovraindebitamento continuerà a spettare ai tribunali ordinari.

Sempre in riferimento alla crisi d'impresa, il progetto Rordorf tende a enfatizzare una nuova fase, quella che precede la crisi di impresa, una c.d. fase di allerta, in modo di percepire tutte quelle variabili che possono scaturire una crisi e di cercare di adottare una soluzione che non comporti l'accesso ad una procedura concorsuale ma che trovi una soluzione antecedente.

Il nuovo istituto della procedura d'allerta e di composizione assistita della crisi è stato definito all'interno della legge n. 155/2017, all'art. 4, prevedendo in capo al Governo il compito di disciplinare l'introduzione di una procedura, precisando di natura non giudiziale e confidenziale, finalizzata ad incentivare l'uscita anticipata della crisi, agevolando lo svolgimento della fase delle trattative tra debitore e ceto creditorio.

Dalla lettura di questa parte introduttiva dell'articolo si evince che l'istituto si basa su due fondamentali caratteristiche, la natura non giudiziale e la sua confidenzialità.

Analizzando il primo aspetto, il legislatore ha voluto prevedere la natura non giudiziale della procedura stabilendo che lo svolgimento delle diverse fasi avvengano al di fuori dell'influenza del Tribunale, prevedendo eccezionalmente l'intervento del giudice al caso in cui il debitore presenti una richiesta di beneficiare di misure di protezione, idonee per agevolare la buona conclusione delle trattative con i creditori.

Allo stesso tempo, è stata inserita una previsione nel caso in cui non vengano individuate soluzioni idonee per il superamento della crisi e venga accertato lo stato d'insolvenza, l'Organismo di composizione della crisi ne dovrà dare notizia al pubblico ministero presso il Tribunale del luogo in cui il debitore ha sede.

Con riguardo al secondo aspetto, l'art. 4 stabilisce che l'organismo di composizione della crisi, con il ricevimento delle segnalazioni da parte del debitore, dovrà convocare, in via riservata e confidenziale, quest'ultimo e ove previsto l'organo di controllo, al fine di individuare entro un breve lasso temporale delle misure idonee per porre rimedio allo stato di crisi.

La confidenzialità è stata voluta dal legislatore in quanto la procedura d'allerta verrà avviata al verificarsi del requisito di fondati indizi della crisi, quindi anche in assenza di

una situazione di probabile futura insolvenza, essendo sufficiente la presenza dell'eventuale rischio d'insolvenza, di crisi o di pre-crisi⁹.

Dal punto di vista pratico, in futuro potrà verificarsi il caso in cui gli indizi sopra citati daranno un falso allarme della presenza di un attuale o prospettico stato di crisi¹⁰ ed è qui che diventerà utile l'aspetto della confidenzialità della procedura d'allerta. Infatti, non garantendo la confidenzialità si creerebbero dei problemi nei rapporti tra il debitore ed i diversi fornitori, istituti bancari e stakeholders pregiudicando la continuità dell'impresa arrivando a generare una crisi anche in assenza di essa.

Ovviamente non è intenzione degli addetti ai lavori arrivare a generare la situazione catastrofica appena descritta, quindi sarà compito del Governo delegato istituire degli strumenti idonei a tutelare il debitore e la riservatezza delle informazioni, prevedendo una serie di responsabilità in capo ai soggetti venuti a conoscenza della situazione di difficoltà dell'imprenditore.

Come già sopra ribadito, spesso la posticipazione di anni dell'apertura di una procedura concorsuale può essere letta come un'intenzione del debitore di sottrarre ingenti risorse al ceto creditorio ed alla finanza pubblica, con evidenti danni all'Erario, soprattutto con i mancati versamenti dell'Iva, con ripercussioni sulla collettività.

In merito a quanto appena detto, alcuni studi empirici hanno evidenziato che già cinque anni prima dell'attivazione di una procedura concorsuale i bilanci d'esercizio mostrano delle perdite in media attorno a 187 mila euro, presumendo il persistere di uno

⁹ STRAMPELLI G., *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in Riv. Società, 2012, p. 633. Lo stato di pre-crisi può essere definito ed individuato nell'arco temporale intermedio, antecedente ad una situazione di crisi o in un momento sospetto tra il rischio d'insolvenza e le prospettive di risanamento. In esso la capacità di ricorrere al credito non risulta pregiudicata, non essendo compromessa interamente la situazione generale dell'impresa.

¹⁰ RANALLI R., *Le procedure d'allerta e di composizione assistita della crisi: insidie ed opportunità*, 31 ottobre 2017, in www.ilfallimentarista.it

stato d'insolvenza, già da alcuni anni. Come risposta a queste problematiche il legislatore ha cercato di attivare uno strumento idoneo a contrastare la tardiva emersione dello stato di crisi, rafforzando il concetto di tempestività, non solo dal punto di vista concettuale ma anche e soprattutto dal punto di vista operativo e pratico.

L'altra finalità della procedura d'allerta si riferisce all'obiettivo di agevolare la fase delle trattative tra il debitore ed il ceto creditorio, anche attraverso il compito svolto dall'organismo, ma questo verrà approfondito successivamente.

Per questo problema si prevedono degli obblighi in capo agli organi sociali della società, tra i quali l'organo di controllo societario, del revisore contabile e della società di revisione, cui hanno il dovere di dare subito avviso all'organo amministrativo nel caso si ravvisino i primi segnali di una situazione destabilizzata della società, o nel caso di avvisare direttamente l'Organismo di Composizione della crisi¹¹.

Si crea così una particolare divisione degli organismi di composizione della crisi.

Questa struttura avrà il compito di convocare la società in crisi per poter attuare un piano che possa risolvere lo stato di crisi, con una prima verifica della situazione patrimoniale, economica e finanziaria della società.

¹¹ www.giustizia.it/giustizia/it/mg_3_14_1.wp?tab=d: "il d.m. 24 settembre 2012 n. 202, Regolamento per gli Organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento pubblicato sulla G.U. del 27 gennaio 2015 introduce la procedura di sovraindebitamento, uno strumento finalizzato a risolvere su basi negoziali le situazioni di insolvenza dei soggetti che non possono accedere alle procedure previste dalla legge fallimentare. Nelle procedure c.d. paraconcorsuali disciplinate dalla legge 3/2012, e cioè nell'accordo di composizione, nel piano del consumatore e nella liquidazione del patrimonio del debitore, il debitore deve essere assistito da un organismo di composizione delle crisi da sovraindebitamento. Gli organismi sono previsti dall'art. 15 della legge a cui dà attuazione il decreto ministeriale 202 del 2014 istituendo il registro, disciplinando requisiti e modalità per l'iscrizione, la formazione e la gestione degli iscritti, ed infine, la determinazione dei compensi e dei rimborsi per gli organismi, che sono a carico dei ricorrenti ad una delle procedure per la composizione delle crisi da sovraindebitamento (art. 1° d.m. 202/2014). Il registro è tenuto presso il Dipartimento per gli affari di giustizia del Ministero della giustizia e il direttore generale della giustizia civile ne è il responsabile. Il decreto in vigore dal 28 gennaio 2015, prevede per i primi 3 anni una disciplina transitoria per cui avvocati, commercialisti e notai non hanno obbligo di aggiornamento, purché documentino di essere stati nominati in almeno quattro casi, curatori fallimentari, commissari giudiziali, delegati alle operazioni di vendita in procedure esecutive immobiliari o liquidatori".

La norma concede anche la possibilità di nominare un mediatore, cui siano professionisti che si occupano della gestione della crisi di impresa, per creare un piano di accordo tra i vari creditori e il debitore insolvente.

Si considerano anche le misure protettive per i contratti in corso, considerando tutte le fasi come la durata, competenza ecc.

Si instaureranno anche dei premi a capo al debitore che svolga positivamente la collaborazione con gli organi procedurali, andando a creare delle misure punitive qualora si voglia invece ostacolare la procedura.

Per concludere, anche per l'esdebitazione il processo si semplifica prevedendo l'accesso all'istituto anche alle persone giuridiche (oltre che a quelle fisiche), oltre che a semplificazioni per il debitore in termini temporali per la presentazione della domanda di esdebitazione e ampliando la stessa semplificazione anche alla disciplina di sovraindebitamento¹².

3.2 Gli interventi della riforma sul concordato preventivo di gruppo: analisi della Legge 155/2017

All'art. 3, l.155/2017 in tema di "Gruppi di imprese", verrà introdotta la disciplina del concordato preventivo di gruppo, una delle maggiori novità della nuova riforma del diritto concorsuale¹³.

Negli anni precedenti, la giurisprudenza di legittimità, in particolar modo la decisione assunta dalla Corte di Cassazione n. 20559/2015, aveva più volte richiamato il concetto

¹² FITTANTE A., op.cit., p.6.

¹³ www.dirittobancario.it/news/crisi-di-impresa/la-crisi-del-gruppo-societario-nella-delega-al-governo-la-riforma-della-legge-fallimentare, si ribadisce che la nozione di gruppo si presentava, soprattutto della gestione della crisi che investe lo stesso, agli artt. 60 ss., d.lgs. 385/1993 che disciplina i gruppi bancari.

di una mancanza di una disciplina positiva che regolamentasse il fenomeno dei gruppi societari della normativa concorsuale, negandone l'ammissibilità¹⁴.

Da un primo approccio dell'art. 3 della legge delega, si evince che possa esservi la presenza di due distinte unità che regolamentano i gruppi di imprese nel complesso.

Nella prima parte si parlerà di una definizione dell'organizzazione strutturata come gruppo. Infatti, la nuova disciplina ribadisce che l'espressione "gruppo di società" dovrà fondare le proprie basi proprio sulla nozione del codice civile, richiamata agli artt. 2497 ss., nella quale vi è la presenza della condizione, del c.d. "principio di effettività", quale implica che la presunzione di un'attività di direzione e coordinamento supera il concetto astratto di esercizio del potere della stessa attività.

Riassumendo, quindi, il gruppo di imprese troverà la propria definizione nella normativa civilistica societaria, in particolar modo gli artt. 2497 ss., 2545-septies e 2359 del c.c.

Successivamente, nel momento in cui vi sarà la certezza della forma organizzativa, saranno inoltre posti obblighi e benefici alle stesse società che partecipano al gruppo. Quindi la nuova riforma prevede che si definiscano settoriali oneri dichiarativi per le società del gruppo e che vi sia il deposito del bilancio consolidato di gruppo, ove si presentino i rapporti che legano il gruppo stesso.

¹⁴ La Cassazione esprime che "il concordato cd. di gruppo non è proponibile, innanzi al medesimo tribunale, in assenza di una disciplina positiva che si occupi di regolarne la competenza, le forme del ricorso, la nomina degli organi, nonché la formazione delle classi e delle masse, sicché, in base alla disciplina vigente, il concordato preventivo può essere proposto unicamente da ciascuna delle società appartenenti al gruppo davanti al tribunale territorialmente competente per ogni singola procedura, senza possibilità di confusione delle masse attive e passive, per essere, quindi, approvato da maggioranze calcolate con riferimento alle posizioni debitorie di ogni singola Imprese"(Cass. Civ. n. 20559/2015).

La seconda categoria invece riguarderà la normativa applicabile al gruppo proprio a riguardo della fattispecie concordataria e alla liquidazione giudiziale¹⁵. Proprio a questo proposito, al comma 2° della legge delega, si ribadisce il concetto astratto della procedural consolidation, creando una procedura unitaria attraverso la nomina dello stesso giudice delegato e del medesimo commissario giudiziale, con l'utilizzo di un fondo della procedura unico, anche se non si esclude pienamente, attraverso una prima analisi del testo della norma, l'eventualità di nomina di differenti commissari giudiziali.

Si trova quindi una semplificazione a livello procedurale, per garantire, in modo frequente e compatto, l'utilizzo dello strumento concordatario da parte del gruppo e una sua possibile diffusione per la salvaguardia delle società e la non elusione dell'ordinamento giuridico nazionale.

Si ribadisce inoltre l'inderogabilità del limite della commistione delle masse attive e passive delle singole società e della separazione delle votazioni dei singoli creditori.

Considerato che la fattispecie unitaria di gruppo si basa sulla trattazione della crisi del gruppo stesso attraverso aspetti procedurali unitari, anche il progetto della Commissione Rordorf, di cui art. 3, prevede la possibilità che siano poste in essere delle azioni contrattuali ed organizzative infragruppo per la scelta di una soluzione di continuità aziendale e una maggiore soddisfazione dei creditori concorsuali¹⁶.

¹⁵ www.dirittobancario.it/news/crisi-di-impresa/la-crisi-del-gruppo-societario-nella-delega-al-governo-la-riforma-della-legge-fallimentare.

¹⁶ PANZANI L., *La disciplina della crisi di gruppo tra proposte di riforma e modelli internazionali*, in Rif. Fall., 2016, p. 1161.

3.3 I criteri per la definizione di gruppo di imprese secondo l'art. 3, comma 1

Come premesso nel paragrafo precedente, la disciplina dei gruppi di impresa, contenuta al Capo II in tema di “misure per la riforma delle discipline delle procedure di crisi e dell’insolvenza, di cui art.3, l.155/2017, presenta una suddivisione che permette di delineare una disciplina conforme, sia a livello di concetto che di procedura, che regolamenti il fenomeno di queste organizzazioni strutturate.

Nell’analisi dell’art. 3, al comma 1°, del progetto Rordorf si può delineare una prima definizione di gruppo di imprese, nello specifico, l’art.3, comma 1°, lett. a), l. 155/2017, descrive che il significato della terminologia “gruppo di imprese” è “modellata sulla nozione di direzione e coordinamento di cui agli articoli 2497 e seguenti, nonché 2545-septies, del codice civile” che poi è “corredata dalla presunzione semplice di assoggettamento a direzione e coordinamento in presenza di un rapporto di controllo ai sensi dell’articolo 2359 del codice civile”.

Una volta descritto cosa si intende per la struttura organizzativa di gruppo, il legislatore ha introdotto l’identificazione di precisi obblighi dichiarativi e obblighi di redazione della situazione patrimoniale, finanziaria ed economica in capo alle società che formano il gruppo nel suo complesso, prevedendo al comma 1°, lett. b), della legge delega, l’obbligo in capo alla società di “specifici obblighi dichiarativi, nonché il deposito del bilancio consolidato di gruppo, ove redatto, a carico delle imprese appartenenti ad un gruppo, a scopo di informazione sui legami di gruppo esistenti, in vista del loro assoggettamento a procedure concorsuali”.

Il testo della norma procede all’art. 3, comma 1°, lett. c), nella descrizione dei poteri in capo all’organo della procedura, ovvero quelli di “richiedere alla Consob, o a qualsiasi

altra pubblica autorità, informazioni utili ad accertare l'esistenza di collegamenti di gruppo, nonché di richiedere alle società fiduciarie le generalità degli effettivi titolari di diritti sulle azioni o sulle quote ad esse intestate”.

Conseguentemente, il nuovo decreto normativo in tema dei concordati preventivi di gruppo prevede la possibilità di avanzare, da parte delle imprese sottoposte a potestà giudiziale, attraverso un unico ricorso, un'univoca domanda di concordato preventivo e liquidazione giudiziale di gruppo, nonché una domanda unica di omologazione di accordo di ristrutturazione dei debiti di gruppo, ribadendo la non derogabilità del limite delle commistioni delle masse attive e passive¹⁷, disciplinato proprio al comma 1°, lett. d), in cui viene descritto che “la facoltà per le imprese, in crisi o insolventi, del gruppo sottoposte alla giurisdizione dello Stato italiano di proporre con unico ricorso domanda di omologazione di un accordo unitario di ristrutturazione dei debiti, o di ammissione al concordato preventivo, o di liquidazione giudiziale, ferma restando in ogni caso l'autonomia delle rispettive masse attive e passive, con predeterminazione del criterio attributivo della competenza, ai fini della gestione unitaria delle rispettive procedure concorsuali, ove le imprese abbiano la propria sede in circoscrizioni giudiziarie diverse”.

Proseguendo nell'analisi della legge si verifica una sorta di collaborazione e di obblighi di informazione reciproci “fra gli organi di gestione delle diverse procedure, nel caso in cui le imprese insolventi del gruppo siano soggette a separate procedure concorsuali, in Italia o all'estero”, ai sensi dell'3, comma 1°, lett. e).

Per cercare di sanare la problematica riferita al carico dei crediti infragruppo, la nuova legge delega pone al comma 1°, lett. f), in riferimento al rimborso dei soci delle

¹⁷ www.dirittobancario.it/news/crisi-di-impresa/la-crisi-del-gruppo-societario-nella-delega-al-governo-la-la-riforma-della-legge-fallimentare.

società del gruppo “il principio di postergazione del rimborso dei crediti di società o imprese appartenenti allo stesso gruppo, in presenza dei presupposti di cui all’articolo 2467 del codice civile”.

Il testo della norma comunque pone il limite “salve deroghe dirette a favorire l’erogazione di finanziamenti in funzione o in esecuzione di una procedura di concordato preventivo e di accordo di ristrutturazione dei debiti”, deroghe che per l’appunto cercano di creare un beneficio attraverso la formulazione di un flusso di finanziamenti disposti a favore o in realizzazione della procedura, incentivando la predisposizione alla configurazione di decisioni concordate per le soluzioni della crisi d’impresa e favorire lo sviluppo di questi fenomeni¹⁸.

3.4 Principi e criteri direttivi per la gestione unitaria del concordato preventivo di gruppo: dell’art.3, comma 2°, l. 155/2017

Una volta descritti i principi e criteri direttivi che disciplinano la crisi e l’insolvenza dei gruppi di imprese, nello specifico in una prima analisi in tema di definizione dei gruppi, la legge delega prosegue con l’ipotesi di gestione unitaria della procedura di concordato preventivo di gruppo, contenuta all’art.3, comma 2°, l. 155/2017.

Nel disciplinare gli aspetti procedurali e sostanziali, proprio l’ipotesi tanto discussa finora dalla dottrina e dalla giurisprudenza, tende ad assumere un ruolo fondamentale la questione del procedural consolidation, prevedendo all’art.3, comma 2°, lett. a), “la nomina di un unico giudice delegato e di un unico commissario giudiziale ed il deposito di un unico fondo per le spese di giustizia”.

¹⁸ www.dirittobancario.it/news/crisi-di-impresa/la-crisi-del-gruppo-societario-nella-delega-al-governo-la-riforma-della-legge-fallimentare.

Ancora una volta si vuole evitare che vi sia un rallentamento della fattispecie del concordato preventivo di gruppo, attuando una velocizzazione in termini procedurali che, nell'ordinamento giuridico odierno, spesso dipendono da pensieri giuridici discostanti tra loro.

Dal testo della norma si evince una sorta di esclusione della nomina di differenti commissari giudiziali, quali porterebbero a non considerare la possibilità di valorizzare il gruppo nel suo complesso come un'entità unitaria¹⁹.

A tutela della classe creditoria, il decreto delegato ha previsto, ai sensi dell'art.3, comma 2°, lett. b), “la contemporanea e separata votazione dei creditori di ciascuna impresa”, pienamente coerente con l'abrogazione dell'adunanza e la votazione telematica²⁰.

Si crea l'esigenza inoltre di creare un coordinamento tra l'annullamento o risoluzione del concordato di gruppo nel caso in cui una delle due fattispecie si riferisca ad una sola delle imprese del gruppo, in modo da non danneggiare la soluzione della crisi che potrebbe portare beneficio alle altre imprese, infatti proprio la disciplina contenuta al comma 2° prevede altresì, alla lett. c) ed e), che “gli effetti dell'eventuale annullamento o risoluzione della proposta unitaria omologata”, enfatizzando quindi il concetto che tanto l'annullamento, quanto la risoluzione potrebbero non colpire l'intero gruppo proprio per il principio di autonomia patrimoniale e la separazione.

¹⁹ PANZANI L., *La disciplina della crisi di gruppo tra proposte di riforma e modelli internazionali*, in Rif. Fall., 2016, p. 1161.

²⁰ Un riferimento a questo merito lo si trova all'art.6, comma 1°, lett. g), ove si precisa che nel “disciplinare il diritto di voto dei creditori con il diritto di prelazione, il cui pagamento sia dilazionato, e dei creditori soddisfatti con utilità diverse dal denaro”; similare all'art.175, D.L. 3 maggio 2016, n.56 convertito in L. n. 199/2016.

Continuando l'analisi del testo della norma, riferito all'art.3, comma 2°, lett. d), troviamo "l'esclusione dal voto delle imprese del gruppo che siano titolari di crediti nei confronti delle altre imprese assoggettate alla procedura", questo perché si cerca di evitare che attraverso delle operazioni infragruppo poste in essere per danneggiare l'accesso ad un'unica procedura.

L'esclusione del voto era già disciplinata dall'art. 177, comma 4° l.fall.²¹, che tende a non computare nel calcolo delle maggioranze la holding che esercita un'attività di direzione unitaria a capo della società che è insolvente, le sub holding e le società, ai sensi dell'art. 2359 c.c., soggette a controllo societario.

Considerato che la fattispecie unitaria di gruppo si basa sulla trattazione della crisi del gruppo stesso attraverso aspetti procedurali unitari, anche il progetto della Commissione Rordorf, prevede la possibilità che siano poste in essere delle azioni contrattuali ed organizzative infragruppo per la scelta di un percorso di persistenza aziendale e soddisfazione della classe creditoria. Infatti, proprio il citato articolo, alla lett. f), identifica che "i criteri per la formulazione del piano unitario di risoluzione della crisi del gruppo, eventualmente attraverso operazioni contrattuali e riorganizzative infragruppo funzionali alla continuità aziendale e al miglior soddisfacimento dei creditori, fatta salva la tutela in sede concorsuale per i soci ed i creditori delle singole imprese, nonché per ogni altro controinteressato".

Si evince in questo punto, ma come da tutti gli aspetti procedurali, che viene completamente abbandonato il concetto di substantive consolidation e viene rimarcata la

²¹ Ai sensi dell'art. 177, comma 4° l.fall.: "sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze il coniuge del debitore, i suoi parenti e affini fino al quarto grado, la società che controlla la società debitrice, le società da questa controllate e quelle sottoposte a comune controllo, nonché i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della proposta di concordato".

concezione della non commistione delle masse attive e passive caratterizza una mera tutela ai creditori sociali delle società per evitare che la riorganizzazione possa arrecare pregiudizio a quest'ultimi.

Nel prosieguo della descrizione dell'articolo, si cerca di dare anche un breve accenno alla possibilità di innestare una "procedura di liquidazione giudiziale di gruppo", cui art. 3, comma 3°, lett. a), quale evidenza che per ottenere una rapida soluzione liquidatoria della procedura, di realizzazione dell'attivo e della soddisfazione del ceto creditorio, vi sia la presenza "di un unico giudice delegato e di un unico curatore, ma di distinti comitati dei creditori per ciascuna impresa del gruppo". Conseguentemente la procedura di gruppo dovrà essere caratterizzata da "un criterio di ripartizione proporzionale dei costi della procedura tra le singole imprese del gruppo".

Poteri differenti saranno destinati al curatore del gruppo, comprendendo anche le società del gruppo che però non sono soggette ad una crisi d'insolvenza. I poteri che sono assoggettati al curatore sono, innanzitutto la possibilità, per contrastare comportamenti danneggianti effettuati da movimenti infragruppo, di "azionare rimedi contro operazioni antecedenti l'accertamento dello stato di insolvenza e dirette a spostare risorse a un'altra impresa del gruppo, in danno dei creditori".

Il curatore del gruppo avrà il potere di "esercitare le azioni di responsabilità di cui all'articolo 2497 del codice civile", e di "promuovere la denuncia di gravi irregolarità gestionali nei confronti degli organi di amministrazione delle società del gruppo non assoggettate alla procedura di liquidazione giudiziale". Infatti, lo stesso curatore, attraverso un'analisi potrà portare a conoscenza, agli organi amministrativi e di controllo delle imprese appartenenti al complesso ma che non sono sotto l'influenza della procedura concorsuale, la criticità dello stesso gruppo, iniziando così l'accertamento dello

stato di crisi di queste società. Inoltre, il governo dovrà dedicare una “disciplina di eventuali proposte di concordato liquidatorio giudiziale”, ai sensi dell’7, comma 10°, lettera d) della legge Rordorf²².

²² www.dirittobancario.it/news/crisi-di-impresa/la-crisi-del-gruppo-societario-nella-delega-al-governo-la-riforma-della-legge-fallimentare.

Conclusioni

Non è così facile trarre delle conclusioni che comportino una soluzione definitiva e unanime di quanto esposto nell'elaborato che precede. Innanzitutto, bisogna considerare che nella odierna realtà economica in cui ci troviamo, le imprese tentano di organizzare la propria realtà imprenditoriale sotto forma di gruppo. La causa è riconducibile all'ottenimento di due essenziali vantaggi: il primo a livello economico, consistente in un ampliamento delle risorse disponibili sia a livello di know-how aziendali e competenze specifiche derivanti dall'integrazione di diverse società sia, sotto un punto di vista geografico, per la possibilità di espandersi in nuovi settori, sia a livello nazionale che internazionale. Il secondo vantaggio va ricercato sul lato finanziario, in quanto è accertata la migliore capacità del gruppo, rispetto alla singola impresa, di riduzione del rischio di impresa attraverso la diversificazione delle attività. Anche le imprese che appartengono al gruppo, però, possono essere soggette a problematiche tipiche di tutte le altre imprese che svolgono la propria attività in autonomia e senza imposizioni di direttive, quali crisi aziendali e di insolvenza.

A questo proposito, in particolare nell'analisi della prassi giurisprudenziale, si è susseguita nel corso degli anni una notevole varietà di ambiti applicativi della fattispecie concordataria che hanno portato a soluzioni contrastanti nel tempo. Nonostante lo stesso legislatore non abbia voluto codificare una definizione diretta sia in termini di diritto societario che concorsuale, si evidenzia una sorta di disciplina "leggera", in cui il concetto di gruppo viene intrappolato, come menzionato più volte, in uno schema che non gli

appartiene. La soluzione che sembrerebbe avere concluso la possibilità di adottare la fattispecie concordataria è risultata essere la decisione della Suprema Corte, che ha allontanato ogni possibile dubbio creato dalla positività della giurisprudenza di merito.

L'instabilità decisionale ha creato nell'ordinamento giuridico possibili sbocchi di dubbia interpretazione, creando elusioni al sistema che hanno provocato da una parte l'ammissibilità dell'adozione di un'unica procedura, attraverso un unico ricorso e un unico aspetto procedurale, sempre ricordando l'inderogabilità dei principi di autonomia decisionale e separazione delle masse, dall'altro chi ha sempre considerato la procedura concordataria di gruppo respingendo il mero conferimento, ma adottando il ricorso a differenti presentazioni delle domande da parte delle diverse società.

La nuova legge delega creerà sicuramente delle considerazioni alternative, tra un paio di anni, che potrebbero veramente portare ad una soluzione positiva in tema di concordato preventivo di gruppo, anche se non è ancora possibile, vista la recente approvazione, dare un riscontro reale, se non quello di una semplice descrizione e analisi della nuova normativa, in quanto non vi è la presenza di una casistica specifica applicata.

La legge delega risulterà essere in grado di creare una certa rapidità a livello di riconoscimento della struttura di gruppo di imprese, concetto che appare scontato, ma che come il presente elaborato ha portato alla luce, ancora oggi trova difficile identificazione, nonostante nella realtà economica del nostro paese e mondiale la diffusione di queste strutture sia sempre di più in espansione.

Non solo, la nuova disciplina che regola i gruppi di società cercherà di accelerare consistentemente la procedura di ammissibilità concordataria, creando presupposti ideologici che categorizzino la fattispecie di gruppo come un'unica unità proposta unitariamente e la creazione di un coordinamento procedurale, visto come un

ulteriore criterio di sviluppo alla diffusione e celerità della procedura di applicazione in modo da riuscire a privilegiare l'utilizzo di questo strumento di risoluzione della crisi d'impresa.

Restano comunque fermi, nonostante i giudizi esposti, i valori e principi, che la stessa nuova Riforma fallimentare vuole accentuare, ovvero quei valori di salvaguardia dell'impresa che si pone in una posizione di instabilità, ma soprattutto quei presupposti di velocità della ricerca di un risanamento ancora prima che si crei una situazione impossibile da risolvere. Proprio in una nuova ottica internazionale, infatti, la nuova legge fallimentare crea la propria base, aggiornandosi sulla nuova realtà economica, ovvero quella della continua espansione dell'ideologia da parte delle imprese di modeste dimensioni di creare gruppi, adattandosi ai principi degli Stati membri, nella creazione così di un risanamento economico a livello europeo.

Bibliografia

- Bottai L.A., *I gruppi di imprese nella riforma concorsuale*, Utet, Torino, 2018.
- Campobasso G.F., *Le partecipazioni rilevanti. I gruppi di società*, manuale di diritto comm.le, Utet, Torino, 2016.
- Daccò A., *I gruppi di società*, Giuffrè, Milano, 2002.
- De Giovanni G.- Casarosa M., *Il recesso nei gruppi: inizio, cessazione e mutamento dell'attività di direzione unitaria*, in *Diritto Societario*, in la Gest. Soc. delle imprese.
- Di Majo A., *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Torino, 2012.
- Faucegna G., i, in *Giurisp. Comm.le*, 2016.
- Ferrara F., *I rapporti di partecipazione e i gruppi di società*, Compendio di Diritto Comm.le, Milano, 2010.
- Fittante A., «Il ddl delega della Commissione Rordorf: una riforma organica della crisi d'impresa», in *“Il Fallimentarista”*, 2016.
- Galgano F., *Direzione e coordinamento di società*, Zanichelli, Bologna, 2014.
- Guizzi G., *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, Giuffrè, Milano, 2012.
- La Manna F., *La riforma concorsuale in progress: dalla legge delega alla sua (rapida) attuazione*, in *“Il Fallimentarista”*, 2016.
- Lovisatti S., *Sul concordato tramite scissione: tra disciplina concorsuale e norme societarie*, in *Giurisp. Comm.le*, 2016
- Palladino V., «Crisi del gruppo», in *Il Fallimentarista*, 2016.
- Panzani L., *La disciplina della crisi di gruppo tra proposte di riforma e modelli internazionali*, in *Rif. Fallim*, 2016.
- Poli S., *Il concordato di gruppo*, Cedam, Padova, 2014.
- Ranalli R., «Le procedure d'allerta e di composizione assistita della crisi: insidie ed opportunità», in *Il Fallimentarista*, 2017.
- Saccon C., *Il gruppo di imprese e il bilancio consolidato*, *Bilancio consolidato: disciplina nazionale e IFRS*, Milano, 2016.
- Strampelli G., *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Riv. Società*, 2012.

Tribunale di Asti, 2012, da www.unijuris.it

Tribunale di Bologna, 8 ottobre 2009 nota in DI MAJO A., I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario, Torino, 2012, pp.49 ss.

Tribunale di Crotone, 1999.

Tribunale di Ferrara, 2014.

Tribunale di Ivrea, 1995, in DI MAJO A., I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario

Tribunale di Messina, 1998.

Tribunale di Milano, 2015.

Tribunale di Monza, 2011.

Tribunale di Palermo, 2014, da www.ilcaso.it

Tribunale di Parma, 2008.

Tribunale di Pavia, 2004, come citato da S. POLI, *Il concordato preventivo di gruppo*, cit., p. 743.

Tribunale di Perugia, 3 marzo 1995 in 1995 in DI MAJO A., I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario

Tribunale di Prato, 2014.

Tribunale di Ravenna, 2014.

Tribunale di Roma, 2011-2012-2013-2014-2015, da www.ilcaso.it

Tribunale di Rovigo, 2013, da unijuris.it

Tribunale di Terni, 1997-2010, da www.ilcaso.it

Verna G. Sulla presentazione di concordati preventivi da parte delle imprese del gruppo, in *Giurisp. Comm.le*, 2015.

Sitografia

www.altalex.com

www.dirittobancario.it

www.gazzettaufficiale.it

www.giustizia.it

www.ilcaso.it

www.ilfallimentarista.it

www.unijuris.it