

La crisi e l'insolvenza dei gruppi di società: prime considerazioni critiche sulla nuova disciplina

The groups of companies in crisis and insolvency: a first critical evaluation of the new discipline

Giuliana Scognamiglio *

ABSTRACT

L'articolo intende offrire fornisce una prima lettura critica della disciplina dell'insolvenza del gruppo contenuta nel d. lgs. n. 14/2019 e tiene conto altresì delle successive proposte di modifica a tale disciplina contenute nello schema di decreto correttivo predisposto sulla base della legge delega n. 20/2019. In particolare, fissata la definizione del fenomeno di gruppo alla stregua della normativa in esame, si osserva che questa si adatta in maniera sufficientemente flessibile alla varietà di forme e di consistenza che il fenomeno manifesta dal punto di vista economico, prevedendo la possibilità sia di procedure unitarie di gruppo (con finalità liquidatoria ovvero con finalità di ristrutturazione e di risanamento), sia di procedure autonome e parallele per le diverse società del gruppo, fermo restando in ogni caso il principio della reciproca autonomia e separatezza dei patrimoni facenti capo a queste. Da ultimo, l'autrice manifesta il dubbio che la disciplina dettata dal d. lgs. n. 14/2019 sia tarata sul gruppo razionalmente e ordinatamente strutturato come insieme di più società sottoposte alla direzione e coordinamento di una holding e possa risultare non adeguata rispetto alla variegata realtà di gruppi caratterizzati da una intensa confusione patrimoniale ed organizzativa tra le diverse società o imprese che ne fanno parte.

Parole chiave: gruppo di società – insolvenza o crisi del gruppo – liquidazione giudiziale di gruppo – concordato di gruppo – consolidamento procedurale e sostanziale

The article provides a first critical reading of the group's insolvency discipline contained in the legislative decree no. 14/2019 ("insolvency code") and also takes into account the subsequent proposals for amendments to this discipline contained in the draft of the corrective decree prepared on the basis of the law no. 20/2019. In particular, having established the definition of the group of companies according to the legislation in question, it is observed that this adapts in a sufficiently flexible manner to the variety of shapes and consistency that the group of companies manifests from an economic point of view, providing

* Professore ordinario nella Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma; email: giuliana.scognamiglio@uniroma1.it.

for the possibility of both unitary group procedures (for liquidation purposes or for restructuring and reorganization purposes), as well as autonomous and parallel procedures for the various companies of the group, without prejudice in any case to the principle of assets' partitioning or separation of the assets belonging to them. Finally, the author expresses the doubt that the provisions contained in the Italian insolvency code are adapt to the group rationally and neatly structured as a group of several companies subject to the direction and coordination of a holding company but may not be suitable for the extremely varied and widespread forms of groups characterized by an intense mingling of the assets and organizations of the different companies.

Keywords: *Group of companies – group's insolvency or crisis – group's judicial liquidation – group's composition with creditors – procedural and substantive consolidation*

SOMMARIO:

1. La rilevanza del fenomeno di gruppo nella disciplina delle procedure di crisi e di insolvenza: un breve *excursus* storico. – 2. La nozione di gruppo nel codice della crisi e dell'insolvenza. – 3. Gli obblighi di trasparenza in merito all'esistenza e alla struttura del gruppo. – 4. Il gruppo di società nella procedura di liquidazione giudiziale. – 4.1. La soluzione unitaria e quella atomistica. – 4.2. I "poteri speciali" a disposizione del curatore. – 4.2.1. Le revocatorie infragruppo. – 4.2.2. Azioni di responsabilità ed altri tipi di intervento sulle società del gruppo. – 5. Gruppi di società e concordato preventivo. – 6. Il concordato di gruppo: fra unità e pluralismo. – 7. La tutela endoconcorsuale dei creditori e dei soci nel concordato di gruppo. – 8. Dubbi sull'efficacia della nuova disciplina del gruppo in crisi o insolvente rispetto al fenomeno dei gruppi "confusi".

1. La rilevanza del fenomeno di gruppo nella disciplina delle procedure di crisi e di insolvenza: un breve excursus storico.

È difficilmente contestabile che l'introduzione nel nostro ordinamento¹ di

¹ Ad opera del d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (recante il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, c.c.i.i.), titolo VI, articoli da 284 a 292. Il d.lgs. 14/2019 costituisce attuazione della delega legislativa per la riforma organica delle procedure di crisi e di insolvenza dell'impresa, contenuta nella legge n. 155/2017. Nel periodo antecedente a detta legge, e precisamente nel decennio che va dal 2005 al 2015, la disciplina delle procedure concorsuali, in particolare quella contenuta nella c.d. legge fallimentare (r.d. n. 267/1942), era stata – com'è noto – investita da numerosi interventi di riforma, nessuno dei quali aveva tuttavia toccato la regolazione della crisi e insolvenza del gruppo.

È il caso di ricordare che poche settimane dopo la pubblicazione nella G.U. di detto "codice", è stata emanata una nuova legge delega (l. 8 marzo 2019, n. 20), in attuazione della quale è stato predisposto uno schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive del d.lgs. n. 14/2019 (nel prosieguo indicato come "decreto correttivo" o "schema di decreto correttivo" e citato nella versione più recente, che è quella approvata e divulgata dal Consiglio dei Ministri il 13 febbraio 2020 e reperibile in www.ilcaso.it). Il decreto correttivo prevede, fra

regole specifiche sulla crisi e l'insolvenza dei gruppi di imprese o società² soddisfi un'istanza ripetutamente manifestata dalla nostra dottrina (che, delusa per il naufragio dei vari tentativi di regolare la complessa materia, aveva talvolta stigmatizzato la mancanza di una disciplina positiva del gruppo in crisi o insolvente come una "lacuna gravissima"³ dell'ordinamento concorsuale italiano) e risponda altresì – almeno per quanto riguarda le procedure concordatarie – alle sollecitazioni della giurisprudenza, anche di legittimità, che, nel sancire in maniera netta l'inammissibilità di procedure unitarie di gruppo, aveva espressamente dichiarato di ritenere necessario ed anzi indilazionabile l'intervento del legislatore.

La disciplina in esame ha il merito di offrire una (prima) soluzione a talune delle questioni che l'esperienza pratica e la casistica giurisprudenziale avevano fatto emergere nel corso del tempo, con riferimento in particolare – ma non solo⁴ – all'incidenza dei legami di gruppo, onde una determinata impresa sia

gli altri, interventi di modifica su alcune delle disposizioni del c.c.i.i. afferenti ai gruppi di imprese, come meglio si specificherà nel prosieguo del lavoro.

² Gruppo di società o gruppo di imprese? Il dilemma è noto e risalente. Da taluni si sostiene che la qualificazione in termini di impresa delle singole articolazioni soggettive del gruppo è sarebbe irrilevante, perché nel fenomeno in esame ciò che assume rilievo, in determinati casi anche per il diritto, è l'unicità sostanziale dell'impresa sottostante a quelle diverse articolazioni. Da altri si sostiene che il riferimento alla natura societaria delle componenti del gruppo sarebbe inadeguato a cogliere la ricchezza del fenomeno, che si manifesta anche nel polimorfismo delle stesse (altrimenti detto, i caratteri fisiognomici del gruppo si possono rintracciare anche in aggregazioni che coinvolgono entità non societarie). Il legislatore del c.c.i.i. ha valutato come ininfluyente il primo tipo di rilievo e ha optato per l'espressione "gruppo di imprese", per altro chiarendo – già nella definizione fornita all'art. 2 – che si intende con tale espressione "l'insieme delle società, delle imprese e degli enti", con la sola esclusione dello Stato e (aggiunge ora il decreto correttivo) degli enti territoriali.

³ Cfr. ad es. A. NIGRO, *Il "diritto societario della crisi": nuovi orizzonti?*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali*, scritti in ricordo di M. Sandulli, Torino, Giappichelli, 2019, 492 ss., 501.

⁴ Il fenomeno del gruppo di imprese è presente anche in altri luoghi del c.c.i.i. esterni al menzionato titolo VI, e già nell'art. 1, che ne definisce l'ambito di applicazione; ma anche nell'art. 12, che, nel disciplinare gli "strumenti di allerta", e cioè gli obblighi di segnalazione di possibili indici rivelatori della crisi, posti a carico degli organi di controllo societari e dei creditori pubblici qualificati, testualmente prevede, al comma 4, l'applicabilità degli strumenti di allerta "ai debitori che svolgono attività imprenditoriale", esclusi i gruppi di imprese di rilevante dimensione (così come definiti nell'art. 2, comma 1, lettera i) e dunque – deve ritenersi sulla base dell'argomento *a contrario* – inclusi i gruppi privi di quella caratterizzazione dimensionale. Manca invece ogni riferimento all'impresa organizzata in forma di gruppo nella disciplina del concordato in corso di liquidazione giudiziale, così come in quella della liquidazione coatta amministrativa. Inoltre, se si ha riguardo alle tematiche "di gruppo" affrontate nel corso degli

avvinta ad altre, sulle modalità di svolgimento e di organizzazione delle principali procedure concorsuali (fallimento e concordato preventivo) previste dalla legislazione tuttora vigente⁵.

Si tratta, è il caso di osservarlo subito, di una disciplina tutt'altro che completa⁶ ed in ogni caso sicuramente perfettibile, tanto che anche chi ha contribuito in qualche misura alla scrittura della stessa⁷ ha espresso l'auspicio che

anni dalla giurisprudenza delle sezioni fallimentari, si può osservare che sembra essere rimasta del tutto al di fuori dell'angolo di visuale del legislatore quella relativa all'incidenza del fenomeno di gruppo sulla rilevazione dell'insolvenza: il problema cioè se ai fini dell'accertamento dello stato di insolvenza di una determinata impresa, appartenente ad un gruppo, debba o no considerarsi la condizione economico-finanziaria delle società controllanti o controllate da quella o comunque facenti parte del medesimo gruppo. Un'altra questione che era stata oggetto di dibattito (cfr., nella giurisprudenza, fra le altre, Cass., sez. I civ., 28 aprile 2015, n. 8579; Cass., sez. I civ., 19 maggio 2011, n. 11059; App. Roma, sez. I civ., 12 ottobre 2018, in *Pluris on line*) almeno a far data dall'ingresso nel nostro ordinamento della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza (su cui *infra* nel testo), relativa all'incidenza dei legami di gruppo con l'impresa insolvente ai fini della determinazione della *scientia decoctionis* in capo ad altra impresa partecipe con la prima di un atto suscettibile di revoca, affiora appena nella disposizione (art. 290 c.c.i.i.) relativa alle "azioni di inefficacia fra le imprese del gruppo", là dove, con riferimento alle azioni di inefficacia "ordinarie" (*i.e.*, diverse da quelle fallimentari) si stabilisce una presunzione (semplice) di consapevolezza del "carattere pregiudizievole dell'atto o del contratto" in capo alla società beneficiaria, (in quanto) appartenente al medesimo gruppo della disponente. Infine, non si rinviene nel d.lgs. n. 14/2019 alcuna disciplina dell'insolvenza o della crisi del gruppo articolato su più ordinamenti giuridici: qui l'omissione può tuttavia trovare una spiegazione abbastanza agevole in ciò, che la materia è – com'è noto – disciplinata dal Regolamento UE 2015/848, direttamente applicabile anche alle società appartenenti ad un gruppo multinazionale, che siano sottoposte alla giurisdizione italiana.

⁵ È noto infatti che il d.lgs. n. 14/2019 non è ancora vigente e prevede una lunga *vacatio legis*: l'art. 389 stabilisce infatti che l'entrata in vigore della nuova disciplina del fallimento (ridenominato "liquidazione giudiziale"), del concordato preventivo e delle altre procedure di crisi o di insolvenza avvenga allo scadere del diciottesimo mese dalla data della pubblicazione in G.U. del decreto medesimo, datata 14 febbraio 2019; dunque al 15 agosto 2020, salvo ulteriori rinvii, da taluni auspicati con riferimento ad alcune parti della stessa (in particolare, con riferimento alle disposizioni riguardanti le procedure di allerta). Va aggiunto che, nelle more della composizione del presente fascicolo della Rivista, in ragione dei drammatici eventi connessi con l'epidemia di COVID19 e dei suoi dirompenti effetti sulle imprese, a seguito del prolungato *lock down*, l'art. 5 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, ha disposto il rinvio dell'entrata in vigore del c.c.i.i. al 1° settembre 2021, in tal senso modificando il co. 1 dell'art. 389 del d. lgs. n. 14/2019.

⁶ Si rinvia in proposito a quanto già osservato nella precedente nt. 4.

⁷ Il riferimento è alla stessa autrice, in quanto a suo tempo componente della Commissione ministeriale incaricata di predisporre dapprima – nel 2015 – lo schema di legge delega e poi, nel 2017, lo schema di decreto legislativo delegato di attuazione della citata legge n. 155/2017.

essa possa essere oggetto di interventi correttivi ad opera del decreto o dei decreti che il legislatore si appresta ad emanare, sulla base della già ricordata delega contenuta nel d. lgs n. 20/2019.

La ragione per la quale la legge fallimentare emanata nel 1942 aveva negato qualsiasi specifica attenzione al fenomeno del gruppo di imprese è probabilmente da identificare nella circostanza che esso, pur noto al coevo legislatore del codice civile, era in quel contesto normativo considerato non tanto nella prospettiva dell'impresa plurisoggettiva, ed allora anche della sua possibile crisi, bensì – prevalentemente – nella diversa prospettiva del rischio di elusione di norme imperative, per il tramite del collegamento finanziario, e specificamente partecipativo, fra società giuridicamente autonome l'una dall'altra.

In termini più precisi, il legislatore del 1942 aveva guardato ai gruppi costituiti da una società o holding in posizione di controllo e da una pluralità di società controllate dalla prima, secondo uno schema a raggiera oppure a catena, nella prospettiva della possibile elusione delle norme poste a tutela da un lato dell'integrità del capitale sociale, dall'altro della libertà di formazione ed espressione del voto nelle assemblee (norme considerate, in quel contesto, alla stregua di pilastri portanti del diritto azionario): non a caso l'art. 2359 c.c., già nel testo originario del 1942, enunciava nel corpo della medesima disposizio-

Vale peraltro la pena ricordare brevemente l'accidentato svolgimento dei lavori che hanno condotto all'emanazione del d.lgs. n. 14/2019: (i) nel febbraio 2015 il Ministro della Giustizia istituì una commissione di studiosi ed operatori, presieduta da un magistrato di alto profilo, il pres. R. Rordorf, incaricandola della predisposizione di uno schema di legge delega contenente i principi e criteri di delega per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali e indicando la fine del 2015 come termine per il completamento dei lavori; (ii) successivamente, all'inizio del 2016, il disegno di legge delega (che all'inizio includeva anche i criteri di delega per la riforma della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza) iniziò il suo *iter* parlamentare, assai lungo e tormentato (da segnalare, fra l'altro, lo stralcio di quella parte della delega legislativa che riguardava la riforma dell'amministrazione straordinaria, poi finita su un binario morto), tanto da terminare solo molti mesi dopo, precisamente nell'ottobre dell'anno successivo, con la pubblicazione in G.U. della legge n. 155/2017; (iii) subito dopo detta pubblicazione, il Ministro della Giustizia ricostituì la Commissione Rordorf, sia pure mutandone in parte la composizione, con l'incarico di redigere, entro la metà di dicembre del 2017, uno schema di decreto legislativo delegato: l'incarico venne onorato nei tempi richiesti, e cioè in circa 8 settimane, a scapito tuttavia della possibilità di rileggere, coordinare ed affinare al meglio i quasi 400 articoli dello schema di decreto legislativo: (iv) pochi giorni dopo, terminava la XVII legislatura; iniziata alcuni mesi dopo, dopo le elezioni del 4 marzo 2018, la nuova legislatura, lo schema passava in mani del tutto diverse, essendo ormai scaduto l'incarico affidato alla Commissione Rordorf, e veniva modificato o rielaborato in diversi punti; (v) seguiva infine, nel febbraio 2019, la pubblicazione in G.U. del d. lgs. n. 14/2019.

ne da un lato la nozione di società controllata, dall'altro il divieto, a carico della controllata medesima, di "investire" somme corrispondenti al capitale in azioni della società controllante (divieto al quale è stato successivamente aggiunto quello, posto a carico degli amministratori della prima, di esercitare il voto nell'assemblea della seconda: art. 2359-bis c.c.).

Molto più recente, rispetto al 1942, è l'acquisizione, da parte degli economisti e poi dei giuristi, di una più moderna concezione del gruppo come modello organizzativo dell'impresa (concezione ormai matura all'epoca della riforma organica del diritto societario, contenuta nel d. lgs. n. 6/2003, che ha introdotto, com'è noto, nel codice civile il nuovo capo IX del libro V, artt. 2497-2497-septies).

A tale acquisizione si collega altresì la nascita dell'interesse per il tema della crisi riferito a quel peculiare modello organizzativo dell'impresa che è, appunto, il gruppo: nascita che, nella nostra esperienza giudica nazionale, può collocarsi nella seconda metà degli anni '70 del secolo scorso, quando, all'esito di una travagliata vicenda legislativa, venne emanato il d.l. n. 26/1979, poi convertito in l. n. 95/1979, recante la disciplina della nuova procedura concorsuale mista (*i.e.*, in parte giudiziale ed in parte amministrativa), denominata amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, nell'ambito della quale fu per la prima volta previsto, all'art. 3, uno specifico regime per il gruppo insolvente. La l. n. 95/1979 è stata, com'è noto, successivamente abrogata e sostituita dal d. lgs. n. 270/1999, tutt'ora in vigore, che pure detta – agli artt. 80 e seguenti – una specifica disciplina dei gruppi di imprese, più ampia ed articolata rispetto a quella della legge previgente del 1979, ma ispirata ai medesimi principi e criteri. La regolazione del gruppo insolvente sottoposto ad amministrazione straordinaria si è successivamente arricchita di un ulteriore tassello con il d.l. 347/2001 (c.d. decreto Parmalat), convertito nella l. 39/2004, in cui, all'art. 4-bis, si stabilisce che il commissario straordinario possa prevedere, nel programma che è tenuto a redigere, che il soddisfacimento dei creditori avvenga attraverso un concordato in corso di amministrazione straordinaria e che la proposta di concordato possa essere unica per più società del gruppo sottoposte alla procedura di a.s., "ferma restando l'autonomia delle rispettive masse attive e passive".

Ora, la disciplina della crisi dei gruppi di imprese, contenuta nel c.c.i.i., recepisce talune delle regole che compongono il quadro normativo dell'amministrazione straordinaria di gruppo. Diversa è, tuttavia, l'ispirazione della prima rispetto a quella del secondo e la strategia che il legislatore ha inteso perseguire nei due casi.

Infatti, posto che l'assoggettamento all'amministrazione straordinaria pre-

suppone il possesso di peculiari requisiti dimensionali in capo all'imprenditore insolvente, si è stabilito che dal legame di gruppo fra due o più imprese o società discenda l'automatica estensione della medesima procedura (con esclusione della procedura alternativa del fallimento) a tutte le società o imprese insolventi del gruppo, anche quando esse non siano – singolarmente – in possesso dei suddetti requisiti dimensionali, e la loro "attrazione" nel programma unitario redatto dal commissario straordinario preposto alla c.d. procedura madre, senza pregiudizio della separatezza delle masse patrimoniali attive e passive.

Il c.c.i.i., sulla scorta ovviamente dei principi e criteri scolpiti nella legge delega n. 155/2017, si muove in una prospettiva affatto diversa, caratterizzata da una maggiore flessibilità e da un più ampio riconoscimento dell'autonomia organizzativa del gruppo: il legislatore non si lascia ora guidare dall'idea che lo scopo della disciplina debba necessariamente essere quello di riprodurre, nella fase della crisi o dell'insolvenza, la medesima unità di direzione finanziaria e strategica che aveva caratterizzato il gruppo *in bonis*.

L'obiettivo è, piuttosto, quello di munire le imprese di strumenti di gestione della crisi e dell'insolvenza tarati sulla dimensione del gruppo e sulla forma "a gruppo" dell'impresa, che consentano di valutare, con riferimento a ciascuna fattispecie concreta, se sia il caso di far prevalere il profilo economico-finanziario dell'unità (*i.e.*, la direzione unitaria del gruppo, o, per usare il lessico del nostro codice civile, la direzione e coordinamento di gruppo) rispetto al principio di separatezza giuridica delle società o imprese del gruppo, eventualmente giustificando soluzioni parzialmente difformi da quelle che sarebbero coerenti, a rigore, con il rispetto assoluto di quel principio.

Il legislatore ha inteso dunque prendere le distanze da ogni valutazione preconcetta e rigida circa la necessità o l'utilità di disciplinare in ogni caso le imprese del gruppo in stato di dissesto secondo uno schema o un modello organizzativo che ricalchi quanto più possibile quello della direzione e coordinamento, già praticato anteriormente all'avvento dell'insolvenza.

Gli è che la direzione e coordinamento di gruppo è attività che presuppone il *going concern*; appare pertanto arduo assumere che essa possa continuare, nei medesimi termini e con le medesime modalità della fase *in bonis*, nella vicenda liquidatoria e dissolutiva dell'impresa insolvente. Il discorso potrebbe essere almeno parzialmente diverso se si ha riguardo alle procedure di ristrutturazione e risanamento, che presuppongono la persistenza della disponibilità dell'azienda in capo al debitore, pur se insolvente, e tendono alla continuazione dell'attività d'impresa: nel nostro sistema, le procedure concordatarie e convenzionali in genere, rispetto alle quali – infatti – il decreto delegato e prima ancora la legge delega hanno adottato un approccio diverso, basato sulla previsione di una vera e

propria proceduta unitaria “di gruppo” (cfr. artt. 284-286 c.c.i.i.); mentre appare meno intenso il significato che la medesima qualificazione “di gruppo” assume quando si discorre della procedura di liquidazione giudiziale (l’odierno fallimento), risiedendo in questo caso il profilo dell’unità in “forme di coordinamento nella liquidazione degli attivi” (art. 287 c.c.i.i.)⁸.

L’esclusione di ogni automatismo (in punto di applicazione della medesima procedura concorsuale a tutte le imprese del gruppo in crisi o insolventi) e l’adozione di un approccio regolamentare improntato ad una elevata flessibilità sono del resto scelte coerenti con la grande varietà morfologica e strutturale con la quale i gruppi di imprese si presentano nella realtà, connotandoli come fenomeno affatto complesso e proteiforme. Si danno infatti nella realtà gruppi verticali, basati sul rapporto intersocietario di controllo, e gruppi orizzontali o paritetici; nel primo caso gruppi a struttura “stellare” oppure con struttura “a catena”; nel secondo caso, gruppi fondati su un contratto di direzione e coordinamento fra società reciprocamente libere da rapporti partecipativi e gruppi in cui la direzione e coordinamento viene esercitata dalla società partecipata nei confronti delle società socie; e poi ancora gruppi di società che hanno in comune soltanto l’identità del socio in posizione di controllo o la fonte di approvvigionamento finanziario e gruppi in cui le società che ne fanno parte esercitano ciascuna una fase o un frammento di un’impresa economicamente unitaria, o comunque verticalmente integrata in senso forte; gruppi nel cui ambito si esercitano attività economiche ad alto grado di interrelazione e complementarità reciproca e gruppi, per converso, ad attività fortemente eterogenee e non correlate, se non sul piano meramente finanziario; gruppi ad elevata integrazione organizzativa (in cui le diverse società esibiscono amministratori in co-

⁸ In ogni caso le procedure “unitarie” (di liquidazione giudiziale e di concordato preventivo) fanno salvo il principio di autonomia delle masse attive e passive; né avrebbe potuto essere diversamente, stante il non equivoco dettato dell’art. 3 della legge di delega n. 155/2017. Il legislatore italiano ha quindi optato, sia in un caso, sia nell’altro, per forme di consolidamento meramente procedurale (conf. M. MIOLA, *Crisi dei gruppi e finanziamenti infragruppo nel Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali*, cit. nt. 3, 440 ss., 444), con qualche maggiore elasticità – come si constaterà nel prosieguo del lavoro (par. 6) – nel caso della procedura concordataria (di gruppo), nella quale si è inteso aprire alla possibilità di utilizzo delle risorse di una società a beneficio (dei creditori) dell’altra. In termini critici si è osservato (cfr. G. D’ATTORRE, *I concordati di gruppo nel codice della crisi e dell’insolvenza*, in *Fallimento*, 2019, p.) che il legislatore avrebbe peccato di ambiguità, oscillando le soluzioni proposte fra la “concentrazione” ed il “consolidamento” delle procedure: al di là delle classificazioni concettuali, ed in mancanza di definizioni normative di tali concetti, in ipotesi distinti, la bontà della disciplina andrà a mio avviso misurata solo sulla sua idoneità o meno a risolvere i problemi che la previsione di una procedura unitaria (liquidatoria ovvero concordataria) di gruppo comporta.

mune, uffici e servizi in comune, uso promiscuo del personale dipendente e talora persino una medesima sede ed un medesimo recapito telefonico) e gruppi in cui le diverse entità sono organizzativamente del tutto distanti e separate l'una dall'altra; gruppi con e senza accentramento della funzione di tesoreria e della gestione della liquidità; gruppi le cui singole articolazioni societarie sono tutte sottoposte alla medesima giurisdizione e gruppi "multinazionali", operanti su più ordinamenti.

Di detta irriducibilità *ad unum* delle forme di manifestazione del gruppo di imprese nella realtà economica non si può non tener conto nella regolazione positiva del fenomeno: l'esperienza, anche comparatistica, sembra da ultimo confermare che una regolazione elastica, fondata su principi e clausole generali⁹, è ritenuta preferibile rispetto ad una disciplina rigida che pretenda di imbrigliare il fenomeno in una griglia di regole tarate su un determinato modello tipologico di gruppo e potenzialmente inadeguate rispetto a manifestazioni concrete del fenomeno stesso che divergano rispetto al modello in ipotesi presso a riferimento dal legislatore.

Il criterio appena enunciato deve ragionevolmente trovare applicazione anche nella disciplina della crisi economica del gruppo o di società appartenenti ad un gruppo: a maggior ragione, si potrebbe aggiungere, stante la circostanza che, in questa sede, alla complessità derivante dal carattere multiforme dei gruppi si giustappone la complessità inerente al fenomeno della crisi in considerazione della possibile graduazione di intensità e dei molteplici svariati aspetti che questa può assumere, sia che investa una singola impresa, indipendente ovvero appartenente ad un gruppo, sia che investa il gruppo nel suo insieme, ovvero, più precisamente, tutte le entità in cui esso si articola¹⁰.

Un'efficace disciplina della crisi di imprese appartenenti a gruppi deve *in primis* assicurare un adeguato grado di flessibilità: deve cioè essere in grado di "governare" la crisi o l'insolvenza sia nel caso in cui questi fenomeni patolo-

⁹ Cfr. G. SCOGNAMIGLIO, "Clausole generali", *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 517 ss.

¹⁰ È probabilmente questa, del resto, la chiave che spiega la difficoltà e la cautela con cui, anche in ordinamenti giuridici da molto tempo avvezzi a confrontarsi con il fenomeno dei gruppi di società, si è pervenuti, solo di recente, ad una disciplina positiva in punto di insolvenza del gruppo (mi riferisco alla legge tedesca del 13 aprile 2017, denominata "Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen" e cioè "legge diretta a facilitare il governo delle insolvenze di gruppo"); disciplina che per altro si limita a prevedere forme più o meno intense di interlocuzione e collaborazione fra le procedure che investono le singole entità del gruppo; mentre altri Paesi, che pure vantano una lunga tradizione di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale del fenomeno in questione, di una siffatta disciplina sono ancora, allo stato, privi.

gici siano rimasti confinati nell'ambito di una o più società del gruppo, sia nell'ipotesi in cui il contagio si sia esteso all'intero gruppo; sia nel caso in cui la holding, ancora *in bonis*, possa continuare a svolgere il suo ruolo di soggetto esercente l'attività di direzione e coordinamento del gruppo, al netto ovvero al lordo delle società controllate in crisi o insolventi; sia nell'opposta ipotesi in cui la capogruppo sia stata essa stessa attaccata dalla "malattia" e, in quanto insolvente, abbia perduto, ovvero sia in procinto di perdere, le sue prerogative ed i suoi poteri di direzione e coordinamento sull'insieme delle società (un tempo) eterodirette. La flessibilità deve manifestarsi poi nella previsione sia di una procedura unitaria di gruppo, con finalità a seconda dei casi liquidatoria o di risanamento dell'impresa e di ristrutturazione della sua esposizione debitoria, che sia regolata in maniera tale da consentire, nella gestione della crisi dell'insieme delle società, il massimo grado di coordinamento compatibile con il principio di separatezza delle masse attive e passive¹¹, espressamente sancito dall'art. 3 (co. 1, lettera *d*) della legge di delega; sia della possibilità che le imprese del gruppo accedano comunque a separate ed autonome procedure concorsuali, quando non risulti dimostrata la preferibilità della soluzione unitaria, in termini di maggiore efficienza delle procedure e di ottenimento del miglior risultato utile per i creditori.

2. La nozione di gruppo nel codice della crisi e dell'insolvenza.

La molteplicità delle forme e degli atteggiamenti che il gruppo di società è suscettibile di assumere non esclude la possibilità di identificare i tratti salienti e caratterizzanti del fenomeno economico a cui si ha riguardo e di riordinarli in una norma definitoria: essa è stata in effetti inserita nel d.lgs. n. 14/2019, e precisamente nell'art. 2, che enuncia, secondo uno stile ormai entrato nell'uso comune dei legislatori nazionali e di quello europeo, le definizioni utili ai fini della corretta comprensione della disciplina contenuta nel prosieguo del medesimo decreto.

Qui il legislatore del c.c.i.i. avrebbe potuto orientarsi nel senso di formulare una definizione *ad hoc* del gruppo di società rilevante ai fini della disciplina dettata nel medesimo codice, secondo un *modus operandi* che era stato adottato in passato più volte, ed in particolare, su un terreno contiguo al nostro, nella legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza.

¹¹ Principio che appare saldamente radicato nella dottrina del nostro Paese. Cfr. da ultimo, in termini adesivi, A. NIGRO, *I gruppi nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, pubblicato il 23.01.2020 nel sito www.ilcaso.it.

Sennonché, nell'arco temporale intercorso tra quella legge (che nella versione attualmente vigente risale, come si è ricordato poc'anzi, al 1999) e il d. lgs. n. 14/2019, l'evento rilevante, ai fini del discorso che si sta qui svolgendo, è senza dubbio costituito dalla riforma societaria del 2003 e dalla introduzione, con essa, di una disciplina dei gruppi e della relativa fattispecie: questa, sebbene se non espressamente enunciata nel capo IX del libro V del codice civile, è comunque chiaramente costituita dall'insieme delle società, variamente collegate fra loro (per lo più, ma non necessariamente, avvinte da un rapporto di controllo partecipativo) e sottoposte alla direzione e coordinamento di una medesima società o ente.

Ora, la disciplina dell'insolvenza dell'impresa è, in base alla scelta già compiuta dal nostro legislatore nel lontano 1942, collocata all'esterno del codice civile: ciò avrebbe potuto forse giustificare la scelta di modellare la nozione di gruppo di società nell'ambito del c.c.i.i. in maniera del tutto autonoma, come già era stato fatto dal d. lgs. n. 270/1999.

Questa volta, tuttavia, si è inteso far capo alla medesima nozione di gruppo che funge da fattispecie della disciplina dettata dal codice civile: si tratta di una scelta a mio avviso condivisibile, alla quale non è probabilmente estranea una valutazione negativa riguardo al rischio della proliferazione, nella c.d. legislazione speciale (esterna al codice civile), di molteplici, variegata definizioni del controllo e del gruppo¹², non sempre coerenti le une con le altre, e che trova comunque la sua razionale giustificazione in ciò, che la concezione del gruppo come insieme di società sottoposte alla direzione e coordinamento di un'altra determinata entità (societaria o meno) sembra essersi radicata nella legislazione economica degli ultimi venticinque anni, dopo essere penetrata nel nostro ordinamento attraverso la disciplina del gruppo bancario o creditizio, contenuta nel d.lgs. n. 385/1993 (il c.d. testo unico bancario).

Fermo quindi l'apprezzamento per la scelta di fondo compiuta dal c.c.i.i., non ci si può esimere da qualche rilievo critico in merito al tenore della disposizione uscita dalla penna del legislatore.

Nell'art. 2, comma 1, lettera h, c.c.i.i. il gruppo di imprese viene definito come "l'insieme delle imprese, delle società e degli enti, escluso lo Stato, che (...) sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica, sulla base di un vincolo partecipativo o di un contratto".

L'espresso riferimento, contenuto nel corpo della definizione, agli artt. 2497

¹² Cfr. P. MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992, 1 ss.

e 2545-septies c.c., ha lo scopo di richiamare la fattispecie codicistica della direzione e coordinamento di società e l'elaborazione che ne è stata fatta, ad opera degli interpreti e dei giudici, negli oltre quindici anni trascorsi dalla entrata in vigore della riforma societaria del 2003. Essa va ricostruita non solo alla stregua della disciplina contenuta nel capo IX del libro V, che ha prevalentemente (anche se non esclusivamente: cfr. art. 2497-septies) riguardo al modello del gruppo verticale¹³, fondato su una relazione partecipativa di controllo, bensì anche alla stregua della disposizione sul gruppo cooperativo paritetico, che evoca un modello di gruppo in cui la comune sottoposizione di più società alla direzione e coordinamento di un'altra entità è frutto di una determinazione convenzionale delle società sottoposte, di per sé collocate su un piano di parità (onde la qualificazione del fenomeno in termini di gruppo paritetico). Segue, nel corpo della medesima definizione di cui alla lettera *h* dell'art. 2, l'enunciazione di due presunzioni semplici, anche queste chiaramente ispirate dalla normativa del codice civile, alla stregua delle quali: (i) l'attività di direzione e coordinamento si presume esercitata dalla società o ente tenuti al consolidamento dei bilanci di un insieme di società; (ii) in ogni caso, si presume che eserciti attività di direzione e coordinamento sulle società direttamente o indirettamente controllate la società o ente a cui fa capo il controllo, sia esso solitario ovvero congiunto.

Nel complesso, la definizione non è, come si osservava poc'anzi, ineccepibile: una revisione finale del testo, che molto probabilmente è mancata¹⁴, almeno per quanto concerne le norme del c.c.i.i. relative ai gruppi, avrebbe giovato alla precisione del dettato legislativo, che indubbiamente sotto questo profilo è carente. Com'è stato infatti già rilevato da qualcuno dei primi commentatori¹⁵, il tenore testuale della definizione adottata indurrebbe a pensare che sia esterno alla fattispecie il soggetto (società, ente o persona fisica) a cui fa capo l'attività di direzione e coordinamento, stante il riferimento alle (sole) società sottoposte; con la conseguenza paradossale, e sicuramente estranea all'intento del legislatore, che, ad esempio, una procedura di concordato di grup-

¹³ Diversamente G. MEO, L. PANZANI, *Procedure unitarie "di gruppo" nel codice della crisi*, pubblicato il 20.12.2019 in www.ilcaso.it, i quali esprimono l'avviso che la nozione di gruppo accolta nel d.lgs. n. 14/2019 non include "le forme di gruppo orizzontale".

¹⁴ Si è infatti già ricordato (*supra*, nota 7) quanto sia stato travagliato ed accidentato, nel complesso troppo veloce (anche se caratterizzato da numerosi periodi di stasi), il percorso che ha condotto all'emanazione del d.lgs. n. 14/2019.

¹⁵ C. d'ALESSANDRO, *Gruppi di imprese e neonato codice dell'insolvenza: prime valutazioni*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 1030 ss.

po potrebbe essere avviata con ricorso delle società sottoposte alla direzione e coordinamento, ma non su iniziativa (o con la formale partecipazione) della società o ente capogruppo.

Al riguardo, avevo già in altra occasione proposto una lettura del dettato legislativo che, sia pure al prezzo di una lieve forzatura del dato testuale, lo interpreti nel senso di ricondurre il soggetto esercente l'attività di direzione e coordinamento all'interno del perimetro del gruppo: avevo in altri termini suggerito di leggere la norma come se recitasse che il gruppo è l'insieme costituito dalle società o imprese sottoposte a direzione e coordinamento e dal soggetto (società, ente o persona fisica) che esercita la relativa attività, ritenendo una siffatta lettura coerente con la *ratio* della disposizione. Questa appare infatti chiaramente ispirata ad una logica "inclusiva": l'assunto trova ad es. conferma nell'espresso riferimento alla persona fisica esercente attività di direzione e coordinamento, e cioè ad una configurazione del gruppo che, ad avviso di molti, sarebbe stata deliberatamente esclusa dall'ambito di applicazione della disciplina della direzione e coordinamento di società contenuta nel libro V, capo IX, del codice civile (artt. 2497 e seguenti) e che invece il c.c.i.i. ha considerato rilevante ai propri fini, sulla scorta – evidentemente – dell'esperienza applicativa maturata nel corso degli anni, che ha segnalato la frequenza con la quale ricorre il caso del gruppo di società facenti capo ad una holding persona fisica, nonché dell'atteggiamento della giurisprudenza, anche della Suprema Corte, che si è mostrata propensa, sin dalla celebre pronuncia sul "gruppo Caltagirone"¹⁶, ad attrarre nella disciplina del gruppo non solo la holding costituita in forma di società di capitali, ma anche la holding individuale e quella costituita come società di fatto fra più individui.

La logica "inclusiva" di cui si è detto poc'anzi non è per altro contraddetta dall'espresso riferimento, in negativo, allo Stato. Anche qui, però, il codice della crisi e dell'insolvenza pecca di imprecisione: si ha infatti testualmente riguardo all'insieme delle imprese e degli enti sottoposti a direzione e coordinamento, "escluso lo Stato". Ora, è appena il caso di osservare che lo Stato non sarebbe in alcun caso suscettibile di venire in considerazione come ente sottoposto a direzione e coordinamento di una holding; per cui l'inciso appena richiamato tra virgolette non può essere interpretato secondo il suo tenore letterale. Altrimenti detto: essendo evidente e del tutto pacifica l'impossibilità che lo Stato si configuri come ente sottoposto ad altrui direzione e coordinamento, può invece avere un senso escludere positivamente la possibilità che lo Stato si collochi al vertice di un gruppo come ente esercente attività di direzione e coordinamento delle proprie partecipate e in questa veste promuova il

¹⁶ Cass., sez. I, 26 febbraio 1990, n. 1439.

procedimento per l'accesso del gruppo delle società controllate ad una procedura unitaria (ai sensi degli artt. 284 e 287 C.C.I.I.) di concordato preventivo o di liquidazione giudiziale; ferma restando, ed anche questo è un dato ovvio, l'esclusione della assoggettabilità dello Stato in quanto tale, e non solo in quanto socio, alle menzionate procedure concorsuali. Il riferimento, in negativo, allo Stato nella definizione normativa del gruppo, di cui all'art. 2, lettera h), c.c.i.i., sarebbe dunque da intendere come conferma¹⁷ della circostanza che allo Stato sono normativamente preclusi il ruolo di ente capogruppo e l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento sulle società in cui detiene una partecipazione, sia pure (quando questa sia) di maggioranza o di controllo¹⁸.

Un altro profilo rispetto al quale la definizione in esame avrebbe potuto essere più precisa e puntuale risiede nel riferimento al controllo congiunto, sicuramente innovativo se si ha riguardo fattispecie sottostante alla disciplina degli artt. 2497 e seguenti c.c., ove quel riferimento è del tutto assente. In presenza del controllo congiunto, recita la norma in esame, si presume la soggezione della società congiuntamente controllata a direzione e coordinamento; ma non si specifica se e a quali condizioni pure detta attività sia da imputare congiuntamente, con le relative responsabilità ed i relativi obblighi o poteri (per es. in punto di presentazione di una proposta di concordato di gruppo, ai due (o più) co-controllanti. Si tratta peraltro di un difetto di precisione la cui incidenza sull'applicazione delle “disposizioni relative ai gruppi di imprese” dovrebbe

¹⁷ L'art. 19, comma 6, del d.l. 78/2009, convertito in l. 102/2009, aveva stabilito doversi riferire la parola “enti”, di cui al primo comma dell'art. 2497, ai “soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria”. Tale disposizione era stata interpretata da molti nel senso della esclusione dello Stato dal novero dei legittimati passivi all'azione di responsabilità disciplinata dal citato art. 2497. Secondo un'altra lettura la norma andrebbe invece interpretata nel senso che lo Stato, se può essere titolare di partecipazioni di controllo e come tale chiamato a rispondere dei danni eventualmente inferti alla società partecipata, non può svolgere attività di direzione e coordinamento di un gruppo di società partecipate, e cioè avvalersi, nella gestione di queste ultime, del modulo organizzativo (della direzione e coordinamento, appunto) che consente di rivolgere direttive anche pregiudizievoli alle controllate, purché il pregiudizio sia compensato con l'attribuzione di un corrispondente vantaggio. Per questa seconda lettura della citata disposizione, mi sia consentito rinviare a G. SCOGNAMIGLIO, (nt.9), “*Clauseole generali*”, *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*.

¹⁸ Alle imprecisioni e sbavature concettuali segnalate nel testo sembra voler porre rimedio l'art. 1, co. 1, lettera b, del decreto correttivo; nel quale tuttavia allo “Stato” vengono affiancati gli “enti locali”: in tal modo si esclude, mi pare, dall'ambito di applicazione della disciplina in esame anche la crisi o l'insolvenza del gruppo al cui vertice si trova un ente pubblico territoriale.

essere limitata: tutt'al più ci si potrebbe domandare *quid iuris* nel caso in cui i soggetti co-controllanti, presuntivamente esercenti entrambi la direzione e coordinamento sulle società controllate, siano in disaccordo fra loro sulle modalità di gestione della crisi o dell'insolvenza dell'insieme delle controllate ed in particolare sulla convenienza di proporre l'istanza di accesso ad una procedura unitaria (di liquidazione giudiziale ovvero di concordato) di gruppo.

È il caso ora di osservare che il decreto correttivo (art. 1, comma 1, lettera b) interviene sulle criticità appena segnalate della definizione del “gruppo di imprese” enunciata nel c.c.i.i.: se il decreto verrà approvato in via definitiva nella versione più recente oggi disponibile, sarà incontrovertibile che la fattispecie del gruppo include anche l'ente o società o persona fisica che esercita l'attività di direzione e coordinamento (non solo, dunque le società ad essa sottoposte) e risulterà altresì chiarito, nei termini sopra anticipati, il senso del riferimento all'ipotesi del controllo congiunto. Condivisibile (e forse utile a fornire una sorta di interpretazione autentica della citata disposizione di cui all'art. 19, comma 6, d.l. n. 78/2009) appare anche la scelta di assimilare allo Stato altresì gli enti territoriali, sotto il profilo della loro esclusione dal novero degli enti suscettibili di svolgere il ruolo di capogruppo e di farsi, in particolare, promotori di soluzioni unitarie “di gruppo” in relazione alla crisi o all'insolvenza che abbia colpito società nelle quali detti enti detengano partecipazioni di maggioranza.

3. Gli obblighi di trasparenza in merito all'esistenza e alla struttura del gruppo.

La domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza deve contenere informazioni dettagliate sulla struttura del gruppo a cui l'impresa appartiene e sui vincoli di natura contrattuale ovvero partecipativa onde questa è avvinta alle altre imprese del medesimo gruppo: la regola è nuova, in quanto la disciplina ad oggi vigente non impone alcun obbligo al riguardo, con la conseguenza che l'appartenenza di un'impresa ad un gruppo ed i legami partecipativi, contrattuali e finanziari onde essa è avvinta alle altre imprese del medesimo gruppo sono circostanze potenzialmente ignote al momento dell'apertura della procedura di crisi o di insolvenza e suscettibili di emergere solo in un momento successivo, attraverso l'analisi del bilancio individuale dell'impresa ed in generale dei libri contabili della stessa, condotta, in maniera più o meno attenta e solerte, dall'organo – curatore o commissario giudiziale – della procedura stessa.

È altresì richiesto che, nel corpo della domanda, sia indicato il registro nel quale è stata eseguita la pubblicità prescritta dall'art. 2497-bis c.c., che – com'è noto – obbliga gli amministratori ad iscriverne nel registro delle imprese del luogo in cui ha sede la società il fatto che detta società sia sottoposta a direzione e coordinamento e a dichiarare contestualmente l'identità della società o ente che esercita la relativa attività. Se un bilancio consolidato di gruppo è stato redatto, esso deve essere depositato unitamente agli altri documenti richiesti ai fini della ammissibilità della domanda di accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza.

I suddetti obblighi informativi a carico dell'imprenditore che presenta la domanda sussistono non solo nel caso che essa abbia ad oggetto una procedura unitaria di gruppo, ma anche in quello in cui ciascuna impresa del gruppo presenti una domanda autonoma ed aspiri ad accedere ad una autonoma procedura di liquidazione giudiziale o di concordato preventivo o all'omologazione di un distinto accordo di ristrutturazione. È quindi corretta la collocazione delle regole qui considerate nel capo III, sotto il titolo "procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza di imprese appartenenti ad un gruppo" (art. 289). Per altro, regole di identico tenore sono contenute nell'art. 284, co. 4, questa volta con riferimento alla domanda "proposta ai sensi dei commi 1 e 2" della medesima disposizione, e cioè, rispettivamente, alla domanda di accesso al concordato preventivo di gruppo o alla procedura di omologazione di un accordo di gruppo avente ad oggetto la ristrutturazione dei debiti.

La ripetizione, nei due citati articoli, di disposizioni dal contenuto identico (per altro neppure richiamate nella disposizione generale sugli obblighi del debitore che chiede l'accesso ad una procedura regolatrice della crisi o dell'insolvenza, contenuta nell'art. 39 c.c.i.i.), avrebbe potuto ed anzi dovuto essere evitata. Al di là di questo rilievo (che attiene alla tecnica, scadente, del *drafting* legislativo), è tuttavia importante segnalare l'aspetto sostanziale della questione: la circostanza che il debitore sia impresa inserita in un gruppo e la conoscenza analitica della struttura del gruppo e delle informazioni sullo stato di salute delle diverse società ricavabili dal bilancio consolidato di gruppo sono tutt'altro che irrilevanti ai fini delle valutazioni e degli accertamenti che il tribunale è chiamato a compiere, nonché ai fini del successivo svolgimento della procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza che sia stata adita e del corretto, proficuo assolvimento dei propri compiti da parte dell'organo della procedura medesima, sia esso il curatore della liquidazione giudiziale o il commissario giudiziale del concordato preventivo. Basti pensare all'esigenza, da parte di questi ultimi, di conoscere i legami di gruppo, onde l'impresa debitrice è avvinta, per poter impostare correttamente l'analisi del passivo (ad esempio, nel caso in cui una parte di esso sia costituita da debiti per fideius-

sioni a favore di soggetti terzi, che risultano essere società, in ipotesi insolventi, dello stesso gruppo); o alla utilità che, ai fini dell'accertamento dell'insolvenza da parte del tribunale, può avere il dato relativo allo stato di crisi o di insolvenza altresì della società controllante o di altre società del gruppo con le quali sussistono in ipotesi rapporti commerciali tali da far presumere il possibile verificarsi del c.d. effetto domino (e cioè la propagazione a catena dello stato di dissesto nell'ambito del gruppo).

Nella medesima prospettiva assume rilievo l'esigenza dell'organo direttivo di una procedura di liquidazione giudiziale ovvero di concordato preventivo di attingere in maniera veloce e diretta informazioni (ad es., sullo stato di avanzamento delle procedure; sull'esito della votazione della proposta concordataria; sull'emissione o meno del decreto di omologazione o sull'accoglimento di eventuali opposizioni) dagli organi omologhi delle distinte e parallele procedure di liquidazione giudiziale o di concordato preventivo instaurate riguardo a società del medesimo gruppo, pendenti dinanzi al medesimo tribunale o a tribunali diversi. È questo a mio avviso il senso della disposizione di cui all'art. 288 c.c.i.i., che sancisce l'obbligo di cooperazione degli organi¹⁹ delle distinte procedure per facilitarne "la gestione efficace".

Si è da taluni²⁰ sostenuto che tale espressa previsione sarebbe in fondo superflua, nel senso che l'esistenza di un siffatto obbligo avrebbe potuto essere ricavata *aliunde*, già sulla base del diritto positivo preesistente al d.lgs. n. 14/2019). Detta affermazione può considerarsi non infondata, nella misura in cui si faccia riferimento alla possibilità di costruire un rapporto negoziale fra le procedure, che – integrato con i principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione dei contratti – funga da fonte dell'obbligo in questione: si può qui

¹⁹ La norma è stata da taluni criticata in quanto limita l'obbligo in esame agli organi gestione delle procedure e non lo applica espressamente ai titolari degli uffici giudiziari (se radicati in circoscrizioni diverse) presso i quali le procedure parallele relative alle singole società del gruppo sono incardinate. Il rilievo non è privo di fondamento (per altro, vale la pena osservare, il testo dell'art. 288 non risulta essere investito dallo schema di decreto correttivo nella sua versione attuale). Tuttavia è da considerare, alla stregua del canone di interpretazione sistematico, che l'espressa imposizione dell'obbligo di cooperazione informativa ai titolari delle funzioni direttive nell'ambito delle singole procedure lascia emergere una valutazione affatto positiva – da parte del legislatore – di tale cooperazione; valutazione che non può non riverberarsi altresì (ed a maggior ragione) sugli uffici giudiziari ed i loro titolari, rendendo così difficilmente giustificabile, anche in considerazione del *munus publicum* di cui essi sono investiti, l'eventuale rifiuto di fornire le informazioni richieste, a tutela degli interessi richiamati nel testo e dunque con l'obiettivo di favorire l'efficienza della procedura, da uffici preposti a procedure di crisi instaurate all'interno dello stesso gruppo di imprese.

²⁰ L. BENEDETTI, *I flussi informativi nella crisi del gruppo*, in *Giur. Comm.*, 2017, I, 271 ss.

evocare il fenomeno dei c.d. protocolli tra procedure concorsuali instaurate sotto diverse giurisdizioni, previsti dal regolamento europeo sull'insolvenza transfrontaliera (art. 56)²¹. Ma è d'altro canto agevole il rilievo che il ricorso allo strumento negoziale appare inevitabile in un contesto transnazionale, stante la difficoltà, altrimenti, di imporre un obbligo di comportamento a soggetti operanti all'interno dei singoli ordinamenti nazionali ed a questi sottoposti. Diversamente, nel caso di soggetti (gli organi di gestione delle procedure concorsuali di società del gruppo) appartenenti ad una medesima giurisdizione, l'obiettivo di promuovere la cooperazione fra gli stessi è più facilmente ed efficacemente conseguito attraverso l'imposizione *ex lege* di uno specifico obbligo di cooperazione.

Esso potrebbe peraltro assurgere a canone generale di comportamento degli organi direttivi di procedure concorsuali in qualsiasi modo afferenti ad imprese del medesimo gruppo: applicabile, intendo dire, non solo nel caso espressamente contemplato dall'art. 288 c.c.i.i. di procedure distinte e parallele, ma anche, ed a maggior ragione a mio avviso, nel caso in cui, ad esempio, pur essendo stata disposta una procedura di liquidazione giudiziale unitaria, siano stati nominati più curatori, come consentito dall'art. 287, co. 2, c.c.i.i.

Il d. lgs. n. 14/2019 considera dunque rilevante, nella disciplina del gruppo in crisi o insolvente, l'interesse alla trasparenza della struttura e degli assetti partecipativi delle società che ne fanno parte: è infatti la conoscenza di dette informazioni sul gruppo che può potenziare le capacità operative del curatore, stimolandolo ad intraprendere, se del caso, l'una o l'altra delle iniziative contemplate – come si dirà nel prosieguo – negli artt. 290 e 291 c.c.i.i.; così come è la disponibilità di un completo *set* informativo sul gruppo che consente al tribunale di vagliare una domanda di accesso ad un concordato di gruppo e ai creditori di ciascuna società di votare su una proposta concordataria alla quale è annesso un piano unitario di risanamento e ristrutturazione delle imprese del gruppo. In questo senso il Codice della crisi e dell'insolvenza si pone sulla scia del d. lgs. n. 270/1999 (e prima ancora del d.l. n. 95/1979), recante la disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di in-

²¹ In argomento cfr. ad es. D. VATTERMOLI, *Gli insolvency protocols nelle operazioni di ristrutturazione del gruppo di imprese in crisi*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2019, 11 ss.; F. PASQUARIELLO, *Strategie di gestione e riorganizzazione delle imprese transnazionali in procedura di crisi o insolvenza, tra regolazione unionista ed autonomia delle parti*, relazione presentata in occasione dell'XI Convegno dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto commerciale "Orizzonti del diritto commerciale", tenutosi a Roma il 14-15 febbraio 2020, reperibile nel sito dell'Associazione www.orizzontideldirittocommerciale.it.

solvenza, dalla quale è mutuata la norma contenuta nell'ultimo periodo dell'art. 289, che andiamo ad esaminare brevemente.

Stabilisce infatti la disposizione appena citata che il tribunale e l'organo della procedura concorsuale (curatore o commissario giudiziale) sono legittimati a richiedere alla Consob ogni informazione utile ad "accertare l'esistenza di collegamenti di gruppo". Parimenti, dai medesimi legittimati ed allo stesso scopo, possono essere richiesti alle società fiduciarie i dati identificativi dei titolari effettivi dei diritti su partecipazioni sociali ad esse intestate. In entrambi i casi si prevede un termine per l'invio della risposta: le informazioni debbono essere infatti fornite entro quindici giorni dalla richiesta.

4. Il gruppo di società nella procedura di liquidazione giudiziale. 4.1. La soluzione unitaria e quella atomistica.

4.1. La soluzione unitaria e quella atomistica.

La liquidazione giudiziale, come inequivocabilmente risulta dal suo stesso nome, è una procedura concorsuale liquidatoria, che presuppone l'insolvenza dell'imprenditore. Quando più imprese insolventi appartengano allo stesso gruppo e risulti la convenienza, in relazione all'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori di ciascuna impresa del gruppo, "di forme di coordinamento nella liquidazione degli attivi", idonee ad incrementarne il risultato utile della liquidazione o comunque ad agevolarne lo svolgimento, detto coordinamento può essere attuato mediante la sottoposizione delle diverse imprese ad una procedura unitaria di liquidazione giudiziale.

Il carattere unitario della procedura non pregiudica affatto e lascia anzi sussistere in pieno l'autonomia e la separatezza delle rispettive masse attive e passive delle imprese coinvolte: i creditori di ciascuna impresa verranno soddisfatti sull'attivo della loro debitrice, eventualmente incrementato della quota proporzionale di maggiorazione del valore ottenuta con la liquidazione sinergica e coordinata; lo stato passivo sarà formato distintamente per ciascuna impresa, senza alcuna possibilità di commistione fra i debiti dell'una e dell'altra, neanche per quanto concerne le spese generali della procedura, che, quando anche siano calcolate in maniera unitaria (ad es., la spesa relativa al compenso dell'unico curatore), dovranno essere comunque ripartite fra le diverse imprese, in modo che ciascuna ne sopporti il peso in misura proporzionale alla propria massa attiva (art. 287, co. 3, c.c.i.i.).

I criteri alla stregua dei quali dovrà ragionarsi, in sede di domanda ai sensi

dell'art. 37 c.c.i.i., per supportare la richiesta al tribunale di disporre la liquidazione giudiziale unitaria di una pluralità di imprese appartenenti ad un medesimo gruppo, al fine di realizzare un coordinamento nella liquidazione degli attivi facenti capo alle diverse imprese sono, a norma dell'art. 287, co. 1: (i) la preesistenza, fra le imprese interessate, di collegamenti di natura economica e produttiva; (ii) la valutazione comparata della composizione del patrimonio attivo e passivo di ciascuna impresa; (iii) la preesistenza di un forte coordinamento nella gestione, testimoniata dalla presenza delle medesime persone nell'organo di amministrazione delle diverse imprese.

Il carattere unitario della procedura si rivela:

a) nella ammissibilità della presentazione di un ricorso unico (art. 287, co. 1, c.c.i.i.); il che non esclude, mi pare, che all'apertura di una liquidazione giudiziale unitaria di gruppo si possa pervenire anche sulla base di ricorsi distinti, depositati per ciascuna impresa da uno dei soggetti o degli organi legittimati ai sensi dell'art. 37, co. 2, c.c.i.i. (ovvero ai sensi dell'art. 287, comma 5, su cui si tornerà fra un momento), purché risultino comunque, da detti distinti ricorsi, gli elementi necessari ed utili ai fini della valutazione, che il tribunale adito dovrà compiere alla stregua dei criteri dianzi ricordati, circa la convenienza di un procedimento unitario; l'inclusione di un'impresa del gruppo nella procedura unitaria di liquidazione giudiziale potrà avvenire altresì in un momento successivo all'apertura della stessa, anche sulla base e per effetto dell'iniziativa, assunta dal curatore già designato a norma del citato co. 2 dell'art. 287, di promuovere – direttamente ovvero mediante apposita segnalazione indirizzata agli organi di amministrazione e di controllo – l'accertamento dello stato di insolvenza di detta impresa;

b) nella possibilità di concentrare le domande, ovvero di depositare il ricorso unitario, presso un unico tribunale, anche quando le imprese del gruppo abbiano la propria sede (il luogo in cui l'attività viene esercitata abitualmente ed in maniera riconoscibile dai terzi, ai sensi del già ricordato art. 2, co. 1, lettera m, c.c.i.i.) in circoscrizioni giudiziarie diverse: con riferimento a detta ipotesi, vengono dettate, dal comma 4 dell'art. 287 cit., regole specifiche di determinazione della competenza territoriale, che identificano il tribunale competente, rispettivamente: (i) in quello dinanzi al quale è stata depositata la prima domanda di liquidazione giudiziale; (ii) in quello della circoscrizione in cui è situato il centro degli interessi principali della società, ente o persona fisica, che risulti esercitare l'attività di direzione e coordinamento in base alla segnalazione pubblicitaria prevista dall'art. 2497-bis c.c.; in mancanza, e cioè nel caso in cui nessuna domanda di liquidazione giudiziale sia presentata con riferimento all'entità capogruppo, difettando rispetto ad essa il presupposto dell'in-

solvenza, (iii) in quello della circoscrizione in cui ha il proprio centro degli interessi principali l'impresa del gruppo che, in base all'ultimo bilancio approvato, presenta l'esposizione debitoria comparativamente più elevata;

c) nella possibile designazione, salvo che specifiche ragioni non giustifichino o consiglino la soluzione opposta, di un unico giudice delegato e di un unico curatore; il comitato dei creditori viene invece nominato separatamente per ciascuna impresa del gruppo (art. 287, co. 2, c.c.i.i.);

d) nell'obbligo, imposto al curatore dall'art. 287, co. 3, di prevedere ed illustrare, nel programma di liquidazione, le modalità secondo le quali intende realizzare il coordinamento nella liquidazione degli attivi delle diverse imprese; coordinamento che, come già osservato, costituisce il fondamento e la giustificazione economica, prima ancora che giuridica, della scelta di disporre una liquidazione giudiziale "di gruppo".

4.2. I "poteri speciali" a disposizione del curatore.

La rilevanza dei legami di appartenenza di più imprese ad uno stesso gruppo si manifesta ulteriormente, ed indifferentemente sia nel caso in cui sia stata aperta una procedura unitaria di liquidazione giudiziale, sia nel caso di pendenza contemporanea di più procedure autonome nei confronti delle diverse società del gruppo, sia – infine – nel caso di assoggettamento alla liquidazione giudiziale di una sola società del gruppo, attraverso l'attribuzione all'organo direttivo della procedura di taluni poteri "speciali", che meritano una sia pur breve illustrazione.

4.2.1. Le revocatorie infragruppo.

Al curatore viene attribuita, dall'art. 290 c.c.i.i., la legittimazione ad esercitare, nei confronti di imprese appartenenti al medesimo gruppo, indipendentemente – sembrerebbe – dalle circostanze che esse siano o meno sottoposte a liquidazione giudiziale, azioni dirette alla declaratoria di inefficacia di atti e contratti intragruppo, conclusi ed eseguiti in prossimità dell'ingresso nella procedura concorsuale, che si siano risolti in un pregiudizio per i creditori, in quanto hanno avuto l'effetto di spostare liquidità o in genere elementi dell'attivo dall'una all'altra società del gruppo.

La disposizione in esame si ispira chiaramente al precedente costituito dall'art. 91 del d.lgs. n. 270/1999, e prima ancora dalla norma omologa del d.l. n. 95/1979, convertito in l. n. 26/1979. È infatti in occasione della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza che venne per la

prima volta introdotto nel nostro ordinamento l'istituto della c.d. revocatoria intragruppo, aggravata o rinforzata, in particolare per quanto riguarda la durata del c.d. periodo sospetto, rispetto alla disciplina dell'azione revocatoria dettata dalla legge fallimentare del 1942; istituto concepito dal legislatore dell'a.s. come funzionale al ripristino, nell'interesse dei creditori, dell'equilibrio patrimoniale della società di gruppo insolvente, lesa da atti di disposizione che, in ossequio alle direttive emanate dalla capogruppo (oggi diremmo, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento), avevano comportato un travaso di risorse fra le società del gruppo, depauperandone una o alcune a beneficio di altre.

Secondo il disposto dell'art. 290 c.c.i.i., rubricato "azioni di inefficacia fra imprese del gruppo", dette azioni: (a) possono essere intraprese nei confronti di atti compiuti nei cinque anni che hanno preceduto il deposito della domanda di cui all'art. 37 c.c.i.i., dunque nell'arco temporale rilevante ai fini dell'esercizio dell'azione revocatoria c.d. ordinaria, di cui all'art. 2901 c.c.; rispetto alla disciplina civilistica della revocatoria viene da un lato alleggerito l'onere probatorio a carico della parte attrice, presumendosi il carattere pregiudizievole dell'atto in quanto stipulato con altra società del medesimo gruppo, salva la prova contraria, offerta dalla società beneficiaria, di non essere stata a conoscenza del pregiudizio arrecato dall'atto o dal contratto ai creditori della società disponente; dall'altro lato, viene agevolata la posizione della parte convenuta, in quanto le si consente espressamente di eccepire che il pregiudizio cagionato al patrimonio della società disponente dall'atto impugnato è stato neutralizzato con l'attribuzione di un corrispondente vantaggio, o comunque è stato riparato per effetto del risarcimento danni corrisposto ai sensi dell'art. 2497 c.c.; ovvero (b) possono avvalersi del regime della c.d. azione revocatoria fallimentare e seguirne pertanto le regole, che il codice della crisi e dell'insolvenza enuncia nell'art. 166, co. 1 e 2, e che corrispondono in larga misura a quelle attualmente dettate dall'art. 67, co. 1 e 2, l. fall.: tali regole vengono derogate, allo scopo ancora una volta di accentuare il rigore della disciplina in considerazione dei legami di gruppo intercorrenti fra la società disponente e le sue controparti, solamente per quanto concerne l'arco temporale rilevante ai fini dell'impugnabilità dell'atto, che, sulla falsariga della soluzione già adottata nella disciplina dell'amministrazione straordinaria, si voleva raddoppiato rispetto al termine previsto dalla norma generale sulla impugnazione degli atti pregiudizievoli ai creditori posti in essere dal debitore dopo il deposito della domanda di apertura della liquidazione giudiziale ovvero anteriormente a tale data, precisamente nell'anno o nei sei mesi ad essa precedenti.

Senonché il legislatore delegato dev'essere qui incorso in talune sviste redazionali ovvero in difetti di coordinamento con la disciplina generale della revoca degli atti a titolo oneroso, dei pagamenti e delle garanzie, contenuta

nell'art. 166 c.c.i.i., per cui l'arco temporale rilevante è stato raddoppiato, rispetto a detta disciplina generale dell'impugnazione degli atti pregiudizievoli, soltanto con riferimento a talune categorie di atti (precisamente, quelli menzionati alle lettere *a*, *b*, *d*, dell'art. 166, co. 1), mentre viene a coincidere con quello previsto dalla norma generale per quanto concerne gli atti (costituzione di garanzie) di cui all'art. 166, co. 1, lett. *c*. Inoltre, è stato del tutto omesso nell'art. 290 il richiamo alle categorie di atti di cui al comma 2 del medesimo art. 166: si tratta degli atti per i quali il "periodo sospetto si estende in via ordinaria fino a sei mesi prima "della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale" e che, se compiuti fra società del medesimo gruppo, saranno impugnabili, alla stregua del tenore attuale dell'art. 290, secondo le medesime regole valevoli per gli atti posti in essere fra entità indipendenti, senza potersi quindi avvalere del regime aggravato della revocatoria intragruppo.

Allo stato, si deve perciò constatare che il disegno di un'azione revocatoria intragruppo, generalmente rafforzata rispetto alla disciplina generale dell'impugnazione degli atti pregiudizievoli ai creditori, è rimasto incompiuto. Se si vuole dare un senso al disposto dell'art. 290, nella direzione di un aggravio della disciplina delle azioni revocatorie, là dove queste abbiano ad oggetto atti dispositivi intercorsi fra un'impresa insolvente ed altre imprese del medesimo gruppo, occorre perciò che l'emanando decreto correttivo intervenga sul testo dell'art. 290, quanto meno per richiamare espressamente gli atti di cui alla lettera *c* ed al co. 2 dell'art. 166, al fine di assoggettarli al regime di maggior rigore già previsto per altri atti pregiudizievoli ai creditori, quando intercorsi fra l'impresa insolvente ed altre del medesimo gruppo.

Più in generale è auspicabile che il decreto correttivo ponga mano ad un *re-styling* complessivo della norma sulle azioni di inefficacia fra imprese del gruppo, tenendo conto, fra l'altro, delle questioni già dibattute nella giurisprudenza riguardo al regime delle presunzioni²² e curando, meglio di quanto non sia stato fatto nel d. lgs. n. 14/2019, l'allineamento sistematico alla disciplina civilistica della direzione e coordinamento di società: in particolare, andrebbe chiarito che ruolo giochi, rispetto alla domanda di inefficacia di un determinato atto od operazione intragruppo, la regola (art. 2497, co. 1, c.c.) di neutralizzazione del danno risarcibile in presenza di un vantaggio compensativo.

²² Si allude in particolare alle tesi, talora avallate dalla giurisprudenza (cfr. *supra*, nt. 4) secondo cui l'appartenenza al medesimo gruppo fonderebbe comunque ed in ogni caso una presunzione di conoscenza dello stato di insolvenza della società disponente da parte della beneficiaria dell'atto dispositivo, oppure la conoscenza (per via della sua notorietà) dello stato di dissesto del gruppo fonderebbe la presunzione di conoscenza altresì dello stato di insolvenza di una qualsiasi delle imprese ad esso appartenenti.

Un chiarimento meriterebbe altresì la questione, poc'anzi accennata in termini dubitativi, della legittimazione passiva rispetto alle azioni revocatorie infragruppo: la questione, cioè, se dette azioni possano essere esperite dal curatore della liquidazione giudiziale delle società Alfa avverso altre società del gruppo (Beta, Gamma, Delta) pure sottoposte a liquidazione giudiziale. È nota la posizione assunta al riguardo di recente dalle sezioni unite della Corte Suprema²³, nel senso della inammissibilità dell'azione revocatoria (sia ordinaria, sia fallimentare) nei confronti di un fallimento, “stante il principio di cristallizzazione del passivo alla data di apertura del concorso ed il carattere costitutivo della predetta azione”, che spiegherebbero l'insensibilità del patrimonio del fallito alle pretese fondate su titoli formati in un momento posteriore alla dichiarazione di fallimento. Senonché, a pochi mesi di distanza dalla citata pronuncia, un'ordinanza resa dalla prima sezione civile²⁴ ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale nuova assegnazione della questione alle sezioni unite.

Il tema ha evidentemente carattere generale ed è sul piano generale che esso andrebbe risolto: la soluzione accolta in via generale non potrebbe non applicarsi altresì alle azioni di cui qui si discorre. È il caso tuttavia di osservare che, nell'ordinanza da ultimo menzionata, si segue un percorso in qualche misura inverso, ricavando dalla disciplina della revocatoria “speciale” di cui all'art. 290 c.c.i.i. argomento a favore dell'esistenza di una regola di ammissibilità dell'azione revocatoria nei confronti di soggetti sottoposti a procedura concorsuale; regola che, allora, non potrebbe non valere “anche al di là dei ristretti ed angusti limiti delle azioni esercitate “infragruppo”.

Si può forse dubitare della solidità dell'argomento addotto dalla Corte suprema nella sua pronuncia più recente. In vero, il tenore letterale dell'art. 290 è alquanto ambiguo²⁵: legittimando il curatore all'perimento di azioni di inefficacia nei confronti di imprese appartenenti al medesimo gruppo “sia nel caso di apertura di una procedura unitaria, sia nel caso di apertura di una pluralità di procedure”, esso appare compatibile sia con l'una, sia con l'altra lettura in punto di definizione dell'ambito dei legittimati passivi. Pertanto, non è

²³ Cass., ss.uu. civili, 25 settembre 2018, n. 30416.

²⁴ Cass., sez. I civ., 23 luglio 2019, n. 19881.

²⁵ Né è sicuro che tale ambiguità possa ritenersi neutralizzata del tutto dal tenore della corrispondente disposizione della legge di delega (art. 3, co. 3, lettera c, n. 1), dove si ha riguardo specificamente all'ipotesi della liquidazione giudiziale di gruppo per attribuire al curatore il potere di esercitare l'azione revocatoria “speciale” *anche* nei confronti di imprese non insolventi e dunque estranee alla procedura liquidatoria di gruppo.

sulla lettera della disposizione in esame che può fondarsi la soluzione del problema; tanto più che, riguardando quella disposizione un caso particolare (la revocatoria infragruppo), sembra azzardato attribuirle un peso decisivo ai fini della soluzione di un problema interpretativo che investe qualunque azione revocatoria.

Piuttosto, occorrerebbe volgersi all'analisi critica della *ratio* invocata dalla decisione delle sezioni unite (dunque, del c.d. principio di cristallizzazione del passivo dell'impresa sottoposta a procedura concorsuale e dell'incidenza, rispetto ad esso, della sentenza di accoglimento della domanda di revoca di un determinato atto dispositivo, in quanto sentenza costitutiva), per poi eventualmente indirizzarsi all'accoglimento della soluzione opposta a quella (in verità non ineccepibile) avallata dalle sezioni unite.

Il lettore vorrà perdonare lo stile succinto di queste osservazioni: la questione, proprio per il suo carattere generale e trascendente rispetto al tema delle revocatorie infragruppo, non può essere qui trattata ulteriormente. Si può tuttavia osservare che, se la decisione resa dalle sezioni unite della Corte di cassazione nel 2018 venisse confermata da una ipotetica seconda decisione delle medesime sezioni unite, potrebbe risultarne corrispondentemente ridotto l'ambito di operatività della disposizione dell'art. 290 e quindi l'efficacia dello strumento di riequilibrio degli spostamenti di risorse infragruppo da essa disciplinato²⁶, a meno di non ritenere plausibile la "specialità" dell'azione revocatoria infragruppo – rispetto alla disciplina generale dell'istituto – anche sotto il profilo testé esaminato.

4.2.2. Azioni di responsabilità ed altri tipi di intervento sulle società del gruppo.

Al curatore sono altresì attribuiti: (a) dal co. 5 dell'art. 287 c.c.i.i., ove ravvisi situazioni di dissesto in una diversa società del gruppo, il potere/dovere di segnalare tale circostanza agli organi di amministrazione e di controllo di detta società, ovvero di promuoverne direttamente l'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza; (b) dal co. 2 dell'art. 291 c.c.i.i., il potere/dovere di promuovere la denuncia per gravi irregolarità nella gestione, prevista dall'art. 2409 c.c., nei confronti degli amministratori e dell'organo di controllo delle società del gruppo non assoggettate, né assoggettabili (in quanto non in stato di insolvenza), alla procedura di liquidazione giudiziale. Anche in questo caso, il legislatore si è chiaramente ispirato alla disciplina del gruppo contenuta nei due

²⁶ Per un cenno di critica a tale riguardo cfr. L. FARENGA, *Prime riflessioni sull'insolvenza di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2019, 5, 1003, 1011.

decreti, rispettivamente del 1979 e del 1999, sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: la finalità della norma sembra dover essere individuata nell'esigenza di fornire al curatore della liquidazione giudiziale di una società appartenente ad un gruppo, oppure di una liquidazione giudiziale unitaria di gruppo (che, per quanto già sopra osservato, non necessariamente investe tutte le società del gruppo), uno strumento utile a sollecitare il controllo giudiziale su prassi di gestione avventate o imprudenti, e comunque scorrette e perciò illegittime, che siano state individuate da lui in altre società del gruppo e che, in considerazione dei rapporti e dei collegamenti esistenti con la o le società già sottoposte a liquidazione giudiziale, siano potenzialmente foriere di un aggravio del pregiudizio a carico del ceto creditorio (anche) di queste ultime, in quanto suscettibili di pregiudicare l'integrità e perciò di mettere a repentaglio la capienza del patrimonio della società ancora *in bonis*, e di conseguenza, ad esempio, il pagamento delle forniture non ancora saldate, ovvero dei debiti di firma contratti con le società già dichiarate insolventi (e sottoposte a liquidazione giudiziale) a garanzia di obbligazioni di queste verso terzi; (c) dall'art. 291, co. 1, c.c.i.i. la legittimazione ad esperire le azioni di responsabilità previste dall'art. 2497 c.c. nei confronti dell'esercente attività di direzione e coordinamento sulla o sulle società sottoposte a liquidazione giudiziale, che abbia agito in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, danneggiando la o le società eterodirette e, di riflesso, gli eventuali soci minoritari di queste, nonché i creditori. La disposizione sembra essere meramente ripetitiva di quella già enunciata nel comma 4 del citato art. 2497 c.c. Invero, nel corso dei lavori preparatori del d.lgs. n. 14/2019 era stato da taluni suggerito, in ragione della materia regolata (quella dei poteri e delle competenze del curatore di liquidazione giudiziale aperta su società appartenenti ad un gruppo), di spostare interamente nel codice della crisi e dell'insolvenza il contenuto di tale ultima disposizione, contestualmente abrogando quella del codice civile: la proposta non è tuttavia passata ed il legislatore (art. 382, co. 3, c.c.i.i.) è intervenuto sul testo dell'art. 2497, comma 4 (in tal modo confermandone in pieno la vigenza), solo per sostituire la parola "fallimento" con "liquidazione giudiziale". Deve pertanto ritenersi, in ossequio all'indicazione contenuta nell'art. 2497, co. 4, che le azioni rispetto alle quali sussiste la legittimazione attiva del curatore sono quelle spettanti ai creditori delle società sottoposte all'attività di direzione e coordinamento ed aventi il loro presupposto nel pregiudizio arrecato, per effetto dell'esercizio scorretto ed in questo senso illegittimo, di detta attività, all'integrità del patrimonio della società eterodiretta. Piuttosto, un elemento di novità rispetto alla corrente lettura della norma del codice civile è costituito dall'espressa previsione, di cui già si è fatto cenno, della persona fisica come soggetto esercente la di-

reazione e coordinamento delle società partecipate: il che induce ad ampliare in maniera corrispondente la legittimazione attiva del curatore.

5. Gruppi di società e concordato preventivo.

Nel titolo VI del codice della crisi e dell'insolvenza le norme sul concordato preventivo precedono quelle sulla liquidazione giudiziale. La scansione tematica adottata dal legislatore ha una sua razionalità, se si considera che, ai sensi dell'art. 49 c.c.i.i., il vaglio, da parte del giudice adito, della domanda di accesso ad una procedura di regolazione concordata della crisi eventualmente proposta, ha la precedenza rispetto ad ogni attività di accertamento dei presupposti per l'apertura della liquidazione giudiziale.

Qui si è tuttavia preferito seguire un ordine diverso, e dunque far seguire la trattazione del concordato a quella della liquidazione giudiziale, in base ad un criterio di crescente intensità della "presenza" e rilevanza dei legami di gruppo.

Sembra infatti difficilmente discutibile, già alla stregua del diritto vigente, e sulla premessa che la causa del concordato preventivo risiede nel "superamento dello stato di crisi dell'imprenditore"²⁷ anche in funzione di una possibile conservazione (anziché dispersione) dei "valori aziendali" e di un potenziale rilancio dell'impresa, che sono proprio le procedure di tipo negoziale (il concordato, ma anche l'accordo di ristrutturazione di gruppo ed il piano di risanamento attestato di gruppo, oggi espressamente contemplati nell'art. 284 c.c.i.i.) a poter offrire al gruppo di società, in quanto modello organizzativo di un'iniziativa economica sostanzialmente unitaria ad imputazione soggettiva plurima, strumenti particolarmente duttili ed efficaci per una sistemazione complessiva della crisi o dell'insolvenza, finalizzata alla prevenzione del contagio della crisi alle entità ancora sane del gruppo, quindi – per usare una metafora ispirata al mondo vegetale – alla conservazione e valorizzazione dei rami ancora verdeggianti e floridi ed al contestuale taglio dei rami secchi.

Ciò è tanto più vero là dove la disciplina positiva delle procedure negoziali sia orientata nel senso di favorire, in generale, il conseguimento dell'obiettivo di salvaguardia del valore delle parti ancora "buone" ed efficienti dell'impresa, promuovendo la continuità della stessa: questa sembra essere in effetti la propensione del legislatore italiano recente, se si legge, come ritengo sia corretto, nell'art. 84 c.c.i.i., ed in particolare nel suo ultimo comma, il suggello

²⁷ Cass., ss. uu. civili, 23 gennaio 2013, n. 1521.

del *favor* per il concordato in continuità aziendale (ossia munito dei caratteri illustrati nei co. 2 e 3 del medesimo art. 84), rispetto al concordato (meramente) liquidatorio, ammissibile soltanto quando la proposta preveda il soddisfacimento dei creditori chirografari in misura non inferiore al 20% e un apporto di finanza “esterna”, idoneo ad incrementare di almeno il 10% il soddisfacimento dei medesimi creditori, rispetto alla procedura alternativa della liquidazione giudiziale.

Si è già osservato che la disciplina della crisi dei gruppi di imprese nel d.lgs. n. 14/2019 si ispira ad un generale criterio di flessibilità, salvo il punto fermo costituito dal rispetto del principio di autonomia delle masse attive e passive delle singole società o imprese del gruppo, scolpito nell’art. 3 della legge di delega: si basa quindi su un approccio elastico, che è sembrato evidentemente l’unico compatibile con il carattere altresì elastico e proteiforme del fenomeno economico sottostante.

Alla stregua di tale criterio, può accadere che più società, in crisi o insolventi (cfr. art. 85 c.c.i.i.), pur appartenenti ad un medesimo gruppo, depositino separate domande di accesso alla procedura di concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ovvero presentino ciascuna un proprio piano attestato di risanamento. Ma potrà anche accadere, per converso, che il soggetto (società, ente o persona fisica) esercente la direzione e coordinamento del gruppo indirizzi²⁸ le società sottoposte a presentare la domanda di accesso al concordato o all’omologazione dell’accordo stragiudiziale di ristrutturazione dei debiti con un unico ricorso, contenente un piano unitario ovvero piani reciprocamente collegati o interferenti, precisamente nel caso in cui una siffatta soluzione si manifesti più conveniente²⁹ (rispetto a

²⁸ Qui si apre l’immenso tema dei poteri/doveri della capogruppo in rapporto allo stato di crisi che investa, con maggiore o minore ampiezza, gravità ed estensione, le società sottoposte a direzione e coordinamento; tema che rimane del tutto al di fuori del presente lavoro e sul quale mi limito per ora a rinviare all’approfondito saggio di M. MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento e crisi d’impresa nei gruppi di società*, in *Società, banche e crisi d’impresa, Liber amicorum* Pietro Abbadessa, Milano, 2014, t. 3, 2693 ss.

²⁹ È da ritenere (tanto più se saranno effettivamente recepite le modifiche che lo schema di decreto correttivo prevede di introdurre al disposto dell’art. 284 c.c.i.i.) che l’assunto della maggiore convenienza del concordato di gruppo debba essere illustrato e motivato nella domanda di accesso alla procedura. Il punto è colto da G. D’ATTORRE, (nt. 8), il quale osserva che la presentazione – da parte di più società dello stesso gruppo – di un piano unitario di concordato non costituisce oggetto di un diritto potestativo. Cfr. altresì G. SCOGNAMIGLIO, *La disciplina del gruppo societario in crisi o insolvente. Prime riflessioni a valle del recente disegno di legge delega per la riforma organica della legge fallimentare*, in M. ARATO, G. DOMENICHINI (a cura di), *Le proposte per una riforma della legge fallimentare*, Milano, Giuffrè, 2017, 21 ss.

quella della presentazione di un piano concordatario o di un accordo di ristrutturazione dei debiti autonomo per ciascuna impresa), in relazione al criterio ed all'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori delle singole società o imprese del gruppo o della ristrutturazione e risanamento dell'esposizione debitoria di ognuna di esse.

Parimenti (ed in funzione del medesimo obiettivo) potrà essere presentato dalle imprese del gruppo un unico piano attestato di risanamento (ai sensi dell'art. 56 c.c.i.i.), ovvero piani reciprocamente collegati ed interferenti, finalizzati comunque al risanamento dell'esposizione debitoria ed al riequilibrio della situazione finanziaria di ciascuna impresa.

Il piano concordatario unitario ovvero articolato in piani distinti ma reciprocamente correlati ed interferenti potrà prevedere, e questo sarà anzi il caso più frequente, la liquidazione di alcune società e del gruppo e la continuazione dell'attività per altre. Coerentemente con la premessa, si prevede (art. 285, co. 2, c.c.i.i.) una valutazione unitaria e complessiva del piano o dei piani collegati, con la conseguenza che dovrà applicarsi la (sola) disciplina del concordato in continuità, qualora i creditori delle società del gruppo, considerati nel loro insieme, risultino essere soddisfatti in misura prevalente con i flussi di cassa derivanti dalla continuità aziendale, diretta o indiretta, piuttosto che con i flussi derivanti dalla liquidazione.

Nel caso di domanda autonoma, la procedura seguirà il suo corso ordinario, come se la società in questione non facesse parte di alcun gruppo³⁰. Tuttavia, l'esistenza di legami di gruppo con altre imprese resterà, anche in questo caso, tutt'altro che priva di rilievo. Infatti, (i) nella domanda dovranno essere comunque fornite informazioni analitiche sulla struttura del gruppo e sui rapporti di partecipazione o contrattuali che collegano la società istante alle altre del gruppo; se si tratta di una società sottoposta a direzione e coordinamento, dovrà essere indicato il registro delle imprese nel quale è stata eseguita la pubblicità prescritta dall'art. 2497-bis c.c.; dovrà esser prodotto, qualora sia stato redatto, il bilancio consolidato del gruppo. Come già si è osservato a proposito

³⁰Non è testualmente previsto, e sembra doversi escludere il potere del tribunale, che sia stato investito di domande "separate" di concordato da parte di più società dello stesso gruppo, di assumere una propria iniziativa per disporre o comunque promuovere *ex officio* la concentrazione in una sola delle eventuali distinte procedure di concordato. Infatti, il concordato unitario di gruppo postula l'elaborazione di un piano unitario o di più piani distinti, ma tra loro collegati; e tale elaborazione non può che essere il frutto di un'iniziativa e di una specifica attività delle imprese del gruppo, svolta sulla base di un accordo fra le stesse ovvero del comune assoggettamento ad una medesima direttiva del soggetto esercente su tutte l'attività di direzione e coordinamento.

della liquidazione giudiziale, il disposto dell'art. 289 c.c.i.i. dev'essere considerato alla stregua di una regola di carattere generale, applicabile in tutti i casi in cui la domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza venga presentata da un'impresa avvinta ad altre da legami di gruppo; (ii) se la domanda di accesso al concordato preventivo presentata dall'impresa X viene accolta e successivamente o contestualmente vengono accolte altre domande di accesso al concordato preventivo, presentate da altre imprese dello stesso gruppo, si dà dar luogo ad una pluralità di procedure distinte e parallele, sorgono, in capo agli organi delle distinte procedure, gli obblighi di cooperazione previsti dal già menzionato art. 288 c.c.i.i., in funzione dell'obiettivo di accrescere il grado di efficienza e di efficacia delle singole procedure.

Non vi è dubbio tuttavia che la novità più rilevante e significativa sia quella che concerne l'avvenuta legittimazione, in termini generali, del concordato unitario di gruppo, scaturente dalla presentazione di un ricorso unitario.

È noto che la questione aveva alimentato un vivace dibattito fra gli interpreti ed era stata oggetto di soluzioni divergenti da parte della giurisprudenza di merito³¹. In sede di giudizio di legittimità, tuttavia, era stata espressa una posizione decisamente contraria all'ammissibilità *de iure condito* del concordato di gruppo, promosso unitariamente per più imprese dello stesso gruppo, sulla base di un unico ricorso contenente una proposta concepita in maniera unitaria. In particolare, una importante pronuncia della Corte Suprema³², risalente a circa due anni prima dell'emanazione della legge delega n. 155/2017, aveva statuito con grande chiarezza nel senso che soltanto un intervento del diritto scritto avrebbe potuto risolvere la questione, dettando le regole idonee a disciplinare il procedimento unitario di concordato, introdotto attraverso un ricorso unico per più società dello stesso gruppo, e a consentire la eventuale deroga alla competenza territoriale del giudice, nell'ipotesi in cui le diverse

³¹ Al riguardo, si veda la ricca casistica esaminata e commentata negli scritti di S. POLI, *Il "concordato di gruppo": I) profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplenza giurisprudenziale*, in *Contr. impr.*, 2014, p. 1345 ss.; ID., *Il concordato di gruppo: II) verifica critica degli approdi giurisprudenziali con tentativo di ricavare dal sistema le chiavi per un parziale superamento del dogma della separazione delle masse (attive)*, ivi, 2015, 100 ss. Cfr. altresì, anche per richiami al dibattito dottrinale sul tema dell'ammissibilità del concordato di gruppo, R. SANTAGATA, *Concordato "di gruppo" e "teoria dei vantaggi compensativi"*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, 213 ss.; cit.; ID., *Il concordato di gruppo nel progetto di riforma Rordorf: prime impressioni*, ivi, 2016, 567 ss.

³² Cass., sez. I, 13 ottobre 2015, n. 20559; più di recente, in termini molto simili, Cass., sez. I, 21 novembre 2019, n. 30445.

società del gruppo che sottoscrivono il ricorso abbiano il proprio centro degli interessi principali in circoscrizioni giudiziarie diverse³³.

Il legislatore ha recepito l'invito ed ha dettato, nell'art. 3 della citata legge delega, i criteri per la disciplina del procedimento unitario di concordato di gruppo, che hanno trovato poi attuazione nel d. lgs. n. 14/2019, agli articoli da 284 a 286.

6. Il concordato di gruppo: fra unità e pluralismo.

Alla stregua della disciplina introdotta con il d. lgs. n. 14/2019, il carattere unitario della procedura di concordato, aperta sulla base di un unico ricorso sottoscritto dai legali rappresentanti delle diverse società di uno stesso gruppo e per la realizzazione di un piano unitario, si manifesta ulteriormente: (i) nella nomina di un unico giudice delegato e di un unico commissario giudiziale (art. 286, comma 2); (ii) nella unicità del fondo per le spese di giustizia (di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), da costituire per altro con il contributo delle diverse società, che si ripartiscono il relativo costo, ed in generale i costi della procedura, in proporzione delle rispettive masse attive (art. 286, commi 2 e 3); (iii) nella regola della contestualità della votazione (art. 286, comma 5) da parte dei creditori delle diverse società che hanno presentato il ricorso per l'accesso al concordato di gruppo; (iv) nel principio di stabilità del concordato di gruppo (art. 286, comma 7), che sopravvive nonostante il verificarsi dei presupposti per la risoluzione o per l'annullamento rispetto ad una o ad alcune imprese del gruppo, salvo che ciò comporti significative difficoltà di attuazione del piano concordatario anche rispetto alle, o da parte delle, altre società che lo hanno sottoscritto.

Per altri aspetti, tuttavia, la disciplina del concordato di gruppo è ispirata al necessario³⁴ rispetto del principio di separatezza delle rispettive masse attive e passive delle imprese che lo hanno proposto (art. 284, comma 3).

Infatti, se il piano di concordato è necessariamente unitario, ovvero compo-

³³ Al riguardo, il comma 1 dell'art. 286 c.c.i.i. stabilisce ora che il tribunale competente è individuato, nel caso in cui le diverse imprese del gruppo partecipanti al concordato unitario abbiano il proprio centro degli interessi principali in circoscrizioni giudiziarie diverse, in relazione al centro degli interessi principali della società, ente o persona fisica esercente l'attività di direzione e coordinamento, (secondo le risultanze delle segnalazioni pubblicitarie nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 2497-bis), oppure, in mancanza, dell'impresa che presenta la maggiore esposizione debitoria secondo l'ultimo bilancio approvato.

³⁴ Stante il tenore inequivoco dell'art. 3, co. 1, lettera d, della l. di delega n. 155/2017.

sto di più piani reciprocamente collegati e interferenti, il pluralismo dei soggetti e dei patrimoni emerge chiaramente dalla circostanza, ad esempio, che il ricorso unitario deve contenere tante separate proposte quando sono le società che lo sottoscrivono (per il co. 5 dell'art. 286 i creditori votano contestualmente, come già si è osservato, ma separatamente, essendo richiesto a ciascun gruppo di esprimersi sulla proposta formulata dalla società verso la quale vantano il credito); così come dal criterio di giudizio al quale il tribunale deve attenersi ai fini della decisione dapprima sull'ammissione e poi sull'omologazione del concordato o dell'accordo di ristrutturazione di gruppo: criterio che fa capo, nel primo caso, alla valutazione di idoneità del piano unitario ovvero dei piani reciprocamente collegati ed interferenti "a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria di ciascuna impresa e ad assicurare il riequilibrio complessivo della situazione finanziaria di ognuna" (art. 284, co. 5); nel secondo caso (art.285, co. 7), alla prognosi di soddisfacimento dei creditori "in misura non inferiore a quanto ricaverebbero dalla liquidazione giudiziale della singola società" (s'intende, della società che è loro debitrice)³⁵.

Un punto di frizione fra unità e pluralità, tra rilevanza unitaria del gruppo e considerazione atomistica delle singole società che ne fanno parte, rispettosa della loro reciproca autonomia giuridica, può manifestarsi nel contenuto concreto del (la proposta di) concordato di gruppo, e specificamente nella previsione, all'interno del piano o dei piani collegati di concordato:

i) di eventuali "operazioni riorganizzative" intragruppo: si deve probabilmente pensare a scorpori, fusioni o scissioni (e si veda al riguardo l'art. 116 c.c.i.i.), aumenti di capitale;

ii) di eventuali "operazioni contrattuali" fra le società del gruppo: qui i dubbi, già a livello di identificazione delle possibili fattispecie contemplate dalla norma, si moltiplicano, per la difficoltà di conciliare il requisito causale, o, se si preferisce, il sinallagma che dovrebbe assistere l'operazione contrattuale, con la idoneità della stessa ad operare un trasferimento di risorse, sembrerebbe senza corrispettivo ed in funzione di sostegno³⁶ alla continuità aziendale della società del gruppo in concordato, beneficiaria di tali risorse.

³⁵ Va rilevata, i termini critici, la diversità, se non altro a termini di tenore letterale, dei criteri onde è ancorata nelle due ipotesi la valutazione del tribunale. È questo sicuramente un punto – fra i tanti – che merita di essere chiarito ed approfondito: mi sia al riguardo consentito di astenermi dal farlo in questa sede, dedicata ad una prima lettura critica delle nuove disposizioni, e di rinviarlo ad uno studio successivo in preparazione.

³⁶ Potrebbe trattarsi, ad esempio, di un contratto di finanziamento a condizioni di favore per la società destinataria. Giova ricordare che, alla stregua dell'art. 292 c.c.i.i., il credito dell'impresa finanziatrice è sottoposto alla regola della postergazione.

Si suppone infatti che la chiave di lettura che consente di dare un senso ad espressioni così ampie e generiche, come quelle utilizzate nel comma 2 dell'art. 285, possa essere ravvista nel riferimento, di poco successivo, ai “trasferimenti di risorse infragruppo”: si intende, in altri termini, avanzare l'ipotesi deve che la norma miri a legittimare, nell'ambito dei concordati di gruppo, la previsione e poi l'attuazione di operazioni, diverse nella struttura e nei contenuti specifici, accomunate dal fatto di essere funzionali a trasferire risorse da una società all'altra del gruppo. La condizione a cui è subordinata la legittimità di detti travasi di risorse è che venga attestata, da un professionista indipendente, la loro strumentalità rispetto alla continuità aziendale delle società per le quali essa è prevista dal piano e la coerenza con il criterio e con l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori delle diverse società del gruppo (art. 285, co. 2).

Qui il legislatore sembra andare oltre la legittimazione del concordato unitario di gruppo come fenomeno di consolidamento procedurale: si spinge infatti a riconoscere altresì come legittimo, sia pure sul presupposto della strumentalità di tale operazione rispetto alla continuità aziendale e della coerenza con il “best creditors' interest”, l'utilizzo degli attivi (beni materiali, beni immateriali, liquidità) di una determinata società in crisi o insolvente in favore di un'altra società dello stesso gruppo, partecipe del medesimo concordato unitario.

Sembra quindi non più proponibile, nel nuovo contesto normativo, l'argomento fondato sulla violazione dell'art. 2740 c.c. (e cioè della regola per cui il debitore risponde delle proprie obbligazioni con tutti i suoi beni), che nel dibattito anteriore alla riforma³⁷ era stato talora evocato per contestare la legittimità delle suddette operazioni di trasferimento di risorse all'interno del gruppo.

Rimane tuttavia ferma, anche nel nuovo scenario, ed in considerazione della persistente autonomia giuridica delle società del gruppo e delle rispettive masse attive e passive, l'esigenza di tutelare sia i creditori che non abbiano vo-

³⁷ Cfr., nel senso della cogenza della regola scolpita nell'art. 2740, ad es. Cass., 17 ottobre 2018, n. 26005, in *Fallimento*, 2019, 489 ss., con commento di L. BENEDETTI, *Il concordato con cessione parziale dei beni nell'ambito del gruppo in crisi tra passato e futuro*; in termini critici rispetto all'argomento fondato sulla citata disposizione del codice civile, con specifico riferimento al fenomeno (a quel tempo non disciplinato dalla legge) del concordato di gruppo, R. SANTAGATA, *Concordato preventivo “di gruppo” e “teoria dei vantaggi compensativi”* (nt. 31); e già in precedenza, in termini più generali G. D'ATTORRE, *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, 351 ss., 386, il quale si richiamava al concordato di gruppo proprio per contrastare la tesi della inammissibilità del concordato con destinazione parziale dei beni ai creditori (ma l'argomento, in quel caso, scontava inevitabilmente il rilievo della mancanza di una disciplina positiva del concordato di gruppo).

tato a favore della proposta concordataria, sia i soci minoritari, là dove esistenti (e sul presupposto che un qualche valore possa essere ancora riconosciuto alle loro partecipazioni), nei confronti di eventuali effetti pregiudizievoli delle operazioni di cui si discorre.

Si è quindi stabilito che creditori e soci possano contestare le soluzioni proposte nel piano di concordato di gruppo, ed in particolare la previsione di operazioni comportanti trasferimenti di risorse infragruppo, assumendo che queste arrechino loro un pregiudizio (non neutralizzato da un corrispondente vantaggio). I commi 3 e 5 dell'art. 285 c.c.i.i. prevedono, in favore dei potenziali danneggiati, creditori³⁸ o soci che siano, una tutela di tipo esclusivamente endoconcorsuale: il rimedio ad essi attribuito consiste infatti nel potere di opporsi all'omologazione del concordato di gruppo o dell'accordo di ristrutturazione³⁹.

7. La tutela endoconcorsuale dei creditori e dei soci nel concordato di gruppo.

Un primo problema, che tale disciplina del tutto nuova pone all'interprete, afferisce al rapporto fra il descritto rimedio endoconcorsuale e gli altri previsti dall'ordinamento in favore dei soci e dei creditori, che si assumano danneggiati da operazioni decise a valle di politiche di gruppo elaborate al livello più alto, dalla società o ente capogruppo, e tradottesi in direttive indirizzate agli organi delle società sottoposte a direzione e coordinamento e da questi recepite nella loro attività gestoria.

In particolare, è legittimo il dubbio se il socio o il creditore che si ritengano pregiudicati, nelle rispettive posizioni di interesse, dai contenuti del piano con-

³⁸ Per quanto riguarda i creditori, il comma 3 dell'art. 285 c.c.i.i. prevede non lievi (e forse non del tutto comprensibili, se non come segnale del *favor* per le soluzioni concordatarie di gruppo) limitazioni della legittimazione a contestare gli eventuali effetti pregiudizievoli delle operazioni riorganizzative o riallocative intragruppo: detta legittimazione è infatti riconosciuta ai dissenzienti appartenenti ad una classe dissenziente nonché, in caso di mancata formazione delle classi, ai dissenzienti che rappresentino almeno il 20% dei crediti ammessi al voto riguardo ad una singola società del gruppo. La tutela dei creditori nel contesto in esame potrebbe tuttavia risultare rafforzata – in tal modo compensando le richiamate limitazioni alla legittimazione ad opporsi all'omologazione – dall'applicazione della regola, espressamente accolta nel codice della crisi e dell'insolvenza (art. 109, co. 5, ultimo periodo, c.c.i.i.) onde sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze i creditori che versano in conflitto di interessi.

³⁹ In generale, e non solo nel contesto della disciplina del gruppo in crisi o insolvente, l'istituto dell'opposizione all'omologazione viene quindi ad avere un contenuto ed un ambito di applicazione molto più vasto di quello che gli riconosce la vigente legge fallimentare.

cordatario di gruppo (ovvero dell'accordo di gruppo avente ad oggetto la ristrutturazione dei debiti delle società ad esso appartenenti), valutando il pregiudizio come eziologicamente connesso al cattivo esercizio della direzione e coordinamento di gruppo, possano comunque avvalersi degli strumenti di tutela disciplinati dal codice civile ed in particolare dell'azione di responsabilità di cui all'art. 2497.

L'argomento letterale sembra indurre alla soluzione negativa: mi riferisco all'avverbio "esclusivamente", che compare nel comma 5 dell'art. 285; esso tuttavia è riferito soltanto ai soci, per cui il detto indice testuale non solo non può considerarsi del tutto risolutivo del problema, ma genera a sua volta un ulteriore dubbio, e cioè se la risposta debba essere diversamente articolata con riferimento specifico alla posizione dei creditori, da un lato, e dei soci dall'altro⁴⁰.

Occorrerà inoltre indagare sul tema del ruolo e dell'efficacia da riconoscere agli eventuali "vantaggi compensativi derivanti alle singole società dal piano di gruppo".

⁴⁰ Che sussistano differenze tra la posizione degli uni e degli altri non è, in generale, contestabile: basti al riguardo considerare che solo i creditori, e non i soci, sono chiamati ad esprimere il proprio voto sulla proposta di concordato e sul piano – eventualmente di gruppo – che l'accompagna. Inoltre, stando all'attuale quadro normativo, è arduo comprendere come il socio possa essere in grado di attingere informazioni sul contenuto della proposta e del piano concordatario di gruppo, che gli consentano di valutarne tempestivamente l'effetto pregiudizievole sulla "sua" società e pertanto di esperire consapevolmente il rimedio – l'opposizione all'omologazione del concordato di gruppo – che la legge ora espressamente gli attribuisce.

Infatti, anche alla stregua della nuova disciplina (art. 45, comma 5, che richiama l'art. 265 c.c.i.i.) la presentazione della domanda di concordato preventivo dev'essere deliberata, sulla base di una disposizione di carattere generale non derogata dalle disposizioni relative ai gruppi, dall'organo amministrativo delle società di capitali, senza che ai soci venga espressamente riconosciuto alcun potere di *voice*, né alcun diritto di informazione al riguardo; ciò anche nel caso – che sembra essere quello considerato nel comma 2 dell'art. 285 c.c.i.i. come presupposto giustificativo di determinate "operazioni intragruppo" – in cui la domanda, la proposta ed il piano abbiano ad oggetto un concordato in continuità, e cioè un modello di procedura di regolazione della crisi rispetto al quale la legge (art. 84, co. 2, c.c.i.i.) postula che debba essere perseguito, anche attraverso la continuazione dell'attività, il ripristino dell'equilibrio economico-finanziario dell'impresa, nell'interesse dei creditori ma anche dei soci. Il rimedio previsto dal comma 5 dell'art. 285 c.c.i.i. potrebbe quindi risultare scarsamente efficace, per lo meno con riferimento ai soci di società di capitali, proprio per la difficoltà, se non addirittura impossibilità, in cui il socio estraneo al controllo potrebbe trovarsi, di conoscere per tempo il contenuto del piano concordatario di gruppo, che pure ha il potere di contestare attraverso l'opposizione all'omologazione.

Qui ci si imbatte in un tema più ampio, e non meno importante di quello dei gruppi, che consiste nel ricostruire – sulla base delle purtroppo sporadiche indicazioni contenute nel d. lgs. n. 14/2019 – la posizione dei soci nelle procedure concordatarie. Ma si tratta, appunto, di un altro tema, che, pur interferendo inevitabilmente con quello della disciplina dei gruppi, richiede tuttavia uno studio a sé, certamente non compatibile con le dimensioni e gli obiettivi del presente lavoro.

Originariamente evocati solo rispetto ai soci nel comma 5 dell'art. 285 c.c.i.i., con il decreto correttivo la loro rilevanza sembra estendersi ai creditori: precisamente la sussistenza di detti vantaggi compensativi sembra dover incidere sulla valutazione della convenienza per essi della soluzione di gruppo illustrata nel piano concordatario (cfr. art. 284, co. 4 e 5, nel testo risultante dalle modifiche proposte dal più volte ricordato schema di decreto correttivo) ma anche, è ragionevole assumere pur nel difetto di un'espressa previsione, sulla valutazione nel merito della fondatezza dell'opposizione all'omologazione.

Secondo il letterale disposto dell'art. 285, co. 5, c.c.i.i., la prova dell'esistenza di detti vantaggi dovrà condurre al rigetto dell'opposizione proposta dal socio e perciò, nel difetto di opposizioni dei creditori, all'omologazione del concordato di gruppo. A maggior ragione, si potrebbe qui osservare, i vantaggi compensativi "da piano concordatario" varranno ad elidere il danno risarcibile che il socio della società eterodiretta potrebbe in ipotesi far valere attraverso l'azione di responsabilità disciplinata dall'art. 2497 c.c.

La disposizione del comma 5 dell'art. 285 c.c.i.i., nonché, alla stregua dello schema di decreto correttivo, anche quelle dei commi 4 e 5 dell'art. 284, sembrano ispirarsi a quella dottrina⁴¹ che, nell'affrontare lo studio del concordato di gruppo negli anni antecedenti alla riforma, aveva di già evocato, attingendo alla disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento *ex art. 2497 c.c.*, la clausola del vantaggio compensativo come correttivo adeguato e sufficiente a giustificare uno spostamento patrimoniale dall'una all'altra società del gruppo.

Tuttavia detta clausola, ove trapiantata dal terreno dell'azione di responsabilità per comportamenti imprenditoriali che configurano abuso del modello organizzativo della direzione e coordinamento di società *in bonis* a quello – del tutto diverso⁴² – della gestione della crisi o dell'insolvenza del gruppo,

⁴¹ Cfr. S. POLI, *Il concordato di gruppo: II) verifica critica degli approdi giurisprudenziali* (nt. 31); R. SANTAGATA, *Concordato preventivo "di gruppo" e "teoria dei vantaggi compensativi"* (nt. 31).

⁴² Anche in considerazione della *vexata quaestio* se ed in che misura la direzione e coordinamento esercitata dalla capogruppo rispetto al gruppo in modalità *going concern* sopravviva all'ingresso delle singole società ad essa sottoposte in una procedura concorsuale (tema rispetto al quale sarà poi opportuno articolare diversamente il ragionamento a seconda che si tratti di una procedura liquidatoria caratterizzata dallo spossessamento del debitore ovvero di una procedura "DIP" (: *debtor in possession*). Sia consentito rinviare, sul punto, ad uno studio più ampio in corso di elaborazione. Si vedano comunque, intanto: O. CAGNASSO, *La domanda di accesso al concordato preventivo di gruppo in continuità*; N. ABRIANI, *Holding e continuità aziendale nelle procedure di regolazione della crisi dei gruppi*, relazioni presentate entrambe in occasione dell'XI convegno dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto

solleva interrogativi di non lieve importanza: non viene chiarito, ad esempio, se il vantaggio compensativo contemplato dal piano concordatario di gruppo possa provenire da una società del gruppo non inclusa nel perimetro del piano medesimo, ovvero se ad attribuirlo alla società che subisce il travaso di risorse debba essere un'altra società partecipe del medesimo concordato di gruppo, e perciò per ipotesi anch'essa in stato di crisi o di insolvenza.

Non solo: la lettera della disposizione in esame suscita questioni ulteriori e di ancora più difficile soluzione, che qui mi limito semplicemente a prospettare. Invero, se si concepisce l'assegnazione di "vantaggi compensativi" come una tecnica di redistribuzione o riallocazione all'interno del gruppo del valore (che ragionevolmente e fondatamente si attende che possa essere) generato dall'azione coordinata delle singole società del gruppo, a sua volta propiziata dall'attività di direzione e coordinamento del soggetto o ente capogruppo; se, d'altro canto, si considera lo stato di dissesto in cui versa il gruppo (ovvero alcune società ad esso appartenenti) come il risultato del fallimento di quell'azione redistributiva o riallocativa, allora può apparire fondato il dubbio che i "vantaggi compensativi" evocati dal co.5 dell'art. 285 (nonché, secondo l'art. 32 dello schema di decreto correttivo, anche nell'art. 284, co. 4) siano qualcosa di non perfettamente omogeneo rispetto ai vantaggi compensativi a cui ha riguardo l'art. 2497 c.c.

Nelle citate disposizioni del codice della crisi e dell'insolvenza potrebbe aversi infatti riguardo al beneficio – rappresentato nel piano unitario o nei piani collegati ed interferenti a supporto del ricorso per l'ammissione al concordato di gruppo ed ivi valorizzato come fattore di giustificazione della scelta di adire la procedura unitaria di gruppo – consistente nella distribuzione tra le singole società del "plusvalore atteso" dalla ristrutturazione del gruppo (rispetto ad una procedura di ristrutturazione tarata sulla singola società "atomo")⁴³.

Qui si affaccia, tra l'altro, e con riferimento specifico alla posizione dei soci, la questione generale, dibattuta anche al di fuori del fenomeno dei gruppi⁴⁴, se essi possano essere resi in qualche misura partecipi del plusvalore da risanamento o ristrutturazione dell'impresa, ovvero se una scelta siffatta sia in contrasto con la (e debba cedere alla) regola della destinazione dell'intero pa-

commerciale "Orizzonti del diritto commerciale", tenutosi a Roma, il 14.15 febbraio 2020, reperibili nel sito dell'Associazione www.orizzontideldirittocommerciale.it.

⁴³ Cfr. F. GUERRERA, *La regolazione negoziale della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese nel nuovo CCII*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2019.

⁴⁴ E cioè con riferimento alle procedure di ristrutturazione o risanamento che interessino singole imprese.

trimonio del debitore al soddisfacimento dei creditori, che taluni ritengono di poter ricavare – nel nostro ordinamento – dall’art. 2740 c.c., o comunque della postergazione dei soci al soddisfacimento dei creditori (*absolute priority rule*). La tematica è così ampia e sfaccettata da non poter essere neppure sfiorata in questa prima lettura critica della nuova disciplina: si può e si deve però osservare fin da ora che se, in base alle categorie concettuali ricevute, è difficile ammettere che a fruire del plusvalore da risanamento siano nella stessa misura i creditori ed i soci (non è forse casuale che l’art. 284 c.c.i.i., anche nel testo modificato dal decreto correttivo, faccia riferimento alla convenienza ed ai benefici stimati del piano concordatario di gruppo per i *creditori* delle singole imprese), tuttavia il riferimento, nel comma 5 dell’art. 285, ai soci ed ai “vantaggi compensativi” da concordato agli stessi promessi, lascia intendere che il legislatore del codice della crisi e dell’insolvenza abbia preso partito, non è dato sapere con quanta consapevolezza, per la prima delle due soluzioni dianzi richiamate.

A prescindere da ciò, si può osservare quanto sia problematica la calcolabilità *ex ante* del maggior valore del gruppo risanato (in cui risiede lo specifico vantaggio, eventualmente spendibile in funzione compensativa di una perdita inflitta, “da concordato di gruppo”)⁴⁵ nonché la individuazione del criterio per la sua distribuzione fra gli *stakeholders* [i creditori, ma – a quanto sembra (art. 285, co. 5) – anche i soci] delle diverse società partecipanti alla procedura concordataria ed in ipotesi (variamente) pregiudicate dalle operazioni riorganizzative e contrattuali intragruppo.

In ogni caso, nella sede del giudizio di omologazione: (i) i creditori legittimati potranno eventualmente far valere l’inadeguatezza del criterio previsto e

⁴⁵ L’art. 284 c.c.i.i., nel testo modificato dall’art. 32 del decreto correttivo, stabilisce: (i) al comma 4, che il piano o i piani elaborati a supporto della proposta di concordato di gruppo “quantificano il beneficio stimato per i creditori di ciascuna impresa del gruppo, anche per effetto della sussistenza di vantaggi compensativi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o all’appartenenza al gruppo; (ii) al comma 5, che l’attestatore indipendente deve asseverare la stima del beneficio per i creditori di ciascuna impresa del gruppo, operata ai sensi del comma 4, e cioè tenendo conto dei vantaggi compensativi. Il riferimento ai vantaggi compensativi “conseguiti o fondatamente prevedibili” riecheggia la formulazione di identico tenore enunciata nell’art. 2634 c.c. a proposito dell’esimente relativa al reato di infedeltà patrimoniale. Da notare: (a) che si fa riferimento in questo caso ai soli creditori, quasi a voler rappresentare l’irrelevanza della posizione dei soci al momento della stima dei benefici dell’azione concordataria di gruppo; (b) che si ha riguardo tanto a vantaggi puntualmente determinati perché già assegnati o conseguiti, quanto a vantaggi fondatamente prevedibili in un futuro più o meno ravvicinato, il che apre la strada, come si accenna nel testo, alla possibile considerazione del *surplus* di valore atteso dalla ristrutturazione del gruppo.

comunque invocare il rischio del saldo negativo dei trasferimenti di attivi eventualmente disposti dal piano o dai piani concordatari a favore di altre società del gruppo rispetto ai benefici stimati dell'operazione di ristrutturazione unitariamente concepita; (ii) parimenti, i soci di ciascuna società del gruppo potranno eventualmente dolersi del fatto che l'attuazione del piano o dei piani concordatari minaccia, attraverso i programmati trasferimenti di attivi intragruppo, un pregiudizio alla redditività ed al valore delle rispettive azioni o quote, non adeguatamente controbilanciato dalla frazione ad essi riservata del plusvalore generato dalla pianificata ristrutturazione del gruppo.

Per tornare alla questione poc'anzi accennata, sembra che il creditore o il socio che non si siano avvalsi del rimedio dell'opposizione all'omologazione non possano invocare, per contestare la coerenza delle misure previste nel piano concordatario di gruppo all'obiettivo della tutela rispettivamente dell'aspettativa di soddisfacimento del credito e dell'interesse al valore ed alla redditività della partecipazione, i rimedi previsti dal capo IX, libro V del codice civile.

In vero, l'omologazione del concordato, seguita alla mancanza di opposizioni da parte dei creditori e dei soci, apre la strada alla sua esecuzione, dunque in generale all'attuazione delle suddette misure, ivi incluse le operazioni contrattuali o riorganizzative intragruppo ed il trasferimento di attivi da una società all'altra del medesimo.

In questa fase sembra che né i creditori, né i soci possano più avanzare alcuna contestazione rispetto alle misure contemplate nel piano omologato, né rispetto alle direttive della capogruppo di cui esse sono probabilmente espressione. In questo modo si spiegherebbe l'avverbio "esclusivamente", con cui nel comma 5 dell'art. 285 si circoscrive alla sola opposizione il novero degli strumenti di tutela disponibili per il socio (e che in questo senso sembra doversi applicare anche al creditore della società di gruppo, sebbene il comma 3 del medesimo art. 285 non contenga, probabilmente per via di una svista redazionale, l'avverbio appena richiamato). Ciò non esclude – ovviamente – che anche nell'ambito del concordato (e salvi diversi accordi, anche di contenuto transattivo, eventualmente contenuti nel piano e nella proposta) il rimedio risarcitorio di cui all'art. 2497 possa essere esperito in relazione alle violazioni degli obblighi di correttezza gestionale, societaria ed imprenditoriale, che la capogruppo ed i suoi amministratori abbiano perpetrato nella fase antecedente alla pianificazione del risanamento tramite la proposta concordataria, probabilmente generando i presupposti per il successivo dissesto del gruppo.

8. *Dubbi sull'efficacia della nuova disciplina del gruppo in crisi o insolvente rispetto al fenomeno dei gruppi "confusi".*

La disciplina dei gruppi contenuta nel codice della crisi e dell'insolvenza è stata da taluni tacciata di eccessiva timidezza. A fronte di questo rilievo, è il caso di porsi la seguente domanda: sarebbe stato opportuno o utile che il legislatore si orientasse nella direzione del consolidamento c.d. sostanziale? Che prendesse le distanze, almeno con riguardo alle ipotesi in cui i patrimoni delle diverse società del gruppo siano inestricabilmente intrecciati, in spregio di ogni regola di separatezza, dal principio di autonomia delle masse attive e passive?

È fin troppo agevole rispondere, in prima battuta, che la strada era stata in questo senso già tracciata dalla legge di delega, e che pertanto il decreto delegato non avrebbe potuto, se non a pena di incorrere in una violazione dell'art. 76 Cost., assumere un indirizzo diverso, per esempio legittimando deroghe al suddetto principio più ampie di quella che risulta dalla previsione della possibilità di trasferimenti di attivi fra le società del gruppo partecipi del concordato unitario.

A prescindere da questo aspetto di carattere istituzionale, si può osservare che l'asserita timidezza o debolezza della disciplina in esame rispecchia l'omologo "difetto" della disciplina codicistica della direzione e coordinamento di società: tale "difetto", se così vogliamo qualificarlo, risiede a mio avviso nell'essere stata quella disciplina tarata su fattispecie di gruppi virtuosi, in cui il modello organizzativo della direzione e coordinamento funziona a dovere, nel rispetto dell'alterità soggettiva delle società eterodirette, distribuendo fra queste ultime in maniera equilibrata i pesi ed i vantaggi dell'appartenenza al gruppo, nel rispetto degli obblighi di trasparenza, di motivazione delle decisioni influenzate dall'azione coordinata del gruppo e di istituzione di adeguati flussi informativi intragruppo.

La disciplina civilistica della direzione e coordinamento, ed ora quella contenuta nel codice della crisi e dell'insolvenza, si attagliano, per converso, molto meno ad una seconda tipologia di gruppi (che potremmo, per brevità, qualificare come "gruppi confusi"): e cioè a quegli agglomerati di società avvinte da vincoli partecipativi di controllo facenti capo per lo più a persone fisiche, nei quali la confusione costante dei patrimoni, l'unicità della sede, la prassi dell'utilizzo promiscuo delle risorse umane e materiali, la sovrapposizione o indistinzione delle competenze degli organi all'interno delle singole società e la frequente coincidenza dei titolari delle rispettive cariche amministrative mettono di fatto a dura prova i principi di autonomia e di separatezza, ancora prima che sopravvengano la crisi o l'insolvenza, mentre la generale opacità dei rapporti e dei

comportamenti non consente di individuare la struttura e l'esistenza stessa del gruppo, né di identificare con immediatezza il soggetto esercente l'attività di direzione e coordinamento e di perseguirlo con la specifica azione di responsabilità a tutela dei soci e dei creditori delle società eterodirette.

In casi siffatti, da un lato, il buon andamento o il buon esito della procedura individuale – a seconda dei casi, di liquidazione giudiziale o di concordato – possono essere pregiudicati dall'esistenza delle situazioni sopra segnalate ed in particolare dall'inestricabile intreccio di rapporti contrattuali e finanziari con altre imprese (che si possono presumere) riconducibili al medesimo centro di interessi; dall'altro, anche l'istituzione di procedure “di gruppo”, come disegnate dalla disciplina sopra esaminata, può rivelarsi difficilmente praticabile, perché la confusione dei ruoli, dei rapporti e dei patrimoni può essere, e normalmente è, di ostacolo a quella razionale pianificazione e a quel coordinamento di scelte e di azioni che sono necessariamente alla base di dette procedure.

Il fenomeno in questione è da tempo noto alla giurisprudenza che, con specifico riferimento ad esso, ha elaborato la tesi della fallibilità della o delle persone fisiche al vertice del gruppo, in quanto – si sostiene – esercenti un'attività d'impresa commerciale in forma individuale o in società di fatto tra loro⁴⁶; nonché la tesi secondo cui fra le società appartenenti ad un gruppo così caratterizzato si instaurerebbe un rapporto societario di fatto, con la conseguenza dell'estensione alle società socie del fallimento dichiarato rispetto alla super-società, in applicazione della regola oggi scolpita nell'art. 147 l. fall.⁴⁷

È dunque possibile, nonostante i molteplici dubbi ed i rilievi critici a cui entrambe le soluzioni hanno dato e continueranno verosimilmente a dar luogo,

⁴⁶ È la nota (e controversa) tesi della responsabilità della holding personale (che rinviene il proprio *leading case* in Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, caso Caltagirone ed è stata successivamente avallata da una copiosa giurisprudenza di merito e di legittimità: di recente, Cass., 6 marzo 2017, n. 5520), che, in caso di insolvenza delle società del gruppo, consente di risalire al soggetto in posizione di dominio e di “catturarne” il patrimonio attraverso la dichiarazione di fallimento.

⁴⁷ Anche a questo riguardo la produzione giurisprudenziale è copiosa, in particolare quella dei giudici di merito. Prevale tuttavia, in quella più recente, un atteggiamento di tendenziale e giustificata cautela nei riguardi della possibilità sia di configurare una società di fatto fra le società di un gruppo “verticale” sia di ravvisare lo stato di insolvenza in capo a detta società: cfr. ad es. Cass., sez. I civ., 20 maggio 2016, n. 10507; nonché, nella giurisprudenza di merito, Trib. Ferrara, 17 febbraio 2020; Trib. Prato, 1° agosto 2018, entrambe reperibili in www.ilcaso.it. Molto cauto, se non addirittura apertamente critico, anche l'atteggiamento della dottrina: cfr., di recente, ad es. A. BLANDINI, *Brevi considerazioni critiche in materia di c.d. super società di fatto*, in *Crisi e insolvenza*, scritti in ricordo di M. Sandulli, Torino, Giappichelli, 2019, 88 ss.

che l'entrata in vigore della disciplina posta dagli artt. 284-292 c.c.i.i. lasci sussistere lo spazio per l'applicazione delle menzionate regole di origine giurisprudenziale. È addirittura possibile che lo stesso legislatore abbia in qualche modo voluto (o per lo meno non disvoluto) un siffatto esito: non è forse un caso che il disposto dell'art. 147 l. fall. sia stato replicato nel nuovo art. 256 c.c.i.i., in controtendenza rispetto alle scelte operate in altri ordinamenti, nei quali la regola dell'estensione automatica del fallimento della società di persone ai soci a responsabilità illimitata è stata progressivamente abbandonata o esplicitamente abrogata. Probabilmente si è ritenuto che, cancellandola, si sarebbe perduto altresì uno strumento utile a fronteggiare i problemi legati al dissesto di quella seconda tipologia di gruppi.