

Il concordato di gruppo nel Progetto di riforma "Rordorf": prime impressioni

di Renato Santagata De Castro

Professore ordinario di Diritto commerciale

Dipartimento di Studi economici e giuridici

Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'esigenza di una definizione di gruppo ai fini della gestione unitaria della crisi e dell'insolvenza di gruppo – 3. L'assenza di un obbligo di gestione unitaria della crisi e dell'insolvenza di gruppo ed i criteri attributivi della competenza processuale – 4. Gli obblighi informativi sussistenti in caso di mancata gestione unitaria – 5. I vincoli legali sussistenti in caso di gestione unitaria – 6. I criteri per la formulazione del piano unitario di risoluzione della crisi di gruppo – 7. ...e la «tutela in sede concorsuale per i soci ed i creditori delle singole imprese» in caso di operazioni riorganizzative infragruppo funzionali al concordato preventivo

1. Premessa

L'epilogo di un mio lavoro sul concordato di gruppo risalente allo scorso anno conteneva l'auspicio, *de iure condendo*, che il futuro legislatore evitasse la previsione di rigide regole legislative in tema di crisi ed insolvenza dei gruppi d'impresa, ad imitazione della disciplina già presente per la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi. In quella sede reputavo non desiderabile, in particolare, un vincolo di unificazione degli organi di distinte procedure concorsuali (*procedural consolidation*) ed, a maggior ragione, di consolidamento delle masse attive e passive (*substantive consolidation*): vincolo decisamente incoerente, sul piano economico, con l'accentuato poliformismo dei gruppi di piccole e medie imprese e, a livello giuridico, con l'opzione prescelta dal riformatore del diritto societario del 2003 che non ha previsto una definizione del «*gruppo di società*», al precipuo fine di evitare di collegare le regole di comportamento e responsabilità sancite dagli artt. 2497 e ss. c.c., ad un modello organizzativo precostituito. Riconoscevo, nondimeno, l'esigenza di introdurre, nel nostro ordinamento, una nuova disciplina della *gestione della crisi del gruppo*, preferibilmente imperniata su «*clausole generali*: le quali, adattando al peculiare contesto delle procedure concorsuali *principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale* già presenti nel diritto societario,

potessero offrire ai tribunali fallimentari dati formali per trarre tutte le implicazioni giuridiche della scelta del modello organizzativo del gruppo e, al contempo, affidabili coordinate alla cui stregua effettuare sia il vaglio preliminare di fattibilità, sia la successiva gestione di soluzioni concordate della crisi o dell'insolvenza del sodalizio». Regole dunque «flessibili, idonee ad assicurare un efficiente esercizio della discrezionalità del giudice nell'ineludibile comparazione dei presumibili vantaggi che, nella peculiare ottica dell'interesse comune dei creditori di tutte le società del sodalizio, prospetta nel caso specifico una gestione aggregata della crisi o dell'insolvenza del gruppo, in considerazione della relativa situazione finanziaria e della prevedibile frequenza e dimensione dei conflitti di interesse»¹.

Tale esigenza – allora ispirata dalla disamina critica di una giurisprudenza di merito restata ancorata a vecchi retaggi – è ancor più avvertita oggi, in seguito alla già notissima prima pronuncia della Corte di Cassazione sul concordato preventivo di gruppo (13 ottobre 2015, n.20559), in cui i giudici di legittimità, ribaltando l'orientamento favorevole espresso nei precedenti gradi di giudizio², respingono – con una motivazione assai discutibile³ – una ristrutturazione del gruppo attuata mediante la collaudata tecnica della costituzione, in funzione della presentazione di un'unica proposta concordataria, di una società in nome

¹ R. Santagata, *Concordato preventivo "di gruppo" e «teoria dei vantaggi compensativi»*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, 258 ss. (alle note di questo scritto mi permetto di rinviare anche per tutti i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali sul concordato preventivo di gruppo anteriori al 2015, limitandomi a citare in questa sede i contributi e le pronunce strettamente inerenti alle nuove osservazioni qui elaborate). Di analogo avviso erano anche le considerazioni *de iure condendo* formulate da N. Rondinone, voce *Società (gruppi di)*, in *Digesto*⁴, *Disc. priv.*, sez. *comm. Aggiorn.*, vol. V, Torino, 2009, 648.

Ma cfr., ora, la diversa posizione di G. Scognamiglio, *La disciplina del gruppo societario in crisi o insolvente. Prime riflessioni a valle del disegno di legge delega per la riforma organica della legge fallimentare. Un dibattito dedicato a Franco Bonelli*, a cura di Arato e Domenichini, Milano, 2017, 33 s., per la quale il presupposto dell'applicazione della teoria dei vantaggi compensativi sarebbe la permanenza dell'integrità del patrimonio sociale.

² V., infatti, le motivazioni della sentenza di secondo grado (App. Genova, 23 dicembre 2011, in *Fallimento*, 2012, 437 ss., con osservazioni di L. Salvato, *Profili della disciplina del concordato preventivo e contenuto del controllo giudiziario*) e, soprattutto, della decisione di prime cure (Trib. La Spezia, 2 maggio 2011, in www.ilcaso.it); cui *adde* Trib. Prato, 22 settembre 2011 e Trib. Palermo, 4 giugno 2014, entrambe reperibili presso il sito www.ilcaso.it.

³ E non a caso criticata da tutti i commentatori: v. G. Fauceglia, *Uno, nessuno e centomila: il concordato preventivo di gruppo*, in *Giur. comm.*, 2016, II, 118 ss.; S. Poli, *Ammissibilità e tecniche di proposizione del "concordato di gruppo" dopo l'intervento della S.C.*, in *Fallimento*, 2016, 144 ss.; R. Santagata, *Sulla ristrutturazione del gruppo mediante costituzione di una società in nome collettivo funzionale al concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2015, II, 639 ss.

collettivo (c.d. società veicolo) tra le diverse società afferenti al gruppo, con sedi ubicate in diversi circondari. In particolare, ad avviso dei giudici di legittimità, la «mancanza di una disciplina positiva del fenomeno (... che dovrebbe verosimilmente occuparsi di regolarne la competenza, le forme del ricorso, la nomina degli organi, la formazione delle classi e delle masse)» sarebbe preclusiva del supposto superamento della distinta personalità giuridica dei diversi enti attuato mediante la tecnica di *reductio ad unitatem* in questione, deputata ad attrarre la competenza a conoscere dell'unitaria proposta concordataria presso il tribunale del luogo ove è ubicato l'effettivo centro di attività dell'«impresa di gruppo».

La Cassazione invoca esplicitamente, dunque, l'intervento del legislatore sul concordato preventivo di gruppo, suggerendogli finanche un "canovaccio" di base sul quale elaborare i principi di una nuova disciplina. Da parte ogni giudizio di politica legislativa, sarebbe stato però lecito attendersi, dai giudici di legittimità occupatisi per la prima volta di un tema sì delicato, una più consapevole ed approfondita valutazione, *de iure condito*, della nota tecnica concordataria attuata mediante un modello organizzativo già esplicitamente contemplato nel nostro ordinamento vigente sia in via generale, dagli artt. 2361, 2° comma, c.c. e 111-*duodecies* disp. att. (le cui potenzialità nel c.d. "diritto dei gruppi" sono state già significativamente esplorate dalla dottrina), sia nel particolare ambito della «ristrutturazione dei debiti» attuabile mercé la procedura di concordato preventivo, stante il riferimento testuale contenuto nella lett. *b* dell'art. 160 l. fall.⁴.

Non è allora causale l'orientamento difforme su fattispecie non troppo dissimile espresso in una sentenza di merito successiva solo di qualche mese a questa "storica" pronuncia, i cui contenuti sono stati opportunamente disattesi almeno nella sostanza, ancorché non anche nella forma⁵.

⁴ Si osservi che in Cass., 13 ottobre 2015, n.20559, cit., non si rinviene sorprendentemente alcun richiamo di queste disposizioni, là dove invece la sentenza di secondo grado (App. Genova, 23 dicembre 2011, cit.) aveva condivisibilmente valorizzato proprio il riferimento alle «*imprese interessate*» alla proposta di concordato, contenuto nell'art. 160 legge fallim., combinato al principio generale declinato dall'art. 1322 c.c., al fine di sostenere l'opposta soluzione.

⁵ Il riferimento è al Trib. Teramo, 5 gennaio 2016, in www.ilcaso.it, con riguardo ad un caso in cui le società proponenti il concordato avevano conferito le proprie aziende in una società in

Queste oscillazioni della giurisprudenza rendono evidente l'indifferibilità di un intervento legislativo sul concordato preventivo di gruppo al fine di scongiurare pericolose incertezze presso gli operatori. È perciò apprezzabile lo specifico interesse ora dedicato a questo complesso e delicato tema dall'art. 3 dello Schema di legge delega elaborato dalla Commissione Rordorf recante la "Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza" – trasfuso nel Disegno di legge presentato alla Camera l'11 marzo 2016⁶; d'ora innanzi: d.d.l. – che stimola le prime impressioni di seguito esposte.

2. L'esigenza di una definizione di gruppo ai fini della gestione unitaria della crisi e dell'insolvenza di gruppo

Vorrei anteporre ad osservazioni più specifiche sul concordato preventivo di gruppo, una notazione "di vertice". La disciplina della crisi e dell'insolvenza dei gruppi dovrebbe essere strettamente complementare alle regole di diritto societario sostanziale contenute nel codice civile (art. 2497 ss. c.c.); ove così non fosse, le nuove disposizioni, anziché risolvere le attuali questioni interpretative, rischierebbero di sollevarne altre e più serie, derivanti da cesure ed aporie sistematiche di ardua soluzione.

Consapevole di questa premessa, riterrei di condividere l'invito del d.d.l. alla

accomandita semplice costituita allo scopo di presentare un ricorso per concordato preventivo con conservazione e continuità dell'attività delle singole imprese; la costituzione di detta società è stata sottoposta alla condizione risolutiva della mancata definitiva omologazione del concordato e l'atto di conferimento di ogni azienda prevedeva espressamente il mantenimento dell'autonomia organizzativa e contabile di ciascuna di esse nonché l'acquisizione della partecipazione nella conferitaria. Il Collegio abruzzese ha quindi ritenuto che, nella fattispecie esaminata (diversamente da quella esaminata dalla Cassazione), la valutazione favorevole si giustificasse per ciò, che la proposta ed il piano tengono distinte le attività e le passività di ogni singola impresa del gruppo, così consentendo ad ogni singolo creditore la verifica della propria posizione e la comparazione tra gli effetti della soluzione concordataria e le conseguenze derivanti dall'alternativa liquidazione fallimentare.

⁶ Il documento è stato pubblicato in *Fallimento*, 2016, 253 ss., con commento di M. Fabiani, *Riforma organica delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*. Il testo del Disegno di legge n.3671 presentato alla Camera dei deputati (in data 11 marzo 2016) dal Ministro della Giustizia di concerto con il Ministro dello Sviluppo economico, recante *Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza* può leggersi nel sito istituzionale della Camera dei deputati (www.camera.it).

previsione di una «definizione di gruppo di imprese» funzionale a definire l'ambito di applicazione della disciplina della crisi ed insolvenza di gruppo: ricordo, del resto, che l'introduzione nel nostro ordinamento di una definizione di gruppo d'impresa era stata autorevolmente caldeggiata già nel corso dei lavori preparatori alla riforma del diritto societario del 2003, al fine di tracciare con maggior precisione il perimetro di applicazione delle regole stabilite dagli artt. 2497 ss. c.c.⁷.

Suscita però talune perplessità la proposta del d.d.l. di modellare tale definizione su un'inesistente «nozione di direzione e coordinamento» di cui agli artt. 2497 ss. e 2545-*septies* c.c.. Delimiterei piuttosto il "gruppo insolvente" sulla base del mero richiamo della presunzione semplice di assoggettamento a direzione e coordinamento in presenza di un rapporto di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. (art. 2497-*sexies*), magari integrata dagli espliciti riferimenti alla fattispecie della direzione comune originata dalla composizione degli organi amministrativi (o da altri concordanti elementi: cfr. il n.3 dell'art. 80, d.lgs. 8 luglio 1999, n.270), nonché al gruppo paritetico fondato su una direzione concertata di fonte contrattuale (artt. 2497-*septies*, 2545-*septies*).

Ed invero, la vaghezza dei contorni dell'attività di direzione e coordinamento contemplata dall'art. 2497 c.c. può esser opportuna nella misura in cui consente di sanzionare il comportamento posto in essere da *chiunque* agisca nell'«interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale» di altri centri di profitto (ad esempio, società multidivisionale con patrimoni destinati). Tuttavia, in questo contesto è irrinunciabile una puntuale delimitazione del perimetro delle imprese legittimate a proporre con un unico ricorso domanda di ammissione al concordato preventivo o alla liquidazione giudiziale, al fine di fugare ogni incertezza degli organi della procedura deputati alla verifica, in un tempo ristretto, della sussistenza dei

⁷ Alludo a G.B. Portale, *Osservazioni sullo schema di decreto delegato (approvato dal governo in data 29-30 settembre 2002) in tema di riforma delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 716, che ricordava anche le esperienze straniere in cui sono previste definizioni di gruppo; e, proprio nella prospettiva di scongiurare interpretazioni estensive, *Osservazioni* dell'Istituto di diritto Angelo Sraffa dell'Università Bocconi di Milano, in *Riv. soc.*, 2012, 1538 ss.

presupposti per l'applicazione della disciplina speciale⁸. In questa prospettiva, è sicuramente da approvare la previsione del deposito del bilancio consolidato di gruppo, ove redatto, allo scopo di fornire informazioni sui legami di gruppo esistenti in funzione dell'assoggettamento delle società coinvolte a procedure concorsuali (art. 3, 1° comma, lett. b, d.d.l.).

Bisognerebbe anche interrogarsi sulla possibilità di estendere, con gli opportuni accorgimenti, taluni principi dettati per la crisi e l'insolvenza dei gruppi a fattispecie in cui gli imprenditori, pur preservando la propria sostanziale autonomia economica, restano avvinti da importanti relazioni reticolari orizzontali o verticali: fattispecie in cui, benché non siano integrati gli estremi di un'«attività di direzione e coordinamento»⁹, sovente si registra il propagarsi della crisi da un'unità produttiva all'altra del medesimo "indotto". In questa chiave, si potrebbe ad esempio ritenere sufficiente ad estendere la legittimazione ad accedere a soluzioni concordatarie unitarie la sussistenza di vincoli negoziali funzionali alla cooperazione tra imprese, quali il consorzio, i contratti di rete o le associazioni temporanee¹⁰. Insomma: una disciplina della crisi e dell'insolvenza dell'impresa

⁸ Istruttiva mi sembra, al proposito, la riflessione di autorevole dottrina tedesca (K. Schmidt, *Das "Gruppenbild" im Konzerninsolvenzrecht. Ein Ausblick auf den geplanten § 3e InsO in Festschrift für Bruno M. Kübler zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Bork, Kayser u. Kebekus, München, 2015, 633 ss.*; nonché, in sintesi, L.F. Flöther, *Handbuch zum Konzerninsolvenzrecht, München, 2015, 14 ss.*) sulla bozza di § 3e *Insolvenzordnung* della riforma del diritto tedesco dell'insolvenza di gruppo – approvata dal *Bundestag* nel marzo 2017 ed in vigore dal prossimo 21 aprile 2018 – a tenore del quale «Eine Unternehmensgruppe besteht aus rechtlich selbständigen Unternehmen, die den Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen im Inland haben und die unmittelbar oder mittelbar miteinander verbunden sind durch: 1. die Möglichkeit der Ausübung eines beherrschenden Einflusses oder 2. eine Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung».

⁹ Configura però un'attività di direzione e coordinamento in talune fattispecie di contratti di rete, se ben ne ho inteso il pensiero, A. Barba, *Reti di imprese e abuso di dipendenza economica*, in *Contr. e impr.*, 2015, spec. 1310; ed in questa direzione anche: E. Mugnai, «*Contratto di rete*» e *attività di direzione e coordinamento*, in *RDS*, 2015, 823 ss.; G. Doria, *Consorzi (con attività esterna ed interna), reti (con o senza soggettività giuridica) e responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Riv. dir. impr.*, 2016, 723 ss. In senso contrario mi ero invece pronunciato in R. Santagata, *Il «contratto di rete» fra (comunione di) impresa e società (consortile)*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 337 ss., distinguendo il contratto di rete dal gruppo paritetico.

¹⁰ E cfr., sul punto, G. Meo, *Crisi e imprese dell'indotto*, in *AGE*, 2011, 399 ss., che auspica condivisibilmente l'introduzione di regole volte ad assegnare rilevanza, in punto di regolazione della crisi e dell'insolvenza, alle relazioni contrattuali e fattuali tra imprese del medesimo "indotto", ed in specie reputa «particolarmente efficace riconoscere alle imprese dell'indotto, individuate unitariamente in forza della relazione giuridicamente riconosciuta, la legittimazione attiva a promuovere soluzioni alternative della crisi della «madre», ad esempio attraverso assunzione del concordato dell'impresa «madre», con acquisto di rami o asset». V. anche, sempre in una

opportunamente imperniata sulle società, non può ignorare le altre forme di cooperazione tra imprese.

3. L'assenza di un obbligo di gestione unitaria della crisi e dell'insolvenza di gruppo ed i criteri attributivi della competenza processuale

Focalizzando ora l'attenzione sui principi ai quali si vorrebbe ispirare la disciplina del concordato preventivo di gruppo, va detto anzitutto che è conforme alla soluzione approvata in sede europea nel Regolamento UE 2015/848, rifusione del 20 maggio 2015¹¹ (oltreché al personale auspicio ricordato in apertura) la scelta di declinare in termini di «*facoltà* per le imprese del gruppo in crisi o insolventi» (cfr. art. 3, 1° comma, lett. *d*, d.d.l.), e non già di obbligo, la proposizione, *con unico ricorso*, della domanda di ammissione alla procedura: opzione che consentirà di rimettere a valutazioni casistiche la decisione circa una «gestione unitaria della procedura di concordato preventivo di gruppo», così riservandola alle sole ipotesi in cui un piano di risanamento unitario prospetti concreti vantaggi in termini di efficienza nella ristrutturazione dei debiti e nella soddisfazione dei creditori delle diverse società. Ciò che si verifica solitamente in presenza di gruppi fortemente integrati, in cui la significativa presenza di legami infragruppo rende ineludibile un calcolo consolidato dell'esposizione debitoria delle società del sodalizio.

Qualche precisazione sarebbe tuttavia opportuna, da parte del legislatore delegato, circa la forma dell'«*unico ricorso*», dato che la *Legislative Guide* elaborata dall'UNCITRAL (*Part III: Treatment of enterprise groups in insolvency*) prevede alternativamente (ai §§ 21 ss.) sia l'unico ricorso («*joint application*»), sia il fascio di ricorsi separati ma reciprocamente collegati («*parallel applications*

prospettiva *de iure condendo*, gli esiti della ricerca *La crisi dell'impresa nelle reti e nei gruppi*, a cura di Cafaggi e Galletti, Padova, 2005.

¹¹ Proprio in questa direzione sembra infatti porsi l'art. 63 del Regolamento, secondo cui il giudice investito di una domanda di apertura di procedure di coordinamento di gruppo può determinarsi all'avvio della stessa soltanto se la ritenga utile «*a facilitare la gestione efficace della procedura d'insolvenza relativa alle diverse società del gruppo*» e, in ogni caso, sempreché «*nessun creditore di una società del gruppo di cui si prevede la partecipazione alla procedura possa essere svantaggiato finanziariamente dall'inclusione di tale società nella procedura in questione*».

made at the same time in respect of such of those members»): soluzione, quest'ultima, già praticata *de iure condito* presso molti tribunali del nostro Paese¹² e che, forse, consentirebbe una più efficiente realizzazione degli obiettivi – dichiaratamente reputati ineludibili dal d.d.l. (cfr. art. 3, 1° comma, lett. *d*, e 2° comma, lett. *b*, su cui tornerò nei successivi paragrafi) – di separazione delle masse attive e passive delle società coinvolte nell'insolvenza di gruppo e della necessità di separata votazione dei creditori di ciascuna impresa.

Nel disegno tracciato dal d.d.l., l'esercizio dell'anzidetta *facoltà*, implicando necessariamente l'unificazione degli organi della procedura – come si deduce dall'*obbligo* di nominare in tal caso *un unico giudice delegato ed un unico commissario giudiziale* (art. 3, 2° comma, lett. *a*, d.d.l.) –, permette di derogare alle regole processuali di competenza territoriale, rese così non più ostative alla gestione unitaria delle procedure concorsuali delle società afferenti ad un gruppo. Al fine di realizzare quest'obiettivo, occorrerà però definire i criteri attributivi della competenza a conoscere della domanda di ammissione al concordato, sui quali il d.d.l. non si pronuncia e che, a mio giudizio, non vanno inderogabilmente individuati presso il foro della sede principale della capogruppo individuata ai sensi dell'art. 2497-bis c.c.. La prassi applicativa dimostra, infatti, come una scelta siffatta possa rivelarsi decisamente inopportuna ed antieconomica allorché la sede della *holding* (ossia della società, dell'ente o della persona fisica posta all'apice della catena del controllo) non coincida con il centro propulsivo dell'attività svolta dalle più significative società operative del gruppo (c.d. *centro degli interessi principali del debitore: c.d. COMI*), i cui rami aziendali dovranno costituire il precipuo oggetto della ristrutturazione oggetto della soluzione concordataria.

Del resto, un criterio che prediliga in questi casi la sede effettiva delle attività del gruppo può assumere anche un'importante valenza sostanziale. Renderebbe, infatti, pressoché superfluo il ricorso ai noti espedienti della fusione c.d. preconcordataria e della costituzione della c.d. società veicolo tra le imprese del

¹² Per completi riferimenti può rinviarsi al recente lavoro di S. Poli, *Il concordato di gruppo (rassegna di giurisprudenza)*, in *Giur. comm.*, 2014, II, 744 ss.

gruppo, scongiurando sia i correlativi rischi di confusione delle relative masse attive e passive¹³, la cui autonomia deve risultare inderogabilmente assicurata dalla gestione unitaria della crisi e dell'insolvenza del sodalizio (art. 3, 1° comma, lett. d, d.d.l.) sia, soprattutto, i pericoli di instabilità degli effetti della complessiva soluzione concordataria. A quest'ultimo riguardo merita infatti ricordare che, almeno nel diritto attualmente vigente¹⁴, i creditori delle società del gruppo possono minare l'efficacia della soluzione concordataria consistente nella costituzione della società veicolo esercitando, nel termine quinquennale, l'azione revocatoria del conferimento d'azienda da parte delle imprese del gruppo in quest'ultima, stante il suo avvenuto perfezionamento prima del deposito del ricorso¹⁵.

4. Gli obblighi informativi sussistenti in caso di mancata gestione unitaria

La proposizione di un unico ricorso per l'apertura di una procedura di concordato preventivo di gruppo risolve a monte il delicato problema della circolazione delle informazioni inerenti alle imprese consociate necessarie per la definizione di un efficiente programma di ristrutturazione. Per converso, nei casi in cui la proposizione, «*con un unico ricorso*», della domanda di ammissione al concordato preventivo non sia possibile o non si ritenga conveniente, occorre comunque assicurare lo scambio delle informazioni necessarie al coordinamento

¹³ È d'uopo tuttavia precisare al riguardo che l'adozione di una simile tecnica di *reductio ad unitatem* delle società del gruppo non necessariamente mina l'autonomia delle rispettive masse attive e passive. Tale principio può infatti risultare sostanzialmente rispettato allorché i coefficienti di assegnazione delle quote della società neocostituita alle imprese del gruppo (c.d. *recovery ratio*) siano rigorosamente proporzionali al rispettivo rapporto tra massa attiva e passiva di ciascuna di esse (e cfr., R. Santagata, *Sulla ristrutturazione*, cit., 649 ss.).

¹⁴ Ma, riterrei, anche *de lege ferenda*, non potendo la peculiare fattispecie ora in esame ritenersi ricompresa nella previsione di cui all'art. 6, 2° comma, lett. d, d.d.l., che condivisibilmente mira a rendere irreversibili gli effetti delle operazioni di trasformazione, fusione e scissione poste in essere nel corso della procedura. Ciò a meno che, ovviamente, la costituzione di una società veicolo tra le diverse imprese del gruppo non si risolva in una c.d. fusione in senso stretto (art. 2501 c.c.) tra le società conferenti le rispettive aziende che, per effetto dell'operazione, vengono ad estinguersi.

¹⁵ I rischi di instabilità di una simile "operazione straordinaria" sono chiaramente evidenziati da R. Brogi, *La fusione e la scissione nel concordato preventivo e nel concordato fallimentare*, in P. Bastia - R. Brogi, *Operazioni societarie straordinarie e crisi d'impresa*, Milanofiori Assago, 2016, 215 ss.

delle distinte procedure: opportunamente, pertanto, il d.d.l. sancisce – raccogliendo spunti maturati in ambito internazionale (§ 2 della *Legislative Guide* dell'UNCITRAL) e nella progettata disciplina tedesca dell'insolvenza di gruppo (cfr. la bozza del § 269b *Insolvenzordnung* del *Regierungsentwurf* del 21 giugno 2013, approvato in via definitiva dal *Bundestag* ma non ancora entrato in vigore) – «*obblighi reciproci di informazione e di collaborazione fra gli organi di gestione delle diverse procedure*» (art. 3, 1° comma, lett. e), il cui adempimento è strettamente funzionale ad un'accurata pianificazione delle imprese del gruppo in crisi o insolvente.

L'attuazione di questo principio generale, da parte del legislatore delegato, si profila però tutt'altro che agevole, considerato che il potenziale veicolo informativo rappresentato, nel sistema vigente, dalla relazione del professionista richiesta dall'art. 161, 3° comma, l. fall.¹⁶ pare destinato – se ben intendo i propositi dei *conditores*¹⁷ – ad una (parziale) soppressione o, almeno, ad un sensibile depotenziamento, compensati dalla centralità del ruolo che i professionisti sono deputati a giocare nelle nuove procedure stragiudiziali di composizione assistita della crisi. Il che induce ad auspicare che – nella programmata revisione dell'«attuale sistema di accertamento della veridicità dei

¹⁶ E si consenta il richiamo delle considerazioni già svolte in R. Santagata, *Concordato preventivo "di gruppo"*, cit., 253 ss., ove si approfondiscono alcuni spunti di M. Garcea, *La rilevanza del gruppo nelle gestioni negoziate della crisi di impresa*, in *Riv. soc.*, 2012, 959 ss.; adde ora, per una trattazione analitica ed in chiave comparatistica del problema, L. Benedetti, *I flussi informativi nella crisi di gruppo*, in *Giur. comm.*, 2017, I, spec. 285 ss. (e già Id., *I flussi informativi nella crisi del gruppo societario: spunti di diritto interno e comparato in vista della ventura riforma della normativa italiana*, in *Crisi dell'impresa e ruolo dell'informazione*, Atti VIII Incontro italo-spagnolo di Diritto commerciale - Napoli, 25 settembre 2015, a cura di Paciello e Guizzi, Milano, 2016, spec. 440 ss.), che affronta anche le questioni connesse all'indipendenza del professionista attestatore unico per tutte le imprese del gruppo.

¹⁷ Mi riferisco al passo della *Relazione allo Schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, § 5, di seguito trascritto: «*E' dubbio se, nel rinnovato quadro normativo che s'intende disegnare, conservi reale utilità la figura del professionista indipendente – ma pur sempre designato dallo stesso debitore – chiamato ad attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano concordatario ... Quanto meno nelle ipotesi in cui la domanda di concordato sia lo sbocco di una precedente procedura stragiudiziale di composizione assistita della crisi, è ragionevole ipotizzare che la suddetta funzione attestatrice possa essere stata già adeguatamente assolta dal professionista designato a seguire tale procedura ... Del resto, l'esperienza di questi ultimi anni ... sembra suggerire che le attestazioni del professionista sono quasi sempre destinate a successiva revisione da parte del commissario giudiziale, col concreto rischio di una sostanziale duplicazione di attività e di conseguente spreco di tempo ed aumento finale dei costi per l'impresa*».

dati aziendali e di attestazione della fattibilità del piano concordatario» (cfr., testualmente, la Relazione illustrativa allo Schema, § 5) – il legislatore delegato tenga adeguatamente conto delle peculiarità dei gruppi d'impresa: particolarità che potrebbero suggerire, anche qualora restino separate le procedure, la designazione di un rappresentante giudiziale delle imprese in crisi e/o insolventi del sodalizio [c.d. *insolvency representative*, previsto dalle linee guida elaborate dall'UNCITRAL¹⁸] che, dotato dei necessari requisiti di professionalità, indipendenza ed imparzialità, selezioni le informazioni economiche, finanziarie e commerciali necessarie per un risanamento unitario del gruppo. Le delicate questioni connesse alla circolazione delle informazioni endogruppo non possono dunque restare neglette, essendo anzi imprescindibile una loro adeguata considerazione già nella regolamentazione delle procedure di allerta e mediazione (in attuazione dei principi declinati dall'art. 4 d.d.l.).

In particolare, il legislatore delegato è chiamato a definire il limite alla circolazione endogruppo delle informazioni c.d. confidenziali che, secondo le linee guida dell' UNCITRAL, possono essere considerate tali soltanto «*in casi eccezionali, rimessi alla valutazione della corte, secondo la legge vigente in un dato ordinamento*»¹⁹. Riterrei al proposito imprescindibile il richiamo delle condizioni di liceità dell'attività di direzione e coordinamento declinate dall'art. 2497 c.c., con il risultato che le richieste di informazione devono essere soddisfatte a condizione che non arrechino un pregiudizio alla massa patrimoniale dell'impresa del gruppo destinataria della richiesta. La consolidata elaborazione dottrinale germanica²⁰ e le indicazioni della disciplina tedesca

¹⁸ L'Uncitral raccomanda, in particolare, una disciplina che definisca: «a) il luogo, il tempo e il modo della comunicazione fra le corti o fra esse e gli organi delle procedure estere; b) la necessità di informare preventivamente le parti interessate, secondo le leggi applicabili, delle comunicazioni delle quali si intenda dar corso; c) la valutazione dell'opportunità, da parte della corte, che un *insolvency representative* sia legittimato a partecipare di persona allo scambio di informazioni, così come, eventualmente, una delle parti interessate; d) la necessità di predisporre una documentazione scritta dello scambio; e) la necessità che le comunicazioni vengano considerate confidenziali solo in casi eccezionali, rimessi alla valutazione della corte secondo la legge vigente in un dato ordinamento» (Rec. n.243).

¹⁹ Rec. n.243, cit. alla nt. prec.

²⁰ V. nella dottrina tedesca, proprio con riguardo alla peculiare prospettiva del risanamento del gruppo, già le limpide considerazioni di H. Eidenmüller, *Verfahrenskoordination bei*

sull'insolvenza di gruppo in procinto di entrare in vigore²¹ inducono, però, ad escludere la sussistenza di un danno ove, dalla complessiva valutazione dei rapporti infragruppo, emergano vantaggi compensativi, che devono a mio giudizio rilevare nel presente contesto non soltanto se già conseguiti (il che è per definizione da escludersi date le condizioni economico-finanziarie in cui si trova il gruppo), ma anche se sono *fondatamente prevedibili* (cfr. la formula dell'art. 2634, 3° comma, c.c.) alla stregua del programma di ristrutturazione unitaria del gruppo²². Sul punto tornerò in seguito.

Preme per il momento evidenziare che la circolazione delle informazioni tra gli organi delle diverse procedure può essere agevolata dalla predisposizione di assetti regolamentari funzionali ad una gestione unitaria ed efficiente della crisi o dell'insolvenza di gruppo; e la formulazione di tali regolamenti dovrà uniformarsi ai «*criteri*» che il legislatore delegato è chiamato a definire (cfr. lett. e del 2°

Konzerninsolvenzen, in *ZHR*, (vol. 169) 2005, spec. 552 s. e soprattutto, per una compiuta definizione dei limiti allo scambio di informazioni in termini non troppo dissimili a quelli puntualizzati nel testo, M.J.E. Becker, *Kooperationspflichten in der Konzerninsolvenz*, Köln, 2012, 256 ss., spec. 260. Il tema della gestione dell'insolvenza di gruppo è stato poi da ultimo rivisitato, alla luce delle indicazioni del progetto di riforma, da L.F. Flöther u. S. Hoffmann, *Die Eigenverwaltung in der Konzerninsolvenz*, in *Festschrift für Bruno M. Kübler*, cit., 147 ss. (v. anche, in sintesi, L.F. Flöther, *Handbuch*, cit., spec. 278 ss.).

²¹ Alludo, in particolare, al § 269b *InsO*, introdotto dal recentissimo *Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen*, reperibile presso il sito <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP18/555/55535.html> (approvato in via definitiva dal *Bundestag* e destinato ad entrare in vigore il prossimo 21 aprile 2018: v. anche notizia in *ZIP*, 2017, Heft 18, A36). In particolare, nella *Entwurf* relativa alla norma testé citata si insiste sulla necessità di stimare, da parte dell'autorità giudiziaria, gli effetti dello scambio di informazioni per le singole entità del gruppo ed i loro rispettivi creditori, oltreché per la strategia di risanamento del sodalizio, concludendo che «*Die Pflicht zur Zusammenarbeit findet für das einzelne Insolvenzgericht ihre Grenzen in Verfahrenshandlungen, welche den Zielen des bei diesem Gericht geführten Insolvenzverfahrens zuwiderlaufen. So darf eine Informationsweitergabe oder eine Abstimmung durch das Gericht nicht offenkundig dazu führen, dass die Gläubiger in dem bei diesem Gericht geführten Verfahren Nachteile erleiden*».

²² Già in R. Santagata, *Concordato preventivo "di gruppo"*, cit., 250 ss., avevo sottolineato la necessità di richiamare, nel contesto dell'insolvenza dei gruppi, la clausola dei vantaggi compensativi in una declinazione coincidente con la formulazione dell'art. 2634, 3° comma, c.c.. Con riguardo, poi, ai conflitti inerenti la circolazione endogruppo delle informazioni, mi sembra poi che ulteriore sostegno a questa impostazione provenga dalla stretta pertinenza di questa materia al diritto penale societario; non a caso il tema era stato in principio indagato proprio avendo presente l'originario delitto di «divulgazione di notizie sociali riservate» (abr. art. 2622 c.c.) il riferimento è al fondamentale contributo di P. Abbadessa, *La circolazione delle informazioni all'interno del gruppo*, in *I gruppi di società*, Atti del convegno internazionale di studi (Venezia, 16-17-18 novembre 1995), a cura di Balzarini-Carcano-Mucciarelli, vol. II, Milano, 1996, in part. 576 ss..

comma dell'art. 3 d.d.l.), anche sulla scorta delle indicazioni provenienti dalle linee guida dell'UNCITRAL e dal Regolamento UE 2015/848²³.

5. I vincoli legali sussistenti in caso di gestione unitaria

Qualora sia intrapresa la strada della «*gestione unitaria della procedura di concordato di gruppo*», occorrerà rispettare una serie di vincoli al c.d. consolidamento procedurale che il legislatore delegato sarà chiamato a puntualizzare ulteriormente.

Occorrerà anzitutto un chiarimento – perverso tutt'altro che agevole – sui presupposti di accesso alla “gestione unitaria”. Se, infatti, quest'ultimi dovessero continuare a valutarsi con riferimento alla singola entità del gruppo, ne discenderà l'impossibilità di partecipazione alla proposta di società che, benché non versino in stato di crisi, siano comunque coinvolte nel programma di risanamento, favorendone l'esecuzione mediante l'erogazione di finanziamenti alle società del gruppo in difficoltà economica e finanziaria²⁴. Per converso, potrebbe essere utile escludere dal programma di risanamento società che, ancorché in crisi, non svolgano attività strategica o strumentale nel contesto del gruppo: problematica, questa, esemplare dell'estrema difficoltà di adattare principi unitari alla multiforme tipologia della realtà dei gruppi d'impresa.

Parimenti rimessa alle scelte del legislatore delegato è la questione –

²³ Importanti spunti sono offerti dagli artt. 56 ss. del Regolamento UE 2015/848, e dalla Rec. n.252 delle Linee guida dell'Uncitral, che auspica l'adozione di misure volte a contenere ed a governare i conflitti di interessi in cui possono incorrere gli organi della procedura concorsuale per la definizione dell'insolvenza di un gruppo transfrontaliero (su cui cfr. le riflessioni di D. Vattermoli, *Gruppi multinazionali insolventi*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, spec. 615 ss.).

²⁴ Anche a tal proposito, sarebbe opportuno che il legislatore delegato specificasse le condizioni di ammissibilità di tali finanziamenti e garanzie delle società sane del gruppo volti ad agevolare la ristrutturazione del debito delle società in crisi o insolventi. Ed il necessario coordinamento della disciplina speciale in tema di crisi ed insolvenza del gruppo con le regole generali in tema di direzione e coordinamento di società collocate nel codice civile sembra imporre una soluzione nel senso che i soci non consenzienti ed i creditori delle società *in bonis* non devono subire, per effetto di siffatte operazioni di ristrutturazione, pregiudizi non neutralizzati da vantaggi compensativi (art. 2497, 1° comma, ult. pr., c.c.). In tal senso si orienta la disciplina della risoluzione della crisi dei gruppi bancari (e v. *infra* § 6) e si pronunciano *de iure condito*, tra gli altri, da M. Miola, *Attività di direzione e coordinamento e crisi nei gruppi di società*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, a cura di M. Campobasso-Cariello-Di Cataldo-Guerrera-Sciarrone Alibrandi, vol. 3, Torino, 2014, 2755 ss. e, da ultimo, P.F. Censoni, *Il concordato preventivo*, in *Tratt. proc. conc.*, diretto da Jorio e Sassani, vol. IV, Milano, 2016, 38.

strettamente connessa a quella testé esposta – se, a fronte dell'unico ricorso di ammissione al concordato di gruppo, il Tribunale possa assumere decisioni di diverso segno in relazione a talune società del sodalizio, di cui non ravvisa l'opportunità di coinvolgimento nella "gestione unitaria"²⁵. Trattasi di questione da risolvere alla luce di più generali principi inerenti l'interazione tra le vicende concordatarie delle diverse società coinvolte, a sua volta decisamente influenzata dalla scelta di vertice del legislatore di definire la fattispecie «concordato di gruppo» alla stregua di un ricorso formalmente e sostanzialmente unitario, oppure in senso più elastico anche come "fascio di distinte procedure coordinate". Sennonché, quand'anche si opti per la prima strada (nel qual senso deporrebbe forse il riferimento letterale, nella lett. c del 2° comma dell'art. 3 d.d.l., alla «proposta *unitaria* omologata»), i problemi di interazione tra le vicende concordatarie delle singole società del gruppo non sono affatto risolti, stante l'affermata necessità – del resto coerente con l'ineludibile principio di separazione delle masse attive e passive delle entità del gruppo – di una «*separata* votazione dei creditori di ciascuna impresa del gruppo» della proposta concordataria unitaria (art. 3, 2° comma, lett. b, d.d.l.). È infatti proprio questa previsione che rende ineludibile la regolamentazione delle conseguenze della mancata approvazione della *proposta unitaria* da parte dei creditori di una o più società coinvolte: ciò, auspicabilmente, con adeguati criteri che assicurino una certa discrezionalità al giudice delegato e/o al commissario giudiziale nella verifica, da espletarsi in una prospettiva di gruppo e non più atomistica, se il credito venga effettivamente soddisfatto in misura deteriore rispetto alle alternative concretamente praticabili, tenuto anche conto dei vincoli di solidarietà derivanti dalle frequenti garanzie infragruppo²⁶.

Questa impostazione impedirebbe, dunque, l'automatica propagazione delle conseguenze della mancata approvazione da parte di una società a tutte le altre

²⁵ Il problema è stato sollevato, già *de iure condito*, da S. Poli, *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 (Parte II)*, in *Contr. e impr.*, 2015, 111, testo e nt. 21.

²⁶ E v. la fattispecie recentemente esaminata dal Trib. Ravenna, 22 maggio 2014, in *Fallimento*, 2015, 203 ss.

interessate dalla proposta concordataria. Ed anzi, appunto a questi fini risulta d'indubbia utilità la nomina di un unico giudice delegato e di un unico commissario giudiziale per la "gestione unitaria" della crisi di gruppo (art. 3, 2° comma, lett. a, d.d.l.).

Quanto alla specifica disciplina degli effetti dell'eventuale annullamento o risoluzione della *proposta unitaria di gruppo omologata* (invocata dal d.d.l.: art. 3, 2° comma, lett. c), essa sembra rientrare nel più ampio disegno di «riordino della disciplina della revoca, dell'annullamento e della risoluzione del concordato preventivo», con la previsione della «legittimazione del commissario giudiziale a richiedere, su istanza di un creditore, la risoluzione del concordato per inadempimento» (art. 3, 2° comma, lett. m, d.d.l.).

Almeno ad una prima impressione, queste vicende – per definizione successive all'omologazione del concordato di gruppo – non potranno che interessare tutte le società coinvolte nella "gestione unitaria". Qualora, invece, si configurasse la fattispecie *concordato preventivo di gruppo* come "fascio di *distinte* procedure coordinate", sarebbe evidentemente ineludibile definire anche i termini in cui la risoluzione o l'annullamento di una delle procedure coordinate possano ripercuotersi sulle altre²⁷.

I vincoli procedurali alla "gestione unitaria" della crisi del gruppo esplicitamente contemplati dal d.d.l. sono volti ad assicurare la genuinità della valutazione della proposta di concordato da parte dei creditori delle diverse società, ed a prevenirne l'"inquinamento" da parte di interessi esterni o "atipici" dei votanti in relazione alla proposta stessa. Si pensi a vantaggi particolari di soggetti astretti da evidenti legami con il debitore, la cui incidenza spezzerebbe quel nesso di strumentalità alla base dell'operatività del principio maggioritario consistente nella comunione d'interessi tra tutti i partecipanti al concorso.

Ebbene, al fine di scongiurare conflitti d'interesse, l'approvazione dei concordati preventivi "di gruppo" dovrà richiedere allora due condizioni, la cui insussistenza potrà essere sindacata dall'autorità giudiziaria in sede di

²⁷ Una chiara illustrazione delle diverse implicazioni delle due impostazioni sul punto specifico è in S. Poli, *op. ult. cit.*, 112.

ammissione, revoca ed omologa della proposta concordataria. *Da un lato*, l'effettivo rispetto dell'autonomia delle masse passive imporrà – come già sostenuto dall'attuale giurisprudenza teorica e pratica²⁸ – l'obbligo di redigere distinti elenchi di creditori per ciascuna società del gruppo e, di riflesso, la necessità di *separate votazioni* della proposta unitaria volta alla definizione concordataria della crisi del gruppo: il voto dei creditori (da esprimersi secondo modalità telematiche: cfr. art. 6, 1° comma, lett. g, d.d.l.) e la ripartizione in classi andranno perciò riferiti ad ogni singola società del sodalizio (cfr. art. 3, 2° comma, lett. b, d.d.l.). *Dall'altro lato*, dovrà escludersi la legittimazione al voto «delle imprese del gruppo che siano titolari di crediti nei confronti delle altre imprese assoggettate alla procedura» (art. 3, 2° comma, lett. d, d.d.l.), così ribadendosi (e, forse, ampliandosi la portata dell'attuale divieto riferito ai «crediti delle società controllanti, controllate o sottoposte a comune controllo» già contenuto nella nuova formulazione dell'art. 177, 4° comma, l. fall. (nel testo modificato dall'art. 3, 5° comma, lett. b, d.l. 27 giugno 2015, n.83, conv. in l. 6 agosto 2015, n.132)²⁹.

6. I criteri per la formulazione del piano unitario di risoluzione della crisi di gruppo

Il fulcro della disciplina del concordato di gruppo consiste nella determinazione

²⁸ E cfr., infatti, App. Roma, 5 marzo 2013, in *Giur. mer.*, 2013, 1817 ss.; Trib. Ferrara, 8 aprile 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Asti, 24 settembre 2012, in www.ilcaso.it; Trib. Roma, 25 luglio 2012, in *Fallimento*, 2013, 748 ss. (con nota critica di C. Trentini, *Cessione parziale dei beni nel concordato preventivo e attestazione condizionata*) e già Trib. Ivrea, 21 febbraio 1995, *ivi*, 1995, 969 ss. In dottrina, ora, S. Poli, *Il concordato di gruppo: ii) verifica critica*, cit., spec. 113 s., che esclude la praticabilità di qualsiasi forma di aggregazione nel voto e nel calcolo delle maggioranze e correttamente ritiene «viziata nei suoi profili contenutistici e sostanziali (con riferimento alla sua causa in concreto, piuttosto che all'oggetto)» una proposta di concordato di gruppo contrastante con i corollari del principio di separazione delle masse passive ora evidenziati nel testo. E v., pure, nello stesso senso, N. Abriani (L. Panzani), *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, in *Tratt. proc. conc.*, diretto da Cagnasso e Panzani, tomo II, Torino, 2016, 3061, nota 234 e testo in corrispondenza; nonché le *Linee Guida per il finanziamento alle imprese in crisi*², 2014, a cura dell'Università degli studi di Firenze – CNDCEC – Assonime, reperibili presso il sito www.assonime.it, § 1.9. Di converso, M. Vitiello, *Il concordato preventivo "di gruppo"* (31-07-2012), nella Banca dati Il fallimentarista/Giuffrè, § 3, riteneva invece necessario celebrare un'unica adunanza, preceduta dalla redazione di un'unica relazione ex art. 172 l. fall., ferma restando l'esigenza di distinte votazioni.

²⁹ Vedi, per una fattispecie concreta in cui è stata esclusa dal voto la controllata della proponente il concordato, Trib. Verona, 27 marzo 2013, in *Fallimento*, 2013, 328 ss., con nota di G. D'Attorre, *Esclusione dal voto del creditore in conflitto d'interessi*.

dei «criteri per la formulazione del piano unitario di risoluzione della crisi di gruppo».

L'art. 3, 2° comma, lett. *f*, d.d.l. consente al riguardo l'esecuzione di «operazioni contrattuali e riorganizzative infragruppo *funzionali alla continuità aziendale* ed al miglior soddisfacimento dei creditori, fatta salva la tutela in sede concorsuale per i soci e per i creditori delle singole imprese, nonché per ogni altro cointeressato». Questa disposizione va necessariamente letta alla luce del nuovo principio generale sancito dallo stesso d.d.l. per la ridisegnata procedura di concordato preventivo: l'«inammissibilità di proposte che, in considerazione del loro contenuto sostanziale, abbiano natura essenzialmente liquidatoria» (art. 6, 1° comma, lett. *a*, d.d.l.), ad eccezione dei casi in cui intervengano apporti del debitore, di creditori o di terzi che incrementino in modo apprezzabile l'attivo (cfr. comb. disp. artt. 3, 3° comma, lett. *d*, e 7, 10° comma, lett. *d*, d.d.l.).

Nel nuovo scenario delineato dal disegno di legge in esame, sembrerebbero allora da ritenere a monte inammissibili piani di concordato di gruppo *con finalità liquidatorie* che contemplino operazioni di cessione parziale dei beni di talune società del sodalizio ai propri creditori e contestuale destinazione ai creditori di altre società del gruppo del ricavato della liquidazione eccedente l'integrale soddisfo dei privilegiati, oltreché dei chirografari nella percentuale prevista dalla stessa proposta³⁰.

Il d.d.l. parrebbe dunque consentire deroghe al principio di universalità della responsabilità patrimoniale nei soli casi di *concordati con continuità aziendale*,

³⁰ Simili fattispecie sono state più volte esaminate dalla giurisprudenza, prevalentemente orientata nel senso della loro inammissibilità. Cfr., infatti, Trib. Roma, 25 luglio 2012, cit., confermato, anche nella motivazione della decisione, dall'App. Roma, 5 marzo 2013, cit.; e già Trib. Roma, 16 dicembre 1997 (in *Riv. dir. priv.*, 1998, 652 ss., con nota di G. Scognamiglio, *Concordato preventivo e gruppi di società*, ed in *Dir. fall.*, 1998, II, 778 ss., con nota favorevole di D. Di Gravio, *Procedura unica per i concordati delle società del gruppo?*).

Ma v. anche la diversa posizione assunta da Trib. Terni, 19 maggio 1997 (in *Fallimento*, 1998, 290, con nota di M. Fabiani, *Il gruppo di imprese nella sentenza di omologazione del concordato preventivo*) che, perverso assai singolarmente, conteggiava separatamente le masse passive delle tre società in concordato ed al contempo considerava un unico attivo per i loro creditori, il che consentiva il successo della procedura grazie al sacrificio dei creditori della società dotata di maggiore patrimonio; nonché Trib. Messina, 30 novembre 1998 (in *Foro it.*, 2000, I, 1327 ss., con osservazioni di M. Fabiani), il quale reputava ammissibile una cessione concordataria *pro solvendo* della società del gruppo con maggiore patrimonio alle altre società in guisa da fornire ai loro creditori le risorse per un adeguato soddisfacimento delle loro ragioni.

così confermando – e trasponendo al piano del concordato di gruppo – l’eccezionalità del principio stabilito dal 2° pr. del 1° comma dell’attuale art. 186-*bis* l. fall.³¹.

In questa prospettiva, il «*piano unitario di risoluzione della crisi del gruppo*», evocato dall’art. 3, 2° comma, lett. *f* d.d.l., dovrebbe replicare un vero e proprio regolamento di gruppo volto a definire convenzionalmente le modalità dell’assistenza finanziaria funzionale alla gestione dello stato di crisi (o di insolvenza) del sodalizio complessivamente considerato³². A tal proposito, utili spunti per l’attuazione di questi precetti potrebbero ricavarsi dalla nuova disciplina sulla gestione delle crisi dei gruppi bancari e finanziari (cfr. spec. artt. 69-*quinquies* ss. Tub, introdotti dal d.lgs. 16 novembre 2015, n.181, in attuazione della direttiva 2014/59/UE, c.d. BRRD), là dove, in particolare, contempla le condizioni di ammissibilità dell’assistenza finanziaria infragruppo in funzione del superamento della crisi³³. Più esattamente, il legislatore delegato dovrebbe, a mio

³¹ Eccezionalità sostenuta dalla giurisprudenza romana citata alla nota precedente, ma criticata da G. D’Attorre, *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, spec. 364.

In direzione analoga mi sembra muoversi la recente disciplina della risoluzione della crisi dei gruppi bancari prevista dai dd.lgs. 16 novembre 2015, nn. 180 e 181. In particolare, paiono assai significative le condizioni per il sostegno finanziario infragruppo poste dal nuovo art. 69-*quinquiesdecies* Tub (e v. *infra*, nt. 32) e, in specie, il divieto di stipulazione di accordi di gruppo, sancito dall’art. 69-*duodecies*, 6° comma, Tub, per il caso in cui, al momento della loro conclusione, per una delle parti dell’accordo sussistono, a giudizio dell’autorità competente, i presupposti del c.d. intervento precoce.

³² Il rilievo fondamentale del regolamento di gruppo ai fini della soluzione delle crisi è stato già rilevato dalla dottrina occupatasi del fenomeno. E cfr., G. Fauceglia, *Sul fenomeno del gruppo nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2011, II, 256 ss.; M. Miola, *Attività di direzione e coordinamento e crisi*, cit., 2708 s., nt. 35, e, soprattutto, F. Guerrera, *I regolamenti di gruppo*, *ibidem*, vol. 2, 1604 ss. E si consenta anche il richiamo delle riflessioni già svolte in R. Santagata, *Concordato preventivo*, cit., 255 ss.

³³ Più esattamente, tale analitica disciplina del sostegno finanziario di gruppo contempla, tra le possibili misure di soluzione della crisi, l’adozione di accordi di gruppo e detta le specifiche condizioni sia per la loro legittimità (cfr. spec. art. 69-*duodecies*, 5° e 6° comma, Tub), sia per l’operatività del sostegno finanziario previsto dall’accordo (art. 69-*quinquiesdecies* Tub). A quest’ultimo riguardo, è significativo notare che questo sostegno può prestarsi alle condizioni, tra l’altro, che esso sia *ragionevolmente* idoneo a porre sostanziale rimedio alle difficoltà finanziarie del beneficiario, che sia diretto «a preservare o ripristinare la stabilità finanziaria del gruppo nel suo complesso o di una delle società del gruppo» e che risponda all’*interesse della società del gruppo che fornisce il sostegno*; vi deve essere, inoltre, la ragionevole aspettativa, sulla base delle informazioni a disposizione dell’organo amministrativo della società che fornisce il sostegno al momento dell’assunzione della relativa decisione, che sarà pagato il corrispettivo o rimborsato il prestito ricevuto o, in caso di garanzia, che sia possibile recuperare per intero la somma escussa.

avviso, verificare la possibilità di “importare” taluni principi recati da questa disciplina speciale nel diritto comune della crisi d’impresa. Ed invero, una previsione generale sugli accordi di sostegno finanziario infragruppo potrebbe rivelarsi opportuna anche quale specifico strumento di allerta ai sensi dell’art. 4 d.d.l..

Tornando al piano di risoluzione della crisi, questo documento deve offrire, nell’intento del riformatore, gli strumenti indispensabili per verificare *ex ante*, con un certo grado di attendibilità, l’effettiva funzionalità della soluzione concordataria *al miglior soddisfacimento dei creditori*. Questa verifica postula un giudizio prognostico sulla sostenibilità della soluzione prescelta anche ai fini della destinazione selettiva della c.d. «nuova finanza» oggetto di prededuzione³⁴ (cfr. la deroga al principio di postergazione per i finanziamenti in funzione o in esecuzione di un concordato preventivo, ribadita dall’art. 3, 1° comma, lett. *f*, d.d.l.) e, più in generale, sull’adeguatezza delle misure compensative previste dal piano, da effettuarsi a mio avviso secondo i criteri declinati dall’art. 2634, 3° comma, c.c., volti a conferire rilevanza altresì ai vantaggi «*fondatamente prevedibili*» derivanti dalla soluzione concordataria della crisi o dell’insolvenza di gruppo: clausola, quest’ultima, che sarebbe opportuno richiamare esplicitamente pure in questo contesto. Anche a tal proposito (mi) pare assai significativa la recentissima disciplina bancaria in tema di sostegno finanziario infragruppo (introdotta dai dd.lgs. nn. 180 e 181 del 2015), in specie là dove: da un lato, condiziona l’operatività dell’accordo di sostegno finanziario infragruppo, in via

Indubbiamente, la dettagliata normativa in questione offre, sia pure indirettamente, solido appiglio per sostenere la legittimità – alle condizioni ivi puntualizzate – di tali forme di assistenza finanziaria infragruppo anche al di fuori del comparto bancario e finanziario. Sul tema cfr., ancorché in relazione ai lavori preparatori della direttiva UE che le norme sopra citate avrebbero successivamente attuato, M. Lamandini, *La proposta di direttiva sulla gestione delle crisi bancarie e i contratti di assistenza finanziaria infragruppo: qualche considerazione di diritto societario*, in *Società, banche e crisi d’impresa*. Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, vol. 3, cit., 2645; ed ora, per un primo esame delle stesse, E. Ricciardiello, *Gli accordi di sostegno finanziario infragruppo nella Direttiva BRRD*, in *L’Unione bancaria europea*, a cura di Chiti e Santoro, Pisa, 2016, 445 ss. Anche l’approfondimento della nuova disciplina bancaria sul sostegno finanziario infragruppo non può prescindere dai fondamentali studi di M. Miola (tra cui v. almeno, da ultimo), *Finanziamenti infragruppo e tesoreria accentrata di gruppo*, in *Le operazioni di finanziamento*, diretto da Galgano e a cura di E. Panzarini, Dolmetta e S. Patriarca, Bologna, 2016, spec. 1449 ss.

³⁴ E v., su questo punto, S. Poli, *Il concordato di gruppo: ii) verifica critica*, cit., 131.

generale, al «*direct and indirect overall benefits for the group as a whole*» (cfr. *Guidelines EBA*³⁵) ed, in specie (tra l'altro) alla «*ragionevole aspettativa, sulla base delle informazioni*» disponibili agli amministratori al momento della decisione sul finanziamento, che sarà pagato un corrispettivo o rimborsato il prestito da parte della società beneficiaria (art. 69-*quinquiesdecies*, 1° comma, lett. *d*, Tub); dall'altro lato, prevede che i criteri di calcolo del corrispettivo del finanziamento, stabiliti dall'accordo di gruppo, «*possono non tenere conto del prezzo di mercato, in particolare se esso è influenzato da fattori anomali o esterni al gruppo o se la parte che fornisce il sostegno dispone, in forza dell'appartenenza al gruppo del beneficiario, di informazioni non pubbliche rilevanti*» (art. 69-*duodecies*, 5° comma, lett. *c*, Tub).

Al lume dei superiori criteri andrebbe valutata anche la legittimità dell'eventuale previsione nel piano concordatario di un criterio di imputazione delle spese generali della procedura alle singole imprese del gruppo non proporzionale alle rispettive masse attive³⁶.

Il piano dovrebbe altresì fornire utili elementi alla valutazione economica delle possibili rinunce ad azioni di responsabilità e/o azioni revocatorie funzionali al risanamento ed alla continuità aziendale, a crediti contestati, sottoposti a condizioni o di difficile recupero, ed al contempo offrire valida giustificazione all'accollo, da parte della capogruppo, di debiti della controllata in funzione della continuità aziendale di quest'ultima: accollo altrimenti valutato come pregiudizievole ed ingiustificato.

In definitiva, le indicazioni del piano concordatario risultano fondamentali anche ai fini dell'applicazione della «*tutela in sede concorsuale per i soci ed i creditori delle singole imprese, nonché per ogni altro cointeressato*», richiamata

³⁵ EBA, *Guidelines Specifying the conditions for group financial support*, EBA/GL/2015/17, Title II, 10 ss.

³⁶ Al proposito, mi sembra infatti che dovrebbe valere anche nel presente contesto, salve deroghe previste e giustificate dal piano concordatario, il principio generale (già previsto in tema di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi dagli artt. 85, 2° comma, d.lgs. 8 luglio 1999, n.270, e 4-*bis*, 2° comma, d.l. 347/2003, conv. in l. 39/2004) secondo cui le spese generali della procedura sono imputate alle singole imprese del gruppo in proporzione delle rispettive masse attive: criterio che il d.d.l. prevede per la sola liquidazione giudiziale (art. 3, 3° comma, lett. *b*).

dall'art. 3, 2° comma, lett. *f*, d.d.l. e da ricostruire anzitutto alla stregua dei principi sanciti dal successivo 3° comma, lett. *c*, ove il riferimento alle azioni di responsabilità dei soci e dei creditori nei confronti degli organi sociali e di chi, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, ha violato i doveri di prevenzione dell'insolvenza e/o di sua inefficiente gestione (cfr. art. 3, 3° comma, lett. *c*, *sub* 2, ove il richiamo alle azioni previste dall'art. 2497 c.c.).

7. ... e la «tutela in sede concorsuale per i soci ed i creditori delle singole imprese» in caso di operazioni riorganizzative infragruppo funzionali al concordato preventivo

La tutela per i soci ed i creditori, evocata dalla disposizione testé citata, viene in considerazione, soprattutto, nei casi in cui il risanamento per continuità aziendale, previsto dalla proposta concordataria, postuli l'esecuzione di operazioni straordinarie, quali fusioni o scissioni infragruppo.

Ed invero, gli studi aziendalistici hanno da tempo dimostrato che la pianificazione del risanamento di un gruppo di società richiede sovente razionalizzazioni, semplificazioni e ridimensionamenti degli apparati organizzativi in guisa da render possibili risparmi di ingenti costi fissi di struttura (servizi amministrativi e organizzativi, costi manageriali, spese di locazione per uffici, spese di funzionamento degli stessi). Elettivamente preordinate ad elidere siffatte superfetazioni strutturali ed organizzative sono le fusioni infragruppo, la cui realizzazione è talora essenziale per assicurare un rapido conseguimento di economie ed un recupero di redditività, che rendano più credibile il progetto di risanamento dell'intero sodalizio. In altri casi, in cui la crisi del gruppo è imputabile anche a pregressi errori strategici, può rivelarsi invece utile al risanamento l'esecuzione di scissioni parziali, che consentano di isolare rami aziendali incoerenti con il *core business* del sodalizio, accrescendone la visibilità sul mercato e l'appetibilità da parte di investitori specializzati³⁷.

³⁷ E v. da ultimo, per la sottolineatura delle molteplici potenzialità di risanamento delle fusioni e scissioni infragruppo, P. Bastia, *Le operazioni straordinarie come rimedi alle crisi dei gruppi*, in P. Bastia - R. Brogi, *Operazioni societarie straordinarie e crisi d'impresa*, cit., 79 ss.

Tanto premesso, è però fuori contestazione che un piano unitario di risoluzione della crisi di un sodalizio che contempra siffatte operazioni riorganizzative infragruppo renda necessarie apposite tutele di soci e creditori delle singole imprese. Si pensi ad esempio, nella prospettiva dei soci, alla fissazione di un rapporto di cambio volto a favorire – con un meccanismo premiale che ne rifletta i benefici sinergici – la conversione dei crediti in capitale di rischio nell'ambito di un'operazione di aumento di capitale a servizio di una fusione concordataria.

A questo proposito, il precetto dell'art. 3, 2° comma, lett. f, d.d.l. deve necessariamente coordinarsi con il successivo art. 6, 2° comma, lett. c, in cui si invita il legislatore delegato a prevedere una disciplina delle cc.dd. fusioni e scissioni concordatarie ispirata ai seguenti principi generali: a) la specifica tutela dell'opposizione dei creditori può essere attivata soltanto in sede di controllo giudiziale sulla legittimità della domanda concordataria, restando così opportunamente assorbito dalla tutela concorsuale riservata al ceto creditorio il diritto previsto in via generale dall'art. 2503 c.c., anche in ragione della preminente finalità di continuità aziendale della nuova procedura di concordato preventivo;³⁸ b) gli effetti delle operazioni sono irreversibili, anche in caso di risoluzione o annullamento del concordato, salvo il diritto al risarcimento dei soci o terzi danneggiati, a norma dell'art. 2504-*quater* c.c.; c) insussistenza del diritto di recesso dei soci, in conseguenza di operazioni di ristrutturazione incidenti

³⁸ Diritto la cui sussistenza era invece affermata – in contrasto con la dottrina prevalente [per riferimenti, v. R. Santagata, *Concordato preventivo*, cit., 226, nt. 31; e, da ultimo, M.C. di Martino, *La fusione concordataria delle società di capitali*, Torino, 2017 (in corso di stampa), cap. III, sez. II, § 4 – dalla giurisprudenza di merito (Trib. Prato, 21 luglio 2014, in *Riv. dir. impr.*, 2015, 111 ss., con nota critica di A. Vadalà, *L'opposizione nella fusione concordataria*; nonché l'*obiter dictum* del Trib. Ferrara, 8 aprile 2014, cit.), che lo ricollegava all'art. 2740 c.c.: e v. altresì le considerazioni di R. Brogi, *La fusione e la scissione*, cit., 192 ss., la quale, condivisa la posizione della giurisprudenza, motiva la scelta del Progetto Rordorf (trasfuso nel d.d.l. qui commentato) di derogare all'art. 2503 c.c. proprio in virtù della finalità di sola continuità aziendale che ispirerebbe il nuovo concordato, soggiungendo che non sarebbe invece «conforme ad un parametro di ragionevolezza una scelta, anche formalizzata in sede legislativa, che privasse i creditori della tutela costituita dall'opposizione alla fusione nelle ipotesi di concordati liquidatori, posto che ciò integrerebbe un arbitrario travaso di risorse destinate ai creditori di una società a quelli di un'altra società» (spec. p. 194). Dal canto suo, R. Sacchi, *Le operazioni straordinarie nel concordato preventivo*, in *Le proposte per una riforma*, cit., 51 ss., auspica una contestuale modifica della disciplina del giudizio di omologazione che assegni al singolo creditore, privato dell'opposizione, la legittimazione a contestare la convenienza della proposta concordataria.

sull'organizzazione o sulla struttura finanziaria della società, con ciò risolvendo a monte le complesse problematiche di coordinamento della liquidazione del socio recedente con i contenuti del piano concordatario e la relativa disciplina concorsuale³⁹.

Ebbene, mi sembra che il coordinamento delle due disposizioni favorisca un meccanismo di "circolazione" dei presìdi a tutela di soci e creditori nelle operazioni straordinarie e nei gruppi, viepiù opportuno in quei casi in cui il risanamento di quest'ultimi debba realizzarsi attraverso le prime. Traspone chiaro, in particolare, l'intento del legislatore di privilegiare decisamente la stabilità della soluzione concordataria della crisi o dell'insolvenza di gruppo, ancorché pregiudizievole per i soci e/o per i creditori, la cui tutela resta quindi affidata esclusivamente ai tradizionali rimedi risarcitori.

³⁹ Per una sintetica esposizione delle stesse, cfr. ora P. Bastia - R. Brogi, *Il piano concordatario e le operazioni societarie straordinarie*, in P. Bastia - R. Brogi, *Operazioni societarie straordinarie e crisi d'impresa*, cit., 347 ss., che opportunamente distingue, *de iure condito*, a seconda se il recesso del socio viene esercitato prima del deposito della domanda di concordato od invece in seguito a tale adempimento, non potendo in quest'ultima evenienza il credito alla liquidazione della quota essere incluso nel concorso; *adde*, anche per puntuali riferimenti comparatistici sul punto specifico, M.C. di Martino, *La fusione concordataria*, cit., cap. III, sez. I, § 11. In senso critico sulla radicale esclusione del recesso v., però, R. Sacchi, *Le operazioni straordinarie*, cit., 49.