



LUISS GUIDO CARLI  
LIBERA UNIVERSITA' INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

A.A. 2016 – 2017

TESI IN: DIRITTO COMMERCIALE PROGREDITO

TITOLO: GROUPS INSOLVENCY: NATIONAL AND INTERNATIONAL PERSPECTIVE

RELATORE:

Chiar.mo Prof. Gian Domenico Mosco

CANDIDATA:

LUCREZIA GRASSI

CORRELATORE:

Chiar.mo Prof. Salvatore Lopreiato

MATR: 130323

**GROUPS INSOLVENCY:  
NATIONAL AND INTERNATIONAL PERSPECTIVE.**

**INTRODUZIONE.**

**CAPITOLO I – I GRUPPI DI SOCIETÀ**

1. Il fenomeno dei gruppi di società. L'assenza di una definizione normativa.
2. Le diverse tipologie di gruppi società.
3. Le strutture dei gruppi di società.
4. La costituzione di un gruppo di società. Le nozioni di controllo e collegamento.
5. Cenni storici sulla disciplina dei gruppi di società. Analisi del fenomeno prima della riforma del diritto societario.
  - 5.1. *Segue.* La disciplina a partire dal 2003.
6. La responsabilità civile da direzione e coordinamento.
7. Gli obblighi di pubblicità.
8. Gli obblighi di motivazione.
9. Le presunzioni in materia di direzione e coordinamento.
10. La responsabilità penale *ex d.lgs. n. 231 del 2001.*

**CAPITOLO II – IL GRUPPO INSOLVENTE**

1. La crisi della società.
2. Il gruppo di società insolvente nella legislazione speciale.
  - 2.1 L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese. La disciplina della legge Prodi.
    - 2.1.1 *Segue.* Le novità introdotte dalla legge Prodi-*bis.*
    - 2.1.2 *Segue.* L'amministrazione straordinaria delle grandissime imprese nel c.d. Decreto Manzano.

- 2.1.3 *Segue.* L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese nel settore dei servizi pubblici essenziali. Il Decreto Alitalia.
- 2.2 La disciplina dell'insolvenza dei gruppi bancari.
- 2.3 Le procedure concorsuali nei gruppi di società fiduciarie.
- 3. L'insolvenza transfrontaliera.
- 4. *Legislative Guide on Insolvency law.*
- 5. Spunti comparatistici.
  - 5.1 *Segue.* La *ley concosual* spagnola.
  - 5.2 *Segue.* L'*insolvency law* statunitense.
  - 5.3 *Segue.* L'*insolvenzordnung* tedesca.
  - 5.4 *Segue.* L'esperienza francese.
- 6. Le lacune normative e l'esigenza di un intervento del legislatore.

### **CAPITOLO III – LA CRISI E L'INSOLVENZA DEI GRUPPI NEL DISEGNO DI LEGGE DELEGA DELLA COMMISSIONE RORDORF.**

- 1. Il progetto di riforma delle procedure concorsuali affidato alla Commissione Rordorf. Principi generali.
  - 1.1. *Segue.* Le procedure di allerta.
  - 1.2. *Segue.* Accordi di ristrutturazione.
  - 1.3. *Segue.* Liquidazione giudiziale ed esdebitazione.
- 2. Il concordato preventivo e la crisi dei gruppi di società nel Disegno di Legge Rordorf.
- 3. Il Disegno di Legge Rordorf nei lavori parlamentari. Lo stralcio dell'articolo 15.
  - 3.1. *Segue.* L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza. Brevi cenni.
  - 3.2. *Segue.* L'amministrazione straordinaria dei gruppi di società nel d.d.l. Abrignani.
- 4. L'esigenza di riforma nella giurisprudenza: l'esame dell'ammissibilità del concordato preventivo di gruppo. La giurisprudenza di merito.

- 4.1. *Segue*. La posizione della Corte di Cassazione.
- 4.2. *Segue*. La giurisprudenza successiva all'intervento della Corte di Cassazione.
5. Considerazioni conclusive.

## **BIBLIOGRAFIA.**

## **GIURISPRUDENZA.**

## INTRODUZIONE

Tra i diversi rami del diritto che nel corso degli anni si sono dovuti modificare ed adeguare alla differente e mutata sensibilità sociale ed alle diverse esigenze rilevanti in ambito giuridico economico viene alla luce anche il diritto fallimentare.

Quest'ultimo, delineato nel 1942 intorno alla necessità di tutelare i creditori nelle ipotesi di insolvenza dei soggetti giuridici e caratterizzato, dunque, da un fine meramente liquidatorio, è stato oggetto di una serie di riforme da parte del legislatore che, proprio per rispondere alle mutate esigenze sociali, ha mirato, fin dal 2005, a tutelare – oltre che gli interessi ed i diritti dei creditori – la continuità aziendale, relegando l'interruzione dell'attività di impresa a strumento marginale e secondario, subordinato all'evidente impossibilità di superare la crisi.

Alle stesse esigenze ha risposto, sul piano meramente pratico, la figura del gruppo di società che, inizialmente priva di qualsivoglia regolamentazione legislativa, è stata analizzata e disciplinata da parte del legislatore con eccessiva cautela, certamente dovuta alla volontà – o, forse, incapacità – di quest'ultimo di inquadrare e cristallizzare un fenomeno in continua evoluzione.

La stessa nozione di gruppo di società muta infatti in virtù di un un approccio economico o giuridico: da una parte questo rappresenta un istituto economico in cui coesistono una pluralità di istituti giuridici formalmente indipendenti ma sostanzialmente gestiti in maniera unitaria; dall'altra parte, invece, a fronte di una prima disciplina codicistica limitata alla disciplina del rapporto sussistente tra società controllante e società controllata, entrambe concepite quali entità distinte ed autonome, un'interpretazione successiva ha focalizzato l'attenzione sulla nozione di direzione e coordinamento delle società partecipanti al gruppo, rappresentando così un primo passo verso il riconoscimento del gruppo quale soggetto giuridico unitario.

Tale seconda ultima impostazione metodologica, fatta propria dal legislatore nel 2003, non ha però trovato spazio nell'ambito fallimentare, per il

quale il legislatore si è dimostrato restio ad abbracciare la tesi del gruppo insolvente e ad abbandonare il principio «*one company, one insolvency, one proceeding*».

La recente emanazione dell'*insolvency legislative guide* sembra tuttavia provare la mutata volontà del legislatore, sia nazionale che comunitario, di adeguare l'assetto normativo alla realtà esteriore, rispondendo alla necessità di un consolidamento sia processuale che sostanziale in materia.

Non sorprende dunque, in questa diversa ottica, l'adozione del Regolamento Europeo n. 848 del 2015, in vigore a partire dalla metà del 2017, che costituisce il frutto ancora non del tutto maturo delle indicazioni contenute nella Guida UNCITRAL o, in Italia, nella proposta di legge delega elaborata dalla Commissione Rordorf.

Alla luce di tali considerazioni, il presente elaborato è un tentativo di riorganizzazione organica e sistematica della disciplina dell'insolvenza del gruppo di società, ponendo particolare attenzione sull'applicabilità della figura, di origine giurisprudenziale, del concordato di gruppo.

Nel Capitolo I si tenterà dunque di proporre un percorso che, partendo dall'analisi storica del fenomeno del gruppo nelle differenti interpretazioni che questo assume prima e dopo la riforma del diritto societario del 2003, conduce a focalizzare l'attenzione sulla nozione di controllo e sui suoi elementi costitutivi da cui scaturiscono le diverse strutture attraverso cui il gruppo si configura.

Conseguentemente verranno esaminati i profili della responsabilità per la direzione ed il coordinamento, recentemente codificati negli artt. 2497 ss., e gli obblighi della capogruppo ad essa connessi.

Infine, con l'obiettivo di ottenere una visione completa del regime di responsabilità, sarà trattato il d.lgs. n. 231 del 2001 che ne affronta i profili penali.

Nel Capitolo II verrà invece introdotto il tema della gestione della crisi nei gruppi di società: partendo infatti dall'enunciazione dei generici requisiti soggettivi ed oggettivi che permettono l'apertura del fallimento in capo ad una società, si andrà ad osservare come nell'attuale legge fallimentare non ne è

prevista la possibilità di un'estensione analogica ai gruppi di società, sussistendo un rigido principio di autonomia giuridica delle società partecipanti al gruppo.

Sulla base di tale affermazione si ricercherà nella legislazione speciale un punto di partenza per la concezione del gruppo insolvente come un'unica entità, trattandone poi i vari aspetti applicativi nelle procedure concorsuali dell'amministrazione straordinaria e della liquidazione coatta amministrativa.

L'esposizione proseguirà quindi con l'esame della figura dell'insolvenza transfrontaliera che, in conformità al principio di libertà di circolazione e stabilimento garantito dai trattati fondamentali della comunità europea, andrà a svincolare dai confini dello Stato l'insolvenza del gruppo di società che, per sua natura, tendenzialmente si affaccia sul panorama internazionale per lo svolgimento della sua attività.

Da ultimo verrà trattata l'evoluzione della disciplina del gruppo insolvente fra principi UNCITRAL e Regolamento Europeo n. 848 del 2015, senza tralasciare l'esame, in ottica comparativa, di sistemi giuridici di *civil law* spagnolo e tedesco e di quello di *common law* statunitense.

Nel Capitolo III si proporrà un'analisi approfondita del progetto di riforma elaborato dalla Commissione Rordorf, soffermandosi in maniera approfondita sulla figura del concordato di gruppo e sul suo parallelo sviluppo in seno alla giurisprudenza, sia di merito sia di legittimità. In particolare, verrà evidenziato come, discostandosi diametralmente dalle considerazioni dei giudici di merito, la Suprema Corte abbia, nel 2015, manifestato apertamente il proprio dissenso nei confronti di un'interpretazione unitaria del gruppo di società nell'ambito delle procedure volte al superamento dello stato di insolvenza e di crisi.

## CAPITOLO I – I GRUPPI DI SOCIETÀ

**SOMMARIO:** 1. IL FENOMENO DEI GRUPPI DI SOCIETÀ. L'ASSENZA DI UNA DEFINIZIONE NORMATIVA – 2. LE DIVERSE TIPOLOGIE DI GRUPPI SOCIETÀ – 3. LE STRUTTURE DEI GRUPPI DI SOCIETÀ – 4. LA COSTITUZIONE DI UN GRUPPO DI SOCIETÀ. LE NOZIONI DI CONTROLLO E COLLEGAMENTO – 5. CENNI STORICI SULLA DISCIPLINA DEI GRUPPI DI SOCIETÀ. ANALISI DEL FENOMENO PRIMA DELLA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO – 5.1. *SEGUE*. LA DISCIPLINA A PARTIRE DAL 2003 – 6. LA RESPONSABILITÀ CIVILE DA DIREZIONE E COORDINAMENTO – 7. GLI OBBLIGHI DI PUBBLICITÀ – 8. GLI OBBLIGHI DI MOTIVAZIONE – 9. LE PRESUNZIONI IN MATERIA DI DIREZIONE E COORDINAMENTO – 10. LA RESPONSABILITÀ PENALE *EX D.LGS. N. 231 DEL 2001*.

### **1. Il fenomeno dei gruppi di società. L'assenza di una definizione normativa.**

La realtà economica ed imprenditoriale dimostra come per gruppo di società debba intendersi *«un'aggregazione di imprese, formalmente autonome ed indipendenti una dall'altra, ma assoggettate tutte ad una direzione unitaria. Tutte sono sotto l'influenza dominante di un'unica società (la capogruppo) che, direttamente o indirettamente, controlla e dirige, secondo un disegno unitario, la loro attività di impresa per il perseguimento di uno scopo unitario e comune a tutte le società del gruppo (c.d. interesse di gruppo)»*<sup>1</sup>.

Come appare evidente, tale fenomeno altro non è che l'assetto organizzativo tipicamente assunto dalle imprese di grandi dimensioni: basti pensare, ad esempio, alle società multinazionali, che sono raggruppamenti di società aventi sedi in paesi diversi con la caratteristica di essere controllate e dirette da un'unica *holding* a cui spettano le scelte strategiche.

La struttura così descritta, non esaurisce il fenomeno. Oltre al modello c.d. gerarchico testé ricostruito, nella pratica si sono sviluppate aggregazioni di società facenti capo a modelli differenti: è il caso dei gruppi orizzontali o paritetici – ove l'attività di direzione e coordinamento si attua in assenza di vincoli di subordinazione tra le diverse società partecipanti –, dei gruppi a catena, dei gruppi stellari e dei gruppi a raggiera.

---

<sup>1</sup> Tribunale di Biella, 17 novembre 2006 consultabile sulla banca dati di Pluris.



Come già affermato, l'iniziale lacuna normativa in merito ai gruppi di società non era frutto di una scelta negativa del legislatore nei confronti del fenomeno, che, infatti, l'ordinamento favorisce a livello sia nazionale che internazionale in quanto risponde a esigenze imprenditoriali di razionalizzazione e di maggiore efficienza del sistema produttivo.

La proliferazione del fenomeno a livello pratico ha tuttavia reso manifesta la necessità di una disciplina giuridica che non si limitasse a sporadici interventi a determinati e specifici settori<sup>2</sup>. Di conseguenza il legislatore ha, nel 2003, colto l'occasione rappresentata dalla riforma dell'intero diritto societario per introdurre una serie di disposizioni volte a disciplinare, almeno parzialmente, il fenomeno.

Tuttavia, nonostante l'introduzione nel codice civile degli articoli in tema di direzione e coordinamento, è assente una definizione generale di gruppo di società: questa infatti risulta rinvenibile unicamente nell'elaborazione compiuta dalla giurisprudenza e dalla dottrina<sup>3</sup>.

Attualmente il gruppo può essere considerato come *«un'unica impresa sotto il profilo economico»* cui però *«corrispondono più imprese sotto il profilo giuridico, restando fermo nel nostro ordinamento il principio cardine della distinta soggettività e della formale indipendenza giuridica delle società del gruppo»*<sup>4</sup>.

Il legislatore del 2003 non ha infatti fornito una definizione di gruppo, né ha utilizzato il termine gruppo di società, limitandosi a fare riferimento alla sola attività che caratterizza l'organizzazione dei gruppi medesimi: l'attività di direzione e coordinamento di società.

---

<sup>2</sup> Nella legislazione speciale una nozione di gruppo è stata, ad esempio, introdotta con specifico riferimento alle imprese operanti nel settore bancario, e con finalità meramente circoscritte alla vigilanza informativa e regolamentare della Banca d'Italia ed alla disciplina della crisi del gruppo creditizio (artt. 25-43 d.lgs. 356 del 1990, oggi sostituiti dagli artt. 60-68 e 98-105 T.U.B.).

<sup>3</sup> Si vedano, *ex multis*, Cass. civ., Sez. I, 12 giugno 2015, n. 12254 e Cass. civ., Sez. I, 23 maggio 2008, n. 9143. In dottrina si vedano CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, vol. 2, *Il diritto delle società*, Utet Giuridica, 2015, p. 289 e JAEGER, *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo*, in *Gco*, 1981, fasc. I, p. 407.

<sup>4</sup> Tribunale di Lecce, Sez. II, 6 giugno 2017 consultabile sulla banca dati Pluris.

La Relazione di accompagnamento al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6<sup>5</sup> indica le ragioni di tale scelta. Emergono così due fondamentali motivazioni: in primo luogo si è ritenuto che le numerose definizioni di gruppo già esistenti a livello di *lex specialis* fossero funzionali a problemi specifici e quindi inadatte a contemplare il fenomeno nel suo complesso, così come qualunque nuova nozione si sarebbe dimostrata inadeguata alla costante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica; secondariamente, l'operato del legislatore è risultato incardinato intorno ai profili di responsabilità della capogruppo nei confronti dei soci e dei creditori sociali della società soggetta all'altrui direzione o coordinamento.

Sul punto si sottolinea infine come anche l'odierno legislatore, non solo nazionale, fornisca una definizione decisamente scarna di gruppo, limitandosi a qualificarlo come «*un gruppo costituito da un'impresa controllante e dalle imprese da questa controllate*»<sup>6</sup>.

## **2. Le diverse tipologie di gruppi società.**

Le tipologie di gruppi di società possono distinguersi in forza dei diversi fattori che li contraddistinguono: dimensione, natura giuridica, estensione geografica, integrazione tra le attività e modello di *holding*.

Il primo, quello dimensionale, a sua volta si fonda su tre diversi parametri – strutturale, funzionale e relazionale<sup>7</sup> – in relazione ai quali i gruppi di società si distinguono in piccoli, medi e grandi<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Relazione illustrativa del decreto legislativo recante: «*Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*».

<sup>6</sup> Art. 4, n. 19), Regolamento EU del 27 aprile 2016 n. 679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali.

<sup>7</sup> Il parametro strutturale analizza il numero di dipendenti, la potenzialità produttiva, il capitale investito nella gestione e l'entità dei mezzi finanziari a disposizione; quello funzionale determina il fatturato, o il volume d'affari, il valore aggiunto, i costi d'esercizio, e il reddito di periodo; quello relazionale tratta invece la capacità di permanenza sul mercato e d'influenza sul grado di competitività utilizzando la matrice BCG (*Boston Consulting Group*) che verifica le quote di mercato e il tasso di crescita detenuto dalle singole attività presenti nel portafoglio finanziario della società.

<sup>8</sup> Per le singole società l'ordinamento prevede così specifiche soglie dimensionali per la distinzione delle stesse nelle seguenti categorie:

Il fattore rappresentato dalla natura giuridica distingue invece i gruppi sulla base della finalità che questi perseguono, determinando così una dicotomia tra il gruppo pubblico e il gruppo privato<sup>9</sup>.

Il fenomeno del gruppo pubblico trova origine nella teoria capitalista in forza della quale si afferma che un servizio pubblico è più efficiente se viene svolto da un privato, poiché questi detiene una maggiore specializzazione, ma soprattutto perché, trovandosi in un regime concorrenziale, riceve più stimoli dal mercato per produrre un servizio che abbia maggiore qualità ad un prezzo per gli utenti che non sia eccessivamente elevato. Certamente però i servizi pubblici non potevano essere totalmente privatizzati, data la peculiarità dell'interesse garantito in gioco. Per tale motivo si è cercato un compromesso, che in questo caso emerge tramite la figura del gruppo, la cui *holding* è una società di capitali partecipata quasi integralmente dal soggetto pubblico che detiene il diritto soggettivo.

Il gruppo privato persegue ovviamente delle finalità diverse rispetto a quello pubblico che principalmente possono essere distinte in scopo di lucro e scopo mutualistico<sup>10</sup>. Certamente è maggiormente diffusa la figura del gruppo

---

- micro impresa 1) meno di 10 occupati e, 2) un fatturato annuo (corrispondente alla voce A.1 del conto economico redatto secondo la vigente norma del codice civile) o, in alternativa, un totale di bilancio annuo (corrispondente al totale dell'attivo patrimoniale) non superiore a 2 milioni di euro;

- piccola impresa - 1) meno di 50 occupati e, 2) un fatturato annuo, o, in alternativa, un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro;

- media impresa - 1) meno di 250 occupati e, 2) un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro, o, in alternativa, un totale bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro.

Di contro, per i gruppi il legislatore si è limitato, mediante l'art. 27 d.lgs. n. 127 del 1991, ripreso anche nell'OIC 17 (paragrafo 26), ad identificare le ipotesi di esenzione dalla redazione del bilancio consolidato. In tal senso, «*non sono soggette all'obbligo di redazione del bilancio consolidato le imprese controllanti che, unitamente alle imprese controllate, non abbiano superato, per due esercizi consecutivi, due dei seguenti limiti: a) 20.000.000 di euro nel totale degli attivi degli stati patrimoniali; b) 40.000.000 di euro nel totale dei ricavi delle vendite e delle prestazioni; c) 250 dipendenti occupati in media durante l'esercizio. Il totale degli attivi degli stati patrimoniali e dei ricavi delle vendite e delle prestazioni deve essere determinato con riferimento ai dati "lordi" risultanti dai bilanci d'esercizio, compreso quello della controllante, senza procedere alle eliminazioni delle operazioni infragrupo richieste dalle tecniche di consolidamento. La norma stabilisce inoltre che questo esonero dimensionale non si applica se l'impresa controllante o una delle imprese controllate è un "ente di interesse pubblico" ai sensi dell'articolo 16 del Decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39 ovvero un "ente sottoposto a regime intermedio" ai sensi dell'articolo 19-bis del medesimo decreto legislativo.*

<sup>9</sup> DIPACE, *Partenariato pubblico, privato e contratti atipici*, Giuffrè, 2006, p. 157.

<sup>10</sup> Lo scopo mutualistico, invece, si pone come obiettivo quello di fornire, direttamente ai soci, beni o servizi a condizioni più vantaggiose di quelle che gli stessi otterrebbero sul mercato, e ciò tramite un risparmio di spesa ovvero una maggiore remunerazione del lavoro prestato. Lo scopo mutualistico è tipicamente previsto ai sensi dell'art. 2511 c.c. nelle società cooperative in cui ci si chiede se sia concepibile una mutualità di gruppo<sup>10</sup>. Difatti, ciò che permette la realizzazione della causa mutualistica è che la società assolva una funzione strumentale all'integrazione delle economie individuali dei soci, il che ben può avvenire anche attraverso il gruppo, quale forma organizzativa dell'impresa. Fulcro dello

gerarchico o paritetico che svolge la propria attività con fine lucrativo e che ha come obiettivo quello di destinare ai soci gli utili conseguiti tramite l'esercizio dell'attività economica.

In tale contesto, occorre evidenziare quella che rappresenta, nella pratica, una criticità piuttosto frequente: infatti, in ragione dell'obbligo gravante sulla società controllata di adeguarsi ai dettami delle direttive della controllante, ben può configurarsi l'ipotesi in cui la prima sia vincolata ad una condotta proveniente dalla società madre che sia però per essa antieconomica. Proprio l'analisi di tale fattispecie ha condotto il legislatore a richiedere, quale garanzia per le società controllate, l'obbligo per la società controllante di prevedere, nell'ambito di decisioni antieconomiche, pregiudizievoli e dannose per una o più controllate, la contestuale<sup>11</sup> sussistenza di quelli che sono definiti come vantaggi compensativi<sup>12</sup>.

Per quanto invece riguarda la terza caratteristica, ossia quella dell'estensione geografica, possiamo distinguere i gruppi di società in nazionali ed internazionali. È evidente come questa caratteristica sia strettamente connessa con il livello dimensionale della società: più il gruppo è di grandi dimensioni più è probabile che la sua estensione sarà fuori dai confini dello Stato. Ciò però comporta delle difficoltà circa la scelta della disciplina giuridica da applicare al gruppo, in quanto il diritto internazionale pone due differenti criteri di determinazione della stessa: 1) *incorporation doctrine* ossia il criterio dello stato di costituzione che è generalmente applicato nei paesi anglosassoni e negli U.S.A. e che attribuisce al gruppo la cittadinanza del luogo di registrazione; 2)

---

scambio mutualistico è dunque la partecipazione del socio della cooperativa alle condizioni vantaggiose, che in questo caso si andrebbero a concretizzare nella possibilità di partecipazione dello stesso a tali vantaggi presso tutte le società del gruppo. Tuttavia lo svolgimento dell'attività mutualistica deve necessariamente essere coerente con le altre disposizioni presenti nell'atto costitutivo della società madre che regola gli scambi con le controllate.

<sup>11</sup> In merito all'elemento della contestualità si rimanda al Paragrafo 6 e, in particolare, alla posizione di Montalenti.

<sup>12</sup> ZOPPINI, *I gruppi cooperativi, modelli d'integrazione tra imprese mutualistiche e non nella riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 7 ss.

*real seat doctrine* ossia il criterio della determinazione della sede reale ed effettiva che è invece maggiormente diffuso nell'Europa occidentale<sup>13</sup>.

L'*incorporation doctrine*, assoggettando gli enti collettivi al diritto dello Stato in cui si è perfezionato il procedimento di costituzione, sicuramente garantisce la certezza del diritto applicabile, ma allo stesso tempo incentiva il fenomeno dello *pseudo foreign companies* o delle *letterbox companies* che permette ai privati di costituire le società nel paese in cui le norme giuridiche risultano essere più vantaggiose, anche se poi effettivamente l'attività economica viene integralmente realizzata in un altro Stato. Tali comportamenti opportunistici sono volti all'elusione degli obblighi di trasparenza imposti nel nostro ordinamento per la tutela dei terzi e dei creditori, ma anche all'ottenimento di trattamenti fiscali più favorevoli. Proprio per questi motivi la legge sul risparmio (l. n. 262 del 2005) ha introdotto nel T.U.F. una serie di disposizioni volte a contrastare tali abusi.

Di contro, la *real seat doctrine* prevede che la legge da applicare alle vicende societarie sia determinata in forza del luogo in cui vengono adottate le decisioni gestorie e organizzative della società. Risulta certamente meno agevole, rispetto al caso precedente, la determinazione della sede amministrativa della società e soprattutto si creano innumerevoli difficoltà relative al trasferimento transfrontaliero, rendendo sempre più complesso l'obiettivo comunitario della libertà di circolazione e stabilimento. Ciò che però spinge all'adozione di tale criterio è evidentemente la volontà di contrastare la collocazione fittizia della sede amministrativa della società, esclusivamente per avvalersi di un ordinamento giuridico che risulti meno rigido.

A livello Comunitario, nonostante sia fortemente sostenuta la libertà di stabilimento *ex art. 54 TFUE*<sup>14</sup>, i due criteri risultavano essere, in un primo momento, perfettamente fungibili, come si evince dalla sentenza *Centros*<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> PEDERZINI, *Percorsi di diritto societario Europeo*, Giappichelli, 2016, p. 138.

<sup>14</sup> Art. 54 TFUE «le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione, sono equiparate, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri».

Solo successivamente, con la sentenza *Uberseering*<sup>16</sup>, la Corte ha disposto in modo esplicito l'incompatibilità del principio *real seat* con l'art. 54 TFUE poiché, secondo tale teoria, alle società trasferite non è riconosciuta la capacità giuridica. Quindi, nel caso in cui una società intenda spostare la sede in un altro Stato, l'unica via percorribile è costituita dall'estinzione della società originaria e dalla conseguente sua ricostituzione *ex novo* nel secondo Stato.

Nel nostro ordinamento invece la questione è affrontata dall'art. 25 legge n. 218 del 1995 che, nel comma 1, sembra sostenere la *incorporation doctrine* prevedendo che «*le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione.*» La stessa disposizione prevede tuttavia una deroga, disponendo infatti che «*si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti.*»

Le tipologie di gruppo societario, come anticipato, possono identificarsi inoltre, in forza del grado di integrazione economica tra le attività svolte ed in particolare è possibile distinguere tra gruppi orizzontali, gruppi verticali e gruppi conglomerati.

Nei gruppi orizzontali tutte le società coinvolte appartengono al medesimo settore produttivo, svolgendo attività analoghe se non addirittura identiche. Questo particolare gruppo gode dei vantaggi tipici della grande dimensione tra cui certamente è possibile collocare le economie di scala e le economie di scopo.

Il gruppo verticale o gerarchico è costituito da società che operano in un medesimo settore del mercato ma in fasi differenti della filiera produttiva, ponendosi, dunque, alcune nell'*upstream market* ed altre nel *downstream market*. L'integrazione verticale all'interno del gruppo permette di ridimensionare i rapporti che questo ha con le altre imprese concorrenti sul mercato, poiché produce autonomamente le materie prime da rivendere sul mercato a valle. Il

---

<sup>15</sup> Al punto della sentenza *Centros* (C-212/97, 9 marzo 1999) la Corte di giustizia europea afferma che «*la localizzazione della sede sociale, amministrazione centrale della società serve a determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il loro collocamento all'ordinamento giuridico di uno Stato.*»

<sup>16</sup> Sentenza della Corte di giustizia europea 30 settembre 2003, C-167/01.

grado di integrazione permette di distinguere una integrazione completa, in cui un gruppo è in grado di soddisfare tutte le esigenze legate agli *input*, avvalendosi esclusivamente di fonti interne; una parziale, in cui il gruppo non possiede tutte le attività della catena del valore relativa ad un dato *input* o *output*, ma ricorre a meccanismi volti ad assicurarsi rapporti continuativi con le controparti esterne (*joint venture*, contratti di *leasing* e *franchising*, ecc.). Ovviamente la decisione di costituire un gruppo gerarchico è dettata dalla realizzazione di vantaggi di tipo economico. Primo fra tutti il costo degli *input* derivanti da una società partecipante al gruppo sarà sicuramente inferiore rispetto a quello del loro acquisto sul mercato e ciò permetterà a sua volta alle società a valle di porre in essere un prezzo maggiormente competitivo. L'elemento discriminante è però il CT (costo di transazione) ossia il costo di acquisto del prodotto sul mercato che dovrà essere necessariamente maggiore rispetto al CP (costo di produzione) che sarà comprensivo anche degli altri costi amministrativi tra cui quelli di coordinamento tra le società<sup>17</sup>.

I gruppi conglomerati, invece, sono costituiti da società che operano in settori produttivi differenti adottando dunque una strategia di diversificazione, che permette di ridurre vertiginosamente i rischi legati all'attività di impresa, ma allo stesso tempo comportando l'impossibilità di condivisione di materie prime e di sfruttamento delle economie di scala e di scopo ma soprattutto realizzando elevati costi di coordinamento.

Un'altra distinzione dei gruppi di società può essere operata in forza del tipo di *holding*<sup>18</sup>.

È possibile distinguere tra *holding* pura e *holding* mista: si parla di *holding* pura quando l'unico scopo della società sia quello di svolgere attività finanziarie, anche se poi la società può investire gli utili conseguiti nell'acquisto di beni

---

<sup>17</sup> FONTANA, *Economia e Gestione delle Imprese*, McGraw-Hill Education, 2013, p. 45

<sup>18</sup> Il termine *holding* letteralmente significa detentore o partecipante, ma il diritto societario non si accontenta di tale definizione letterale, poiché si pone come principale obiettivo quello di determinare il requisito minimo che permette di differenziare la società dalla mera comunione patrimoniale, chiedendosi dunque se sia sufficiente o meno al fine di creazione della *holding* la mera partecipazione al capitale della società che intende controllare. Dunque l'identificazione della *holding* dovrebbe avvenire in forza del suo oggetto sociale, poiché dovrebbe essere considerata *holding* «la società il cui oggetto sociale preveda la partecipazione ad altre società». Tuttavia generalmente negli statuti delle società è raro che sia espressamente previsto che l'attività sociale consista nell'acquisto di partecipazioni in altre società.

materiali che non saranno destinati alla vendita; di contro, avremo una *holding* mista quando all'attività finanziaria se ne accosti una di tipo industriale.

In tema, la recente disciplina sulla Pex (*Participation exemption*) è arrivata ad affermare che qualunque società operativa che gestisce partecipazioni, se soddisfa i requisiti sanciti dall'art. 87 TUIR<sup>19</sup>, è considerata a tutti gli effetti una *holding* spuria. Questo tipo di *holding*, a differenza di quella definita pura, non sarà sottoposta alla vigilanza della CONSOB e di Bankitalia. Ma la differenza sostanziale tra *holding* proprie e spurie sta nella tipologia di reddito a cui appartengono: le *holding* pure detengono redditi *passive income* e dunque derivanti dalla mera proprietà di beni e in questo caso immobilizzazioni finanziarie; le *holding* spurie invece oltre al *passive income* hanno anche ricavi commerciali provenienti dalla vendita dei beni o servizi derivanti dal ciclo produttivo delle stesse.

Anche a livello di fonti normative è possibile rinvenire, una definizione di *holding*, all'art 8 della legge 6 agosto 1954, n. 604: «*la società il cui patrimonio è costituito per almeno il 60% da azioni*». La distinzione tra i tipi di *holding* è però meramente concettuale perché in concreto non è prevista alcuna diversificazione nella disciplina applicabile.

---

<sup>19</sup> «Non concorrono alla formazione del reddito imponibile in quanto esenti nella misura del 95 per cento le plusvalenze realizzate e determinate ai sensi dell'articolo 86, commi 1, 2 e 3 relativamente ad azioni o quote di partecipazioni in società ed enti indicati nell'articolo 5, escluse le società semplici e gli enti alle stesse equiparate, e nell'articolo 73, comprese quelle non rappresentate da titoli, con i seguenti requisiti:

- a) ininterrotto possesso dal primo giorno del dodicesimo mese precedente quello dell'avvenuta cessione considerando cedute per prime le azioni o quote acquisite in data più recente;
- b) classificazione nella categoria delle immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso;
- c) residenza fiscale della società partecipata in uno Stato o territorio di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis, o, alternativamente, l'avvenuta dimostrazione, a seguito dell'esercizio dell'interpello secondo le modalità di cui al comma 5, lettera b), dell'articolo 167, che dalle partecipazioni non sia stato conseguito, sin dall'inizio del periodo di possesso, l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori diversi da quelli individuati nel medesimo decreto di cui all'articolo 168-bis;
- d) esercizio da parte della società partecipata di un'impresa commerciale secondo la definizione di cui all'articolo 55. Senza possibilità di prova contraria si presume che questo requisito non sussista relativamente alle partecipazioni in società il cui valore del patrimonio è prevalentemente costituito da beni immobili diversi dagli immobili alla cui produzione o al cui scambio è effettivamente diretta l'attività dell'impresa, dagli impianti e dai fabbricati utilizzati direttamente nell'esercizio d'impresa. Si considerano direttamente utilizzati nell'esercizio d'impresa gli immobili concessi in locazione finanziaria e i terreni su cui la società partecipata svolge l'attività agricola».



Particolare é, inoltre, il concetto di *holding* di controllo, anche se per una parte della dottrina il concetto di *holding* coincide con quello di controllante «*la holding contrôle et dirige les entreprises dont elle detient la majorité de titres*»<sup>20</sup>.

Il fenomeno del controllo non comporta di per sé problemi applicativi poiché la *holding* in tal senso può essere equiparata ad una persona fisica che detiene il possesso e controllo di un bene. Bisogna però considerare che la società nasce come strumento dei soci per l'esercizio in comune di una attività economica al fine di realizzare degli utili. E dunque, in tal senso, viene ad evidenza il conflitto di interessi che sussiste tra i soci e la necessaria adozione del principio di maggioranza per permettere a questi di giungere ad un accordo. Il fatto che la maggioranza in questo caso sia detenuta da una società, invece che da delle persone fisiche, nulla rileva ai fini dell'applicazione delle norme in questione.

I criteri strutturali che quindi caratterizzano la *holding*, tra cui l'adozione del principio maggioritario nel procedimento gestorio della società per il comune interesse, si fondano su quello che è il principio cardine del sistema capitalistico: il potere di direzione è di colui che rischia.

Essendo nella società però impossibile pervenire su ogni questione ad un voto unanime, necessariamente ci si deve riferire alla maggioranza, poiché questa detiene maggiore rischio.

### **3. Le strutture dei gruppi di società.**

Il fenomeno del gruppo può assumere diverse connotazioni a seconda del tipo di partecipazione detenuta.

La partecipazione costituisce dunque l'elemento fondamentale che va a caratterizzare il gruppo nella realizzazione della sua struttura<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> DELVAUX ET REIFFERS, *les sociétés holding su grand-duché de luxembourg*, Sirey, 1969, p. 12 ss.

<sup>21</sup> Altrettanto importante è la durata della detenzione delle stesse, le quali possono quindi costituire immobilizzazioni o essere inserite nel capitale circolante se la società le ha acquisite con l'intento di rivenderle nel breve termine.

Sicuramente le partecipazioni dirette danno vita alla struttura più elementare che è appunto definita semplice.

In questo tipo di gruppo la società A controlla la società B. La società A certamente sarà la *holding company* mentre la B è la cosiddetta *subsidiary*, anche se è più probabile che le *subsidiaries* siano più di una e che dunque il diagramma della struttura si vada a sviluppare in orizzontale.

Strutture di gruppo più complesse sono quelle caratterizzate sia da partecipazioni dirette che indirette determinando quindi la presenza di due diversi livelli di sussidiarie. A questo tipo di struttura si perviene tramite due differenti modalità: in senso ascendente, quando una società A acquista una partecipazione di controllo di una società B che già esercita direzione e controllo su un'altra società C; discendente, se la società A è già controllante della società B che acquista una partecipazione di maggioranza sulla società C.

A prescindere della modalità di costituzione si dà vita a differenti tipi di partecipazione tra le società coinvolte. Difatti, la società A, *top holding company*, deterrà una partecipazione di tipo diretto nella società sussidiaria di primo livello. Viceversa la società B si troverà una situazione ibrida, poiché risulterà sussidiaria rispetto alla capogruppo A e capogruppo della società C, per tale motivo è definita *intermediate o sub holding company*. Infine la società A deterrà una partecipazione indiretta nei confronti di C, mera sussidiaria<sup>22</sup>.

Maggiormente complesso diviene lo schema qualora la società A controlli la sussidiaria C con una partecipazione mista, ossia sia diretta che indiretta, tramite la partecipazione della stessa nella società B, sua intermediaria.

Questo tipo di struttura trova fondamento in due ordini di ragioni: in primo luogo poiché si vogliono creare delle aziende di gruppo, cosiddette funzionali, le quali svolgeranno specifici compiti all'interno della catena produttiva del gruppo integralmente inteso, dei cui risultati dunque potranno usufruire le altre società in questo comprese; in secondo luogo l'utilizzo di queste strutture è volto alla realizzazione dei vantaggi finanziari tipici delle società

---

<sup>22</sup> LEWIS, *Consolidates Financial Statements*, Cornell University press, New York, p. 214 «*A company so situated is referred to as an intermediate in order to distinguish its status from a mere subsidiary*».

piramidali che permettono alla *top holding company* di gestire con più facilità gli investimenti, essendo questi frazionati all'interno delle varie sussidiarie secondo il fenomeno delle «*scatole cinesi*»<sup>23</sup> che tende a minimizzare il rischio di impresa. Questo fenomeno potrebbe però determinare delle distorsioni circa la quantificazione dell'ampiezza del patrimonio e di conseguenza una scarsa tutela degli azionisti di minoranza. Per tale motivo l'ammissione alla quotazione di *holding companies* che dirigono un gruppo con questa struttura è sottoposta ad una rigida vigilanza da parte della Consob.

Per quanto concerne invece le strutture contraddistinte da partecipazioni reciproche, ossia nel caso più semplice quando la società A detiene una partecipazione diretta nella società B e viceversa, queste sono definite a catena. Nel nostro ordinamento il legislatore ha cercato di disincentivare questo fenomeno tramite l'introduzione di una stringente disciplina delle partecipazioni reciproche volta ad evitare eccessivi annacquamenti di capitale e l'alterazione del corretto funzionamento delle assemblee delle due società, qualora vi sia il concordato esercizio del diritto di voto da parte degli amministratori. Nella trattazione di tale argomento il legislatore si è soffermato sull'ipotesi di sottoscrizione reciproca che dà vita a un aumento di capitale del tutto illusorio poiché si ha l'aumento del capitale sociale nominale ma non del capitale reale. In tal senso viene ad evidenza l'art. 2360 c.c. per cui «è vietato alle società di costituire o di aumentare il capitale mediante sottoscrizione reciproca di azioni, anche per tramite di società fiduciaria o per interposta persona». Le lacune derivanti da questa disciplina, la quale non permetteva di considerare come interposta persona anche la controllante, sono state superate tramite l'introduzione, in virtù delle modifiche al codice civile previste dal d.lgs. n. 315 del 1994<sup>24</sup>, dell'art. 2359-*quinquies* c.c. ai sensi del quale «la società controllata non può sottoscrivere azioni o quote della società controllante».

---

<sup>23</sup> ZADRA, *L'enigma delle scatole cinesi*, in *Economia società ed istituzioni*, 1991, III, p. 579 ss.

<sup>24</sup> D.lgs. n. 315 del 2 maggio 1994, «Attuazione della direttiva 92/101/CEE che modifica la direttiva 77/91/CEE per quanto riguarda la costituzione della società per azioni, nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa». Pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 121 del 26 maggio 1994.

*Le azioni o quote sottoscritte in violazione del comma precedente si intendono sottoscritte e devono essere liberate dagli amministratori, che non dimostrino di essere esenti da colpa.*

*Chiunque abbia sottoscritto in nome proprio, ma per conto della società controllata, azioni o quote della società controllante è considerato a tutti gli effetti sottoscrittore per conto proprio. Della liberazione delle azioni o quote rispondono solidalmente gli amministratori della società controllata che non dimostrino di essere esenti da colpa».*

La disposizione *de qua* detta dunque una disciplina tendenzialmente identica a quanto previsto in tema di sottoscrizione di azioni proprie.

Tuttavia i pericoli che sono stati anticipati non si concretizzano solo nel caso di sottoscrizione di azioni reciproche ma anche nell'ipotesi dell'acquisto di azioni emesse precedentemente e già in circolazione. L'unica differenza è che, in questo secondo caso, dall'operazione risulterà una riduzione abusiva del capitale reale, mentre quello nominale resterà inalterato.

Fondamentale è l'art. 2359-bis c.c., che pone i limiti per l'attuazione dell'operazione di acquisto affermando che *«la società controllata non può acquistare azioni o quote della società controllante se non nei limiti degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato. Possono essere acquistate soltanto azioni interamente liberate. L'acquisto deve essere autorizzato dall'assemblea a norma del secondo comma dell'articolo 2357.*

*In nessun caso il valore nominale delle azioni acquistate a norma dei commi primo e secondo può eccedere la quinta parte del capitale della società controllante qualora questa sia una società che faccia ricorso al mercato del capitale di rischio, tenendosi conto a tal fine delle azioni possedute dalla medesima società controllante o dalle società da essa controllate.*

*Una riserva indisponibile, pari all'importo delle azioni o quote della società controllante iscritto all'attivo del bilancio deve essere costituita e mantenuta finché le azioni o quote non siano trasferite.*

*La società controllata da altra società non può esercitare il diritto di voto nelle assemblee di questa».*

L'ultima struttura di gruppo che è possibile menzionare è quella delle cosiddette *circular stockholdings*<sup>25</sup>, una versione avanzata delle strutture a catena, in cui la società A controlla direttamente la B e indirettamente la C la quale però ha a sua volta una partecipazione nella società A.

#### **4. La costituzione di un gruppo di società. Le nozioni di controllo e collegamento.**

Occorre ora porre l'attenzione sulle modalità di costituzione di un gruppo di società, dovendo preliminarmente evidenziare come non tutte le aggregazioni di imprese diano vita al fenomeno del gruppo. In questo contesto viene alla luce il cosiddetto criterio dei vincoli<sup>26</sup> che permette la distinzione tra le basilari nozioni di associazioni di imprese, *gentlemen's agreements*, cartelli e quella che qui interessa di gruppi di società.

Procedendo gradualmente, si può sottolineare come, nella sua articolazione più basilare, il gruppo è costituito da due o più società con distinta personalità giuridica in cui una, detta capogruppo, detiene una partecipazione di controllo nelle altre, dette sussidiarie, generalmente coincidenti con delle S.p.A..

Tuttavia, caratteristica tipica di un gruppo – fondamentale al fine di porre una linea di confine fra quest'ultimo e le mere aggregazioni di imprese – è l'unitarietà economica garantita dalla presenza della direzione e del coordinamento, ai sensi dell'art. 2497 c.c.<sup>27</sup>.

Il controllo delle società sussidiarie dovrà pertanto essere concretamente esercitato, ad esempio mediante la nomina di amministratori scelti dalla capogruppo all'interno degli organi di gestione della sussidiaria.

Tale osservazione è utile a introdurre gli altri elementi che, complementari alla direzione e coordinamento, permettono di delineare e distinguere il

---

<sup>25</sup> COLOMBI, *La holding e il gruppo di imprese*, Maggioli, 2011, p. 203.

<sup>26</sup> CASSANDRO, *I gruppi aziendali*, Cacucci, 1982, p. 62.

<sup>27</sup> Sul punto si veda il Paragrafo 6.

fenomeno dei gruppi di società. In tal senso viene in evidenza l'art. 2359 c.c. che fin dalla sua originaria formulazione costituisce la pietra angolare in merito alla nozione di controllo, cui la stessa *lex specialis* successiva non ha derogato.

Tale assunto tuttavia non vuole cancellare le difficoltà interpretative derivanti dall'originario tenore linguistico della norma<sup>28</sup> quanto piuttosto evidenziare la sua centralità in materia nonostante le varie modifiche intervenute a seguito dell'operato del legislatore sia italiano<sup>29</sup> sia comunitario: l'art. 2359 c.c. è infatti frutto di un'esigenza di riforma scaturita a seguito del recepimento delle IV e VII Direttive CEE<sup>30</sup> in materia societaria.

Attualmente sono dunque *«considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa»*.

Il secondo comma, prevede che nel computo dei voti idonei alla sussistenza del controllo rilevano *«anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta; non si computano i voti spettanti per conto di terzi»*. Non è mancato chi ha ipotizzato la presenza di un controllo indiretto anche nel caso in cui l'influenza dominante in assemblea fosse esercitata non da una singola società controllante, quanto piuttosto tramite la somma dei voti di una molteplicità di società controllate che raggiungono la

---

<sup>28</sup> Ai sensi dell'originaria formulazione dell'art. 2359 c.c. *«dovevano considerarsi controllate quelle società in cui un'altra possedesse un numero di azioni tale da assicurarle la maggioranza dei voti nelle assemblee ordinarie, o quelle che, in virtù di particolari vincoli contrattuali, fossero sotto la influenza dominante di un'altra società»*.

<sup>29</sup> L'art. 6 del d.l. 8 aprile 1974, n. 92, convertito con modificazioni in l. 7 giugno 1974, n. 216, recante *«disposizioni relative al mercato mobiliare ed al trattamento fiscale dei titoli azionari»* (pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 149 del 8 giugno 1974) ha modificato l'art. 2359 c.c. prevedendo che dovessero essere considerate controllate *«1) le società in cui un'altra società, in virtù delle azioni o quote possedute, dispone della maggioranza richiesta per le deliberazioni in assemblea ordinaria; 2) le società che sono sotto l'influenza dominante di un'altra società in virtù del quote o azioni possedute o di particolari vincoli contrattuali; 3) le società controllate da un'altra società mediante le azioni o quote possedute da società controllate da questa»*.

<sup>30</sup> La VII Direttiva 83/349/CEE del Consiglio del 13 giugno 1983, sul *«diritto delle società coordina le legislazioni nazionali sui conti consolidati»* e la IV Direttiva 78/660/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1978, *«sui conti annuali»* delle società di capitali, sono incluse nelle direttive contabili che costituiscono l'ordinamento giuridico comunitario in materia di contabilità delle società.

percentuale di influenza dominante operando dunque in concerto tra loro<sup>31</sup>.

Come anticipato, quella contenuta nella norma *de qua* non è l'unica definizione di controllo presente nel nostro ordinamento in quanto se ne possono rinvenire altre riferite a società che operanti in particolari settori (bancario, assicurativo, ecc.) e dunque soggette a discipline speciali<sup>32</sup>.

Ne deriva quindi che, nell'ordinamento italiano, vi è una pluralità di nozioni di controllo utili a delineare i gruppi di società nei diversi settori<sup>33</sup> che

---

<sup>31</sup> TALAMANCA, *Transitività e direzione del controllo di società*, in *Riv. Dir. civ.*, fasc. 2, 1993, pp. 338 ss.

<sup>32</sup> La legge n. 287 del 1990 all'art 7 in tema di concentrazioni prevede il controllo «*in presenza di diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono, da soli o congiuntamente, e tenuto conto delle circostanze di fatto e di diritto, la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle attività di un'impresa, anche attraverso: a) diritti di proprietà o di godimento sulla totalità o su parti del patrimonio di un'impresa; b) diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono un'influenza determinante sulla composizione, sulle deliberazioni o sulle decisioni degli organi di un'impresa. Il controllo è acquisito dalla persona o dalla impresa o dal gruppo di persone o di imprese: a) che siano titolari dei diritti o beneficiari dei contratti o soggetti degli altri rapporti giuridici suddetti; b) che, pur non essendo titolari di tali diritti o beneficiari di tali contratti o soggetti di tali rapporti giuridici, abbiano il potere di esercitare i diritti che ne derivano*».

Il d.lgs n. 127 del 1991 all'art 26 in tema di bilancio consolidato «*sono in ogni caso considerate controllate: a) le imprese su cui un'altra ha il diritto, in virtù di un contratto o di una clausola statutaria, di esercitare un'influenza dominante, quando la legge applicabile consenta tali contratti o clausole; b) le imprese in cui un'altra, in base ad accordi con altri soci, controlla da sola la maggioranza dei diritti di voto*».

L'art. 93 T.U.F. ai sensi del quale «*sono considerate imprese controllate, anche: a) le imprese, italiane o estere, su cui un soggetto ha il diritto, in virtù di un contratto o di una clausola statutaria, di esercitare un'influenza dominante, quando la legge applicabile consenta tali contratti o clausole; b) le imprese, italiane o estere, su cui un socio, in base ad accordi con altri soci, dispone da solo di voti sufficienti a esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria.. Ai fini del comma 1 si considerano anche i diritti spettanti a società controllate o esercitati per il tramite di fiduciari o di interposte persone; non si considerano quelli spettanti per conto di terzi*».

<sup>33</sup> Sul punto MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992, 1 ss. evidenzia come tale pluralità di definizioni di controllo sia di per sé sufficiente a rendere estremamente arduo qualunque tentativo di trattare unitariamente la fattispecie in questione e renda necessaria una valutazione concreta dell'esistenza di una effettiva, o quanto meno potenziale, influenza dominante.

Questa molteplicità di definizioni ha inoltre dato vita ad un significativo dibattito metodologico in merito al difficile rapporto fra *lex specialis* e *lex generalis*: difatti, SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella Antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, p. 457 ss., sottolineando come ciascuna definizione di controllo acquisti senso nella misura in cui sia funzionale agli scopi che il legislatore di volta in volta si prefiggeva, sostiene che il compito principale degli interpreti chiamati ad interrogarsi in merito a tale concetto è quello di verificare, entro i confini di ciascun settore di intervento, l'ipotesi che si è formulata. Ne deriva così la necessità di uno studio delle diverse nozioni di controllo previste nella legislazione speciale mediante un confronto con quella generale dettata dall'art. 2359 c.c..

Diametralmente opposta è invece la posizione di Lamandini (LAMANDINI, *Controllo. Nozioni e «Tipo» nella legislazione economica*, Giuffrè, 1995, p. 51 ss.) il quale afferma come l'utilizzo concettuale della norma non permetta l'identificazione dei confini pratici tra controllo e collegamento, andando ad offrire risultati unitari sul piano formale, ma meramente artificiosi dal punto di vista sostanziale. Per tale motivo egli suggerisce la sostituzione del concetto con l'idea di tipo: «*ragionare per concetti comporta*» infatti «*l'identificazione degli elementi essenziali senza cui il fenomeno non ricorrerebbe*» (ZANARONE, *La srl*, in *Tratt. Dir. comm. e Dir. pubbl. econom.*, 1985, p. 22.); il concetto permette dunque l'identificazione degli elementi comuni tra la norma generale e la legislazione speciale in materia di controllo.

Tale diversa impostazione, certamente condivisibile in quanto in grado di determinare una più agevole identificazione del modello legale da applicare, finisce tuttavia con lo snaturare l'idea stessa di legislazione speciale e, quindi, la particolarità del campo giuridico a cui la norma deve essere applicata.

però, trovando tutte un comune punto di riferimento nell'art. 2359 c.c., si ricollegano a tre diverse tipologie di controllo:

a) il controllo azionario di diritto, ove la possibilità di esercitare l'influenza dominante è evidente: la società controllante è infatti in grado di nominare amministratori e sindaci della controllata, influenzando dunque sulla sua gestione non solo mediante direttive vincolanti, ma anche internamente essendo parte attiva degli organi societari;

b) il controllo azionario di fatto, ove il rapporto tra controllante e controllata si fonda su una partecipazione al capitale sociale che, seppur minoritaria, permette di incidere sulle scelte gestionali della controllata tramite meccanismi indiretti come, ad esempio, l'ostruzionismo assembleare;

c) il controllo contrattuale, o esterno, previsto dall'art 2359 c.c., in cui la possibilità di esercizio dell'influenza dominante non si fonda sul possesso azionario, quanto piuttosto su un rapporto contrattuale che pone la controllata in una situazione di dipendenza economica rispetto alla controllante<sup>34</sup>.

---

Di contro, il metodo tipologico non comporta un'elencazione esaustiva degli elementi necessari alla realizzazione del fenomeno giuridico, ma identifica esclusivamente quel tratto comune rinvenibile in tutte le sue definizioni lasciando aperta la possibilità di introduzione di elementi ulteriori. Così facendo la definizione dell'istituto assume una elasticità che altrimenti le sarebbe mancata. Nel caso in questione il tipo giuridico ricercato è rivestito dalla situazione di potere che può essere qualificata come influenza dominante (art. 2359 c.c.) o determinante (l. n. 287 del 10 ottobre 1990) e che può assumere forme differenti a seconda dell'azione gestoria svolta.

<sup>34</sup> Tale tipologia di controllo deriva dalla dottrina tedesca: i paragrafi 319-327 dell'*Aktiengesetz* delineano infatti un modello di gruppo contrattuale composto da una società controllante, la quale ha la possibilità di imporre direttive anche pregiudizievoli per l'interesse delle singole controllate, purché tali direttive siano finalizzate all'interesse del gruppo e non siano contrarie a norme imperative.

Poiché, a differenza di quanto accade nel nostro ordinamento, sussiste in capo agli amministratori della società figlia un obbligo giuridico di esecuzione delle direttive, muta nettamente il regime di responsabilità in caso di insolvenza: non saranno infatti coinvolti gli amministratori della società figlia, salvo in caso venga data esecuzione a direttive illegittime, prevedendo espressamente che il controllo della gestione e il rischio di impresa passi nelle mani della società madre (HUFFER, *Aktiengesetz*, Munchen 2006, 1414 ss.).

Sempre nell'orientamento tedesco i contratti d'impresa sono ripartiti in due categorie: da una parte, il *causallose organisationvertrag*, in cui non è previsto alcun corrispettivo per la cessione della direzione di impresa dando così vita ad un vero e proprio contratto di dominio; dall'altra, il *schuldrechtliche vertrag* che raggruppa tutti quei contratti d'impresa a prestazioni corrispettive, tra cui la comunione di utili.

Al contrario di quanto previsto in Germania, nell'ordinamento italiano è ritenuta illecita la figura giuridica del contratto di dominazione da cui si possa evincere una dipendenza economica. Inoltre, al di là dei profili anticoncorrenziali, tale contratto dovrebbe essere comunque ritenuto nullo in quanto esplicitamente contrario alla disciplina del conflitto di interesse che, prevista dagli artt. 2371 e 2391 c.c., vieta a soci e amministratori di agire in contrasto con gli interessi della società.



A questi tre tipi di controllo se ne è poi aggiunto un quarto, cosiddetto controllo congiunto, in virtù del quale un'impresa risulta essere dominata da due o più soggetti insieme tra loro.

Tale quarta tipologia non è disciplinata dall'art. 2359 c.c. in quanto l'esigenza di un approfondimento in materia è sorta solo con la legge n. 416 del 1981 (legge sull'editoria)<sup>35</sup>, la quale ha posto il problema della determinazione della posizione di dominio di un'impresa editrice su un'altra operante nel medesimo settore, tramite una partecipazione congiunta con altre imprese. Sul punto fondamentale è l'intervento del Tribunale di Milano, nell'ambito del caso Rizzoli, il quale evidenzia che, come «è fatto incontestabile che l'art. 2359 c.c. individua il controllo in relazione al soggetto dominante», parimenti «è ancor prima logicamente insostenibile affermare il controllo di diritto da parte di una società ove, da sola, non detenga maggioranza, ovvero un controllo di fatto, quando la presunta società dominante non sia capace di esprimere la propria influenza se non coagulando intorno a sé delle alleanze: ogni formazione di maggioranza scaturisce da ricerche di accordi»<sup>36</sup>.

La posizione adottata dal Tribunale di Milano è stata subito avallata dalla dottrina<sup>37</sup>, con particolare riferimento gruppo SIM, questa ha affermato che il

---

La dottrina sembra però non essere concorde sul punto: Libonati (LIBONATI, *I nuovi strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. Soc.*, 2007, II-III, p. 320 «il legislatore ha espressamente legittimato la direzione e il coordinamento contrattualmente regolati nell'art. 2497-septies») ha infatti rimesso in discussione l'ammissibilità di tale contratto a seguito dell'introduzione dell'art. 2497-septies c.c. ai sensi del quale «le disposizioni del presente capo si applicano altresì alla società o all'ente che esercita attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti».

La tesi è stata poi accolta nel nostro ordinamento solo in riferimento al gruppo paritetico (art. 2495-septies c.c.). Apertura verso questo tipo contrattuale è quella relativa al dominio debole che ritiene vincolanti esclusivamente quelle direttive della controllante che non siano contrarie all'interesse della singola controllata. Questo contratto di dominio, incidendo sulla struttura formale dell'ente, comporta la richiesta di garanzie al di là di quello che è il normale perseguimento dell'interesse dei soci e dei terzi, come previsto per i contratti di dominio. È per tale motivo che qui è invece espressamente richiesta l'autorizzazione dell'assemblea straordinaria dei soci per la modifica dell'atto costitutivo.

Nonostante si possa condividere l'inefficacia di questo tipo di contratto, in quanto non idoneo a determinare un effettivo controllo, risultano evidenti le criticità derivanti da un eventuale inadempimento della direttiva imposta ai sensi del contratto: ciò comporterebbe infatti una responsabilità ai sensi dell'art. 2392 c.c. configurando, quindi, in capo alla società controllata, e, in via di regresso, in capo agli amministratori ex art. 2395 c.c. l'obbligo di risarcire il danno.

<sup>35</sup> MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992, 7 ss.

<sup>36</sup> Sull'argomento BIANCHI, *Il caso Rizzoli*, in *Giur. comm.*, 1987, II, 413 ss.; SCOGNAMIGLIO, in *Foro it., Il caso Rizzoli*, 1987, I, 3162 ss..

<sup>37</sup> RESCIO, *La disciplina dei patti parasociali dopo la legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2002, 840 ss.

controllo da sindacato non permette la realizzazione di una delle fattispecie ex art. 2359 c.c. e, di conseguenza, nemmeno l'applicazione della relativa disciplina.

Sempre con riferimento alla quarta tipologia di controllo ci si è recentemente interrogati se i patti parasociali, ed in particolare i sindacati di voto, diano o meno luogo a forme di controllo congiunto a cui si applica la disciplina in tema di controllo. In materia il legislatore non ha dato risposte univoche affermando, in un primo momento, che tutti i soci partecipanti al sindacato dovessero essere concepiti come controllanti. Questo concetto è appodato nella legge antitrust, il cui art. 27, comma 2<sup>38</sup>, dispone che *«il rapporto di controllo si considera esistente anche quando un solo socio o più soci, attraverso la partecipazione ad un sindacato di voto, - nel qual caso ciascuno di essi è considerato controllante - possiedono più di un quarto del numero totale delle azioni ordinarie, sempreché non sussista un socio o un altro sindacato di voto che disponga del controllo della società»* e, successivamente, si è posto quale cardine di quella impostazione che intende l'intero sindacato come un controllo solitario<sup>39</sup>.

Alla luce di quanto precede, la relazione che sussiste tra la nozione di controllo e quella gruppo di società ha comportato plurime prese di posizioni, in

---

<sup>38</sup> L. 10 ottobre 1990, n. 287, *«Norme per la tutela della concorrenza e del mercato»*. Pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 240 il 13 ottobre 1990, il cui titolo V (art. 27-30) recante le *«norme in tema di partecipazione al capitale degli enti creditizi»*, è stato abrogato dall'art. 161, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385.

<sup>39</sup> Con riferimenti, ad esempio, ai sindacati di voto in cui sono fissati quorum che comportino necessariamente il concorso volitivo di tutti, è innegabile che il gruppo organizzato sia certamente più ristretto di quello costituito dai soci e che questi concorrano alla determinazione dell'attività sociale sulla base di un disegno complessivo di controllo congiunto. Di contro, nei sindacati di voto deliberati a maggioranza e in cui sono assenti i quorum di cui sopra – che si creano quando il controllo non sussiste se non in forza di questa forma di aggregazione interna – non è possibile affermare che il controllo sussista in capo ad ogni socio partecipante allo stesso. Difatti, quest'ultimo tipo molto si avvicina al concetto di *holding* tanto che, per analogia, è possibile ritenere la presenza di un controllo in capo al sindacato integralmente inteso, poiché esso esclude dalla gestione gli altri soci, ma non anche in capo ai singoli partecipanti, prendendo, dunque, questo le decisioni in forza di un principio maggioritario. Circa la idoneità a realizzare il controllo, risulta sufficiente la efficacia obbligatoria, determinando così un gruppo di comando stabile ma non inattaccabile. Certezza dell'esercizio del controllo si potrebbe avere solo tramite una constatazione dello stesso *ex post*, anche se, di solito, la necessità di determinarlo si presenta in maniera prognostica e dunque *ex ante*. Tale valutazione in questi casi andrà fatta dai soci sindacati che sono gli unici che effettivamente possono sapere il tipo di effetti che deriverà dal loro accordo.

particolare a seguito dell'emanazione della legge n. 95 del 1979, nota come Legge Prodi<sup>40</sup>, di cui si tratterà nel Capitolo seguente<sup>41</sup>.

Strettamente connessa alla nozione di controllo, è il concetto di collegamento.

Sul punto, l'art. 17, paragrafo 14, dell'Organismo Italiano di Contabilità (di seguito OIC), definisce collegata una società quando un'altra impresa esercita su di essa un'influenza notevole senza averne il controllo o il controllo congiunto.

Tale influenza viene valutata in via presuntiva ai sensi dell'art. 2359, comma 3, c.c.<sup>42</sup> e, come poi è stato ribadito anche dallo IASB (*International Accounting Standards Board*) nello IAS 28, se una società possiede, almeno il 20% dei voti esercitabili nell'assemblea della partecipata, vi è presunzione che questa abbia un'influenza notevole, a meno che non possa essere esplicitamente dimostrato il contrario; allo stesso modo se la società detiene una quota di partecipazione inferiore al 20% dei voti esercitabili in assemblea, si suppone, salvo prova contraria, che essa non abbia tale influenza notevole.

Ciò introduce dunque il concetto di partecipazione, ovvero quella *«entità tale da non essere sufficiente per determinare in positivo le strategie della partecipata, ma comunque tale da rendere irrealistico che l'attività sociale possa essere indirizzata dagli altri soci ignorando sistematicamente le posizioni espresse dal detentore di quest'ultima»*<sup>43</sup> che rileva ai fini della costituzione di un

---

<sup>40</sup>La l. 3 aprile 1979 n. 95 converte in legge, con modificazioni, il decreto legge 30 gennaio 1979, n. 26, concernente *«provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi»* è pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* n. 94 il 4 aprile del 1979.

<sup>41</sup>Sul punto, le principali correnti di pensiero (PAVONE LA ROSA, *I gruppi di società ricerche per uno studio critico*, Il Mulino, 1982, p. 506 ss. e GALGANO, *Le società per azioni*, Cedam, 1988, p. 240) risultano essere due: da un lato, vi è chi ritiene che caratteristica fondamentale del fenomeno del gruppo sia l'accentramento e che questo sia reso possibile tramite il vincolo di controllo; dall'altro, chi, pur costituendo un orientamento minoritario, ritiene sufficiente per la costituzione del gruppo la sola esistenza di un controllo senza la necessaria presenza dell'elemento della direzione unitaria.

<sup>42</sup>Art. 2359, comma 3, c.c.: *«L'influenza notevole si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa»*.

<sup>43</sup>GUIZZI, *Dizionari del diritto privato e Diritto commerciale*, Giuffrè, 2011, 343 ss..

Ad ogni modo sussistono delle particolari circostanze che sono indicative dell'esistenza della stessa: la rappresentanza nel consiglio di amministrazione, o nell'organo equivalente, della partecipata; la partecipazione nel processo decisionale, inclusa la partecipazione alle decisioni in merito ai dividendi o ad altro tipo di distribuzione degli utili; la presenza di operazioni rilevanti tra l'entità e la partecipata; l'interscambio di personale dirigente; o la messa a disposizione di informazioni tecniche essenziali. L'entità societaria potrebbe essere in possesso sia di diritti di voto effettivi che di diritto di voto potenziali

gruppo di società.

Il possesso da parte della *holding* delle partecipazioni totalitarie o di maggioranza è l'elemento essenziale per la costituzione ed il funzionamento del gruppo e, conseguentemente, rileva anche nelle effettive modalità di costituzione dello stesso. In tal senso, si individuano tre diverse strade: a) acquisto da parte di una società già esistente di partecipazioni di controllo di una o più società; b) conferimento in una società di pacchetti di controllo di altre società così da farla diventare una *holding*; c) conferimento in una nuova società operativa, delle attività o passività o in generale rami aziendali esercitati dalla prima società<sup>44</sup>.

La prima, ovvero l'acquisto di partecipazioni rilevanti, è disciplinata dalla l. n. 149 del 1992<sup>45</sup> attraverso la figura dell'OPA<sup>46</sup>.

---

ad esempio rappresentati da obbligazioni convertibili o *warrant* azionari, i quali saranno attentamente valutati circa il loro effettivo esercizio tenendo conto di tutti i fatti e le circostanze (incluse le clausole di esercizio dei diritti di voto potenziali e qualsiasi altro accordo contrattuale considerato sia singolarmente, sia in abbinamento ad altri) che incidono sui diritti potenziali, ad eccezione delle intenzioni della direzione aziendale e della capacità finanziaria di esercitare o di convertire tali diritti di voto potenziali. Questi non saranno esercitabili se sottoposti, ad esempio, ad una condizione sospensiva. Tuttavia, come sostenuto da Guizzi, non è chiaro se si tratti di presunzione assoluta o relativa, poiché il rilievo giuridico del collegamento diviene rilevante solo in sede di redazione di bilancio. In quella sede gli amministratori della società detentrici della partecipazione dovranno valutare la partecipazione alla stregua di una immobilizzazione finanziaria ossia come un bene durevole e pluriennale contabilizzato inizialmente al costo storico e negli anni successivi con il metodo del patrimonio netto *ex art. 21 OIC*.

<sup>44</sup> SARCONE, *I gruppi aziendali strutture e bilanci consolidati*, Giappichelli, 1999, p. 22.

<sup>45</sup> L. n. 149 del 18 febbraio 1992 recante la «disciplina delle offerte pubbliche di vendita, sottoscrizione, acquisto e scambio di titoli». Pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 43 del 21 febbraio 1992.

<sup>46</sup> Per OPA si intende l'offerta di pubblico acquisto di titoli che, ai sensi dell'art. 101-bis T.U.F., ricomprendono «*gli strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di voto, anche limitatamente a specifici argomenti, nell'assemblea ordinaria o straordinaria*».

La disciplina si applica anche ai soggetti che agiscono di concerto, ovvero, ai sensi del quarto comma dello stesso articolo, «*coloro che cooperano tra di loro sulla base di un accordo, espresso o tacito, verbale o scritto, ancorché invalido o inefficace, volto ad acquisire, mantenere o rafforzare il controllo della società emittente o a contrastare il conseguimento degli obiettivi di un'offerta pubblica di acquisto o di scambio*».

Il comma 4-bis introduce inoltre delle presunzioni in tema di concerto affermando che «*sono, in ogni caso, persone che agiscono di concerto: a) gli aderenti a un patto, anche nullo; b) un soggetto, il suo controllante, e le società da esso controllate; c) le società sottoposte a comune controllo; d) una società e i suoi amministratori, componenti del consiglio di gestione, o di sorveglianza o direttori generali*».

Il sorgere dell'obbligo del lancio dell'OPA scatta al superamento di specifiche soglie che permettono la distinzione del fenomeno in diverse categorie: totalitaria, preventiva, obbligo di acquisto e diritto di acquisto.

L'OPA totalitaria è disciplinata dall'art. 106 T.U.F., ai sensi del quale «*chiunque, a seguito di acquisti ovvero di maggiorazione dei diritti di voto, venga a detenere una partecipazione superiore alla soglia del trenta per cento ovvero a disporre di diritti di voto in misura superiore al trenta per cento dei medesimi promuove un'offerta pubblica di acquisto rivolta a tutti i possessori di titoli sulla totalità dei titoli ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato in loro possesso*». Il legislatore tuttavia ha previsto delle deroghe all'obbligo in particolari ipotesi: così, al comma 5 dello stesso articolo si afferma che «*il superamento della partecipazione, non comporta l'obbligo di offerta ove sia realizzato in presenza di uno o più soci che detengono il controllo o sia determinato da: a) operazioni dirette al salvataggio di società in crisi; b) trasferimento dei titoli previsti dall'articolo 105 tra soggetti legati da rilevanti*

La costituzione del gruppo avviene tramite lo scambio di partecipazioni societarie, motivo per cui la forza finanziaria della società acquirente è determinante per il passaggio delle partecipazioni, potendo questa esercitare una forte influenza sul mercato.

Un ulteriore elemento è la presenza di un azionariato diffuso, poiché in tal caso una maggioranza relativa sarà sufficiente per detenerne il controllo o il dominio.

Altro elemento che spinge le imprese ad unirsi in un gruppo è l'ampliamento del mercato di appartenenza, che comporta inevitabilmente l'aumento esponenziale della concorrenza nel settore di interesse, più facilmente contrastabile tramite un accrescimento delle dimensioni aziendali.

Non mancano però ipotesi di costituzione spontanea tramite il conferimento di partecipazioni in una società già esistente o di nuova costituzione, anche se spesso questa modalità non viene utilizzata per la costituzione del gruppo, quanto piuttosto per la trasformazione di gruppi già esistenti: la *ratio* di tale comportamento è infatti rinvenibile nel perseguimento

---

*rapporti di partecipazione; c) cause indipendenti dalla volontà dell'acquirente; d) operazioni ovvero superamenti della soglia di carattere temporaneo; e) operazioni di fusione o di scissione; f) acquisti a titolo gratuito».*

In secondo luogo si prevede la possibilità di esercizio di un'OPA preventiva (STELLA RICHTER, *Le offerte pubbliche di acquisto*, Giappichelli, 2011, p. 22.) che possa vertere sul 60% dei titoli di ciascuna categoria qualora ricorrano congiuntamente le tre condizioni previste dall'art. 107 T.U.F.: «a) l'offerente e le persone che agiscono di concerto con lui, non abbiano acquistato partecipazioni in misura superiore all'uno per cento, anche mediante contratti a termine con scadenza successiva, nei dodici mesi precedenti la comunicazione alla Consob prevista dall'articolo 102, comma 1, né durante l'offerta; b) l'efficacia dell'offerta sia stata condizionata all'approvazione di tanti possessori di titoli che possiedano la maggioranza dei titoli stessi, escluse dal computo i titoli detenuti, in conformità dei criteri stabiliti ai sensi dell'articolo 120, comma 4, lettera b), dall'offerente, dal socio di maggioranza, anche relativa, se la sua partecipazione sia superiore al dieci per cento, e dalle persone che agiscono di concerto con lui; c) la Consob accordi l'esenzione, previa verifica della sussistenza delle condizioni indicate nelle lettere a) e b)».

La terza ipotesi di OPA è quella trattata dall'art. 108 T.U.F. che disciplina l'obbligo di acquisto, il quale si configura qualora «l'offerente venga a detenere, a seguito di un'offerta pubblica totalitaria, una partecipazione almeno pari al novantacinque per cento del capitale rappresentato da titoli in una società italiana quotata. Qualora siano emesse più categorie di titoli, l'obbligo sussiste solo per le categorie di titoli per le quali sia stata raggiunta la soglia del novantacinque per cento».

Infine, l'ultima categoria di acquisto rilevante presente in materia è quella che dà vita ad un vero e proprio diritto e non un obbligo di acquisto. L'art 111 T.U.F. prevede infatti che «l'offerente che venga a detenere a seguito di offerta pubblica totalitaria una partecipazione almeno pari al novantacinque per cento del capitale rappresentato da titoli in una società italiana quotata ha diritto di acquistare i titoli residui entro tre mesi dalla scadenza del termine per l'accettazione dell'offerta, se ha dichiarato nel documento d'offerta l'intenzione di avvalersi di tale diritto. Qualora siano emesse più categorie di titoli, il diritto di acquisto può essere esercitato soltanto per le categorie di titoli per le quali sia stata raggiunta la soglia del novantacinque per cento».

dell'obiettivo di rendere più stabile la partecipazione azionaria, ovvero nella volontà di realizzare una concentrazione senza il ricorso all'istituto della fusione.

## **5. Cenni storici sulla disciplina dei gruppi di società. Analisi del fenomeno prima della riforma del diritto societario.**

Come anticipato, prima della riforma del diritto societario – posta in essere con il d.lgs. n. 6 del 2003 – il fenomeno dei gruppi di società non era mai stato oggetto di un inquadramento sistematico, completo e razionalizzato da parte del legislatore.

Così, in assenza di apposita norma codicistica, vengono alla luce una molteplicità di disposizioni volte ad affrontare in maniera marginale la questione.

Tra queste rileva, anzitutto, l'art. 43-*ter* del d.p.r. n. 602 del 1973<sup>47</sup>, ai sensi del quale l'appartenenza al gruppo societario permette, ai fini della compensazione delle obbligazioni fiscali, la cessione tra le imprese facenti parti del gruppo delle eccedenze attive dell'imposta sul reddito. L'ente o società cedente doveva indicare espressamente nella dichiarazione gli estremi dei soggetti cessionari e gli importi ceduti a ciascuno di essi. Le eccedenze di imposta cedute sono computate dai cessionari in diminuzione a partire dalla data in cui la cessione si considera effettuata.

Non trascurabile è, inoltre, l'art. 3, comma 6, l. 3 aprile 1979, n. 95<sup>48</sup> che in riferimento alla responsabilità degli amministratori delle società collegate stabilisce che *«ove si verifichi l'ipotesi di una direzione unitaria, gli amministratori delle società che hanno esercitato tale direzione rispondono in solido con gli amministratori della società in amministrazione straordinaria dei danni da questi cagionati alla società stessa»*.

L'art. 25, comma 1, del d.l. n. 127 del 1991 introduce l'obbligo di redazione del bilancio consolidato in capo a quelle *«società per azioni, in*

---

<sup>47</sup> D.p.r. n. 602 del 29 settembre 1973, *«Disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito»*. Pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 268 del 16 ottobre 1973.

<sup>48</sup> D.l. 30 gennaio 1979, n. 26, concernente *«provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi»*, convertito, con modificazioni in L. 3 aprile 1979, n. 95, cosiddetta *«Legge Prodi»*. Pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 94 del 4 aprile 1979.

*accomandita per azioni, e a responsabilità limitata che controllano un'impresa»* mentre il comma successivo lo estende anche agli «enti di cui all'art 2201 del c.c., alle società cooperative e alle mutue assicuratrici che controllano una società per azioni, in accomandita per azioni o a responsabilità limitata».

Il d.l. n. 385 del 1993 dispone, all'art. 61, comma 4,<sup>49</sup> che «*la capogruppo, nell'esercizio dell'attività di direzione e di coordinamento, emana disposizioni alle componenti del gruppo per l'esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo. Gli amministratori delle società del gruppo sono tenuti a fornire ogni dato e informazione per l'emanazione delle disposizioni e la necessaria collaborazione per il rispetto delle norme sulla vigilanza consolidata*».

L'art. 12 del d.lgs. n. 58 del 1998<sup>50</sup> dispone, inoltre, che nell'ipotesi in cui sia adottato nei confronti della capogruppo un sistema di vigilanza, questo si estenderà a tutte le componenti del gruppo societario da parte dell'autorità di settore; la società capogruppo, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, sarà anche tenuta a emanare disposizioni alle singole componenti del gruppo, per l'esecuzione delle direttive impartite dalla Banca d'Italia; parimenti gli organi amministrativi delle società del gruppo saranno tenuti a fornire ogni informazione per garantire il rispetto delle norme sulla vigilanza consolidata.

Altra disposizione che rileva, prima di affrontare i dettami introdotti con la riforma del diritto societario, è il d.lgs. n. 344 del 2003<sup>51</sup> che, agli artt. 117 e ss., introduce un regime di tassazione consolidata, determinato sulla base della somma algebrica dei redditi complessivi netti delle società partecipanti.

Nel tentativo di ricercare un riferimento al fenomeno dei gruppi di società anche nella *lex generalis* emerge che, già prima del 2003, il concetto di gruppo

---

<sup>49</sup> D.l. n. 385 del 1 settembre 1993, «*Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*». Pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 230 del 30 settembre 1993.

<sup>50</sup> D.lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998, «*Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52*» pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 71 del 26 marzo 1998 - Supplemento Ordinario n. 52.

<sup>51</sup> D.lgs. n. 344 del 12 dicembre 2003 artt. 117 ss., «*Riforma dell'imposizione sul reddito delle società, a norma dell'articolo 4 della legge 7 aprile 2003, n. 80*» pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 291 del 16 dicembre 2003 - Supplemento Ordinario n. 190.

non era del tutto estraneo al codice civile. In tal senso gli artt. 25-43 del codice civile, introdotti dal d.lgs. n. 127 del 1991<sup>52</sup>, sanciscono in capo alle società di capitali che controllano altre imprese ed alle società cooperative che controllano società di capitali l'obbligo di redazione del bilancio consolidato, dando così implicita rilevanza al gruppo inteso quale realtà unitaria dal punto di vista patrimoniale, finanziario ed economico<sup>53</sup>. Parimenti, l'art. 2634, comma 3 c.c., introdotto dal d.lgs. n. 61 del 2002,<sup>54</sup> (riforma delle norme penali in materia societaria), prevede quella che viene definita come clausola di salvaguardia dei gruppi, in virtù della quale «*non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo*».

### **5.1. Segue. La disciplina a partire dal 2003.**

Come più volte sottolineato, è con la riforma del diritto societario del 2003 che fa la sua comparsa nel sistema codicistico e, dunque, a livello di *lex generalis*, il fenomeno dei gruppi di società.

Ispirata al principio della trasparenza, la disciplina così introdotta – confluita nel Libro V, Capo IX del codice civile e, segnatamente, negli articoli 2497 e seguenti – risponde all'esigenza di garantire che l'attività di direzione e coordinamento proceda mediante un costante bilanciamento degli interessi dell'intero gruppo, della società capogruppo e delle singole società sussidiarie: sono previsti infatti specifici obblighi di motivazione delle decisioni e di pubblicità dell'appartenenza ad un gruppo, nonché specifici mezzi di tutela per i soci delle diverse compagini del gruppo.

---

<sup>52</sup> D.lgs. n. 127 del 9 aprile 1991, «Attuazione delle direttive n. 78/660/CEE e n. 83/349/CEE in materia societaria, relative ai conti annuali e consolidati, ai sensi dell'art. 1, comma 1, della legge 26 marzo 1990, n. 69» pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n.90 del 17 aprile 1991 - Suppl. Ordinario n. 27.

<sup>53</sup> A partire dal 2003, tale principio è stato esteso, in virtù dell'art. 111-*duodecies* disp. att., anche alle società in nome collettivo e in accomandita semplice, nell'ipotesi in cui ogni socio sia a sua volta una società di capitali.

<sup>54</sup> D.lgs. n. 61 del 11 aprile del 2002, «Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell'articolo 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366» pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 88 del 15 aprile 2002.



Giova sottolineare come il legislatore del 2003 non fornisca una definizione ed una disciplina specificamente riferite ai gruppi di società, quanto piuttosto proceda all'analisi dell'attività di direzione e coordinamento, evidentemente fisiologiche e necessarie affinché si possa parlare di gruppo, ma che, per la loro stessa natura, se non esercitate correttamente, possono risolversi in rilevanti pregiudizi per le società soggette all'altrui controllo e, per esse, anche per gli azionisti ed i creditori.

La riforma introduce inoltre la disciplina della responsabilità civile che scaturisce dall'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, prevedendo forme di protezione dei soci e dei creditori.

Occorre tuttavia rilevare come la disciplina del fenomeno dei gruppi di società introdotta dalla riforma, non trova, all'interno dello stesso codice civile, il proprio spazio nel solo Capo IX: è infatti possibile riscontrare numerose altre disposizioni che affrontano la materia – o quanto meno trovano applicazione anche con riferimento ai gruppi<sup>55</sup>.

Tramite la riforma il legislatore ha mutato l'identità funzionale della società di capitali, intesa ora quale strumento di separazione patrimoniale tra molteplici imprese che svolgono iniziative relative ad un obiettivo comune, in forza del cosiddetto interesse di gruppo.

## **6. La responsabilità civile da direzione e coordinamento.**

Con la riforma del diritto societario, il legislatore ha inteso prendere posizione con riferimento a tutte quelle circostanze che, nella pratica, avevano dato vita a criticità; fra queste rileva certamente la necessità di prevedere una tutela per gli azionisti esterni e per i creditori delle singole società partecipanti ad un gruppo nell'ipotesi di abusi posti in essere dalla capogruppo<sup>56</sup>.

La centralità di tale materia, relativa ai profili di responsabilità della holding, viene riconosciuta dalla Relazione Illustrativa del decreto legislativo del

---

<sup>55</sup> L'art. 2409 c.c. concernente l'obbligo di denuncia di gravi irregolarità dell'organo di controllo, da cui è desumibile la disciplina della direzione del gruppo unitariamente inteso.

<sup>56</sup> TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Giuffrè, 2010, p.12.

2003<sup>57</sup>, che ha definito questa come «*il problema centrale del fenomeno del gruppo*», ribadendo inoltre come l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento «*sia del tutto naturale e fisiologico da parte di chi è in condizioni di farlo e non implica, né richiede, il riconoscimento o l'attribuzione di particolari poteri*».

Tuttavia, appare evidente come, pur in assenza di una specifica definizione, la previsione operata dal legislatore dei profili di responsabilità, da un lato legittima l'esercizio di tali attività, dall'altro ne delinea il campo di applicazione.

Oggi è dunque possibile configurare, ai sensi dell'art. 2497 c.c., una responsabilità della società madre che prescindendo dallo stato di insolvenza della società sussidiaria<sup>58</sup>.

La stessa norma delinea infatti le fondamentali caratteristiche della responsabilità derivante da condotte abusive eventualmente poste in essere nell'ambito di un'attività di direzione e coordinamento.

In tal senso, vengono anzitutto identificati nelle «*società*» e negli «*enti*» i soggetti idonei a compiere siffatte condotte illecite: si evidenzia così l'ininfluenza della struttura organizzativa assunta dalla *holding*, che, dunque, ben potrà essere una società di capitali, una società di persone o qualsivoglia altro

---

<sup>57</sup> Relazione illustrativa del decreto legislativo recante: «*Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*».

In dottrina si veda DACCÒ, *sub art. 2497*, in *Comm. Cian, Trabucchi*, Padova, 2007, p. 2939, ove si osserva come la scelta della tutela risarcitoria sia coerente con una disciplina che ha ad oggetto non già singoli atti - rispetto ai quali possono, in certi casi, risultare appropriate soluzioni in termini di inefficacia o invalidità - bensì una attività complessivamente considerata.

<sup>58</sup> A tale conclusione era già pervenuta, prima della riforma, la dottrina maggioritaria anche se non mancava chi considerava con scetticismo l'estensione dei principi di responsabilità degli amministratori della capogruppo, rinvenibili nella legge sull'amministrazione delle grandi imprese in crisi, anche alle società *in bonis*, e l'estensione della responsabilità anche alla capogruppo, accanto a quella dei suoi amministratori. Sul punto si vedano PONTI, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, Cedam, 2006, p. 136 e CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, vol. 2, *Il diritto delle società*, Utet Giuridica, 2015, p. 301 ss.

In giurisprudenza si segnala Cass. Pen., Sez. V, 18 novembre 2004, n. 10688 ove gli Ermellini evidenziano come «*a partire dal 1° gennaio 2004, nel nostro ordinamento giuridico è ormai configurabile l'impresa di gruppo. La direzione unitaria del gruppo vulnera il principio, finora imperante, di autonomia patrimoniale delle singole società controllate, in quanto l'art. 2497 c.c. configura una vera e propria responsabilità dell'impresa-holding (individuale o societaria), nei confronti dei soci e dei creditori sociali delle società controllate, per fatti riferibili al loro patrimonio, ma riconducibili ad una mala gestio unitaria del gruppo*».

ente – associazione, fondazione o ente pubblico –<sup>59</sup>. A tal riguardo si sottolinea come il tenore letterale della norma richieda che il soggetto passivo dell'attività di direzione e coordinamento debba essere necessariamente una società<sup>60</sup>.

La formulazione della norma, ha dunque, pur mantenendo la totale irrilevanza della composizione strutturale e giuridica della capogruppo, escluso aprioristicamente la possibilità che la *holding* potesse essere una persona fisica, possibilità questa in precedenza oggetto di ampio dibattito dottrinale<sup>61</sup>. Ciò quanto meno a seguito dell'emanazione del c.d. «*decreto correttivo*»<sup>62</sup> che ha sostituito la generica attribuzione della responsabilità a «*chiunque, a qualunque*

---

<sup>59</sup> GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Comm. Scialoja, Branca*, Bologna, 2005, p. 65.

<sup>60</sup> DAL SOGLIO, *sub art. 2497*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società, Commentario sistematico al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 aggiornato al d.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, Padova, 2005, p. 2302.

<sup>61</sup> Parte della dottrina sostiene che la responsabilità di cui all'art. 2497 c.c. non operi quando la società *holding* sia una persona fisica e, di conseguenza, l'azione che si potrà esperire nei confronti di una persona fisica *holding* sarà tutt'al più una azione di diritto comune, basata sull'art. 2043c.c.; in tal senso GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società*, in *CeI*, 2002, p. 1021; SBISA, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *CeI*, 2003, p. 591; SCHIANO DI PEPE, *Il diritto di recesso nei gruppi*, in *Le Società*, 2003, p. 1205; CASADEI, *Gruppi di società nel codice civile*, in *Digesto comm.*, IV, 4a ed., Torino, 2008, p. 290

Non manca chi però ritiene che il cambiamento della lettera dell'articolo non escluda la sua applicabilità anche alle persone fisiche: ciò sarebbe infatti confermato dal fatto che lo stesso art. 2497, comma 2, c.c. sancisce la responsabilità solidale di chiunque abbia comunque preso parte al fatto lesivo. A sostegno di tale conclusione si è inoltre sottolineato il permanente riferimento generico a «*chi esercita attività di direzione e coordinamento*» sia nell'art. 2497-*quinquies* che nell'art. 2497-*sexies* (oggetto tuttavia di successiva modifica che ne ha abrogato l'ultimo comma e sostituendo la dizione «*società o enti*» al generico riferimento a «*chi esercita attività di direzione e coordinamento*». In tal senso GUIZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *RDCo*, 2003, pp. 439-449; IRACE, *La riforma delle società*, Sandulli, Giappichelli, 2007, p. 307 ss.

Più compiutamente GIOVANNINI, *La Holding persona fisica e l'abuso della personalità giuridica*, in *Gco*, 2004, Vol. II, p. 15 ss.

Da ultimo si veda SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Gco*, 2003, Vol. I, p. 661, il quale sottolinea l'esigenza di evitare l'abbassamento della tutela delle minoranze e dei creditori e ricorda inoltre come anche prima della riforma, sulla base dell'interpretazione dell'art. 90 del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, fosse configurabile una responsabilità anche della *holding* persona fisica.

In giurisprudenza si veda la sentenza del Tribunale di Vicenza, 23 novembre 2006 (consultabile sulla banca dati di Pluris) in cui il giudice di merito afferma che «*ove più persone fisiche abbiano svolto attività di direzione e controllo di società a responsabilità limitata agendo nell'interesse imprenditoriale proprio in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sussiste la responsabilità di tali persone nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata al patrimonio della società e se fra di esse è ravvisabile una società di fatto svolgente attività di impresa la quale abbia assunto, in virtù dell'art. 2497 c.c., obbligazioni risarcitorie quantomeno nei confronti dei creditori delle società fallite per i danni subiti, tale società di fatto, laddove ne sia dimostrata l'insolvenza, può senz'altro essere dichiarata fallita*».

<sup>62</sup> D.lgs n. 310 del 28 dicembre 2004, «*integrativo e correttivo alla disciplina del diritto societario, al testo unico in materia bancaria e creditizia ed alla disciplina dei procedimenti in materia di diritto societario*». Pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 305 del 30 dicembre 2004.

*titolo»* esercitasse attività di direzione e coordinamento con il più specifico riferimento a «*società o enti*».

Sempre il primo comma dell'art. 2497 introduce inoltre una responsabilità solidale in capo a «*chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo*», facendo così riferimento anzitutto agli amministratori della società controllata che non potranno dirsi esenti affermando di aver meramente dato esecuzione alle direttive della società madre: questi non possono infatti imputare ad altri l'effettiva paternità della gestione della società, sottraendosi così alle proprie responsabilità in palese violazione dei principi affermati dagli artt. 2364, n. 5, e 2380-*bis* c.c.<sup>63</sup>.

In secondo luogo la responsabilità solidale riguarda gli amministratori della capogruppo che, svolgendo in concreto l'attività di direzione e controllo, devono necessariamente essere ritenuti responsabili in solido con la società medesima: tale ricostruzione discende dalla necessità di un più attento esercizio delle funzioni di gestione.

In entrambi i casi, si fa discendere la responsabilità di questi dagli specifici doveri e poteri connessi alla carica di amministratore di una società inserita in un contesto di gruppo. Si menzionano, per esempio, i doveri di informazione degli organi delegati sulle operazioni delle controllate, gli obblighi di motivazioni delle decisioni condizionate dalle strategie del gruppo, le specifiche indicazioni richieste nella nota integrativa e nella relazione degli amministratori sull'attività delle controllate e sugli effetti della stessa<sup>64</sup>.

La responsabilità solidale potrebbe poi configurarsi in capo ai sindaci ed agli altri organi di controllo interno, sia della società controllata che della

---

<sup>63</sup> Non è mancato chi, seppur in maniera isolata, abbia sostenuto la dipendenza della responsabilità della capogruppo dalla configurabilità di una responsabilità degli amministratori, ed eventualmente anche dei sindaci, della società soggetta; in tal senso così SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Le società*, 2003, p. 390.

Più condivisa è stata invece la diversa ricostruzione che ha evidenziato la necessità di valutare, a seconda dei casi, l'effettiva compartecipazione degli amministratori alla condotta che ha prodotto il pregiudizio; così GALGANO, *I gruppi*, Utet Giuridica, 2002, p. 1043, secondo cui sarebbe possibile configurare una responsabilità della capogruppo che prescindere dalla *mala gestio* degli amministratori della dominata ogniqualvolta la *holding* abbia indotto gli amministratori della dominata ad intraprendere onerose operazioni sulla promessa - risultante da documenti - dell'erogazione degli adeguati mezzi finanziari, poi mancati.

<sup>64</sup> CASADEI, *Gruppi di società nel codice civile*, in *Digesto comm.*, IV, 4<sup>a</sup> ed., Torino, 2008, p. 290, ove si evidenzia come potrebbero essere coinvolti anche gli amministratori di altre società del gruppo nell'eventualità, ad esempio, in cui abbiano partecipato ai cd. *Group Board*, vale a dire ad informali organi di decisione.

capogruppo, in quanto, l'attività di direzione e coordinamento è assoggettata alla vigilanza e controllo dei sindaci o degli altri organi di controllo interno<sup>65</sup>.

Potrebbe inoltre concorrere la responsabilità solidale anche dei soci della capogruppo che abbiano autorizzato gli amministratori ad attuare le operazioni pregiudizievoli; più in generale potrebbe configurarsi la responsabilità di chi esercita il potere di direzione e coordinamento in via di fatto, come l'amministratore di fatto, il socio di controllo o il detentore di una partecipazione qualificata della capogruppo<sup>66</sup>.

Per concludere l'esame della responsabilità solidale, si sottolinea come l'art. 2497 c.c. preveda espressamente che «risponde in solido» e «nei limiti del vantaggio conseguito» anche «chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio» facendo così riferimento alla frequente ipotesi in cui un'altra società appartenente al gruppo risulti essere stata avvantaggiata dall'illegittimo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

Come anticipato, delineando i profili di una responsabilità per colpa derivante dall'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento in violazione dei principi di corretta gestione societaria, la norma legittima implicitamente l'attività di controllo su un'altra impresa. A riguardo, come sottolineato nella stessa Relazione illustrativa alla riforma societaria, il legislatore ha volutamente lasciato a dottrina e giurisprudenza il compito di delineare i contorni del principio di corretta gestione societaria<sup>67</sup>, limitandosi alla previsione di una clausola generale in virtù della natura fortemente variabile del fenomeno dei gruppi di società.

Ciò che dovrà essere valutato ai fini della determinazione della responsabilità, come previsto dalla *business judgment rule*, non sarà dunque il merito della scelta gestionale, quanto piuttosto il metodo con cui quest'ultima è stata presa, intendendosi in primo luogo la valutazione del rischio, la

---

<sup>65</sup> SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Le società*, 2003, p. 395.

<sup>66</sup> GENOVESE-TALAMANCA, *Studi empirici sulle società di capitali*, Piccin, 2009, p. 42.

<sup>67</sup> Non sono mancate critiche a siffatta scelta legislativa in quanto il legislatore è stato accusato di aver introdotto in materia un fattore di incertezza, non opportuno alla luce della delicatezza della materia. In tal senso SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Gco*, 2003, p. 663.

determinazione di un assetto organizzativo, contabile e di controllo proporzionale e adeguato, se non anche la raccolta preventiva di informazioni. Ad ogni modo, grande rilevanza viene attribuita all'esame dell'esistenza di un conflitto tra l'interesse del gruppo e quello delle singole controllate, in quanto l'attività di direzione e coordinamento, sebbene diretta al soddisfacimento dell'interesse di gruppo, non deve mai risolversi in un pregiudizio per le singole società controllate.

Per quanto concerne la natura della responsabilità prevista dall'art. 2497 c.c., si sottolinea come, nonostante la Relazione di accompagnamento alla legge di riforma e parte della dottrina<sup>68</sup> descrivano in termini extracontrattuali la natura della responsabilità della *holding*, il tenore letterale sembra abbracciare la tesi di responsabilità contrattuale<sup>69</sup> avallando così i più recenti indirizzi di dottrina e giurisprudenza secondo cui la responsabilità ha natura contrattuale ogniqualvolta derivi dalla violazione di una preesistente obbligazione, la cui fonte può essere, non solo un contratto, ma anche la legge od ogni altro fatto ritenuto idoneo dall'ordinamento. La natura contrattuale della responsabilità della capogruppo discende dal fatto che il rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale costituisce un'obbligazione specifica in capo alla capogruppo, sia che se ne voglia individuare il fondamento nella specifica previsione di legge, sia che ci si spinga fino a rinvenire gli estremi di un rapporto contrattuale di fatto<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> Sul punto di vedano GALGANO, *I gruppi*, Utet Giuridica, 2002, p. 1037 e SBISA, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Cel*, 2003, p. 591.

<sup>69</sup> Così PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi di società*, in *RS*, 2003, p. 770; IRACE, *La riforma delle società*, Sandulli, Giappichelli, 2007, p. 319. Sul punto SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Gco*, 2003, p. 663 che osserva come, configurando la responsabilità come extracontrattuale - nell'ambito della tradizionale impostazione che reputa anomala ogni ingerenza nella gestione di una società appartenente ad un gruppo - chi intende farla valere deve dimostrare che vi sono effettivamente stati degli specifici *imputs* nella gestione della controllata e può dolersi solo dei danni che siano casualmente riconducibili a questi *imputs*. Nel quadro di un'impostazione che, al contrario, qualifichi come legittima (entro certi limiti) l'ingerenza della controllante, la responsabilità parrebbe attenere al modo in cui è stata svolta l'attività (che a questo punto diventerebbe un potere-dovere) di direzione e coordinamento. In questa prospettiva, «*se la prova del quantum del danno spetterà all'attore, la prova della riferibilità della responsabilità, in coerenza con la tesi dell'effetto facoltizzante la direzione unitaria insita nel controllo, sarà rappresentata dalla mera sussistenza del controllo, senza necessità di dar prova della effettiva esplicazione della direzione unitaria; spetterà alla controllante l'onere di dar prova della non effettività della direzione unitaria, ed, in tal sede, notevole potrà essere il ruolo svolto dal tipo e dall'organizzazione che in concreto il gruppo assume*»

<sup>70</sup> Sul punto GALGANO, *Direzione e coordinamento*, Zanichelli, 2014, p. 121, «*a favore della natura contrattuale dovrebbero peraltro militare non solo considerazioni in ordine alle estreme difficoltà*

Come ovvio, affinché si possa parlare di una responsabilità, risulta necessaria la presenza di un danno, ovvero di un pregiudizio che, nel contesto oggetto di indagine, viene definito tramite il ricorso a clausole generali, secondo quanto indicato nella relazione di accompagnamento alla legge di riforma, volte alla tutela dei «*principi di continuità dell'impresa sociale, redditività e valorizzazione della partecipazione sociale*». Alla luce di ciò tale danno viene individuato, dall'art. 2497 c.c., per i soci nel «*pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale*», e per i creditori sociali nella «*lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società*».

Con particolare riferimento al danno per i soci, occorre preliminarmente interrogarsi in merito alle nozioni di «*redditività*» e «*valore della partecipazione sociale*»: infatti, mentre da una parte si tende a tutelare il valore nominale della partecipazione e, quindi, il diritto del socio al mantenimento del suo valore di scambio – consistente con la legittima aspettativa a realizzare un adeguato controvalore in denaro nell'ipotesi in cui decida di venderla –, dall'altra si vuole tutelare l'aspetto dinamico della potenzialità redditizia della partecipazione stessa<sup>71</sup>.

Tuttavia, non è pacifica la nozione di redditività: difatti, a seguito della opportuna eliminazione dalla disciplina del riferimento al diritto all'utile è possibile sostenere unicamente l'esistenza di un generale interesse del socio alla redditività della partecipazione, quanto meno nel lungo periodo, tenendo in considerazione il fatto che il rapporto tra esso e la società è ideato al fine di consentirgli una remunerazione del capitale investito.

Di conseguenza, la lesione della redditività potrebbe rilevarsi ogniqualvolta la politica del gruppo tenda ad attuare un sistematico sacrificio della redditività di una partecipazione sociale al fine di avvantaggiare le altre società appartenenti al gruppo. Parimenti, altre situazioni pregiudizievoli si potrebbero configurare nel caso di alienazione da parte della capogruppo di beni

---

*altrimenti connesse all'onere della prova, che potrebbero finanche vanificare la tutela accordata dal legislatore, ma anche considerazioni di ordine logico, laddove risulterebbe francamente discutibile trattare la capogruppo, che esercita con un certo grado di continuità l'attività di direzione sulle società facenti parte del gruppo, alla stregua di un qualunque estraneo che cagioni un danno».*

<sup>71</sup> GALGANO, *I gruppi*, Utet Giuridica, 2002, p. 1039.

strumentali indispensabili all'attività produttiva della società controllata; il recesso della capogruppo dai contratti commerciali essenziali per la sopravvivenza della società; il conferimento in natura eseguito dalla capogruppo con corrispondente emissione di azioni per un valore non congruo; i prestiti rilasciati alla capogruppo senza ragionevole contropartita<sup>72</sup>.

Si evidenzia dunque come il danno subito dal singolo socio sia un danno riflesso, ovvero diretta conseguenza di quello patito dal patrimonio della società soggetta a direzione e coordinamento; si tratta quindi di un danno indiretto, che non potrebbe essere risarcito in forza di quanto stabilito dall'art. 2395 c.c.<sup>73</sup>.

L'art 2497 c.c. prevede inoltre a specificare che la responsabilità della capogruppo non sussiste *«quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette»*, richiedendo così una valutazione del danno non sulla base di un singolo atto, bensì alla luce dell'attività di direzione e coordinamento nel suo complesso: ne consegue, dunque, che non potrà parlarsi di danno ogniqualvolta la società riceva dall'appartenenza al gruppo dei vantaggi tali da compensare il pregiudizio derivante dal singolo atto in sé considerato.

Mediante siffatta disposizione il legislatore ha voluto giustificare il compimento di determinate operazioni, che a prima vista sembrano determinare un pregiudizio, qualora ciò sia avvenuto nell'interesse del gruppo<sup>74</sup>, affermando che la responsabilità della controllante non sussista qualora la società stessa abbia eliminato il danno con apposite operazioni.

---

<sup>72</sup> IRACE, *La riforma delle società*, Sandulli, Giappichelli, 2007, p. 318.

<sup>73</sup> In giurisprudenza si veda Tribunale di Bologna, 12 aprile 2006 (consultabile sulla banca dati di Pluris) in cui si afferma che *«l'azione di responsabilità riconosciuta ai soci dall'art. 2497 c.c., come modificato dalla legge n. 6 del 2003, consente al socio della società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, di agire nei confronti dell'ente che tale direzione e coordinamento abbia malamente esercitato, al fine di conseguire a proprio favore il risarcimento di danni incidenti sostanzialmente sul patrimonio della società e dunque per conseguenza solo indiretta, sul suo patrimonio personale, avendo il legislatore richiamato il concetto di pregiudizio arrecato al valore o alla redditività della partecipazione sociale»*.

<sup>74</sup> Cass. Civ., Sez. I, 5 dicembre 1998, n. 12325, concepisce questo come un *«perseguimento di scopi comuni»*.



Tale posizione, sostenuta da Montalenti<sup>75</sup>, prende il nome di teoria dei vantaggi compensativi.

A riguardo, non è chiaro se il vantaggio compensativo debba essere inteso in senso rigido, attuale e proporzionale rispetto al danno provocato, oppure si possa intendere lo stesso in senso più elastico in una prospettiva non necessariamente a breve termine. Sul punto, interessante può essere il confronto con l'art. 2634, comma 3, c.c., che, in tema di infedeltà patrimoniale, prevede espressamente la rilevanza anche dei vantaggi compensativi fondamentalmente prevedibili, nonostante la Corte di Cassazione abbia in diverse occasioni precisato come la prospettiva di vantaggi compensativi debba fondarsi su elementi certi e non su mere aspettative<sup>76</sup>.

Tuttavia, tornando all'art 2497 c.c., la formulazione letterale della norma sembrerebbe propendere per l'interpretazione più rigida anche se la necessità di valutare il risultato complessivo della direzione e coordinamento potrebbe sottintendere un'apertura alla visione più elastica. In tale seconda ipotesi spetterebbe all'interprete il compito di delineare i limiti temporali entro cui considerare i vantaggi che, a titolo esemplificativo, potrebbero identificarsi con la chiusura dell'esercizio ovvero con il momento dell'uscita dal gruppo.

---

<sup>75</sup> MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, I, 1995, p.710 ss.

<sup>76</sup> A riguardo si veda Cass. Pen., Sez. V, del 5 giugno 2013, n. 49787 «non è sufficiente, al fine di escludere la riconducibilità di un'operazione di diminuzione patrimoniale senza apparente corrispettivo ai fatti di distrazione o dissipazione incriminabili, la mera ipotesi della sussistenza di vantaggi compensativi, ma occorre che gli ipotizzati benefici indiretti della società fallita, che l'amministratore ha l'onere di allegare e provare, risultassero non solo effettivamente connessi ad un vantaggio complessivo del gruppo, ma altresì idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta: in guisa tale da non renderla capace di incidere (perlomeno nella ragionevole previsione dell'agente) sulle ragioni dei creditori della società». Cass. Pen., Sez. V, 23 giugno 2003, n. 38110 «la disposizione del terzo comma dell'art. 2634 c.c. (secondo cui non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo) trova applicazione in presenza di vantaggi compensativi - effettivamente conseguiti o "fondatamente" prevedibili, sulla base di elementi certi e non meramente aleatori - dell'appropriazione e del conseguente danno provocato alle singole società, non essendo sufficiente la mera speranza o l'aspettativa di benefici futuri».

Sul punto si veda anche Cass. Civ., Sez. I, 4 agosto 2006, n. 17696 in cui si afferma che «al fine di verificare se un'operazione abbia comportato o meno per la società che l'ha posta in essere un ingiustificato depauperamento occorre tener conto della complessiva situazione che, nell'ambito del gruppo, a quella società fa capo, potendo l'eventuale pregiudizio economico che da essa sia direttamente derivato aver trovato la sua contropartita in un altro rapporto e l'atto presentarsi come preordinato al soddisfacimento di un ben preciso interesse economico, sia pure mediato e indiretto (nella fattispecie la S.C. ha quindi ritenuto legittimo il contratto di mutuo, stipulato da una delle società del gruppo, destinato a procurare la liquidità necessaria alla sistemazione dei debiti dell'intero gruppo, sistemazione che condizionava la realizzazione dei progetti imprenditoriali della società mutuataria)».

Il terzo comma dell'art. 2497 c.c. chiarisce che legittimati a richiedere il risarcimento del danno sono i soci ed i creditori sociali della società controllata, nella sola ipotesi, però, in cui questi non siano «*stati soddisfatti dalla società soggetta all'attività di direzione e coordinamento*». A tal riguardo la Relazione di accompagnamento alla legge di riforma evidenzia come tale previsione sia finalizzata ad «*evitare che il margine di iniziativa della società soggetta all'attività di direzione e coordinamento sia eccessivamente ridotto come conseguenza della possibilità di azione diretta da parte dei suoi soci o dei suoi creditori contro la società controllante*»<sup>77</sup>.

Per quanto concerne la natura dell'azione esperibile<sup>78</sup>, questa viene considerata come diretta e non surrogatoria di una spettante alla società sottoposta a direzione e coordinamento, con la conseguenza che il risarcimento del danno si effettuerà direttamente nei confronti del socio o terzo e non della società controllata. Caratteristiche fondamentali dell'azione di responsabilità sono dunque la sussidiarietà, poiché potrà essere promossa solo se i soggetti legittimati non siano già stati soddisfatti dalla società controllata, e l'inammissibilità qualora il danno sia mancante nel risultato complessivo dell'esercizio della gestione<sup>79</sup>.

In conclusione si sottolinea come l'azione in esame non si sostituisca alle altre esperibili dal socio o dal creditore in forza della disciplina generale, ma si aggiunga, senza alterare la tutela del socio verso la società né la tutela dei creditori sociali, dal momento che tali azioni risultano diverse, e non certo alternative.

## **7. Gli obblighi di pubblicità.**

---

<sup>77</sup> Sul punto si veda DAL SOGLIO, *sub art. 2497*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società, Commentario sistematico al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 aggiornato al d.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, Padova, 2005, p. 2321 secondo cui la disposizione è dettata con specifico riguardo all'azione dei creditori sociali; per il socio di minoranza, invece, sarebbe insensato avere l'onere di agire contro la società, senza agire contemporaneamente contro chi la dirige.

<sup>78</sup> GENOVESE-TALAMANCA, *Studi empirici sulle società di capitali*, Piccin, 2009, p. 42.

<sup>79</sup> Commento di IRACE in *La riforma delle società*, Sandulli, Giappichelli, 2007 p. 314.

L'esigenza di trasparenza, avvertita dal legislatore nella riforma, tiene conto del fatto che il fenomeno dei gruppi ha vissuto una crescita esponenziale negli ultimi anni. Sembra dunque corretto affermare che chi fa parte del gruppo o vi entra in contatto, debba essere messo a conoscenza dell'esistenza un'attività di direzione e coordinamento. Per tale motivo l'art. 2497-bis c.c.<sup>80</sup> prevede quattro tipi di adempimenti pubblicitari che sono distinguibili in due sottogruppi: il primo è disciplinato dai commi 1 e 2, in forza dei quali si impone l'indicazione della soggezione al controllo altrui negli atti e l'iscrizione in un'apposita sezione del registro delle imprese. Nel secondo gruppo invece rientrano gli adempimenti previsti dal quarto e dal quinto comma, consistenti nell'indicazione dei dati essenziali della direzione e coordinamento nella nota integrativa del bilancio della controllata e nella relazione sulla gestione della società redatta dagli amministratori.

Le regole di trasparenza ivi sancite non sono una condizione necessaria per l'applicazione della disciplina dei gruppi, la quale risulta invece legata esclusivamente alla concreta attività di direzione e coordinamento, ma perseguono il fine di tutela dei soci di minoranza e terzi creditori, garantendo loro la consapevolezza dei vantaggi e svantaggi che possono derivare dall'appartenenza al gruppo.

Innanzitutto, per quanto concerne il primo adempimento richiesto, vengono ad evidenza due interrogativi: ci si chiede infatti quali siano le corrette modalità di esercizio della pubblicità richiesta ed a quali tipi di atti il legislatore si sia voluto riferire.

---

<sup>80</sup> Art. 2497-bis: «La controllata deve indicare la società o l'ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta negli atti e nella corrispondenza, nonché mediante iscrizione, a cura degli amministratori, presso la sezione del registro delle imprese di cui al comma successivo.

È istituita presso il registro delle imprese apposita sezione nella quale sono indicate le società o gli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento e quelle che vi sono soggette.

Gli amministratori che omettono l'indicazione di cui al comma primo ovvero l'iscrizione di cui al comma secondo, o le mantengono quando la soggezione è cessata, sono responsabili dei danni che la mancata conoscenza di tali fatti abbia recato ai soci o ai terzi.

La società deve esporre, in apposita sezione della nota integrativa, un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio della società o dell'ente che esercita su di essa l'attività di direzione e coordinamento.

Parimenti, gli amministratori devono indicare nella relazione sulla gestione i rapporti intercorsi con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette, nonché l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati».

In primo luogo, secondo la dottrina<sup>81</sup> si deve ritenere che l'onere di pubblicità sia adempiuto quando vi sia stata non solo l'indicazione della soggezione al controllo ma anche la menzione specifica di chi lo esercita. Per quanto riguarda invece il secondo quesito, per atti si devono intendere tutti quei documenti con rilevanza esterna che siano stati redatti; nella corrispondenza invece non vi sono dubbi circa la possibilità di ricomprendersi anche la posta elettronica.

Tuttavia, in assenza di una concreta definizione di attività di direzione e coordinamento, risulta difficile determinare a priori quali siano gli elementi che facciano sorgere l'obbligo. Si può però supporre che indice della presenza di direzione e coordinamento siano una serie di atti fra loro connessi che dimostrino la volontà della controllante di gestire l'attività di gruppo per perseguire l'interesse comune. E essendo gli amministratori nella posizione idonea a valutare la presenza della soggezione della controllante, questi ricadranno in stringenti sanzioni qualora omettano l'indicazione. Eventualmente in sede di contenzioso spetterà agli stessi dimostrare l'assenza della soggezione al momento del compimento delle operazioni con i terzi.

Il secondo adempimento consiste invece nell'indicazione nell'apposita sezione del registro delle imprese della società che esercita la direzione e controllo. In merito alla natura dell'onere pubblicitario va ricordato che la pubblicità legale può avere un effetto costitutivo, dichiarativo o di notizia. Innanzitutto va escluso l'effetto costitutivo poiché l'obbligo pubblicitario sorge a seguito dell'esistenza della direzione e coordinamento e non viceversa. Tra le restanti categorie sembra poi più convincente propendere per la pubblicità-notizia e dunque l'iscrizione servirà solamente a fornire ai terzi informazioni circa la vita dell'impresa non rendendo gli atti iscritti inopponibili, ma comportando delle sanzioni amministrative per la mancata iscrizione<sup>82</sup>.

Ciò poiché la conoscenza dell'attività di direzione e coordinamento, sebbene sussistano delle presunzioni, dovrà essere provata nel concreto. Inoltre a

---

<sup>81</sup> MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve al diritto delle società*, Cedam, 2017, p. 1635 s.s.

<sup>82</sup> Come sostenuto da GALGANO, *Direzione e coordinamento*, Zanichelli, 2014, p. 127; IRACE, *La riforma delle società*, commento all'art. 2497-bis c.c., Sandulli, Giappichelli, 2007 p. 427.

sostegno di tale orientamento l'art. 8, comma 5, della legge 29 dicembre 1993, n. 580, prevede che le sezioni speciali del registro delle imprese conferiscano agli atti in esse iscritti una efficacia di pubblicità-notizia. Dunque, nel caso di specie si deve presumere che la volontà del legislatore, il quale ha affermato nel dispositivo che l'iscrizione debba avvenire in una «*apposita*» sezione, fosse quella di intendere una sezione speciale.

Per quanto concerne invece il termine per l'iscrizione della suddetta pubblicità nel registro delle imprese, analogicamente a quanto avviene per le altre iscrizioni in materia societaria, è di 30 giorni, garantendo inoltre la possibilità di provvedere d'ufficio qualora gli amministratori non adempiano.

Circa invece la questione della determinazione del soggetto su cui ricadrebbe l'obbligo di iscrizione la dottrina si divide. Da un lato vi è chi preferisce una interpretazione di tipo elastica<sup>83</sup> affermando che l'obbligo vive in capo sia alla controllante e alla controllata; dall'altro, chi invece segue una interpretazione più restrittiva<sup>84</sup> affermando che l'adempimento gravi esclusivamente sulla controllata, ciò poiché qualora il legislatore avesse voluto intendere il contrario lo avrebbe espressamente previsto, come d'altronde ha fatto per i gruppi bancari *ex art. 64 d.lgs. n. 385 del 1993*. Ciò che invece appare condiviso, è l'esclusione delle *holding* persone fisiche dall'iscrizione nel registro delle imprese.

Il terzo comma dell'art. 2497-*bis* prevede la responsabilità degli amministratori della società sottoposta a direzione e coordinamento per i danni causati a terzi qualora questi risultino inadempienti circa gli obblighi previsti dagli altri comma. Questo tipo di responsabilità si differenzia da quella di cui all'art. 2497 c.c. poiché si riferisce a terzi qualsiasi, e non necessariamente soci o creditori, che abbiano stretto rapporti con la società in questione in maniera inconsapevole, poiché non erano stati prontamente informati della soggezione al controllo di altra società. La natura di tale responsabilità non è del tutto chiara poiché questa fattispecie è equiparabile alla cosiddetta responsabilità da

---

<sup>83</sup> GALGANO, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam 2006, p. 193.

<sup>84</sup> FAUCEGLIA, *Codice commentato delle spa*, Utet Giuridica, 2007, II tomo, p. 43.

prospetto, alla quale si è riconosciuta duplice natura. Secondo la dottrina<sup>85</sup> prevalente si dovrebbe propendere per la natura extracontrattuale, poiché non sussiste un rapporto obbligatorio tra il danneggiato e gli amministratori inadempienti.

Il terzo comma dell'art. 2497-*bis* c.c. sembrerebbe escludere inoltre la possibilità che l'amministratore possa fornire una prova liberatoria, ciò poiché si ritiene che questi si trovi nella posizione più idonea per constatare la presenza dello stato di soggezione all'attività di direzione e coordinamento.

Per quanto concerne gli obblighi di informativa periodica come previsti nel 4 e 5 comma i contenuti risultano alquanto vaghi. Il quarto comma sembra riprendere quasi del tutto quanto definito per la controllante nell'art. 2429 c.c., differenziandosi solo per il fatto che i dati essenziali del bilancio della controllante, non devono solo essere depositati presso la sede sociale, ma anche inseriti nella nota integrativa del bilancio di esercizio della controllata così da renderlo a sua volta impugnabile. Per dati essenziali si devono intendere: a) nello stato patrimoniale: il totale di immobilizzazioni, attivo circolante, capitale sociale, riserve e debiti. b) nel conto economico: il totale marginale del costo/valore della produzione, oneri finanziari, utile o perdita di esercizio, proventi/oneri straordinari e imposte dovute.

Il quinto comma invece riprende quanto previsto dall'art. 2428, comma 2, c.c.<sup>86</sup> si deve dunque ritenere che sia sufficiente indicare le operazioni di maggiore rilevanza dell'esercizio specificando se siano state compiute a prezzo di mercato o meno e se questo abbia in qualche modo influito sul risultato dell'esercizio stesso.

## **8. Gli obblighi di motivazione.**

---

<sup>85</sup> GALGANO, *Direzione e coordinamento*, Zanichelli, 2014, p. 126.

<sup>86</sup> «L'analisi di cui al primo comma è coerente con l'entità e la complessità degli affari della società e contiene, nella misura necessaria alla comprensione della situazione della società e dell'andamento e del risultato della sua gestione, gli indicatori di risultato finanziari e, se del caso, quelli non finanziari pertinenti all'attività specifica della società, comprese le informazioni attinenti sull'ambiente e al personale».

Il legislatore nel IX capo, come si è visto con l'articolo precedente in materia di pubblicità, è mosso dalla volontà di garantire la trasparenza delle operazioni compiute tramite il fenomeno del gruppo. È proprio qui che sorge l'obbligo di motivazione delle decisioni come prevede espressamente l'art. 2497-ter c.c., ai sensi del quale *«le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando da questa influenzate, debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione. Di esse viene dato adeguato conto nella relazione di cui all'articolo 2428 c.c.»*.

L'obbligo di motivazione oltre a garantire la trasparenza permette una più chiara individuazione del soggetto su cui si debba eventualmente far ricadere la responsabilità dell'attività di direzione e coordinamento. Soprattutto però la norma consente *ex post* di determinare l'esistenza di vantaggi compensativi che costituiscono l'unica deroga all'esercizio dell'azione di responsabilità.

Per quanto concerne il tipo di scelte gestionali che sottostanno a tale obbligo, dovranno essere ricomprese tutte quelle delibere adottate collegialmente o monocraticamente sia dagli organi amministrativi sia dall'assemblea.

Non sembra invece chiara la norma quando utilizza la locuzione *«decisioni influenzate da attività di direzione e coordinamento»*. La dottrina prevalente<sup>87</sup> propende per una visione restrittiva consistente nella sottoposizione all'obbligo di tutte quelle decisioni che non sono giustificabili se non in relazione all'appartenenza al gruppo.

Ci si deve infine chiedere quali siano le conseguenze derivanti dalla violazione degli obblighi di motivazione. Innanzitutto la violazione può derivare sia dall'assenza della motivazione che dalla sua inadeguatezza. E se l'inosservanza è pervenuta dagli amministratori questa darà senz'altro luogo alla loro responsabilità e soddisferà i requisiti necessari per la revoca, costituendo una giusta causa.

---

<sup>87</sup> Mucciarelli ricomprende inoltre le cosiddette decisioni influenzate positivamente ossia quelle che se adottate comportano vantaggi giustificabili esclusivamente nell'ottica di gruppo.

Più problematica è la determinazione degli effetti che si riversano sulla decisione stessa in queste ipotesi. Fino a prima della riforma, sembrava applicabile la disciplina del conflitto di interessi prevista per S.p.A. *ex art. 2391*, comma 2, c.c., mentre a seguito dell'introduzione dell'*art. 2497-ter* c.c., si ritiene che le decisioni influenzate in carenza di motivazione debbano essere considerate impugnabili se potenzialmente lesive. Questa tesi, sostenuta da Mucciarelli<sup>88</sup>, è particolarmente rilevante: infatti, mentre con l'applicazione della disciplina del conflitto di interessi si avrebbe la invalidità della decisione, con l'*art. 2497-ter* gli amministratori godrebbero della possibilità di addurre la prova dell'esistenza dei vantaggi compensativi così rendendo inammissibile l'esercizio dell'azione di responsabilità.

Per quanto invece riguarda le modalità di adempimento dell'obbligo certamente la richiesta analitica di motivazione, che pone la norma, ci fa intendere che sia necessario, al fine dell'adempimento, indicare con chiarezza sia il danno che il vantaggio compensativo che derivi dalla decisione in questione.

## **9. Le presunzioni in materia di direzione e coordinamento.**

Anteriormente alla riforma del diritto societario l'attività di direzione e coordinamento unitaria era stata individuata nell'amministrazione dell'intero gruppo, allora considerato non un unico ente giuridico, bensì quale mera unità economica ed esercizio di tale attività da parte della società capogruppo poteva variare a seconda del grado di accentramento prescelto, potendosi concretizzare anche in un mero coordinamento così da ricomprendere i cosiddetti gruppi orizzontali o paritetici.

Come già analizzato, l'*art. 2359* c.c. elenca in maniera tassativa le ipotesi in cui le società possono essere considerate quali enti soggetti ad altrui controllo.

Tuttavia, nonostante l'elasticità della nozione ivi contenuta, risulta sul piano pratico di difficile dimostrazione la ricorrenza del fenomeno del controllo

---

<sup>88</sup> MUCCIARELLI, *Il nuovo diritto delle società – commento all'art 2497-ter c.c.-*, Cedam, 2005, p. 2388 s.s..



tanto che il legislatore è stato chiamato a tipizzare le fattispecie che permettono di presumere l'esistenza, distinguendole in due categorie: quelle che danno vita a presunzioni relative e quelle che danno vita a presunzioni assolute.

Nel primo caso la presunzione è connessa al possesso di una partecipazione idonea a consentire la nomina della maggioranza dell'organo di controllo o alla presenza di contratti di dominio qualora questi siano previsti dalla legge; nel secondo caso le presunzioni si formano invece in forza di clausole statuarie, sempre laddove la legge lo consenta, o, ancora, nel caso di *interlocking directorates*.

Problematico è in tal senso l'esame della prova contraria, ossia quella che dimostri la non ricorrenza di una influenza dominante-determinante, in quanto il legislatore ha espressamente qualificato come relative solo un numero limitato delle presunzioni di controllo previste.

Parallelamente – e con particolare riferimento agli elementi della direzione e del coordinamento –, con la riforma del 2003, il legislatore ha inteso altresì rendere più agevole la prova dell'esistenza di tali situazioni di soggezione mediante l'introduzione di un sistema di presunzioni legali sia relative che assolute previsto dall'art. 2497-*sexies* c.c..

Tale disposizione, nella sua originaria formulazione, prevedeva al primo comma una presunzione relativa di attività di direzione e coordinamento e al secondo – soppresso dall'art. 5, d.lgs. n. 37 del 6 febbraio 2004 – una presunzione assoluta.

Ad oggi tale articolo, in virtù della soppressione del secondo comma, si limita a prevedere, in maniera meramente esemplificativa e non tassativa che, qualora una società sia tenuta al consolidamento del bilancio di un'altra ovvero qualora ricorrano le fattispecie delineate dall'art 2359 c.c., si dovrà, in assenza di prova contraria, ritenere sussistente un'attività di direzione e coordinamento.

Occorre inoltre evidenziare come il cosiddetto decreto correttivo del 2004 non abbia del tutto soppresso la previsione di una presunzione assoluta, ma abbia provveduto, al fine di una maggiore chiarezza espositiva ed in virtù della necessità di dare autonoma rilevanza al coordinamento, a trasporre il contenuto

del comma 2 dell'originario art. 2497-*sexies* c.c. in una separata ed autonoma disposizione codicistica: l'art. 2497-*septies* c.c..

Questo prevede quindi l'estensione dell'applicabilità della disciplina fin qui esaminata a tutte quelle società che esercitano «attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti». Come evidente, l'articolo fa riferimento a quello che la dottrina<sup>89</sup>, ricollegandosi alle esperienze straniere, ha definito come contratto di dominazione: infatti, si presume in via assoluta l'esistenza di un controllo qualora questo emerga sulla base di un contratto tra due o più società ovvero sulla base di specifiche clausole introdotte nello statuto.

In tal senso, occorre evidenziare come, nonostante il generico richiamo ai rapporti contrattuali, l'applicabilità di tale articolo trovi un limite nei contratti previsti dall'art. 2359, comma 1, n. 3, c.c. – ossia quei legami contrattuali aventi ad oggetto un'attività commerciale essenziale per la sopravvivenza della società e che, di conseguenza, determinano l'influenza dominante di un'altra società – e nelle ipotesi disciplinate dal comma 3 del medesimo articolo, espresso ambito di applicazione del precedente articolo 2497-*sexies* c.c..

Rientrano invece tra le fattispecie cui si applica il regime di presunzione assoluta le ipotesi previste dagli articoli 93 T.U.F., 26 d.lgs. n. 127 del 1991 e 26, comma 1, d.lgs. n. 87 del 1992.

Tuttavia, siffatta ricostruzione potrebbe comportare la possibilità di applicare l'art. 2497-*septies* c.c. anche a tutte quelle ipotesi previste dalle norme della legislazione speciale che trattano la direzione comune<sup>90</sup>.

Al contrario, sembrerebbe maggiormente condivisibile una ricostruzione in cui i contratti cui fa riferimento il dispositivo dell'articolo 2497-*septies* c.c. siano quelli aventi ad oggetto il coordinamento organizzativo e finanziario delle società senza la previsione di un vincolo di subordinazione di una rispetto ad un'altra.

---

<sup>89</sup> Sul punto si rimanda a quanto approfondito nel Paragrafo n. 4.

<sup>90</sup> Art 80 d.lgs n.270 del 1999 «*le imprese che per la composizione degli organi amministrativi o sulla base di concordanti elementi risultano soggette ad una direzione comune*»; art. 23 comma 2, punto 4 Tub «*assoggettamento a direzione comune in base agli organi amministrativi o per altri concordanti elementi*».

## 10. La responsabilità penale ex d.lgs. n. 231 del 2001.

A seguito dell'analisi della responsabilità civile e delle conseguenze derivanti dalla stessa, per completezza, è necessario dare una visione di quella che è la responsabilità in materia penale degli enti. Il crescente fenomeno dei *white collar crimes* ha evidenziato l'esigenza d'introduzione di una disciplina apposita che fosse riferibile non solo alle persone fisiche, ma anche agli enti dotati e non di personalità giuridica. Alla fine degli anni '90 vi fu dunque un drastico cambiamento che per la prima volta permise il superamento del principio «*societas delinquere non potest*», permettendo dunque di prevedere una vera e propria responsabilità in capo alle società.

Tra le possibili opzioni normative, tra cui possiamo identificare l'istituzione di una responsabilità penale degli enti, ovvero la configurazione di una responsabilità non penale, sebbene connessa all'illecito penale, il nostro legislatore ha preferito prevedere un *tertium genus* di responsabilità che fosse un ibrido tra quella amministrativa e quella penale<sup>91</sup>.

Per poter applicare la disciplina in parola al gruppo di società bisogna però sottolineare che all'interno del gruppo, come è noto, alla *holding* si attribuiscono funzioni strategiche, mentre in capo alle controllate sono poste funzioni operative. Perciò è comprensibile che tramite questo modello giuridico sia previsto uno scarico di responsabilità verso il basso, come accade in materia di delega di funzioni tra le persone fisiche, ma altrettanto è agevole comprendere che la nuova disciplina in materia nel concreto abbia voluto determinare un'apicalizzazione della responsabilità stessa evitando di lasciare impunte le figure poste al vertice.

Prima dell'introduzione del modello in parola, l'identificazione della responsabilità penale dell'ente era limitata a esigue ipotesi. In primo luogo la determinazione della responsabilità della capogruppo si realizzava nel caso in cui questa istigava o determinava una delle controllate a compiere il reato. In questa

---

<sup>91</sup> Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. 231 del 2001.

ipotesi è chiaro che si abbia la configurazione della fattispecie di concorso di persone nel reato con conseguente responsabilità *ex art.* 110 c.p. della capogruppo, salvo questa non dimostri di aver agito in modo incolpevole e dunque con diligenza, prudenza e perizia<sup>92</sup>. Una disciplina specifica per la tutela dei soggetti danneggiati, si rivela necessaria data la difficoltà di dimostrazione dell'istigazione o determinazione, così il legislatore ha voluto alleggerire l'onere della prova ricomprendendo nella norma, in maniera analogica, anche quelle ipotesi di contributo morale della capogruppo.

Le lacune normative che impedivano dunque l'applicazione del concetto di interesse e vantaggio, così previsto dalla norma in parola, al fenomeno dei gruppi e la conseguente limitazione dell'ipotesi di configurazione della responsabilità degli stessi, sono però state superate dalla giurisprudenza<sup>93</sup> che si è aperta al concetto di interesse di gruppo.

In primo luogo si è pervenuti ad una definizione dell'interesse di gruppo affermando che *«la caratteristica dei gruppi di società è quella di corrispondere, sotto il profilo economico, ad un complesso unitario ed organizzato ispirato da indirizzi strategici unitari, che ripete gli schemi di comando e di controllo esistenti all'interno di una singola unità aziendale complessa è dunque per tale motivo che l'ente non può essere concepito come monade isolata»*.

Successivamente si è prospettata l'ipotesi di un'interpretazione disgiuntiva del decreto 231/2001 affermando che se il reato è compiuto nell'interesse dell'ente, non occorre anche che l'ente stesso ne tragga vantaggio; è sufficiente la sola finalizzazione della condotta criminosa al perseguimento di una data utilità, a prescindere dal fatto che questa sia effettivamente conseguita. Dunque l'interesse è l'elemento costitutivo della responsabilità dell'ente. La *ratio* di tale affermazione è facilmente riscontrabile anche nell'art. 12 del decreto che tratta i casi di riduzione della sanzione<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Art. 110 c.p. *«quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salvo le disposizioni degli articoli seguenti»*.

<sup>93</sup> Ordinanza GIP, Tribunale di Milano del 20 settembre 2004; Ordinanza Tribunale di Milano, Sezione XI riesame - 20 dicembre 2004; Sentenza GIP, Tribunale di Milano del 26 febbraio 2007 in *De jure*.

<sup>94</sup> *«La sanzione pecuniaria è ridotta della metà e non può comunque essere superiore a lire duecento milioni se l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo»*.

Ancora, si è affermato che *«all'interesse della controllata corrisponde sempre un interesse della controllante poiché la società madre è la depositaria dell'interesse di gruppo»*.

Per quanto infine concerne le ipotesi di esenzione dalla responsabilità prevista in materia, di rilievo è l'art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001<sup>95</sup>, ai sensi del quale si prevede un'inversione dell'onere della prova ogniqualvolta: *«a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)»*<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> D.lgs. n. 231 del 8 giugno 2001, recante la *«disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300»*. Pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 140 del 19 giugno 2001.

<sup>96</sup> SCAROINA, *Il problema del gruppo di imprese*, Giuffrè, 2006, p. 253.

## CAPITOLO II – LA GESTIONE DELLA CRISI NEI GRUPPI DI SOCIETÀ

**SOMMARIO:** 1. LA CRISI DELLA SOCIETÀ – 2. IL GRUPPO DI SOCIETÀ INSOLVENTE NELLA LEGISLAZIONE SPECIALE. – 2.1. L'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA DELLE GRANDI IMPRESE. LA DISCIPLINA DETTATA DALLA C.D. LEGGE PRODI – 2.1.1. *SEGUE*. LE NOVITÀ INTRODOTTE DALLA C.D. LEGGE PRODI-BIS – 2.1.2. *SEGUE*. L'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA DELLE GRANDISSIME IMPRESE NEL C.D. DECRETO MARZANO – 2.1.3. *SEGUE*. L'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA DELLE GRANDI IMPRESE NEL SETTORE DEI SERVIZI PUBBLICI ESSENZIALI. IL C.D. DECRETO ALITALIA – 2.2. LA DISCIPLINA DELL'INSOLVENZA DEI GRUPPI BANCARI – 2.3. LE PROCEDURE CONCURSUALI NEI GRUPPI DI SOCIETÀ FIDUCIARIE – 3. L'INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA – 4. *LEGISLATIVE GUIDE ON INSOLVENCY LAW* – 5. SPUNTI COMPARATIVISTICI – 5.1. *SEGUE*. LA *LEY CONCOSUAL* SPAGNOLA – 5.2. *SEGUE*. L'*INSOLVENCY LAW* STATUNITENSE – 5.3. *SEGUE*. L'*INSOLVENZORDNUNG* TEDESCA – 5.4. *SEGUE*. L'ESPERIENZA FRANCESE – 6. LE LACUNE NORMATIVE E L'ESIGENZA DI UN INTERVENTO DEL LEGISLATORE.

### 1. La crisi della società.

Come si vedrà in seguito, nella perdurante assenza di una disciplina normativa completa dei gruppi societari la giurisprudenza di legittimità ha sancito la necessità di affrontare le procedure concorsuali relative alle imprese che compongono un gruppo insolvente in maniera del tutto autonoma e separata, con riferimento, dunque, ad ogni singola società partecipante.

Appare quindi necessario, dal momento che viene estesa alle componenti del gruppo la generale disciplina volta al superamento dello stato di insolvenza, soffermarsi brevemente sia sulla nozione stessa di insolvenza sia sui requisiti che ogni società deve soddisfare per essere ammessa alla procedura fallimentare.

In tal senso, la legge fallimentare si limita a definire, all'art. 5, lo stato di insolvenza come la situazione in cui, sulla base di inadempimenti o altri fatti esteriori<sup>97</sup>, sia possibile dimostrare «*che l'imprenditore non è più in grado di*

---

<sup>97</sup> Sui fatti esteriori ci si interroga se questi debbano essere ricondotti o meno ad un *numerus clausus* in quanto la legge fallimentare non fornisce alcun criterio di tipizzazione, aprendo così la strada ad una loro qualifica come meri strumenti probatori; di conseguenza i fatti esteriori potranno essere anche atipici, pur non dovendo necessariamente coincidere con mezzi anomali di reperimento del credito, ma, in linea generale, dovranno permettere di dedurre l'impossibilità di soddisfare regolarmente le obbligazioni precedentemente contratte.

*soddisfare regolarmente<sup>98</sup> le proprie obbligazioni*». Si tratta dunque non di un fatto o di una condotta, quale ad esempio un inadempimento dell'imprenditore<sup>99</sup>, quanto piuttosto di una situazione che richiede una visione oggettiva e dinamica in forza della quale il patrimonio dell'impresa, per la sua composizione quantitativa e qualitativa, non permette di soddisfare regolarmente le obbligazioni<sup>100</sup>. Allo stesso modo anche la giurisprudenza ha definito l'insolvenza come *«la situazione di impotenza economica che si realizza quando l'imprenditore non è in grado di adempiere regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni alle scadenze pattuite»<sup>101</sup>*.

Rileva inoltre, quale elemento centrale dello stato di insolvenza sia nella definizione normativa sia in quella elaborata dai giudici, la necessità che si tratti di una situazione non meramente contingente, transitoria o ipotetica, quanto piuttosto stabile ed attuale<sup>102</sup>. Appare quindi irrilevante una mera eccedenza delle poste attive su quelle passive in quanto *«una situazione patrimoniale attiva, costituita da beni di non facile né rapida liquidabilità in riferimento ai cicli finanziari ed aziendali, non è di per sé impeditiva del verificarsi di uno squilibrio*

---

<sup>98</sup> Il concetto di regolarità dell'adempimento non ha nulla a che vedere né con l'esattezza dell'adempimento di cui all'art. 1218 c.c., né con il mezzo utilizzato per porlo in essere. L'adempimento può dunque essere ritenuto irregolare sia nell'ipotesi in cui il debitore continui a pagare i creditori procurandosi le risorse con mezzi fraudolenti, sia in quella in cui lo stesso interrompa il flusso dei pagamenti e non dimostri di poterlo ripristinare.

<sup>99</sup> PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, Vol. I, Milano, 1969, Giuffrè, p. 241.

<sup>100</sup> CAGNASSO e PANZANI, *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Vol. I, Utet Giuridica, 2016, p. 408. In tal senso non interessa inoltre quale sia fonte mediante cui l'imprenditore è in grado di adempiere: può trattarsi di ricavi derivanti dall'attività, ma anche nel caso in cui i ricavi siano insufficienti a soddisfare i creditori non può dirsi che vi sia insolvenza quando sussiste comunque la provvista per i pagamenti dovuti; si fa riferimento, ad esempio, al patrimonio liquido accumulato oppure al credito bancario o a quello commerciale, nonché – nel caso di impresa in forma societaria – alle sovvenzioni dei soci. Essenziale è che non si tratti di mere speranze, ma di concrete disponibilità che consentano di formulare una prognosi di capacità di adempiere. Così anche Terranova, *Stato di insolvenza e stato di crisi*, Giappichelli, 2007, p. 251.

<sup>101</sup> Tribunale di Genova, Sez. VI, 3 maggio 2017 *«lo stato di insolvenza rilevante ai fini della segnalazione del debitore alla centrale rischi scaturisce da una valutazione negativa della situazione patrimoniale, desumibile anche da una grave difficoltà economica, che induce la definitiva irrecuperabilità del credito»*.

<sup>102</sup> Sul punto, NIGRO e VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, il Mulino, 2014, p. 66; PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, 2008, p. 88. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. Civ., Sez. I, 27 febbraio 2008, n. 5215. Tuttavia, la necessità che si tratti di una situazione caratterizzata da stabilità non deve però indurre a ritenere che si abbia insolvenza solo quando l'incapacità di adempiere sia irreversibile. In tal senso Cass. Civ., Sez. I, 28 febbraio 2000, n. 2211.

*finanziario»*<sup>103</sup>: l'eccedenza del passivo sull'attivo, infatti, non comporta necessariamente un dissesto permanente, anche se è un sintomo naturale di tale situazione<sup>104</sup>.

La nozione di insolvenza consente quindi di individuare quella patologia alla quale l'ordinamento deve porre rimedio.

In dottrina non manca chi ritiene che l'introduzione del concetto di insolvenza – sostituendo quello di cessazione dei pagamenti tipico del codice del commercio – sia un grande passo in avanti per lo sviluppo della disciplina fallimentare, in quanto si crea un scostamento dalla nozione di inadempimento, essendo il primo uno stato ed il secondo un fatto<sup>105</sup>; dall'altra, vi è chi pone invece l'attenzione sul comportamento adottato dal debitore, piuttosto che sulla sua condizione economica, interpretando così il concetto di insolvenza come un mero fatto costituito dal mancato pagamento e non come una oggettiva situazione di impossibilità<sup>106</sup>.

A seguito della riforma del diritto fallimentare avvenuta nel 2005 alla nozione di insolvenza, caratterizzata, come accennato, dall'irreversibilità, si è affiancata la più ampia nozione di crisi d'impresa, che ricomprende anche la precedente: si tratta, infatti, di una generale situazione di malessere<sup>107</sup>, di affanno, di difficoltà, di perturbazione, di disagio o di impotenza<sup>108</sup> che colpisce l'impresa.

Di tale situazione, indicata dall'art. 160 l. fall. quale presupposto per il concordato preventivo, non è tuttavia presente alcuna definizione normativa utile a delinearne i confini e, di conseguenza, risulta necessario far riferimento all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. In tal senso non è parso

---

<sup>103</sup> Cass. Civ., Sez. I, 27 maggio 2017, n. 7252 «*lo stato di insolvenza richiesto ai fini della pronuncia dichiarativa del fallimento dell'imprenditore non è escluso dalla circostanza che l'attivo superi il passivo e che non esistano conclamati inadempimenti esteriormente apprezzabili*».

<sup>104</sup> Tale principio assume ancor più rilevanza nell'ipotesi in cui l'imprenditore goda di un certo credito nel suo ambito operativo, ossia possa reperire il denaro in maniera tempestiva: si pensi, ad esempio, al c.d. *pacto de non petendo* con cui i creditori temporaneamente rinunciano al soddisfacimento delle obbligazioni scadute, concedendo dunque una dilazione dei termini per l'adempimento.

<sup>105</sup> SATTA, *Diritto fallimentare*, II ed., Cedam, 1990, p.48.

<sup>106</sup> PANELLA, *La nuova frontiera dell'insolvenza*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), p. 20.

<sup>107</sup> SANDULLI, *sub art. 160 l. fall.*, in NIGRO-SANDULLI, *La riforma della legge fallimentare*, vol. II, Giappichelli, 2006, p. 983.

<sup>108</sup> Tribunale di Palermo, 17 febbraio 2006, nota di LO CASCIO, in *il Fallimento*, 2006, p. 570



condivisibile un primo riferimento ad una situazione di temporanea difficoltà ad adempiere<sup>109</sup> in quanto strettamente connessa alla nozione di insolvenza reversibile – eliminata con la riforma del 2005 – «*giacché ciò che caratterizzava la temporanea difficoltà ad adempiere era una patologia di liquidità mentre è sicuro che può aversi stato di crisi anche se questa manca*»<sup>110</sup>. Allo stesso modo anche la definizione di stato di crisi, contenuta nel Progetto Trevisanato<sup>111</sup>, come quella «*situazione patrimoniale economica o finanziaria in cui si trova l'impresa, tale da determinare il rischio di insolvenza*»<sup>112</sup> non ha trovato condivisione in quanto priva di qualsivoglia indicazione a parametri temporali di specificazione del rischio, finendo così per ricomprendere tutte le imprese che, per natura, sono soggette a rischio d'impresa<sup>113</sup>.

Nonostante nel corso degli anni si siano succedute numerose interpretazioni in merito alla selezione dei canoni e dei criteri sulla cui base far discendere la definizione di stato di crisi<sup>114</sup>, non si sia giunti ad una soluzione

---

<sup>109</sup> Tribunale di Treviso, 15 luglio 2005, nota di BONFATTI, in *il Fallimento*, 2006, p. 63; FILIPPI, *Omologazione del concordato preventivo: questioni vecchie e nuove*, in *Giur. di Merito*, 2007, p. 3219.

<sup>110</sup> Sul punto PASQUARIELLO, *Lo strumento di prevenzione della crisi d'impresa*, in *Dir. Fall.*, 2010, p. 579, ritiene che mentre era assoggettabile ad amministrazione controllata l'impresa economicamente sana ma illiquida, oggi, al contrario, lo stato di crisi può aversi nel caso di impresa ancora in grado di far fronte alle sue obbligazioni, ma affetta da un malessere che ne pregiudica in prospettiva l'equilibrio.

<sup>111</sup> Progetto elaborato dalla Commissione Trevisanato istituita con decreto del Ministro della Giustizia 28 novembre 2001, «*per l'elaborazione di principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo, relativo all'emanazione della nuova legge fallimentare ed alla revisione delle norme concernenti gli istituti connessi*».

<sup>112</sup> Art. 2, lett. h), Progetto elaborato dalla Commissione Trevisanato.

<sup>113</sup> FABIANI, *Legge fallimentare e insolvenza dei gruppi societari*, in *il Fallimento*, 1998, p. 87 ss., che fa riferimento a un periodo di sei mesi, un anno; NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese*, Giappichelli, 2012, p. 229, che indica l'immediato futuro; ROCCO DI TORREPADULA, *Diritto dell'impresa in crisi*, Zanichelli, 2010, p. 57 che specifica come nell'ambito del prossimo futuro debbano esserci «*maggiori probabilità che la situazione dell'imprenditore si evolva verso l'insolvenza, piuttosto che positivamente*».

<sup>114</sup> Esemplicativamente STANGHELLINI, *Le crisi dell'impresa tra diritto ed economia – le procedure di insolvenza -*, Il Mulino, 2007, p. 138, ha sostenuto che vi è stato di crisi nelle diverse ipotesi in cui gli ordinamenti stranieri riservano all'iniziativa del debitore l'accesso alla procedura concorsuale. Nella stessa linea di pensiero AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Cedam, 2007, p. 25, ha aggiunto che vi dovrebbe essere stato di crisi in caso di sbilancio patrimoniale (c.d. sobraindebitamento) oppure – per le società di capitali – nell'ipotesi di riduzione del capitale al di sotto del minimo legale negandosi che integri la nozione la mera perdita della capacità reddituale. Ancora MANGANO, *L'insolvenza nell'esperienza tedesca*, a cura di TERRANOVA, in *Stato di crisi e stato di insolvenza*, Giappichelli, 2007, p. 109, afferma che anche limitando il significato tecnico-giuridico di crisi alle ipotesi di declino dell'impresa la situazione non risulta più chiara. Ad esempio, quando seguendo la legge tedesca si parla di *drohende Zahlungsunfähigkeit* (rischio di insolvenza), al di là della difficoltà di stabilire il confine tra probabilità e mera possibilità, il discorso resta generico, e operativamente poco utile, se non si specifica il lasso di tempo desiderato. Dunque ci si domanda perché allora la legge non abbia consentito *tout court* all'imprenditore di proporre un concordato ai suoi creditori senza ancorarlo a un presupposto oggettivo, come invece accade nell'ordinamento statunitense ove non sono previsti

pacificamente condivisa, viene alla luce una diversa impostazione secondo cui il problema del presupposto minimo per accedere al concordato preventivo si rivela «un problema, oltreché quasi irresolubile, anche sostanzialmente falso»<sup>115</sup>: infatti, più che cercare di riempire di contenuto una nozione evanescente come quella del minimo indispensabile per integrare la fattispecie dello stato di crisi, è opportuno cercare di interpretare i dettami normativi al fine di fornire ai creditori la maggior tutela possibile nei confronti delle ipotesi di abuso dell'istituto concordatario<sup>116</sup>.

Come anticipato, poiché i gruppi sono soggetti alle procedure concorsuali in maniera non unitaria, ma con riferimento alle singole società, occorre che queste rientrino nell'ambito d'applicazione sancito dal primo comma dell'art. 1 l. fall., in forza del quale «sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici».

Emergono dunque tre distinti requisiti che devono essere soddisfatti: la qualifica d'imprenditore, la sua natura privata e l'esercizio di un'attività commerciale.

---

presupposti oggettivi per l'accesso alle procedure concorsuali. Sul punto si veda NIGRO e VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, il Mulino, 2014, p. 228 e ROCCO DI TORREPADULA, *Diritto dell'impresa in crisi*, Zanichelli, 2010 p. 218.

<sup>115</sup> CAGNASSO e PANZANI, *Crisi di impresa e procedure concorsuali*, vol. III, in *Omnia trattati giuridici*, Utet Giuridica, 2016, p. 429, i quali evidenziano che «la diagnosi vale per gli accordi di ristrutturazione. Nell'art. 182-bis l. fall. solo i crediti dei soggetti aderenti sono ristrutturati; gli altri vanno pagati regolarmente. Conseguentemente, se all'accordo segue il fallimento allora ci sono esternalità negative per i creditori non aderenti, ma per definizione c'era lo stato di crisi; in caso contrario, è indifferente se vi fosse o no lo stato di crisi perché non si verifica alcuna esternalità in pregiudizio dei creditori non aderenti. I creditori aderenti, d'altra parte, prestano autonomamente e individualmente il loro consenso per cui sono protetti dalle regole ordinarie in tema di vizi del consenso. Non resta quindi spazio al tribunale per sindacare l'esistenza dello stato di crisi: la stipulazione dell'accordo, la sua pubblicazione e la richiesta di omologazione implicano una dichiarazione del debitore e un assenso degli aderenti che sono gli unici interessati. Correttamente dunque, nel provvedimento di omologazione di un importante accordo al quale si era opposto il PM, neppure una parola dedicata alla sussistenza dello stato di crisi (Tribunale di Brescia, 13 ottobre 2008, *Fingruppo holding S.p.A. in liquidazione*, inedito). Di converso, non vi si sono dubbi nel ritenere che anche qui valga il rapporto genere a specie tra crisi e insolvenza, con la conseguenza che l'accordo di ristrutturazione sarà stipulabile e omologabile anche in caso di esistenza di uno stato di insolvenza, proprio come strumento per la sua rimozione o regolazione consensuale».

<sup>116</sup> In questo senso si veda PASQUARIELLO, *Lo strumento di prevenzione della crisi d'impresa*, in *Dir. Fall.*, 2010, p. 587; CANALE, *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, in *Riv. Dir. Processuale*, 2005, p. 904; MANDRIOLI, *Lo stato di insolvenza dell'impresa*, in *Le riforme della legge fallimentare*, 2009, p. 112.

Con riferimento al requisito della natura privata emerge l'espressa esclusione dell'assoggettabilità degli enti pubblici alle disposizioni sul fallimento, esclusione già prevista prima della riforma. Tuttavia, occorre specificare che la disposizione *de qua* sembra riferirsi unicamente agli enti pubblici economici, ma, potendosi estendere la qualifica di imprenditore anche a coloro che, pur non perseguendo finalità di profitto, si propongano, tramite l'esercizio dell'attività produttiva, di ricavare una fonte di sostentamento per la stessa, sembra corretto estendere l'applicazione anche agli enti pubblici non economici<sup>117</sup>. Riguardo invece alla natura necessariamente commerciale dell'attività esercitata, non è agevole la determinazione del confine tra attività agricole ed industriali, non potendo far riferimento ai soli criteri dimensionali: si ritiene infatti esclusivamente industriale quell'attività il cui fattore naturale risulti integrato da strumenti e strutture tecnologiche dell'attività, non rileva l'oggetto della stessa, quanto piuttosto la sua concreta modalità di esercizio.

La questione diviene però più significativa in relazione al primo requisito, ovvero alla necessaria qualità di imprenditore.

In tal senso, parallelamente all'art. 2082 c.c., occorre considerare come il d.lgs. n. 5 del 2006 abbia modificato l'art. 1 della l. fall. ampliando l'elenco dei soggetti cui non si applicano le disposizioni sul fallimento<sup>118</sup>: non solo le società agricole e gli enti pubblici, ma anche i piccoli imprenditori individuali e collettivi che non superano le soglie dimensionali dalla stessa legge imposte e quelli disciplinati da diverse disposizioni di legge tra cui si ricorda il d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270<sup>119</sup>.

Il legislatore del '42 aveva inizialmente seguito un'impostazione che escludeva la fallibilità dei piccoli imprenditori riservando la procedura fallimentare alle sole società; tuttavia, con la diffusione della forma societaria per l'esercizio anche di quelle realtà imprenditoriali di modeste proporzioni, si è

---

<sup>117</sup> BUONOCORE, *L'impresa*, Cedam, 2010, p. 211 ss.; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 1. Diritto d'impresa*, Utet Giuridica, 2013, 93 ss.

<sup>118</sup> SPAGNUOLO, *L'imprenditore civile*, in *i soggetti esclusi dal Fallimento*, Giappichelli, 2007, 144 ss.

<sup>119</sup> Sul punto il d.lgs. n. 5 del 2006 si discosta da quanto previsto sia a livello europeo che internazionale, ad eccezione della normativa francese che resta conforme alla nostra: il considerando 9 del Regolamento UE n. 1346 del 2000 prevede infatti che «*le procedure di insolvenza si applicano a chiunque sia il debitore, persona fisica o giuridica, commerciante o non commerciante*».

avvertita l'esigenza di una disciplina che eliminasse tali diversità di trattamento, che confluirà nella riforma fallimentare, in virtù della quale l'art. 1 prevede oggi una nozione unitaria fondata su un criterio dimensionale.

Inoltre, nonostante la disciplina delle società sia sostanzialmente equiparata a quella relativa agli imprenditori individuali, alcune precisazioni risultano necessarie.

In primo luogo occorre stabilire il momento in cui viene acquisito lo *status* oggettivo che permette l'applicazione della disciplina in parola per le società: se infatti per le persone fisiche la qualifica si acquista tramite lo svolgimento delle attività di cui all'art. 2082 c.c., per le società si fa riferimento al momento della costituzione, in quanto si tratta di un ente complesso preorganizzato che necessariamente esercita l'attività imprenditoriale<sup>120</sup>. Di contro, un importante orientamento dottrinale sostiene che tale impostazione sia in contrasto con il principio della necessità di un effettivo esercizio dell'attività di impresa, non potendo considerare la mera costituzione un atto organizzativo dei fattori produttivi, con la quale si esprime solamente la volontà collettiva di un esercizio futuro<sup>121</sup>.

Fra gli elementi soggettivi da tenere in considerazione rilevano inoltre la professionalità, richiesta dall'art. 2082 c.c. e che, come noto, implica «*lo svolgimento sistematico dell'attività imprenditoriale*»<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> In tal senso FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Utet Giuridica, 1986, p.108.

<sup>121</sup> GALGANO, *il fallimento delle società*, in *Tratt. Galgano*, X, 1988; SATTA, *Il diritto fallimentare*, Utet Giuridica, 1990, p. 18 «*quel che fa l'imprenditore è l'effettivo esercizio dell'attività che gli è propria: l'iscrizione nel registro delle imprese non solo non è necessaria per il requisito della qualità di imprenditore, ma non è neppure sufficiente perché l'iscrizione non seguita dall'esercizio non crea l'imprenditore*». In tal senso l'ipotesi di coincidenza costituzione ed inizio dell'attività è meramente eventuale: caso tipico è quello in cui i soci conferiscono alla società un'impresa già in esercizio. A sostegno della teoria dell'effettività, vi è la constatazione per cui, se si ammettesse il contrario, verrebbe a configurarsi una diversità di trattamento tra società regolari e irregolari o di fatto: la questione può essere così risolta affermando che non si possa parlare di imprese finché non sia stato compiuto un atto di gestione esterna, intendendo per atti di gestione, tutti quelli che in maniera inequivocabile sia legati ad un'attività imprenditoriale.

<sup>122</sup> Cass. Civ., Sez. I, 3 dicembre 1981, n. 6395, in *Giur. It.*, 1982, I, p. 1276 ai sensi della quale «*Il requisito della professionalità, necessario per l'acquisizione della qualifica di imprenditore commerciale, implica lo svolgimento sistematico ed abituale di una attività imprenditoriale ed è insito nella predisposizione di idonei mezzi organizzativi, mentre non si richiede che l'attività medesima sia esclusiva, sicché si riscontra l'esercizio professionale anche in colui che svolga una pluralità di attività, non occorrendo che, fra queste, quella commerciale sia preminente rispetto alle altre*».

Fondamentale ai fini dell'applicabilità della disciplina fallimentare è inoltre quanto stabilito, in ottica quantitativa e non più qualitativa, dal secondo comma dell'art. 1 l. fall., ai sensi del quale la disciplina in esame non si applica a quegli imprenditori che dimostrino il possesso congiunto di tre requisiti quali «a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila; b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila; c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila»<sup>123</sup>.

Per sottrarsi alla disciplina concorsuale è dunque necessaria la dimostrazione della presenza congiunta di tali tre requisiti<sup>124</sup>, mediante la produzione delle scritture contabili<sup>125</sup>. Dubbi vi sono invece circa la possibilità di

---

<sup>123</sup> Le soglie dimensionali introdotte dall'art. 1, comma 2, l. fall. fanno riferimento all'attivo patrimoniale, ai ricavi lordi e all'ammontare dei debiti. Il primo criterio, disciplinato alla lett. a), coincide con la somma delle macro-classi quali A) crediti verso soci per i versamenti ancora dovuti, B) immobilizzazioni, C) attivo circolante e D) ratei e risconti, contenute nell'attivo dello schema di stato patrimoniale previsto all'art. 2424 c.c.; il secondo, analizzato alla lett. b), consente di determinare la capacità della società di soddisfare i propri creditori. Sono dunque ricomprese in tale conteggio le voci del conto economico di cui alla lett. A), n. 1 e n. 5 – «ricavi delle vendite e delle prestazioni» e «altri ricavi e proventi» –.

Il terzo ed ultimo criterio dimensionale, disciplinato alla lett. c), si pone come obiettivo quello di evitare che le società di modesto volume d'affari, ma con un intenso livello d'indebitamento, si sottraggano alla disciplina fallimentare. I debiti considerati saranno quelli certi, liquidi, ma non necessariamente scaduti; questi saranno calcolati in forza delle voci del passivo dello stato patrimoniale, ad esclusione del patrimonio netto.

<sup>124</sup> PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, 2008, p. 427.

<sup>125</sup> Queste non saranno però valutate alla stregua di prova legale qualora il giudice ne contesti l'attendibilità. Sul punto l'art. 1, comma 1, d.p.r. n. 570 del 16 settembre 1996 identifica una serie di fattispecie che determinano ex lege l'inattendibilità, quali le ipotesi in cui «a) le disponibilità liquide non sono specificate nei conti relativi ai depositi bancari e postali, al denaro e agli altri valori in cassa e i predetti depositi non risultano dalle scritture ausiliarie, che possono essere sviluppate anche in sottoconti o partitari, intestati analiticamente a ciascuna banca o dipendenza di essa o a ciascun ufficio postale; b) i conti che si riferiscono a crediti e a debiti, diversi da quelli relativi alle retribuzioni dei dipendenti, non sono integrati dalle scritture ausiliarie menzionate alla lettera a), in cui siano indicati singolarmente i creditori e i debitori, ovvero, per i crediti derivanti dalle operazioni effettuate dai soggetti di cui all'art. 22 del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n° 633; c) i versamenti e i prelievi effettuati dall'imprenditore o dai soci non sono rilevati in contabilità ed evidenziati nelle scritture ausiliarie menzionate alla lettera a), anche complessivamente; d) i criteri adottati per la valutazione delle rimanenze non sono indicati nella nota integrativa o nel libro degli inventari». Queste sono altresì ritenute inattendibili quando «a) i valori rilevati a seguito di ispezioni o verifiche, anche parziali, compresi quelli dei beni di cui alla successiva lettera b), abbiano uno scostamento, rispetto a quelli indicati in contabilità, superiore al 10 per cento del valore complessivo delle voci interessate, a

constatazione d'ufficio dei requisiti di esonero in caso di omessa produzione: da una parte vi è chi, affermando la natura pubblicistica della procedura fallimentare, evidenzia l'esigenza di tutela degli interessi in gioco e dunque ammette tale possibilità; dall'altra chi, configurando il fallimento come un vero e proprio processo di parti, la nega qualificando la scelta di non presentare il materiale probatorio alla stregua di una strategia difensiva volta all'ottenimento della dichiarazione di fallimento finalizzata all'esdebitazione<sup>126</sup>.

## 2. Il gruppo di società insolvente nella legislazione speciale.

Come fin qui evidenziato, l'assenza di una disciplina completa e dettagliata dei gruppi di società si riversa anche nell'assenza di una specifica previsione nell'ipotesi in cui lo stato di crisi o lo stato di insolvenza riguardino non solo una singola società, ma una pluralità di imprese fra loro connesse e collegate.

Ad oggi, infatti, le nozioni di direzione e coordinamento fra società, e, di conseguenza, il concetto stesso di gruppo, sono del tutto estranei alla costruzione della legge fallimentare, la quale, come si vedrà, può essere difficilmente adattata ed interpretata in maniera estensiva in virtù di profili sia strettamente processuali come quello della competenza territoriale, che più sostanziali, riscontrabili nel principio *one company, one insolvency, one proceeding*.

---

*condizione che tale scostamento non sia riconducibile a errata applicazione dei criteri di valutazione ovvero di imputazione temporale; b) non risultano indicati in alcuna delle scritture contabili o, in mancanza dell'obbligo di indicazione nelle stesse, in altra documentazione attendibile, uno o più beni strumentali, diversi dagli immobili relativi all'impresa individuale, utilizzati nell'attività il cui valore complessivo sia superiore al 10 per cento di quello di tutti i beni strumentali utilizzati, esclusi i menzionati immobili; c) sono impiegati lavoratori dipendenti che non risultano iscritti nei libri da tenere ai fini della legislazione sul lavoro e per i quali è scaduto il primo termine utile per il versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali dovuti».*

<sup>126</sup> Sul punto Corte Cost., 1 luglio 2009, n. 198 ove, nell'ambito di un giudizio circa la legittimità costituzionale del secondo comma dell'art. 1 l. fall., viene affermato che nell'ambito dell'istruttoria prefallimentare il tribunale conserva «un ampio potere di indagine ufficiosa, il cui consapevole uso, è uno strumento idoneo ad evitare, la possibilità che siano dichiarati fallimenti, che altrimenti risulterebbero ingiustificati».

Alla luce di ciò, occorre tuttavia evidenziare come il principio di una visione unitaria delle procedure riferite ad i gruppi di società sia riscontrabile, seppur in una sua forma embrionale, nella *lex specialis* a seguito di alcuni interventi di urgenza del legislatore, nonché – in una forma più evoluta – in seno alle istituzioni comunitarie.

## **2.1. L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese. La disciplina dettata dalla c.d. Legge Prodi.**

Come brevemente accennato, la formulazione originaria della legge fallimentare, risalente al 1942, affrontava in maniera marginale il fenomeno del gruppo insolvente. È così emersa la necessità di una riforma.

La l. 3 aprile 1979 n. 95<sup>127</sup>, comunemente nota come “legge Prodi”, limitava il suo intervento alla sola introduzione di una disciplina a margine di una procedura, quella di amministrazione straordinaria per le grandi imprese in crisi, che si discostava nettamente dalle altre procedure concorsuali, affrontando la crisi dell'impresa nell'ottica non meramente liquidatoria, ma, anzi, nella prospettiva di un risanamento e di una riorganizzazione dei complessi aziendali, nella logica della continuità<sup>128</sup>.

Tale nuova procedura concorsuale era applicata, in virtù dell'art. 1, l. n. 95 del 1979, a tutte quelle imprese che avessero «*una esposizione debitoria, verso istituti o aziende di credito o istituti di previdenza e di assistenza sociale, superiore a cinque volte il capitale versato ed esistente secondo l'ultimo bilancio approvato nonché a venti miliardi di lire, di cui almeno uno per finanziamenti agevolati*» e veniva disposta con decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato di concerto con il Ministro del tesoro a seguito

---

<sup>127</sup> L. 3 aprile 1979 n. 95 converte in legge, con modificazioni, il decreto-legge 30 gennaio 1979, n. 26, concernente «*provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*» è pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* n. 94 il 4 aprile del 1979.

<sup>128</sup> In ogni caso, il legislatore del tempo non era ancora sufficientemente maturo per abbandonare del tutto l'impostazione liquidatoria che, di fatti, permane nella previsione della cessazione dell'attività imprenditoriale, così come precedentemente organizzata, a seguito delle direttive del commissario.

dell'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza, ovvero a seguito dell'omesso pagamento di almeno tre mensilità di retribuzione.

La novità principale, ovvero il parziale abbandono dell'impostazione meramente liquidatoria, era costituita dalla previsione di una «*continuazione dell'esercizio dell'impresa da parte del commissario per un periodo non superiore a due anni, prorogabile una sola volta per non oltre un anno su conforme parere del CIPI*»: la nuova procedura mirava dunque alla tutela di interessi, per certi versi ritenuti superiori rispetto a quelli tutelati dal principio della *par condicio creditorum*, quali, ad esempio, la tutela degli imprenditori e la protezione dell'investimento.

In tale contesto, rileva inoltre la successiva l. n. 445 del 1980<sup>129</sup> con la quale, nell'ambito di un'interpretazione autentica fornita dal legislatore con riferimento alla legge Prodi, viene esteso l'ambito di applicazione della procedura dell'amministrazione straordinaria: si prescrive infatti, per la prima volta, la possibilità di ricorrere a tale istituto anche alle società insolventi che sono collegate alla medesima società madre, a sua volta insolvente.

Tale apertura si sviluppava concretamente nella possibilità di sottoporre l'intero gruppo alla vigilanza di un singolo commissario giudiziale, senza tuttavia dar luogo né alla confusione tra i patrimoni delle società partecipanti al gruppo, né alla redazione di un programma unico.

In tal senso, inoltre, l'art. 2 della legge ammetteva il ricorso al denaro della collettività o dello Stato al fine di garantire «*in tutto o in parte i debiti che le società in amministrazione straordinaria contraggono con istituzioni creditizie per il finanziamento della gestione corrente e per la riattivazione ed il completamento di impianti, immobili ed attrezzature industriali, non eccedendo, per il totale delle imprese garantite, i cinquecento miliardi di lire*», giustificato dall'obiettivo di ristrutturazione.

Ci si interrogava dunque se, nell'ambito del gruppo, la procedura in esame dovesse essere applicata alle sole società insolventi ovvero estesa anche a quelle

---

<sup>129</sup> «*Interpretazione autentica al d.l. n. 26 del 1979 concernente provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*» convertito nella l. 3 aprile 1979 n. 95.



in attivo e se occorresse una concreta valutazione dei collegamenti previsti dall'art. 3 ai fini dell'apertura della procedura.

Con riguardo al primo interrogativo è parsa certamente non condivisibile l'impostazione che estendeva la procedura alle società *in bonis*, ossia quelle che hanno un assetto organizzativo efficiente<sup>130</sup>.

Per quanto concerne invece il secondo quesito è stato necessario circoscrivere la questione alla sola ipotesi, prevista dalla stessa l. n. 445 del 1980, in cui «*la società insolvente abbia una esposizione debitoria pari a cinque volte il suo capitale o a diciannove miliardi di lire, e controlli una società da almeno un anno, la quale a sua volta ha ricevuto finanziamenti per un miliardo*». In tal senso, l'art. 3 della legge si limita a richiedere l'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza della società collegata, non specificando se l'insolvenza di una società del gruppo sia condizione sufficiente per la constatazione dell'insolvenza di un'altra società completamente autonoma da quest'ultima.

Ad ogni modo è sembrato irragionevole concepire un'insolvenza di gruppo tale da legittimare l'estensione della procedura anche alle società *in bonis*: i collegamenti societari, qualora non siano economicamente esigui e diano vita ad un continuo flusso di finanziamenti, devono essere considerati e valutati ai fini dell'accertamento, così che non sarà necessario attendere la cessazione dei pagamenti della stessa controllata per accorgersi dello stato di insolvenza in cui essa versa<sup>131</sup>.

Conseguenza essenziale dell'attuazione della procedura sarà lo spossessamento: si prevedeva infatti che gli organi di gestione fossero sostituiti da un commissario esterno alla società, chiamato a riorganizzare l'assetto gestionale della stessa. Così, nell'ipotesi di estensione della procedura anche alle società *in bonis*, ne conseguirebbe una irragionevole esclusione dell'azionista di controllo dalla procedura di riorganizzazione. Dunque, se da un lato le ragioni dei creditori della società *in bonis* non dovrebbero essere prevaricate dalla tutela degli interessi globali, dall'altro sarebbe logico affermare che, questi, al momento della

---

<sup>130</sup> DI MAJO, *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Giappichelli, 2012, p. 56 ss..

<sup>131</sup> LIBONATI, *il gruppo insolvente*, Nardini, 1981, p. 210.

concessione del credito, avrebbero diligentemente dovuto essere a conoscenza del collegamento societario.

### 2.1.1. *Segue. Le novità introdotte dalla c.d. Legge Prodi-bis.*

La disciplina della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, introdotta nel 1979, è stata radicalmente rivoluzionata con il d.lgs., n. 270 del 1999, noto come legge Prodi-bis<sup>132</sup>, frutto della diffusa crisi delle grandi imprese e della conseguente preoccupazione sul piano economico ed occupazionale.

Nella stessa relazione allegata alla l. n. 953 del 1979 si poneva infatti l'attenzione sulle possibili ripercussioni sull'ordine pubblico derivanti dall'assoggettamento alla procedura. Si sottolineava come *«sempre maggiormente si accentrava la crisi economica e cresceva a dismisura l'indebitamento di taluni settori industriali, con riflessi particolari sia per il mantenimento dei livelli occupazionali, sia per lo stesso ordine pubblico»*<sup>133</sup>. Anche la Commissione CE<sup>134</sup> contestava sia l'ampiezza del ricorso alla procedura, applicata a più di trecento imprese, sia il rilevante ammontare degli aiuti di Stato, superiori a 600 miliardi di lire.

La Commissione giungeva dunque ad affermare l'incompatibilità della legge Prodi con il dispositivo dell'art. 93 del trattato CE<sup>135</sup>, dispensando però il Governo italiano dal recupero degli aiuti concessi poiché, solo *«nel caso di decisioni negative relative a casi di aiuti illegali, la Commissione avrebbe*

---

<sup>132</sup> La cosiddetta «legge Prodi-bis» fu introdotta con il d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 recante *«nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, a norma dell'articolo 1 della legge 30 luglio 1998, n. 274»* pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 185 del 9 agosto 1999.

<sup>133</sup> GUGLIELMUCCI, *«Una procedura concorsuale amministrativa sotto controllo giudiziario»*, in *Il Fallimento*, II, 2000, p. 133.

<sup>134</sup> Con delibera 94/C395/02 pubblicata sulla *G.U.C.E. del 31 dicembre 1994*.

<sup>135</sup> *«Alla Commissione sono comunicati in tempo utile, perché presenti le sue osservazioni, i progetti diretti ad istituire o modificare aiuti; se ritiene che un progetto non sia compatibile con il mercato comune a norma dell'Art. 92, la Commissione inizia senza indugio la procedura prevista nel paragrafo precedente (la procedura di infrazione; lo Stato membro interessato non può dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedura non abbia condotto ad una decisione finale)».*

*dovuto una decisione con la quale imponeva allo Stato membro di adottare tutte le misure necessarie per recuperare l'aiuto del beneficiario»<sup>136</sup>.*

Il legislatore italiano procedeva dunque a riformare la procedura, ribadendo però come le finalità di tutela dell'occupazione, di salvaguardia e di conservazione del patrimonio produttivo fossero perseguite mediante la prosecuzione, la riattivazione o la riconversione delle attività imprenditoriali.

Tuttavia, l'art. 2 del d.lgs. n. 270 del 1999 modifica i requisiti dimensionali per l'accesso alla procedura prevedendo che la sua ammissibilità con riferimento alle sole imprese che, soggette alle disposizioni sul fallimento, abbiano *«un numero di lavoratori subordinati, compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione dei guadagni, non inferiore a duecento da almeno un anno; debiti per un ammontare complessivo non inferiore ai due terzi tanto del totale dell'attivo dello stato patrimoniale che dei ricavi provenienti dalle vendite e dalle prestazioni dell'ultimo esercizio»*; una concreta prospettiva di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali.

Con riferimento al gruppo insolvente l'art. 81 prevede invece che *«dalla data del decreto che dichiara aperta la procedura madre, e fino a quando la stessa è in corso, le imprese del gruppo soggette alle disposizioni sul fallimento, che si trovano in stato di insolvenza, possono essere ammesse all'amministrazione straordinaria indipendentemente dal possesso dei requisiti previsti nell'articolo 2 [...] qualora presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali [...] ovvero quando risulti comunque opportuna la gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del gruppo, in quanto idonea ad agevolare, per i collegamenti di natura economica o produttiva esistenti tra le singole imprese, il raggiungimento degli obiettivi della procedura»*. Inoltre si sancisce che il ricorso per la dichiarazione dello stato di insolvenza delle società controllate possa essere proposto anche dal

---

<sup>136</sup> Regolamento CE n. 659/99 all'art. 14, par. 1. Era tuttavia prevista una deroga a tale principio, costituita dall'ipotesi, quale quella del caso in esame, di contrasto con un principio generale del diritto comunitario.

commissario straordinario della procedura madre<sup>137</sup> e che, al fine di accertare l'esistenza dei rapporti di gruppo, il Tribunale, il Ministero dell'industria e il Commissario Straordinario, possono chiedere informazioni alla CONSOB e ad ogni altro pubblico ufficio<sup>138</sup>.

Il legislatore inoltre ha voluto disciplinare l'ipotesi in cui nei confronti di un'impresa del gruppo sia già intervenuta la sentenza dichiarativa del fallimento: in tal caso «*il tribunale che ha dichiarato il fallimento ne dispone la conversione in amministrazione straordinaria [...] su istanza di chiunque vi abbia interesse o d'ufficio*». Di contro, si determina «*la conversione in fallimento della procedura di amministrazione straordinaria delle imprese del gruppo in rapporto alle quali non sussistono le condizioni*» per il recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali.

Con riferimento alle società appartenenti al gruppo che sono *in bonis*, a seguito della riforma viene attribuito al commissario straordinario il potere di proporre l'azione di responsabilità di cui all'art. 2409 c.c. nei confronti degli amministratori e dei sindaci della società capogruppo.

Finalità della legge sull'amministrazione straordinaria è evidentemente quella di conservare il patrimonio produttivo tramite la ristrutturazione e, pertanto, la disgregazione delle società partecipanti rappresenta un fenomeno da evitare, mentre va invece incentivata l'unitarietà: si spiega così la previsione per cui la procedura relativa a tutte le imprese del gruppo si svolge dinanzi al medesimo tribunale. Ci si chiede tuttavia quale sia la procedura che attrae a sé le altre: nonostante l'interpretazione letterale della norma consenta di individuarla nella procedura madre, un orientamento minoritario<sup>139</sup> ha affermato come la volontà del legislatore fosse quella di guardare all'insieme delle procedure già aperte, valutando l'ammissione alla procedura di un'altra impresa del gruppo in relazione all'interesse perseguito dalla procedura temporalmente precedente.

---

<sup>137</sup> Art. 82, 2 comma, del d.lgs. n. 270 del 1999.

<sup>138</sup> Art. 83, 1 comma, del d.lgs. n. 270 del 1999.

<sup>139</sup> PONTI, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, CEDAM, 2006, p. 212.

Con riferimento al momento dell'estensione della procedura della società madre nei confronti delle altre società del gruppo, l'art. 81 d.lgs. 270 del 1999 lo fa coincidere con la stessa apertura della procedura madre, anche se sembrerebbe percorribile anche la strada che lo anticipa alla fase di accertamento giudiziario dello stato di insolvenza, così da realizzare in maniera più semplice ed efficiente l'obiettivo di risanamento.

Si ribadisce, in ogni caso, l'impossibilità di dar vita alla confusione degli stati passivi delle singole società del gruppo.

### **2.1.2. Segue. L'amministrazione straordinaria delle grandissime imprese nel c.d. Decreto Marzano.**

A seguito della crisi finanziaria che nel 2003 ha colpito il gruppo Parmalat, il Governo è dovuto intervenire urgentemente nel tentativo di salvaguardare uno dei gruppi industriali più importanti in Italia: con il d.l. n. 347 del 2003<sup>140</sup>, c.d. decreto Marzano, l'esecutivo ha riformato nuovamente la disciplina della procedura di amministrazione straordinaria garantendo con maggiore efficacia la ristrutturazione sia della grandissima impresa in stato di insolvenza sia del gruppo cui questa appartiene, ferma restando l'applicabilità della Prodi-bis alle imprese di media dimensione<sup>141</sup>.

Esaminando la legge di conversione si osserva immediatamente, già all'art. 1, che le modifiche della disciplina vigente si riferiscono e si applicano unicamente alle imprese che, soggette alle disposizioni sul fallimento abbiano *«lavoratori subordinati, compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione dei guadagni, non inferiori a mille da almeno un anno e debiti, inclusi quelli derivanti da garanzie rilasciate, per un ammontare complessivo non inferiore a un miliardo di euro»*.

---

<sup>140</sup> D.l. 23 dicembre 2003, n. 347 *«Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza»* pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 298 del 24 dicembre 2003, convertito con notevoli modifiche nella l. 18 febbraio del 2004, n. 39, cosiddetta *«legge Marzano»*.

<sup>141</sup> Relazione allegata al d.l. n. 347 del 2003.

A differenza, dunque, della disciplina dettata dalla *Prodi-bis*, il decreto Marzano ammette la verifica della sussistenza dei requisiti di ammissibilità anche a livello consolidato. Inoltre, sempre con riferimento ai gruppi, il combinato disposto dell'art. 81 del d.lgs. n. 270 del 1999 e del terzo comma dell'art. 3 del decreto Marzano<sup>142</sup>, ammette la possibilità di una gestione unitaria, alternativa a quella autonoma, delle procedure relative alle imprese del gruppo e di quella relativa alla capogruppo, in forza di un unico programma di cessione dei complessi aziendali.

In tal senso, si evidenzia come l'unitarietà della gestione dell'insolvenza, concentrando le procedure dinanzi ad un medesimo tribunale, comporti notevoli vantaggi sotto il profilo economico e pratico, (ad esempio, una riduzione dei costi e la redazione, da parte del commissario, di una relazione di gruppo sull'insolvenza).

### **2.1.3. *Segue.* L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese nel settore dei servizi pubblici essenziali. Il c.d. Decreto Alitalia.**

Se nel 2003 l'esigenza di riforma si era avvertita a seguito della crisi del gruppo Parmalat, allo stesso modo il dissesto della compagnia aerea di bandiera – Alitalia – aveva reso evidente la necessità di un nuovo intervento di urgenza, confluita nel d.l. n. 134 del 2008<sup>143</sup>.

Come si è analizzato, a partire dal 2003 coesistono nel nostro ordinamento due concorrenti procedure di amministrazione straordinaria: quella disciplinata dalla legge *Prodi-bis* relativa alle imprese di grandi dimensioni e quella prevista

---

<sup>142</sup> «Il commissario straordinario può richiedere al Ministro delle attività produttive l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria di altre imprese del gruppo, presentando contestuale ricorso per la dichiarazione dello stato di insolvenza al tribunale di cui all'articolo 2, comma 1».

<sup>143</sup> «Decreto Alitalia» convertito in l. 27 ottobre 2008 n. 166.

dalla legge Marzano con riferimento alla gestione delle crisi delle imprese di grandissime dimensioni.

Il c.d. decreto Alitalia interviene, sulla seconda disciplina.

Gli artt. 1 e 2 introducono una serie di disposizioni relative alla procedura che viene aperta nei confronti delle imprese che svolgono servizi pubblici essenziali<sup>144</sup>, mentre l'art. 3 prevede una serie di norme riferite esclusivamente ad Alitalia.

Tali primi due articoli, infatti, estendono l'accesso alla procedura prevista dalla legge Marzano anche a quelle imprese che intendono superare lo stato di insolvenza mediante un programma di cessione dei complessi aziendali e spostando quindi l'attenzione dall'imprenditore all'impresa ed alla conservazione della sua attività produttiva, che, in questo caso, si realizzerà non tramite la riattivazione dei processi produttivi, quanto piuttosto tramite la cessione a terzi. In tal caso, vista la particolare complessità del programma di ristrutturazione, il legislatore ha previsto all'art. 4, comma 4-*septies*, la possibilità di *«un'ulteriore proroga del termine di esecuzione del programma per un massimo di 12 mesi»*.

Rilevante novità apportata dal decreto Alitalia è la modifica della nozione di gruppo dettata dal d.lgs. n. 270 del 1999: viene infatti approvata l'appartenenza al gruppo di quelle imprese che instaurano in via esclusiva rapporti contrattuali con l'impresa sottoposta alla procedura madre al fine di fornirle servizi essenziali per lo svolgimento della sua attività.

Ulteriore introduzione che rileva è la previsione della possibilità per il Ministero delle attività produttive di autorizzare operazioni di cessione al fine di garantire la continuità aziendale con il relativo corrispettivo.

---

<sup>144</sup> Ai sensi dell'art. 1, l. 12 giugno 1990, n. 146, si definisce servizio pubblico essenziale *«quel servizio che, indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto di lavoro, anche se svolto in regime di concessione o mediante convenzione, è volto a garantire il godimento dei diritti della persona costituzionalmente tutelati, alla vita, alla salute, alla libertà ed alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione»*.

Infine ai sensi dell'art. 3, comma 2-*quater*, si richiede che la domanda di ammissione al passivo per gli obbligazionisti e per i titolari di strumenti finanziari quotati in borsa venga presentata dal rappresentante comune delle relative assemblee.

Per quanto concerne invece le modifiche settoriali, il Decreto Alitalia ha introdotto notevoli disposizioni specifiche per le grandi imprese insolventi che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali: in tal caso, infatti, la competenza a dichiarare l'ammissione alla procedura è estesa al Presidente del Consiglio dei ministri; è concessa l'alienazione dei complessi aziendali, purché vengano soddisfatti determinati requisiti di trasparenza e non discriminazione; si prevede una particolare tutela per i dipendenti.

L'ultimo gruppo di novità introdotte dal d.l. n. 134 del 2008 è quello concernente le modifiche dettate al solo fine di aiutare Alitalia ad uscire dal suo stato di dissesto<sup>145</sup>; l'intervento si sviluppa sotto due diversi profili: il primo concerne la responsabilità degli organi amministrativi della compagnia aerea, per i quali si prevede un'esenzione dalla responsabilità personale con riferimento agli illeciti commessi nell'ottica di tutelare la continuità aziendale e dei quali risponderà esclusivamente la società; il secondo prospetta invece la possibilità di accesso ai benefici del fondo di garanzia istituito dalla l. n. 266 del 2005 per gli obbligazionisti che non abbiano esercitato il diritto di conversione.

## **2.2. La disciplina dell'insolvenza dei gruppi bancari.**

Come osservato con riferimento all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese, l'intervento del legislatore in materia di insolvenza dei gruppi societari si manifesta come la diretta conseguenza del dissesto di un'importante gruppo italiano e ciò si conferma anche per quanto concerne i gruppi bancari.

---

<sup>145</sup> BELTRAMI, *Decreto Alitalia: un nuovo capitolo nella storia della procedura di amministrazione straordinaria*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2009, p. 587 ss..



L'esigenza di una disciplina viene percepita a seguito della crisi del Banco Ambrosiano.

È infatti così che si rende palese la necessità di una disciplina idonea a prevenire il dissesto dei gruppi bancari mediante misure che intervengano sulla crisi delle singole imprese che ad esso fanno parte. Tra queste si possono annoverare, ad esempio, le regole in materia di rapporto tra mezzi propri, passività ed impieghi, di limiti al credito erogabile ad un medesimo affiliato, di limiti alla partecipazione in società o enti<sup>146</sup>, nonché di requisiti di professionalità e onorabilità per gli amministratori di società operanti nel settore<sup>147</sup>.

Il primo intervento legislativo è costituito dalla l. n. 218 del 1990<sup>148</sup>. Tuttavia, anche a seguito delle numerose modifiche ed integrazioni che si sono succedute in materia, la disciplina dell'insolvenza dei gruppi creditizi appare tutt'oggi incompleta e circoscritta a soli tre profili: la vigilanza di ordine informativo, la vigilanza regolamentare e la gestione della crisi.

Con la nozione vigilanza informativa consolidata, di cui all'art. 66 del T.U.B., si fa riferimento alla discrezione riservata alla Banca d'Italia nell'esercizio del potere conoscitivo: *«al fine di esercitare la vigilanza su base consolidata, la Banca d'Italia richiede [...] la trasmissione, anche periodica, di situazioni e dati, nonché ogni altra informazione utile»*.

La vigilanza regolamentare di gruppo sembra invece essere costruita dall'art 67 T.U.B.<sup>149</sup> in modo tale da realizzare una responsabilità primaria per il rispetto delle regole impartite dalla Banca d'Italia sulla capogruppo, e secondaria per quelle impartite dalla capogruppo sulle controllate.

---

<sup>146</sup> Art. 14, l. n. 23 del 1981.

<sup>147</sup> D.p.r. n. 385 del 1985.

<sup>148</sup> La l. n. 218 del 30 luglio 1990, cosiddetta legge «Amato-Ciampi» che reca «Disposizioni in materia di ristrutturazione e integrazione patrimoniale degli istituti di credito di diritto pubblico» pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* il 6 agosto, n. 182.

<sup>149</sup> *Al fine di esercitare la vigilanza consolidata, la Banca d'Italia impartisce alla capogruppo, con provvedimenti di carattere generale, disposizioni concernenti il gruppo bancario complessivamente considerato o suoi componenti, aventi ad oggetto: a) l'adeguatezza patrimoniale; b) il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni; c) le partecipazioni detenibili; d) il governo societario, l'organizzazione amministrativa e contabile, nonché i controlli interni e i sistemi di remunerazione e di incentivazione; e) l'informativa da rendere al pubblico sulle materie di cui al presente comma»*.

Anche se, come si evince da questi due primi profili della disciplina, il legislatore non ha trascurato la prevenzione della crisi, maggior attenzione è stata dedicata alla gestione effettiva della stessa, senza però prevedere alcuna deroga al regime di responsabilità delle singole società partecipanti al gruppo ed al principio di separazione patrimoniale tra le stesse.

L'art. 60 del T.U.B. delinea il concetto di gruppo bancario definendolo come quel gruppo composto alternativamente *«dalla banca italiana capogruppo e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali da questa controllate»* ovvero *«dalla società finanziaria o dalla società di partecipazione finanziaria mista capogruppo italiana e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali da questa controllate, quando nell'insieme delle società da essa partecipate vi sia almeno una banca italiana controllata e abbiano rilevanza determinante, secondo quanto stabilito dalla Banca d'Italia, le partecipazioni in società bancarie e finanziarie»*.

Occorre evidenziare come i confini del gruppo bancario fossero stati inizialmente disegnati al fine di delineare l'ambito di applicazione dell'esercizio della funzione di vigilanza da parte della Banca d'Italia verso la capogruppo. In tal senso, infatti, negli artt. 98 e ss. del T.U.B., è prevista, da un lato, l'amministrazione straordinaria con fine gestorio, dall'altro, la liquidazione coatta amministrativa con fine liquidatorio, distinguendo inoltre le ipotesi in cui la crisi si riversi sulla capogruppo o su una delle società controllate.

Per quanto concerne la prima procedura, qualora questa sia aperta nei confronti della *holding* di un gruppo bancario, l'art. 98 T.U.B. la sottrae alla disciplina concorsuale di diritto comune, assoggettandola a quella speciale prevista per gli istituti di credito, data la rilevanza del ruolo direzionale ricoperto dalla stessa<sup>150</sup>.

---

<sup>150</sup> Direttiva 2014/59/UE del 15 maggio 2014 che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento.

Per evitare l'ulteriore estensione alle società del gruppo del dissesto patologico che affligge la capogruppo, il legislatore ha deciso di applicare alla stessa la procedura di amministrazione straordinaria prevista per le singole banche, ravvisando i presupposti di siffatta scelta nella complessità degli interessi in gioco che concernono una molteplicità di risparmiatori.

Nel primo comma dell'art. 98 T.U.B. sono quindi enumerati i requisiti speciali che, se soddisfatti, consentiranno l'apertura della procedura: in tal senso si richiede che *«risultino gravi inadempienze nell'esercizio dell'attività»* e che *«una delle società del gruppo bancario sia stata sottoposta alla procedura del fallimento, dell'amministrazione controllata, del concordato preventivo, della liquidazione coatta amministrativa, della risoluzione, dell'amministrazione straordinaria ovvero ad altra analoga procedura prevista da leggi speciali, nonché quando sia stato nominato l'amministratore giudiziario secondo le disposizioni del codice civile in materia di denuncia al tribunale di gravi irregolarità nella gestione e possa essere alterato in modo grave l'equilibrio finanziario o gestionale del gruppo»*. Lo stesso comma inserisce inoltre una clausola di rinvio generale all'art. 70 T.U.B. il quale fa riferimento ai presupposti di gravi irregolarità, ovvero gravi violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie che regolano l'attività bancaria, di gravi perdite patrimoniali, nonché di scioglimento richiesto con istanza motivata.

Problematica è stata l'applicabilità della disposizione di cui all'art. 70, 1 comma, lett. a), T.U.B. alle capogruppo finanziarie – a cui si riferisce in generale invece l'art. 98 T.U.B. – in quanto tale disciplina viene dettata specificatamente per il settore bancario e potrebbe, di conseguenza, crearsi una situazione di disparità di trattamento ove si ammettesse, tramite un'interpretazione estensiva, la possibilità di applicazione di entrambe le procedure alla *holding* del gruppo bancario; tuttavia, tale criticità può essere superata considerando la procedura di gruppo come speciale.

Inoltre, seppure l'art. 98 non ne fa espresso richiamo, si ritiene applicabile nell'ambito del gruppo bancario la c.d. gestione provvisoria, prevista all'art. 76 T.U.B.<sup>151</sup> per le singole banche. Richiamando espressamente l'applicabilità dell'art. 70, l'art. 98 sembra, infatti, riferirsi all'intera disciplina, in virtù della quale, in attesa dell'insediamento dei commissari straordinari, la Banca d'Italia può nominare un commissario provvisorio scelto tra i suoi funzionari qualora sussistano ragioni di assoluta urgenza – che giustificano, infatti, la natura meramente provvisoria e cautelare di tale procedimento, che avrà durata massima pari a due mesi –.

Ad ogni modo, con riferimento ai presupposti che permettono l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria in capo alla capogruppo, l'art. 98, comma 2, lett a), T.U.B. indica i particolari obblighi e le specifiche responsabilità che gravano sulla stessa sia nell'ambito della vigilanza regolamentare, che in quello della direzione e del coordinamento; inoltre, le istruzioni di vigilanza non hanno sempre un contenuto specifico, ma, al contrario, sono solitamente piuttosto ampie e programmatiche, per cui risulta complesso determinare *ex ante* quali siano le disposizioni che necessitano di un adempimento. Ne discende che si ha inadempimento anche nel caso in cui la capogruppo emani delle direttive di impossibile esecuzione da parte della controllata.

La seconda ipotesi di assoggettamento della capogruppo alla procedura in parola ricorre qualora vi sia una c.d. crisi diffusa: in tal caso la capogruppo è coinvolta in virtù della funzione di comando strategico del gruppo che esercita, manifestandosi all'esterno come espressione dell'interesse comune. Dunque, solo lo scioglimento degli organi societari della *holding* e la loro sostituzione con quelli previsti dalla procedura, permette la gestione della crisi con riferimento non solo alla capogruppo, ma anche alle società figlie.

---

<sup>151</sup> *La Banca d'Italia, ricorrendo i presupposti indicati all'articolo 70, può nominare uno o più commissari in temporaneo affiancamento all'organo di amministrazione. La Banca d'Italia, nel provvedimento di nomina, individua funzioni, doveri e poteri dei commissari, specificandone i rapporti con l'organo amministrativo, ivi compreso, eventualmente, l'obbligo degli amministratori di consultare o di richiedere la previa autorizzazione dei commissari per l'assunzione di determinati atti o decisioni».*

In questa seconda circostanza requisito per l'apertura dell'amministrazione è dunque, non solo la presenza di una procedura concorsuale nei confronti della capogruppo, ma anche una vera e propria alterazione, effettiva o potenziale, dell'equilibrio finanziario e gestionale del gruppo integralmente inteso<sup>152</sup>.

Per quanto concerne, invece, l'estensione dell'applicabilità della disciplina dell'amministrazione straordinaria alle altre società, rileva l'art. 100 T.U.B. in forza del quale si evita lo svolgimento, all'interno del gruppo, di differenti procedure concorsuali. L'applicazione in via esclusiva dello statuto bancario anche a società del gruppo che non sono enti creditizi si giustifica nella necessità di tutela dei risparmiatori che fanno affidamento sul gruppo bancario nella sua interezza: l'articolo prevede dunque una prima ipotesi in cui la procedura sia inizialmente aperta nei confronti della capogruppo e poi sia estesa alle altre società del gruppo «*qualora ne ricorrano i presupposti*» di cui all'art. 70 del T.U.B., ad eccezione di quelli previsti dalla lett. a). In tale ipotesi si stabilisce inoltre che «*l'amministrazione straordinaria può essere richiesta alla Banca d'Italia anche dai commissari straordinari e dai commissari liquidatori della capogruppo*» i quali godono di una posizione privilegiata tale da consentire un'agevole valutazione della sussistenza dei presupposti.

La seconda ipotesi delineata è invece prevede invece la conversione nell'amministrazione straordinaria bancaria di una qualsiasi procedura concorsuale già pendente nei confronti della società controllata, nel caso in cui, presso una società del gruppo, «*sia stato nominato l'amministratore giudiziario secondo le disposizioni del codice civile in materia di denuncia al tribunale di gravi irregolarità nella gestione*». Come ovvio, tale possibilità può essere concepita con esclusivo riferimento alle società del gruppo che non siano enti

---

<sup>152</sup> Per equilibrio finanziario si deve intendere la presenza della liquidità necessaria per adempiere alle obbligazioni future, mentre per dissesto dell'equilibrio gestionale si deve intendere l'alterazione del coordinamento operativo che è di fondamentale importanza per il funzionamento del gruppo. Così COSTA, *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, I, Giappichelli, p. 570.

bancari che, pertanto, non sono assoggettabili alle sole procedure previste dal T.U.B.<sup>153</sup>.

La seconda procedura prevista con riferimento alla capogruppo in materia di crisi del gruppo creditizio è la liquidazione coatta amministrativa disciplinata di cui all'art. 99 T.U.B., ai sensi del quale è delineata una struttura analoga a quella dell'art. 98 anche se non si può affermare un vero e proprio parallelismo tra le due procedure in quanto in caso di liquidazione coatta amministrativa non si fa riferimento all'ipotesi di crisi diffusa, invece prevista per l'amministrazione straordinaria: il legislatore non ha infatti voluto sottoporre la capogruppo alle gravi conseguenze derivanti dalla procedura in assenza di un dissesto patologico della stessa<sup>154</sup>.

I requisiti per accedere a tale seconda procedura sono dettati dall'art. 80 T.U.B. mediante un espresso richiamo all'art. 17, comma 1, del medesimo testo: il Ministro dell'economia e delle finanze, su proposta della Banca d'Italia, può infatti disporre con decreto la liquidazione coatta amministrativa delle singole banche, anche quando ne sia in corso l'amministrazione straordinaria, qualora «*la banca sia in dissesto o a rischio di dissesto secondo*» ovvero «*non si possano ragionevolmente prospettare misure alternative che permettano di superare la situazione di*» (rischio di) dissesto «*in tempi adeguati, tra cui l'intervento di uno o più soggetti privati o di un sistema di tutela istituzionale, o un'azione di vigilanza*».

Tale situazione si ha, dunque, ai sensi del secondo comma dell'art. 17 T.U.B., nelle diverse ipotesi di «*irregolarità nell'amministrazione o violazioni di disposizioni legislative, regolamentarie o statutarie che regolano l'attività della banca di gravità tale che giustificherebbero la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività; perdite patrimoniali di eccezionale gravità, tali da*

---

<sup>153</sup> Per quanto concerne il riferimento al fatto che la conversione sia dichiarabile *ex officio*, è da ritenere che la competenza del tribunale sia limitata non potendo questo riesaminare i presupposti di avvio della procedura originaria.

<sup>154</sup> BOTTIGLIA, *La crisi dei grandi gruppi bancari*, Giuffrè, 2012, p. 78 ss..

*privare la banca dell'intero patrimonio o di un importo significativo del patrimonio; attività inferiori alle passività; l'erogazione di un sostegno finanziario pubblico straordinario a suo favore»<sup>155</sup>. Con riferimento alla sola holding del gruppo bancario, l'art. 99 T.U.B. prevede inoltre un'altra serie di requisiti per l'ammissione alla procedura, discostandosi da quelli sanciti dall'art. 98 T.U.B. in virtù della eccezionale gravità che richiedono.*

Ad ogni modo, la liquidazione coatta amministrativa della capogruppo non comporta *ex se* la cancellazione del gruppo bancario essendo invece prevista la continuazione dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento delle controllate, anche se con finalità di mera salvaguardia della stabilità del gruppo stesso.

Per le altre società che compongono il gruppo bancario l'art. 101, comma 1, T.U.B. disciplina la liquidazione coatta amministrativa prevedendo l'estensione della procedura di amministrazione straordinaria o di liquidazione coatta amministrativa cui è sottoposta la capogruppo anche nei loro confronti *«qualora ne sia stato accertato giudizialmente lo stato di insolvenza»*: anche in questo ambito si fa evidentemente riferimento alle componenti del gruppo che siano società non bancarie. La scelta di richiedere lo stato di insolvenza delle singole partecipanti appare quindi dettata dall'osservazione di come una capogruppo sottoposta alla procedura non possa in concreto esercitare il potere di direzione e coordinamento, facendo venire meno la convenienza – nei casi diversi dall'insolvenza delle singole società – della gestione unitaria della procedura. Sempre a norma del primo comma dell'art. 101 T.U.B. *«la liquidazione coatta»* e, dunque, l'estensione della procedura alle singole controllate *«può essere richiesta alla Banca d'Italia anche dai commissari straordinari e dai commissari liquidatori della capogruppo»*.

Il secondo comma dello stesso articolo prevede invece un'ipotesi di conversione della procedura aperta nei confronti delle controllate anziché in

---

<sup>155</sup> CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico bancario*, Cedam, 2012, p. 1343.

quelli della capogruppo: così, «quando presso società del gruppo siano in corso il fallimento, la liquidazione coatta o altre procedure concorsuali, queste si convertono nella liquidazione coatta» a seguito di intervento, anche *ex officio*, del tribunale competente per la procedura originaria.

### **2.3. Le procedure concorsuali nei gruppi di società fiduciarie.**

Altro ambito con riferimento al quale è rinvenibile nella *lex specialis* una disciplina in materia di insolvenza dei gruppi di imprese è quello che concerne le società fiduciarie e quelle di revisione: non è infatti parso opportuno estendere l'applicazione della disciplina generale anche a quelle società che assumono l'impegno di amministrare beni per conto di terzi, di rappresentare i titolari di azioni e/o obbligazioni, ovvero di organizzare l'assetto contabile di aziende appartenenti a terzi.

Così, l'art. 2 l. n. 430 del 1986 prevede l'attuazione della «liquidazione coatta amministrativa per tutte le società collegate con la fiduciaria di cui è già stata disposta la liquidazione, senza distinguere se le altre società siano o meno enti di gestione fiduciaria», estendendo il campo di applicazione della procedura sia in senso ascendente, rivolgendosi alla controllante della società sottoposta alla liquidazione coatta amministrativa, che discendente, con riferimento alle società controllate dalla *holding* sottoposta alla procedura. Sul punto la giurisprudenza ha evidenziato l'ammissibilità dell'estensione sia nel caso in cui la partecipazione di controllo appartenga al portafoglio di proprietà della fiduciaria stessa, che a quello in cui invece appartenga a terzi<sup>156</sup>.

Occorre tuttavia, in tale contesto, una verifica in merito alla effettiva sussistenza del collegamento societario, da effettuarsi mediante l'esame della

---

<sup>156</sup> Tribunale di Roma, 14 luglio 1994 in *Dir. fall.*, 1995, II, 161 «Il rapporto di controllo o collegamento ai fini dell'applicabilità della normativa speciale per la liquidazione coatta amministrativa delle società fiduciarie deve sussistere alla data dell'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza della società fiduciaria già sottoposta a tale procedura e non al momento della dichiarazione di insolvenza delle società controllate o collegate».



coincidenza, anche parziale, della composizione degli organi amministrativi delle società partecipanti al gruppo. Inoltre, l'art. 2, comma 1, lett. d), del d.l. n. 233 del 1986, prevede l'estensione della procedura anche nell'ipotesi in cui la società fiduciaria capogruppo svolga una politica di sostegno finanziario nei confronti delle controllate, dovendo in tale ambito considerare come finanziamenti gli apporti di capitale di rischio e di credito ogniqualvolta questi siano continui e prevalenti. Rilevante diviene allora il termine ultimo entro cui deve avvenire tale accertamento del rapporto di collegamento societario, riscontrato dalla dottrina nella dichiarazione di insolvenza della società fiduciaria<sup>157</sup>.

L'art. 3 d.l. n. 233 del 1986 escludeva invece, con riferimento alle controllate, la conversione della procedura fallimentare in liquidazione coatta amministrativa nel caso in cui la dichiarazione di fallimento fosse avvenuta dopo l'entrata in vigore dello stesso decreto: sul punto è però intervenuta la Corte Costituzionale che, nel 1991 ha dichiarato l'incostituzionalità della disposizione prevedendo una distinzione tra fiduciarie di amministrazione e fiduciarie di gestione, riservando solo alle prime l'applicabilità della disciplina di estensione e di conversione<sup>158</sup>.

Nell'ipotesi invece di erronea dichiarazione di fallimento, qualora sussistano i presupposti per l'applicazione della liquidazione coatta amministrativa, si distinguono due casi: nel primo la dichiarazione concerne la fiduciaria *holding* e comporta l'impossibilità del superamento dell'errore una volta formatosi il giudicato; nel secondo il fallimento è erroneamente dichiarato nei confronti di una controllata che soddisfi i requisiti di collegamento alla fiduciaria sottoposta a liquidazione coatta amministrativa e parimenti comporta, come riconosciuto dalla Corte costituzionale<sup>159</sup>, l'inammissibilità della conversione a seguito del passaggio in giudicato.

---

<sup>157</sup> BONFATTI, *Disciplina delle società fiduciarie e di revisione*, in *Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, 2001, p. 134.

<sup>158</sup> Con sentenza della Corte Cost., 18 gennaio 1991, n. 19, in *Fallimento*, 1991, p. 226.

<sup>159</sup> Corte Cost., 26 marzo 1998, n. 74, in *Foro it.*, 1998, I, p. 1349.

Anche con riferimento alle società fiduciarie si fa inoltre riferimento a profili di responsabilità per direzione unitaria: l'art. 2, comma 11, del d.l. n. 233 del 1986 – che richiama pedissequamente i dettami della legge Prodi del 1979 – stabilisce infatti l'esistenza di una responsabilità solidale degli amministratori delle società che hanno esercitato la direzione unitaria sul gruppo fiduciario, eliminando però l'idea di una responsabilità oggettiva ed incentivando la ricerca di una responsabilità nella produzione di un danno ingiusto<sup>160</sup> e nella sussistenza di un nesso di causalità tra le direttive impartite e il danno subito<sup>161</sup>.

Per quanto concerne invece la configurabilità della responsabilità della società controllante per i danni causati dai suoi amministratori si distinguono due diverse ipotesi: nella prima gli amministratori della controllante coincidono con quelli della controllata e, pertanto, appare evidente la responsabilità della capogruppo, avendo i suoi amministratori agito come veicolo diretto del potere di questa; nella seconda non vi è invece sovrapposizione di ruoli nei consigli di amministrazione, facendone discendere la configurabilità, in capo agli amministratori, di un illecito extracontrattuale, di cui la capogruppo risponde ai sensi dell'art. 2409 c.c. sulla base del c.d. rapporto di immedesimazione organica. Ciò non avverrà, nella sola ipotesi in cui si dimostri che gli amministratori abbiano agito *uti singuli* e dunque fuori dall'esercizio delle mansioni gestorie. Tuttavia, qualora gli amministratori della controllante e delle controllate siano i medesimi, l'assenza di responsabilità per direzione unitaria non esclude l'esistenza di una responsabilità per *mala gestio*: come riconosciuto dagli Ermellini<sup>162</sup>, in assenza di patrimonio comune, non è infatti opponibile l'interesse del gruppo al fine di derogare al regime di responsabilità.

---

<sup>160</sup> Tribunale di Milano, 26 maggio 1997, «occorre verificare che le società controllate siano state di fatto usate come strumento della politica aziendale della capogruppo, nonché le modalità di abuso della direzione unitaria le quali si siano tradotte in flusso costante di istruzioni».

<sup>161</sup> Relazione al d.lgs. n. 270 del 1999, n. 252, «l'insorgenza delle responsabilità è subordinata alla configurabilità di un nesso causale tra le direttive impartite e il danno subito dalla società dichiarata insolvente».

<sup>162</sup> Cass. Civ., Sez. I, 21 gennaio 1999, n. 521, in *Guida al diritto*, n. 7 del 1999, il Sole 24 ore, Milano, 1999 «nel cosiddetto gruppo di società fiduciaria le singole società mantengono autonomia giuridica e patrimoniale, onde l'interesse o la logica di gruppo non possono pregiudicare il patrimonio, ne consegue che il danno cagionato dall'amministratore al patrimonio di una società del gruppo non è giuridicamente configurabile come parte del danno arrecato al patrimonio della società fiduciaria e che, ove per il

L'art. 2, comma 1, del d.l. n. 233 del 1986 dispone infine che l'estensione della procedura alle società del gruppo fiduciario sia attuabile «*salvo che per esse sia prevista dalla legge una diversa ed autonoma procedura di liquidazione coatta amministrativa*»: si fa ad esempio riferimento, come esaminato, alle società che operano nel settore bancario.

### **3. L'insolvenza transfrontaliera.**

Poiché, come noto, i gruppi di società di grandi dimensioni si affacciano sul mercato internazionale, è evidente che il tema della loro insolvenza non possa essere vincolato all'interno dei confini dello Stato. Si parla allora, nella frequente ipotesi in cui la massa attiva e passiva del debitore si estenda in più Stati, di carattere transfrontaliero delle procedure: ciò determina, evidentemente – e viste le difficoltà di disciplinare la materia all'interno di un unico ordinamento –, notevoli problemi applicativi con riferimento alle discipline concorsuali previste nei singoli Stati che potrebbero essere estese all'intero gruppo o che potrebbero dar vita alla necessità di coordinamento fra autorità giudiziarie e soggetti designati qualora contemporaneamente applicate con riferimento alle diverse società che compongono il gruppo e che hanno sede legale nei diversi Stati.

Rileva a tal fine, a livello comunitario, il Regolamento 2000/1346/CE<sup>163</sup> che, però, nulla prevedeva in materia di gruppi, tanto da richiedere un secondo intervento del legislatore europeo, sfociato nel recente Regolamento 2015/848/UE (modellato su primo ed integrativo dello stesso).

Anzitutto obiettivo del regolamento non è la ricerca di un'uniformità del diritto fallimentare sostanziale e processuale internazionale – obiettivo, questo

---

*danno subito dal patrimonio della fiduciaria sia stata esclusa la responsabilità dell'amministratore che rivesta tale carica anche in altra società del gruppo, non perciò solo lo stesso amministratore deve ritenersi esente da ogni responsabilità per il danno arrecato al patrimonio della società controllata, collegata e/o finanziata».*

<sup>163</sup> Regolamento (CE) N. 1346/2000 del Consiglio del 29 maggio 2000 relativo alle procedure di insolvenza transfrontaliera.

della legge-modello UNCITRAL – quanto piuttosto la ricerca di regole di diritto internazionale privato volte alla risoluzione di eventuali controversie che colmino le lacune presenti nei vari ordinamenti nazionali.

Il Regolamento, approvato il 29 maggio 2000, è entrato in vigore a partire dal 31 maggio 2002 e riguarda tutte le procedure aperte da tale data<sup>164</sup>, si articola in diversi ambiti quali la definizione di COMI, il principio di universalità attenuata o limitata, l'applicabilità della *lex fori concursus*.

Si ricorda che il principio di universalità pura impone l'estensione degli effetti della procedura a tutti i beni del fallito, ovunque questi si trovino, e a tutti i creditori, a prescindere dalla loro nazionalità, così determinando l'unità ed esclusività della procedura soggettiva ed oggettiva. Principio opposto è invece quello della territorialità, che circoscrive gli effetti della procedura di insolvenza al territorio dello Stato in cui la stessa ha avuto luogo, sia a livello oggettivo che soggettivo.

Da questi due principi discendono quelli in materia di giurisdizione.: così, chi sosteneva il principio di universalità ha affermato l'applicabilità della *lex fori* in forza della quale la proiezione extraterritoriale degli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento dipende dalla stipulazione di accordi internazionali<sup>165</sup>; chi invece optato per il principio di territorialità, sosteneva l'applicabilità a ciascun fallimento della propria *lex concursus* e la conseguente impossibilità del riconoscimento degli effetti prodotti dalle sentenze straniere.

Il regolamento in commento ha introdotto un *tertium genus* che può essere concepito come un compromesso tra le due prospettive precedentemente analizzate: si è infatti affermata la *lex fori concursus* giustifica la giurisdizione di uno Stato in forza del principio del COMI<sup>166</sup> estendendo però gli effetti della

---

<sup>164</sup> Ai sensi dell'art. 43 le disposizioni del regolamento si applicano esclusivamente alle procedure di insolvenza a partire dall'entrata in vigore, per tutte quelle precedenti continuano ad applicarsi le disposizioni previste dalle precedenti soluzioni convenzionali stipulate bilateralmente tra gli Stati membri.

<sup>165</sup> BONELLI, *del fallimento*, Vallardi, 1939, p. 156 ss..

<sup>166</sup> Center Of Main Interests – Centro degli interessi principali.

sentenza all'interno dell'intero territorio dell'Unione Europea<sup>167</sup>.

Il COMI opera dunque quale criterio applicativo del regolamento ai fini l'apertura della procedura in un determinato Stato: il Considerando 13 del Regolamento 2000/1346/CE afferma infatti che la «*international jurisdiction should correspond to the place where the debtor conducts the administration of his interests on a regular basis and is therefore ascertainable by third parties*».

La concreta individuazione concreta del COMI non è però sempre agevole, tanto da aver dato vita ad una serie di casi giurisprudenziali che hanno dato la possibilità alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea di dettare alcuni principi ora universalmente riconosciuti: in tal contesto *leading case* è rappresentato da quello Eurofood, ovvero di una società irlandese controllata da Parmalat S.p.A., società del noto gruppo italiano.

A seguito della già menzionata insolvenza del gruppo sono state aperte due procedure principali concorrenti, rispettivamente in Italia ed in Irlanda: così mentre da una parte l'Alta Corte irlandese ammetteva la società alla procedura di *Compulsary Winding Up* nominando l'apposito liquidatore, dall'altra il Tribunale fallimentare di Parma sottoponeva Eurofood alla disciplina dell'amministrazione straordinaria, aprendo la procedura di cui all'art. 3 del regolamento 2000/1346/CE ed identificando il COMI in Italia in virtù del controllo totale in capo a Parmalat S.p.A..

A seguito dell'opposizione dell'autorità irlandese, la quale sottolineava l'errata interpretazione della nozione di COMI quale mera coincidenza con la sede legale della società, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con sentenza del 2 maggio 2006, ha sancito che la necessità di interpretare la nozione di COMI prediligendo gli elementi oggettivi di stabilità e continuità nel tempo della gestione, nonché la sua effettività e trasparenza nei confronti del terzo. Di conseguenza, «*per determinare il centro degli interessi principali di una società*

---

<sup>167</sup> Tale principio non si applica alle società operanti in settori sensibili come ad esempio quello bancario, assicurativo e fiduciario alle quali si applica la disciplina prevista dalla direttiva 2001/24/CE.

*debitrice, la presunzione semplice prevista dal legislatore comunitario a favore della sede statutaria di tale società, può essere superata soltanto se elementi obiettivi e verificabili da parte di terzi consentono di determinare l'esistenza di una situazione reale diversa da quella che si ritiene corrispondere alla collocazione in detta sede statutaria. Ciò potrebbe in particolare valere per una società fantasma, la quale non svolgesse alcuna attività sul territorio dello Stato membro in cui si trova la sua sede sociale. Per contro, quando una società svolge la propria attività sul territorio dello Stato membro in cui ha sede, il semplice fatto che le sue scelte gestionali siano o possano essere controllate da una società madre stabilita in un altro Stato membro non è sufficiente per superare la presunzione stabilita dal regolamento»<sup>168</sup>.*

In altre parole, per il superamento della presunzione di coincidenza tra COMI e sede legale della società è necessario dimostrare che i terzi siano a conoscenza del fatto che gli interessi della stessa siano gestiti in uno Stato membro diverso da quello della sede statutaria<sup>169</sup>.

Come anticipato, l'originaria formulazione del regolamento non contiene una specifica disciplina relativa all'insolvenza dei gruppi di società: di conseguenza, i criteri di determinazione della giurisdizione, tra cui il COMI, non mutano in forza della posizione assunta dalle società infragruppo in quanto queste vengono concepite come completamente autonome.

Si è pertanto avvertita l'esigenza di revisione, sfociata nell'emanazione del nuovo regolamento 2015/848/UE, che si applica a partire dal 26 giugno

---

<sup>168</sup> Sentenza della Corte Europea, grande sezione, 2 maggio 2006, procedimento C-341/04, Raccolta 2006 I- 03813.

<sup>169</sup> Ciò è stato ribadito dalla Corte di Giustizia Europea nel caso *Interedil* con sentenza 20 ottobre 2011, causa C-396/09. Difatti, Interedil era una società a responsabilità limitata con sede a Monopoli e decise di trasferire la propria sede a Londra. Questa però continuò ad avere in Italia la quasi totalità del suo patrimonio attivo. Nel 2003 venne presentata istanza di fallimento al Tribunale di Bari che fu immediatamente contestata dalla stessa Interdil, ai sensi dell'art. 18 L. fall., sostenendo che gli unici competenti dovevano essere i giudici inglesi. La Corte da un lato confermò quanto disposto nella sentenza Eurofood in tema di definizione di COMI ma dall'altro abbandonò la rigida interpretazione, fornita in tema di presunzione. Difatti, questa afferma che «un superamento della presunzione introdotta dall'art. 3, n. 1, seconda frase, del regolamento è tuttavia possibile quando, dal punto di vista dei terzi, il luogo dell'amministrazione principale di una società non si trova presso la sede statutaria».

2017<sup>170</sup>, con esclusivo riferimento alle procedure aperte dopo tale data, e che si pone l'obiettivo di migliorare e rafforzare l'efficienza della gestione dell'insolvenza transfrontaliera al fine di proteggere il mercato unico dalle distorsioni derivanti dalle crisi dei grandi soggetti economici.

Quanto all'insolvenza di gruppo, il testo del nuovo regolamento prevede, nel titolo V, una lunga serie di disposizioni: al silenzio del regolamento del 2000, giustificato alla luce del principio di autonomia giuridica delle società del gruppo, si sostituisce una visione unitaria del gruppo sotto il profilo economico, per il quale si richiede una facilitazione della gestione delle procedure infra-gruppo.

Il nuovo regolamento va inoltre a precisare la nozione di COMI, affermando dunque che *«l'introduzione di norme sulle procedure di insolvenza di gruppi societari non dovrebbe limitare la possibilità del giudice di avviare, in un'unica giurisdizione, la procedura d'insolvenza per varie società appartenenti allo stesso gruppo, qualora ritenga che il centro degli interessi principali di tali società si trovi in un solo e medesimo Stato membro. In simili casi, il giudice dovrebbe inoltre avere la facoltà di nominare, ove opportuno, lo stesso amministratore per tutte le procedure in questione, purché ciò non sia incompatibile con le norme ad esse applicabili»*<sup>171</sup>.

A tale disposizione segue il tentativo del legislatore di garantire per lo meno la cooperazione tra le procedure del gruppo qualora non ne sia attivata una unica, ma una molteplicità: così il considerando 54 stabilisce che *«al fine di migliorare ulteriormente il coordinamento delle procedure di insolvenza delle società facenti parte di un gruppo di società e di consentire la ristrutturazione coordinata del gruppo, il presente regolamento dovrebbe introdurre norme procedurali relative al coordinamento delle procedure di insolvenza delle società facenti parte di un gruppo di società»*. Entrando più nello specifico i curatori hanno quindi la possibilità condividere i piani di salvataggio e di

---

<sup>170</sup> il 26 giugno 2015 entra in vigore il regolamento UE 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle procedure d'insolvenza (rifusione), pubblicato in G.U.U.E. del 5 giugno 2015, lett.) L.

<sup>171</sup> Considerando 53, regolamento 2015/848/UE.

riorganizzazione ogniqualvolta non vi sia un conflitto di interessi e, soprattutto, il curatore nominato in una procedura può esercitare poteri nei confronti di un'altra, quali ad esempio la richiesta di sospensione – per non più di tre mesi – qualora siano stati soddisfatti i presupposti previsti *ex* considerando 60<sup>172</sup>.

Ad ogni modo, il coordinamento non coincide con la riunificazione delle procedure: in tal senso il considerando 54 stabilisce infatti che *«tale coordinamento dovrebbe cercare di assicurare l'efficienza del coordinamento, rispettando nel contempo la distinta personalità giuridica di ciascuna società del gruppo»*.

Ai sensi del nuovo regolamento, il coordinatore svolge quindi determinati compiti quali la raccomandazione di strategie volte alla riorganizzazione o risanamento del gruppo e la facilitazione della conclusione di accordi tra i vari curatori e risoluzione degli eventuali conflitti sorti tra questi. Tuttavia, ai sensi dell'art. 75 questo può essere rimosso se *«agisce a detrimento dei creditori di una società del gruppo partecipante o non rispetta gli obblighi incombenti in virtù del presente capo»*.

In conclusione, a fronte di una disciplina comunitaria in vigore da pochi mesi e del necessario coordinamento interpretativo fra le norme a seguito dell'operato della giurisprudenza, il fenomeno dell'insolvenza transnazionale risulta disciplinato nel diritto interno dal solo articolo 9, l. fall., ai sensi del quale la giurisdizione, nel caso di istanze fallimentari promosse contro l'imprenditore che ha sede principale in Italia, *«il fallimento è dichiarato dal tribunale del luogo dove l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa. Il trasferimento della sede intervenuto nell'anno antecedente all'esercizio dell'iniziativa per la dichiarazione di fallimento non rileva ai fini della competenza»*. Lo stesso

---

<sup>172</sup> *«È opportuno che l'amministratore delle procedure di insolvenza nominato nella procedura relativa a una società facente parte di un gruppo di società sia autorizzato a chiedere la sospensione di qualsiasi provvedimento relativo al realizzo dei beni nella procedura aperta nei confronti di altre società del gruppo non sottoposte a procedure di coordinamento di gruppo. Dovrebbe essere possibile richiedere tale sospensione solo se è presentato un piano di ristrutturazione per le società facenti parte del gruppo interessato, se il piano è a vantaggio dei creditori nell'ambito della procedura per la quale è richiesta la sospensione, e se quest'ultima è necessaria al fine di garantire l'adeguata attuazione del piano»*.



articolo prosegue disciplinando l'ipotesi dell'imprenditore già sottoposto al fallimento straniero, prevedendo che questi, qualora abbia la sua sede secondaria in Italia, «*possa essere dichiarato fallito nella Repubblica italiana anche se è stata pronunciata dichiarazione di fallimento all'estero. Sono fatte salve le convenzioni internazionali e la normativa dell'Unione europea. Il trasferimento della sede dell'impresa all'estero non esclude la sussistenza della giurisdizione italiana, se è avvenuto dopo il deposito del ricorso di cui all'articolo 6 o la presentazione della richiesta di cui all'articolo 7*».

#### **4. *Legislative Guide on Insolvency Law.***

L'assenza di una disciplina unitaria del gruppo insolvente è un fenomeno che caratterizza non solo l'ordinamento italiano, ma che si può riscontrare anche in quelli degli altri principali Paesi industrializzati, ove si riscontrano le medesime criticità e problematiche, suddivisibili in tre diverse macroaree<sup>173</sup>: la considerazione del gruppo come un'unica entità in vista della procedura concorsuale; la conseguente necessità di coordinazione delle procedure tramite la nomina di organo comune qualora queste siano attuate separatamente; le conseguenze dell'esistenza di un gruppo esteso a livello internazionale e la sua insolvenza.

Come accennato nel paragrafo precedente, la ricerca di un'uniformità del diritto fallimentare sostanziale e processuale internazionale non è stato uno degli obiettivi prefissati dal legislatore comunitario, quanto piuttosto dell'UNCITRAL<sup>174</sup>, che, mediante la *Legislative guide on Insolvency law*, persegue tale scopo muovendo dalla raccomandazione che la disciplina

---

<sup>173</sup> TARANTOLA, *Insolvency and cross-border groups: Uncitral recommendations for an European perspective*, in *Quaderni di ricerca giuridica: Banca d'Italia*, 201, n. 69, p. 135 ss..

<sup>174</sup> UNCITRAL è l'acronimo anglofono che identifica la Commissione delle Nazioni Unite per il diritto del commercio internazionale: si tratta di un'emanazione delle Nazioni Unite, costituita nel 1966, che si prefigge lo scopo di un'azione uniformatrice mondiale del diritto commerciale.

dell'insolvenza riconosca in via generale l'autonomia giuridica di ogni società del gruppo<sup>175</sup>.

In primo luogo, questione essenziale affrontata da tale guida è la sorte della disciplina processuale in quanto, in tale ambito, si constatano alcune notevoli differenze che spesso rendono difficile il dialogo tra Stati membri dell'Unione Europea e Stati stranieri quando si tratta di coordinare la pendenza di procedure transnazionali: a differenza del regolamento comunitario, che prevede l'automatico riconoscimento delle decisioni relative all'insolvenza, nell'impostazione dell'UNCITRAL le dichiarazioni straniere d'insolvenza attuano i loro effetti in un altro Stato solo a seguito di un procedimento di verifica, attivato dal curatore straniero e svolto dinanzi al giudice interno.

Tramite la *procedural consolidation* si vuole dunque privilegiare la configurazione di un'insolvenza di gruppo, superando il rischio di una frammentazione delle procedure fondata sul principio, generalmente accolto, che si esplica nella formula *one company, one insolvency, one proceeding* e che prevede un accertamento dello stato di insolvenza condotto separatamente nei confronti di ogni singola società.

Dal punto di vista sostanziale il *Model law* introduce il concetto di *substantive consolidation*, consistente nella confusione degli *assets* e delle responsabilità di due o più società, che saranno dunque trattate come un'unica entità<sup>176</sup>. Il risultato del consolidamento si avvicina fortemente a quello derivante da una fusione: i creditori delle singole società divengono infatti creditori dell'ente risultante condividendo il patrimonio su cui soddisfarsi con gli altri creditori del gruppo.

---

<sup>175</sup> Raccomandazione n. 219 dispone che «*the insolvency law should respect the separate legal identity of each enterprise group member Exceptions to that general principle should be limited to the grounds set forth in recommendation 220*».

<sup>176</sup> La previsione della confusione degli *assets* non è condivisa da molti ordinamenti nazionali tra cui quello italiano, ove, come si è visto, la legislazione speciale prevede la gestione separata ed autonoma dei patrimoni di ogni singola società del gruppo.

In altre parole, è possibile affermare che la «*substantive consolidation fully collapses the boundaries among the corporations in a corporate group*»<sup>177</sup>.

La possibilità di attuazione di una siffatta *substantive consolidation*<sup>178</sup>, è però prevista in ipotesi che costituiscono un *numerus clausus* tra cui le più significative sono rappresentate dalla circostanza in cui vi sia un grado di integrazione degli affari e delle operazioni fra le diverse società del gruppo così accentuato tanto da non consentire la distinzione della proprietà dei beni detenute dalle stesse, e da quella in cui l'organizzazione del gruppo abbia finalità economico-imprenditoriali meramente fraudolenti a cui non si possa porre rimedio se non tramite la confusione patrimoniale<sup>179</sup>.

Di conseguenza, risulta esclusa la possibilità che la *substantive consolidation*, a differenza di quanto previsto per la *procedural consolidation*, sia disposta *ex officio*. Rilevante è inoltre il momento in cui concretamente avviene il consolidamento; momento, questo, che si fa coincidere con l'apertura della procedura d'insolvenza, stante la difficoltà di utilizzo degli atti già compiuti nel corso della procedura originaria che deriverebbe da un consolidamento sopravvenuto (nel cui caso si dovrebbe tenere conto del c.d. *status of administration* della fase in cui questo viene attuato).

## 5. Spunti comparatistici.

L'elaborazione della *Legislative Guide* ha destato non poco scompiglio nei vari ordinamenti nazionali, ove si è presentato con maggior forza il dibattito in

---

<sup>177</sup> PETER, *From atomism to consolidation in Group's Insolvency*, in Peter Nobel Ed, Internationales Gesellschaftsrecht, Heft 1, Bern 1998, p. 104.

<sup>178</sup> Intesa dal *Model Law* come «*the treatment of the assets and liabilities of two or more enterprise group members as if they were part of a single insolvency estate*».

<sup>179</sup> Si osservi che l'istituto della *substantive consolidation* risulta contrastante con l'art. 42, comma 3 Cost. in forza del quale non è possibile espropriare una proprietà privata, in questo caso un credito, senza la corresponsione di un indennizzo; parimenti non è concepibile l'attuazione della *substantive consolidation* nel caso di superamento dell'attività fraudolenta, poiché configurerebbe l'abuso di personalità giuridica ex art 833 c.c., il che non giustifica comunque il sacrificio dell'autonomia patrimoniale.

merito all'efficacia, alla convenienza ed alla applicabilità delle novità introdotte, fra cui, spiccano, come sottolineato, le tematiche connesse alla *procedural and substantive consolidation*.

Le differenti posizioni adottate dagli Stati hanno infatti favorito lo sviluppo del c.d. *forum shopping*, ovvero di quel fenomeno che sorge nelle controversie che abbiano carattere internazionale – ossia quando le parti coinvolte non risiedono nello stesso Stato – e per le quali l'individuazione del foro competente riveste un ruolo fondamentale, discendendo da esso l'intero gruppo di norme e discipline nazionali che verrà applicato nella risoluzione. Si tratta, evidentemente, di una scelta che può rilevarsi decisiva per la tutela dei propri interessi.

In tal senso, rilevano i principi UNCITRAL, che, come più volte sottolineato, si pongono quale primario obiettivo l'armonizzazione del diritto, al fine di evitare un abuso delle libertà garantite in ciascun ordinamento<sup>180</sup>.

### **5.1. Segue. La Ley Concorsual spagnola.**

La crisi economica spagnola ha evidenziato alcune carenze funzionali della *Ley Concorsual* cui il legislatore ha inteso ovviare con il *Real Decreto-Ley* del 27 marzo 2009<sup>181</sup>, n. 3, tramite il quale si è posta attenzione sulla fase pre-concorsuale di manifestazione della crisi: fulcro della riforma è infatti rappresentato dall'incentivo all'utilizzo della c.d. *propuesta anticipada de*

---

<sup>180</sup> Si veda sul punto la sentenza C-54/16, pronunciata dalla Corte di Giustizia Europea, in cui si afferma che «quando, a seguito di un fallimento, le pretese dei creditori risultino precluse a causa della scelta contrattuale di scegliere un foro nazionale, l'abuso del diritto sussiste laddove risulti che lo scopo essenziale delle operazioni è il conseguimento di un vantaggio indebito».

<sup>181</sup> In tale senso il nuovo testo dell'art. 104, comma 1, della *Ley Concorsual* prevede espressamente che «desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y, en ambos casos, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, el deudor que no hubiese pedido la liquidación y no se hallare afectado por alguna de las prohibiciones establecidas en el artículo siguiente podrá presentar ante el juez propuesta anticipada de convenio».

*convenio*<sup>182</sup> sia in vista di una liquidazione dei beni del debitore che della continuazione dell'attività.

Altra novità introdotta dalla riforma fallimentare, all'art. 25 della *Ley Concorsual*, è la trattazione congiunta di procedure tra loro connesse. Di conseguenza è oggi prevista la possibilità di presentare una proposta unica per coloro che siano «*soci, membri personalmente responsabili dei debiti di una stessa persona giuridica, così come nel caso di società che facciano parte al medesimo gruppo*», rinviando però alla *ley mercantil* per una precisa definizione di gruppo.

Sulla scorta dell'esplicito riconoscimento del fenomeno del gruppo di società anche in materia fallimentare, è dibattuta la possibilità di una estensione in via analogica del fenomeno stesso anche alla procedura di concordato preventivo: difatti, a fronte di una regola generale di «*primacía del criterio de la personalidad jurídica propia de cada sociedad*»<sup>183</sup> contenuta dalla legge fallimentare, in forza della quale ogni società appartenente al gruppo deve mantenere la propria autonomia giuridica e patrimoniale, la stessa legge prevede una serie di eccezioni che trovano il loro fondamento talvolta nella teoria «*del levantamiento del velo*», che estende ai soci persone giuridiche la disciplina della responsabilità prevista per i soci persone fisiche, talvolta nella disciplina giuslavoristica, che sembra implicitamente sostenere il consolidamento al fine di tutela dei lavoratori.

Alla luce di tali considerazioni risulta che l'ordinamento spagnolo permetta il superamento del limite della autonomia patrimoniale e giuridica delle società strutturate in un gruppo, determinando così l'unione, sia a livello procedurale che sostanziale, delle procedure di insolvenza a queste relative.

Quanto però alla convenienza del consolidamento procedurale la disciplina concorsuale spagnola si limita a ribadire ciò che è enunciato nei

---

<sup>182</sup> GIANNELLI, *Le soluzioni giudiziarie delle crisi di impresa. La gestione della crisi nel diritto spagnolo e italiano*, in *Dri, Fall.*, 2009, I, p. 125 ss..

<sup>183</sup> OLIVENCIA, *Estudios sobre la ley concorsual*, Marcial Pons, 2005.

principi UNCITRAL, soffermandosi sugli evidenti vantaggi informativi tra le autorità preposte al compimento delle singole procedure; la *Ley Concorsual* richiede tuttavia che il fine del consolidamento non sia quello di voler coinvolgere le società *in bonis* e che, nelle ipotesi in cui i membri degli organi di amministrazione e controllo coincida in più società, si tenga conto di eventuali problemi di *agency*<sup>184</sup>.

Per quanto concerne invece il consolidamento sostanziale, si richiede un preventivo esame degli interessi in gioco: il vantaggio di tale impostazione si riverserebbe infatti sui soli creditori della sussidiaria che rischiano di non soddisfarsi sul patrimonio eventualmente insufficiente di questa, dando però vita ad una situazione pregiudizievole per i titolari di crediti garantiti. Di conseguenza, è altresì previsto che la confusione delle masse attive e passive è permessa a condizione che la garanzia resti vincolata al singolo bene e non si estenda al patrimonio risultante a seguito del consolidamento.

## **5.2. Segue. L'Insolvency Law statunitense.**

Con riferimento alla disciplina statunitense in materia di insolvenza dei gruppi di società, occorre preliminarmente evidenziare come, parallelamente a tutti gli altri campi del diritto, le diverse tradizioni giuridiche ed economiche hanno dato vita, nei Paesi dell'Unione Europea e i quelli al di fuori di essa, ovvero negli ordinamenti di *civile law* ed in quelli di *common law*, ad approcci talvolta diversi, talvolta opposti.

In materia di insolvenza si evidenzia però come, fin dal principio, la maggior parte delle discipline nazionali risulta influenzata dal modello statunitense contenuto nel *Bankruptcy Code*, ove l'estinzione dei debiti può essere realizzata tramite due distinti strumenti: la *liquidation* e la *reorganization*.

---

<sup>184</sup> IRUJO, *Grupos de sociedades y derecho concorsual*, ADCO, II, 2011, p. 1885 ss..

A fronte dell'ordinamento italiano, ove le procedure liquidatorie costituiscono – o, meglio, costituivano – la normalità, la *liquidation* statunitense si è da sempre dimostrata scarsamente efficiente in virtù del suo ambito di applicazione limitato ai soli beni attuali del debitore, oggetto di liquidazione al fine di permettere una ripartizione dell'attivo tra i creditori.

Al contrario, la *reorganization* è prevista dallo stesso codice come la procedura di *default* e consiste in una ristrutturazione degli assetti finanziari che – oltre a garantire un migliore soddisfacimento dei creditori che potranno dunque rifarsi anche sui guadagni futuri del debitore – permette alla società di continuare la sua attività<sup>185</sup>.

Elemento centrale della procedura è inoltre il tempestivo concorso dei creditori, i quali – siano essi *individuals*, *partnerships* o *corporations* – sono chiamati a non aggravare eccessivamente la posizione finanziaria del debitore.

Oggetto della *reorganization* è il piano che, una volta stipulato, approvato dalla maggioranza dei creditori ed omologato dalla Corte fallimentare, diviene vincolante anche per i creditori dissenzienti<sup>186</sup>.

Nella recente revisione della disciplina del *Chapter 11*, seguita all'emanazione della *Legislative Guide*, ha inoltre trovato terreno fertile il tema del consolidamento procedurale e del concordato di gruppo – non scostandosi però dai principi cardine della legge fallimentare e dunque garantendo sempre la continuità aziendale –.

Così, ad oggi, nonostante non sia possibile ritenere il consolidamento come una regola generale, al verificarsi di determinate condizioni risulta irragionevole impedirne l'applicazione: l'attuazione di tale disciplina è infatti circoscritta ai casi in cui «*there has been fraud on creditors; there has been good faith creditors' reliance on the group as a whole; whole or part of the groups' companies have been grossly undercapitalised; a consolidated approach would*

---

<sup>185</sup> TABB, *The Law of Bankruptcy*, ed. II, *Foundation Press*, 2009, p. 125.

<sup>186</sup> OLMSTEAD, *Bankruptcy a Common Regulation*, in *Harvard Law Review*, Vol. 15, 1902, p. 829.

*facilitate a reorganisation plan; generally speaking, this would be in the interest of the creditors»<sup>187</sup>.*

Tuttavia, se il consolidamento sostanziale dovesse risultare eccessivo, l'ordinamento statunitense prevede anche una sua forma più moderata, denominato *partial substantive consolidation*, applicabile, però, ai soli crediti non garantiti.

### **5.3. Segue. L'Insolvenzordnung tedesca.**

Ispirata fortemente al modello americano, la legge fallimentare tedesca – *Insolvenzordnung* – prevedeva nel suo testo originario un'unica procedura di liquidazione che poteva essere promossa dal debitore o dall'amministratore straordinario nominato dal tribunale, i quali, congiuntamente alla proposta, dovevano presentare il piano di risanamento dei debiti che successivamente doveva essere approvato dalla maggioranza dei creditori.

L'esigenza di una riforma volta all'introduzione di una procedura di *pre-insolvency* è confluita nell'introduzione nel 2012 di una procedura consistente in un periodo di tre mesi entro cui è possibile presentare un piano di ristrutturazione che garantisca la continuità aziendale e che, contestualmente, non pregiudichi il soddisfacimento dei creditori.

Alle recenti novità a livello internazionale in ambito fallimentare – in particolar modo introdotte dai principi UNCITRAL – l'ordinamento tedesco ha reagito in maniera rigida rigettando totalmente la proposta di consolidamento patrimoniale, ritenuta lesiva del principio della *par condicio creditorum*<sup>188</sup>.

Unica apertura, seppur minima, è rappresentata dalla previsione di una coordinazione debole e una coordinazione forte delle procedure: la prima fa

---

<sup>187</sup> SKEEL, *Groups of Companies: substantive consolidation in the U.S.*, SZW/RSDA 1995, p. 123 ss..

<sup>188</sup> BOPP, *Konzerninsolvenz*, in *Nur aberimmerhin*, Geburtstag, 2002, p. 19 ss..



riferimento ad una mera cooperazione tra i soggetti preposti all'attuazione delle singole procedure, al fine di una più agevole riuscita; la seconda coincide invece con il vero e proprio consolidamento procedurale dinanzi ad un'unica Corte e sotto il controllo di un solo soggetto.

#### **5.4. *Segue.* L'esperienza francese.**

Con riferimento al diritto fallimentare francese occorre preliminarmente osservare come questo differisca da quello italiano e da quello degli altri Paesi europei già a partire dalla stessa definizione d'insolvenza, intesa come l'impossibilità del debitore di far fronte al passivo esigibile con l'attivo disponibile.

La crisi d'impresa è trattata all'interno del Codice del Commercio il quale prevede, in primo luogo, una procedura di constatazione anticipata della crisi – la c.d. *procédure d'alerte* – tramite la quale i sindaci della società possono sollecitare l'adozione di provvedimenti da parte dell'assemblea, degli amministratori ed in ultima istanza da parte del Tribunale del Commercio.

Sempre in una fase, preventiva rispetto alla liquidazione giudiziaria, si pone l'istituto del *réglement amiable*, ossia una composizione concordataria della crisi, che consente la cristallizzazione della situazione finanziaria della società tramite un accordo stragiudiziale sottoposto alla vigilanza di un soggetto terzo che tuteli la posizione dei creditori ed assicuri il loro effettivo soddisfacimento secondo le concrete modalità previste dall'accordo stesso.

Per quanto riguarda invece il concetto di gruppo, l'ordinamento francese lo definisce come un'entità composta da più società giuridicamente indipendenti

ma economicamente unite<sup>189</sup>, non riconoscendo ad esso, almeno apparentemente, alcun carattere unitario.

La crisi finanziaria che la Francia ha dovuto attraversare negli ultimi decenni ha tuttavia evidenziato i limiti di tale approccio c.d. individualista<sup>190</sup>: si è infatti avuto occasione di evidenziare anzitutto la convenienza e la maggiore efficienza delle decisioni strategiche fondate sulla gestione unitaria del gruppo e, secondariamente, come, nel caso di crisi finanziarie, le altre società del gruppo siano spesso sopravvissute unicamente tramite un'effettiva confusione dei patrimoni, ipotesi, queste, entrambe ammesse dal diritto societario.

Se nel diritto societario è dunque riconosciuta l'unitarietà del gruppo come ente giuridico ed è ammesso un finanziamento infragruppo – con conseguente confusione delle masse attive – in caso di crisi di una delle società partecipanti, dibattuta è l'estensione di tale possibilità anche in ambito fallimentare: sul punto, la recente giurisprudenza si è espressa in maniera affermativa riconoscendo che *«se esiste una connessione tra le attività o i patrimoni di due o più società di cui una è insolvente, il Tribunale ha il potere di pronunciare l'estensione del fallimento anche alle altre società»*<sup>191</sup>.

## **6. Le lacune normative e l'esigenza di un intervento del legislatore.**

Dall'analisi fin qui condotta emerge, anche in questo ambito, una quasi totale assenza di lungimiranza da parte del legislatore italiano, che si dimostra non in grado di immaginare *ex ante* delle soluzioni valide ai problemi che nella pratica sorgono o possono sorgere.

Se, infatti, in seno alle istituzioni comunitarie e con riferimento ad ordinamenti quali quello tedesco o quello statunitense, è già riscontrabile una

---

<sup>189</sup> PETITPIERRE-SAUVAIN, *Droit des sociétés et groupes de sociétés*, Georg, 1972, p. 1 ss..

<sup>190</sup> TILQUIN e SIMONART, *Traité des sociétés*, Kluner, 2005, p. 173.

<sup>191</sup> Tribunale di Lione, 18 gennaio 2015, n. 40811.

disciplina volta a regolamentare l'applicabilità delle procedure concorsuali ad i gruppi di società, con la dichiarata finalità di prevenire e scongiurare le conseguenze, macroeconomiche o sociali, tipiche del loro fallimento o, più in generale, della loro crisi.

Si tratta, evidentemente, di un approccio diametralmente opposto rispetto a quello fin qui adottato dal nostro legislatore, il quale è più volte dovuto intervenire con urgenza limitandosi ad adottare soluzioni circoscritte al singolo settore interessato – se non addirittura al singolo caso – e prive di una qualsivoglia visione d'insieme; si spiega così la perdurante assenza di una procedura universalmente applicabile, sia che si tratti di un gruppo bancario, sia che si tratti di un gruppo fiduciario, e così via.

Proprio da questa osservazione e dalla sempre più evidente necessità di colmare tale lacuna normativa, nel 2015 – con qualche anno di ritardo rispetto a quanto avvenuto negli altri ordinamenti – è stata istituita, con decreto del Ministro della Giustizia, la Commissione Ministeriale Rordorf, incaricata di individuare le linee guida ed i punti focali di un progetto di riforma dell'intera disciplina fallimentare.

## CAPITOLO III – LA CRISI E L’INSOLVENZA DEI GRUPPI NEL DISEGNO DI LEGGE DELEGA DELLA COMMISSIONE RORDORF.

**SOMMARIO:** **1.** IL PROGETTO DI RIFORMA DELLE PROCEDURE CONCORSUALI AFFIDATO ALLA COMMISSIONE RORDORF. PRINCIPI GENERALI – **1.1.** *SEGUE.* LE PROCEDURE DI ALLERTA – **1.2.** *SEGUE.* ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE – **1.3.** *SEGUE.* LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE ED ESDEBITAZIONE – **2.** IL CONCORDATO PREVENTIVO E LA CRISI DEI GRUPPI DI SOCIETÀ NEL DISEGNO DI LEGGE RORDORF – **3.** IL DISEGNO DI LEGGE RORDORF NEI LAVORI PARLAMENTARI. LO STRALCIO DELL’ARTICOLO 15 – **3.1.** *SEGUE.* L’AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA DELLE GRANDI IMPRESE IN STATO DI INSOLVENZA. BREVI CENNI – **3.2.** *SEGUE.* L’AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA DEI GRUPPI DI SOCIETÀ NEL D.D.L. ABRIGNANI – **3.3.** *SEGUE.* L’AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA DEI GRUPPI DI SOCIETÀ NEL D.D.L. ABRIGNANI – **4.** L’ESIGENZA DI RIFORMA NELLA GIURISPRUDENZA: L’ESAME DELL’AMMISSIBILITÀ DEL CONCORDATO PREVENTIVO DI GRUPPO. LA GIURISPRUDENZA DI MERITO – **4.1.** *SEGUE.* LA POSIZIONE DELLA CORTE DI CASSAZIONE – **4.2.** *SEGUE.* LA GIURISPRUDENZA SUCCESSIVA ALL’INTERVENTO DELLA CORTE DI CASSAZIONE – **5.** CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

### **1. Il progetto di riforma delle procedure concorsuali affidato alla Commissione Rordorf. Principi generali.**

Come messo in luce nei capitoli precedenti, si percepisce l’esigenza di una sostanziale riforma dell’intera disciplina in materia di procedure concorsuali e di gruppi di società. La crisi economica che ha caratterizzato l’ultimo decennio, le norme introdotte a livello comunitario<sup>192</sup> e la perdurante assenza, nell’ordinamento interno, di una definizione di gruppo societario hanno infatti reso quanto mai manifesta l’inidoneità delle norme attualmente vigenti a far fronte alle necessità che emergono quotidianamente nello svolgimento dell’attività imprenditoriale.

Proprio tali considerazioni hanno spinto il legislatore ad effettuare un nuovo tentativo per riformare l’intera disciplina delle procedure concorsuali.

Il 28 gennaio 2015 è stata così istituita la Commissione Ministeriale Rordorf<sup>193</sup>, cui viene attribuito l’incarico di redigere un disegno di legge delega al Governo per la «*riforma organica delle procedure concorsuali*»<sup>194</sup> [...] e della

---

<sup>192</sup> Regolamento UE n. 848 del 2015.

<sup>193</sup> Con decreto 28 gennaio 2015, il Ministro della Giustizia Orlando, ex art. 1 istituisce «*presso l’ufficio legislativo del Ministero della Giustizia, una commissione per elaborare proposte di interventi di riforma, ricognizione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali*».

<sup>194</sup> Ad oggi disciplinate dal Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267.

*disciplina sulla composizione delle crisi da sovraindebitamento*<sup>195</sup> [...], per il riordino dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza<sup>196</sup> [...] e delle misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza<sup>197</sup> [...], nonché per la revisione del sistema dei privilegi e delle garanzie». <sup>198</sup>

Anche solo da una semplice lettura delle materie oggetto di delega al Governo, e, dunque, sottoposte all'attenzione della Commissione, emerge come la riforma di cui si avverte l'esigenza non consiste in una parziale modifica della disciplina vigente – come accaduto in passato soprattutto con la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi –, quanto piuttosto in una sistematica rivoluzione dell'intera materia concorsuale<sup>199</sup>.

Tuttavia, la necessità di un rapido intervento legislativo ha spinto il Governo ad intervenire, anche con riferimento ad alcune delle tematiche oggetto di analisi della Commissione, mediante l'emanazione del d.l. 83 del 2015<sup>200</sup>, che ha determinato l'impossibilità di consolidamento giurisprudenziale in materia. Ne consegue che continue criticità applicative esistenti sul punto non possano che sfociare in un pregiudizio arrecato al principio di certezza del diritto.

Altra faccia della stessa medaglia è, però, l'osservazione di come l'avvenuta emanazione di un provvedimento d'urgenza consenta alla Commissione Rordorf di farsi portatrice di un approccio «non più episodico ed emergenziale, bensì sistematico ed organico in modo da ricondurre a linearità un sistema divenuto nel tempo troppo farraginoso»<sup>201</sup>. Ciononostante, si sottolinea altresì che «l'imperativo della semplificazione e dell'armonizzazione

---

<sup>195</sup> Ad oggi contenuta nella l. 27 gennaio 2012 n. 3.

<sup>196</sup> Ad oggi disciplinata dal d.lgs. 8 luglio 1999 n. 270.

<sup>197</sup> Oggi previste dal d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla l. 18 febbraio 2004, n. 39.

<sup>198</sup> Art. 1, d.d.l. n. 3671-bis elaborato dalla Commissione Rordorf.

<sup>199</sup> Sul punto FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, in *il Fallimento*, fasc. 3, 2016, p. 262, evidenziando il perimetro molto ampio della delega e la declinazione in concreto delle varie disposizioni, si chiede «se l'obiettivo sia, veramente, una riforma organica a tutto tondo o se non si voglia un ennesimo restyling delle procedure in atto».

<sup>200</sup> Decreto legge 27 giugno 2015, n. 83, recante «misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria» convertito in l. n. 132 del 6 agosto 2015, con modificazioni, pubblicata poi sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 192 del 20 agosto 2015 - Suppl. ordinario n. 50

<sup>201</sup> RORDORF, *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, 29 dicembre 2015, p. 3.

*delle procedure non deve travolgere le esistenti peculiarità oggettive, da salvaguardare all'interno di percorsi secondari ad esse appositamente dedicati»<sup>202</sup>.*

Rilevanti in tal senso risultano essere i principi generali che, contenuti nell'art. 2, costituiscono il seguito del passaggio dalla natura inquisitoria delle procedure concorsuali ad un'impostazione incentrata sulla figura del soggetto insolvente, nell'ottica di una sua maggiore responsabilizzazione, e sulla necessità di garantire, ove possibile, la continuità dell'attività d'impresa.

Si spiega così, ad esempio, la volontà di *«eliminare l'ipotesi della dichiarazione di fallimento d'ufficio»*, di favorire una particolare celerità nell'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore riducendo inoltre la durata ed i costi delle procedure concorsuali, di incentivare la trattazione delle *«proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale»*, di responsabilizzare gli organi di gestione e di contenimento delle ipotesi di predeuzione *«al fine di evitare che il pagamento dei crediti prededucibili assorba in misura rilevante l'attivo delle procedure»<sup>203</sup>.*

Gli stessi principi alla base della proposta di legge elaborata dalla Commissione trovano inoltre fondamento nella Raccomandazione UE/2014/135<sup>204</sup> in forza della quale si vuole *«garantire alle imprese sane in difficoltà finanziaria, ovunque siano stabilite nell'Unione, l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase*

---

<sup>202</sup> Relazione Ministeriale al disegno di legge delega sviluppato dalla Commissione Rordorf. Sul punto si veda inoltre ABETE, *La "bozza Rordorf": l'impatto delle innovazioni prefigurate in ambito societario*, in *il Fallimento*, fasc. 10, 2016, p. 1132 ove si afferma che *«si ha, nitida, la sensazione che l'intento che determina, quest'ulteriore in fieri passaggio "riformatore" si sostanzia, per un verso, nell'aspirazione a "codificare", a tradurre in legge i risultati del percorso di elaborazione giurisprudenziale che ha avuto inizio sin dai momenti immediatamente successivi alla "riforma" del diritto societario, ossia al varo del D.Lgs. n. 6 del 17 gennaio 2003, per altro verso, nell'aspirazione ad espungere talune incongruenze cui la "riforma" societaria ha dato vita, per altro verso ancora, nell'aspirazione a stemperare il rigore di alcuni istituti codicistici, onde conformarli alle necessità della tempestiva emersione della "crisi d'impresa". Il tutto, ben vero, nel solco, della immutata concezione di "formalizzazione", "autonoma" e non "eteronoma" della "crisi" in quanto ancora non degenerata in "insolvenza". [...] La "bozza" [...] virtualmente decreta un vero e proprio "ritorno al passato": il risultato che si intravede non è di "stabilizzazione migliorativa", sibbene di vera e propria "restaurazione"».*

<sup>203</sup> Art. 2, d.d.l. n. 3671-bis elaborato dalla Commissione Rordorf.

<sup>204</sup> Raccomandazione della Commissione Europea del 12 marzo 2014 su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza.

*precoce in modo da evitare l'insolvenza, massimizzandone pertanto il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale», e sono stati successivamente confermati e fatti propri anche dagli Ermellini<sup>205</sup>.*

Deriva invece da una diversa sensibilità sociale, l'intenzione di sostituire il termine "fallimento" con espressioni equivalenti quali "insolvenza" o "liquidazione giudiziale" evitando così che dall'utilizzo di tale termine possa scaturire un danno reputazionale, in quanto è insita nella natura stessa dell'attività d'impresa la possibilità di incorrere in cicli economici di natura passiva<sup>206</sup>. Rileva secondariamente la necessità di *«armonizzare le procedure di*

---

<sup>205</sup> Cass. Civ., Sez. I, 15 maggio 2015, n. 9935 ai sensi della quale *«la domanda di concordato preventivo, sia esso ordinario o con riserva, presentata dal debitore non per regolare la crisi dell'impresa attraverso un accordo con i suoi creditori, ma con il palese scopo di differire la dichiarazione di fallimento, è inammissibile in quanto integra gli estremi di un abuso del processo, che ricorre quando, con violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede e dei principi di lealtà processuale e del giusto processo, si utilizzano strumenti processuali per perseguire finalità eccedenti o deviate rispetto a quelle per le quali l'ordinamento li ha predisposti».*

<sup>206</sup> Con riferimento ai profili di una necessaria riforma anche lessicale si veda RORDORF, *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, 29 dicembre 2015, p. 5 ss.

Si evidenzia infatti la necessità di definire *«in modo non equivoco alcune nozioni [...], a cominciare da quella di "crisi" (che non equivale all'insolvenza in atto, ma implica un pericolo di futura insolvenza) e di "insolvenza" (che è peraltro nozione già sufficientemente collaudata da molti decenni di esperienza giurisdizionale, [...]). La profonda e generalizzata crisi economica degli ultimi tempi giustifica il ricorso ad una nozione omnicomprensiva d'insolvenza, come evento che può presentarsi ad ogni livello di svolgimento dell'attività economica, sia essa in forma organizzata, professionale o personale: cambiano infatti le dimensioni del fenomeno e la natura degli strumenti per affrontarlo, ma l'essenza resta la stessa, in ogni sua manifestazione. Sempre sul piano definitorio, si propone di abbandonare la pur tradizionale espressione "fallimento" (e quelle da essa derivate), in conformità ad una tendenza già manifestatasi nei principali ordinamenti europei di civil law (tra cui quelli di Francia, Germania e Spagna), per evitare l'aura di negatività e di discredito, anche personale, che storicamente a quella parola si accompagna; negatività e discredito non necessariamente giustificati dal mero fatto che un'attività d'impresa, cui sempre inerisce un corrispondente rischio, abbia avuto un esito sfortunato. Anche un diverso approccio lessicale può meglio esprimere una nuova cultura del superamento dell'insolvenza, vista come evenienza fisiologica nel ciclo vitale di un'impresa, da prevenire ed eventualmente regolare al meglio, ma non da esorcizzare».*

Di contro si veda FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, in *il Fallimento*, fasc. 3, 2016, p. 262, il quale afferma che *«le enunciazioni giornalistiche e degli esponenti di Governo, nonché i "road show" annunciati, parlano di riforma epocale con tanto di abbandono del lemma "fallimento"; si può comprendere che queste esternazioni rivolte all'esterno vogliano essere "spese", ma se si volge lo sguardo nella "conventicola" degli addetti ai lavori, occorrerebbe ricordare che di fallimento già non si parlava più nel testo redatto nel 2004 dalla Commissione Trevisanato (v. art. 36). Così pure, le grandi novità annunciate, come le procedure (un termine che complica le cose visto che dà subito l'immagine di un procedimento burocratico e farraginoso) di allerta (cfr. l'allora art. 8 ss.), la disciplina della crisi dei gruppi di impresa (cfr. art. 189 ss.) e una maggiore attenzione e propensione per le forme di regolazione concordata della crisi si trovavano ben posizionate nell'elaborato del 2004. Questa considerazione non vuole esprimere né nostalgia né preferenza per quella proposta di legge, ma serve a dimostrare una certa timidezza di fondo nel nuovo testo. Una timidezza che, mutati i tempi dal 2004, ben potrebbe rivelarsi pernicioso. Ed ancora, poiché quella proposta di legge non ebbe fortuna e ad essa si sono susseguite in modo incalzante e senza nessuna pretesa di organicità, una decina di modifiche legislative, l'auspicio sincero è che, al netto delle criticità, una riforma organica delle regole sulla crisi d'impresa possa sopraggiungere presto piuttosto che proseguire con leggi-tampone che non risolvono le emergenze».*

*gestione della crisi e dell'insolvenza del datore di lavoro con le forme di tutela dell'occupazione e del reddito dei lavoratori».*

La proposta elaborata dalla Commissione Rordorf prevede inoltre, sempre a livello generale, la necessità di intervenire sulle disposizioni del codice civile nell'ottica della definizione di una disciplina organica di attuazione delle norme in essa contenute. In tal senso si richiede, ad esempio, la previsione dell'assoggettamento alla procedura di liquidazione giudiziale quale causa di scioglimento delle società di capitali ai sensi dell'art. 2484 c.c., nonché la possibilità di sospensione dell'operatività della causa di scioglimento, prevista dal medesimo e da altri articoli, *«in forza delle misure protettive previste nell'ambito delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, degli accordi di ristrutturazione dei debiti e di regolazione concordata preventiva della crisi»*<sup>207</sup>.

### **1.1. Segue. Le procedure di allerta.**

Sulla spinta della Raccomandazione 2014/135/UE, che si prefissa principalmente di *«consentire alle imprese sane in difficoltà finanziaria di ristrutturarsi in una fase precoce, per evitare l'insolvenza e proseguire l'attività»*, il disegno di legge delega prevede, all'art. 4, le cosiddette procedure di allerta, le quali si pongono in una fase preventiva rispetto alle procedure ordinarie e che perseguono l'obiettivo di anticipare l'accertamento della crisi e, contestualmente, agevolare lo svolgimento di trattative tra debitore e creditori.

---

<sup>207</sup> Art. 13, lett. c) e d), d.d.l. n. 3671-bis elaborato dalla Commissione Rordorf. Oltre a tali aspetti, l'art. 13 evidenzia la necessità di altri interventi sul codice civile: l'estensione dell'applicabilità dell'art. 2394 c.c., relativo alla responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali, anche alle S.r.l.; la definizione di criteri di quantificazione del danno risarcibile qualora l'azione di responsabilità sia fondata sulla violazione del dovere di cui all'art. 2486 c.c.; l'estensione dell'applicabilità della denuncia al tribunale di cui all'art. 2409 c.c. anche alle S.r.l. prive di organo di controllo; l'introduzione di un dovere dell'imprenditore e degli organi sociali *«di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale»* nonché *«di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità aziendale»*. Tali modifiche al codice civile richieste dall'art. 13 sono sinteticamente analizzate anche da ABETE, *La "bozza Rordorf": l'impatto delle innovazioni prefigurate in ambito societario*, in *il Fallimento*, fasc. 10, 2016, p. 1133.



È infatti noto che il risanamento della situazione d'insolvenza o crisi dell'impresa è direttamente proporzionale alla tempestività dell'intervento. Tuttavia, le imprese italiane – soprattutto quelle di piccole dimensioni – si sono dimostrate incapaci di dar autonomamente inizio a processi di risoluzione anticipata della crisi<sup>208</sup> tanto da far sorgere, nella pratica, l'esigenza di realizzare un sistema di *«servizi di sostegno alle imprese in tema di ristrutturazione precoce [...] per evitare i fallimenti e dare sostegno alle PMI per ristrutturarsi e rilanciarsi»*<sup>209</sup>.

Proprio al fine di anticipare il momento di accertamento della crisi, aumentando così la possibilità di porvi rimedio la Commissione Rordorf ha messo in luce l'esigenza della previsione di alcuni strumenti che integrino le procedure di allerta: si auspica infatti l'introduzione di un obbligo, gravante sugli organi di controllo societari, di *«avvisare immediatamente l'organo amministrativo della società dell'esigenza di fondati indizi della crisi»*, nonché quello in capo a certi creditori qualificati – ad esempio, l'Agenzia delle Entrate, gli agenti della riscossione delle imposte o gli enti previdenziali – di *«segnalare immediatamente agli organi di controllo della società [...] il perdurare di inadempimento di importo rilevante»*<sup>210</sup>.

Inoltre, come già anticipato, aspetto centrale dell'intera elaborazione della Commissione Rordorf è rappresentato dalla necessità di una maggiore responsabilizzazione dell'imprenditore. Tale elemento raggiunge, con riferimento alle procedure in esame, il suo apice in quanto il successo di tale strumento dipende innanzitutto dalla *«propensione degli imprenditori ad avvalersene tempestivamente»*<sup>211</sup>.

Si spiega così anche la scelta di un sistema di incentivi diretti a chi utilizza la procedura e ne *«favorisce l'esito positivo»* e, viceversa, di disincentivi per

---

<sup>208</sup> RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Le Società*, fasc. 6, 2016, p. 669 ss.

<sup>209</sup> Considerando n. 9, Raccomandazione 2014/135/UE.

<sup>210</sup> Art. 4, lett. b) e c), d.d.l. n. 3671-bis elaborato dalla Commissione Rordorf.

<sup>211</sup> RORDORF, *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, 29 dicembre 2015, p. 12.

«l'imprenditore che ingiustificatamente la ostacola o non vi ricorra, pur in presenza dei relativi presupposti»<sup>212</sup>.

Sempre nella prospettiva di una volontà del legislatore diretta ad una collaborazione dell'imprenditore, in una procedura che per sua natura risulta caratterizzata da un clima di profonda confidenzialità, tali strumenti sono stati collocati al di fuori dell'ambito giudiziale: si è infatti inteso evitare che questi potessero essere percepiti come la mera anticamera di un successivo fallimento. Di conseguenza, la gestione della suddetta procedura sarà di esclusiva competenza di «un'apposita sezione specializzata degli organismi di composizione della crisi»<sup>213</sup>.

## **1.2. Segue. Accordi di ristrutturazione.**

Altro tema su cui verte il disegno di legge delega elaborato dalla Commissione Rordorf è costituito dagli accordi di ristrutturazione. Questi, come noto, altro non sono che accordi stipulati fra l'imprenditore che versa in uno stato di crisi ed una maggioranza qualificata dei creditori, i quali, una volta pubblicati nel registro nelle imprese ed ottenuta l'omologazione del tribunale, consentono di porre gli atti compiuti in esecuzione degli stessi al riparo dall'azione revocatoria fallimentare qualora la crisi non sia superata e sia sopraggiunto il fallimento<sup>214</sup>.

In tale ambito la Commissione pone l'attenzione sulla necessità di estendere la procedura prevista dall'art. 182-*septies* della legge fallimentare, relativo agli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari ed alle convenzioni di moratoria, anche «*all'accordo di ristrutturazione non liquidatorio*

---

<sup>212</sup> Art. 4, lett. g), d.d.l. n. 3671-*bis* elaborato dalla Commissione Rordorf.

<sup>213</sup> Art. 4, lett. a), d.d.l. n. 3671-*bis* elaborato dalla Commissione Rordorf.

In particolare, gli organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento – disciplinati dall'art. 15 della legge n. 3 del 2012 – sono costituiti da enti pubblici e sono iscritti in apposito registro tenuto dal Ministero della giustizia. Il loro compito è quello di garantire assistenza al debitore al fine del superamento della crisi, nonché di risolvere tutte quelle difficoltà che si prospettano al debitore durante l'esecuzione di accordi con i creditori, al fine di consentirne il corretto adempimento. Alla legge ha dato attuazione il decreto ministeriale n. 202 del 2014 che ha in concreto istituito il suddetto registro e disciplinato i requisiti e le modalità per l'iscrizione, nonché determinato dei compensi e dei rimborsi per gli organismi

<sup>214</sup> CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, vol. 3, *Contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*, Utet Giuridica, 2012, p. 425.

*od alla convenzione di moratoria conclusi con creditori [...] rappresentanti almeno il 75% dei crediti di una o più categorie giuridicamente ed economicamente omogenee», a prescindere dalla loro qualità di banche o di intermediari finanziari<sup>215</sup>.*

In secondo luogo, si richiede l'eliminazione o, quanto meno, la riduzione del limite del 60% dei crediti previsto dalla generica disciplina attualmente vigente<sup>216</sup>, nell'ipotesi in cui *«il debitore non proponga la moratoria del pagamento dei crediti estranei [...], né richieda le misure protettive»*, la cui disciplina dovrà essere assimilata, nella misura in cui compatibile, a quella prevista per la procedura di concordato preventivo<sup>217</sup>.

Da ultimo, vengono rese manifeste determinate esigenze formali – per il piano si richiederà infatti la forma scritta, la data certa ed un contenuto analiticamente definito -, di estensione dell'applicabilità anche ai soci illimitatamente responsabili ed, infine, di rinnovazione delle attestazioni prescritte nell'eventualità di successive modifiche, non marginali, apportate all'accordo o al piano<sup>218</sup>.

### **1.3. Segue. Liquidazione giudiziale ed esdebitazione.**

In virtù delle nuove esigenze imprenditoriali e della mutata sensibilità sociale, grande attenzione è dedicata dalla Commissione Rordorf alla procedura di liquidazione giudiziale che diviene oggetto di una notevole attività di razionalizzazione e semplificazione e che *«dovrebbe prendere il posto dell'attuale procedura di fallimento»<sup>219</sup>.*

Così, ai sensi dell'art. 7 della citata proposta di disegno di legge, viene amplificata la centralità della figura del curatore mediante la previsione di nuove

---

<sup>215</sup> Art. 5, lett. a), d.d.l. n. 3671-bis elaborato dalla Commissione Rordorf.

<sup>216</sup> Sul punto si veda RORDORF, *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, 29 dicembre 2015, p. 14-15 in cui si evidenzia come la riforma muova dall'osservazione secondo cui tali accordi, a dieci anni dalla loro introduzione nell'ordinamento non sembrano ancora avere incontrato il favore diffuso degli operatori, rendendo necessaria una loro maggiore duttilità e fruibilità.

<sup>217</sup> Art. 5, lett. b) e c), d.d.l. n. 3671-bis elaborato dalla Commissione Rordorf.

<sup>218</sup> Art. 5, lett. d), e) e f), d.d.l. n. 3671-bis elaborato dalla Commissione Rordorf.

<sup>219</sup> RORDORF, *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, 29 dicembre 2015, p. 21.

ipotesi di incompatibilità tra gli incarichi, la definizione di poteri di accertamento e di accesso a pubbliche amministrazioni e banche dati al fine di assicurare l'effettività dell'apprensione dell'attivo, nonché l'attribuzione di poteri in tema di compimento di atti ed operazioni riguardanti l'organizzazione e la struttura finanziaria della società previsti nel programma di liquidazione il cui contenuto sarà maggiormente delineato *ex ante*.

Il curatore dovrebbe anche essere legittimato a promuovere o proseguire l'azione sociale di responsabilità e l'azione dei creditori sociali nei confronti degli amministratori delle società di capitali e delle società cooperative, ovvero nei confronti del socio amministratore di società di persone cui non sia stata personalmente estesa la procedura di liquidazione giudiziale.

L'articolo in esame mette inoltre in luce la necessità di un sistema di accertamento del passivo improntato a criteri di maggiore rapidità, snellezza e concentrazione<sup>220</sup>, la centralità dei principi di trasparenza ed efficienza delle operazioni di liquidazione dell'attivo<sup>221</sup>, nonché l'esigenza di una chiusura della procedura in maniera nettamente più veloce<sup>222</sup>.

Con riferimento alla procedura di liquidazione giudiziale la recente esperienza giudiziaria ha manifestato non poche difficoltà nel coordinamento della gestione delle procedure fallimentari con i procedimenti penali nel cui ambito siano intervenuti provvedimenti di sequestro o confisca di beni

---

<sup>220</sup> Sul punto l'art. 7, comma 8, d.d.l. n. 3671-*bis* elaborato dalla Commissione Rordorf sancisce l'esigenza di una serie di misure dirette a: agevolare la presentazione telematica delle domande tempestive dei creditori e dei terzi, restringendo l'ammissibilità delle domande tardive; introdurre preclusioni attenuate già nella fase monocratica; prevedere forme semplificate per le domande di minor valore o complessità; assicurare stabilità alle decisioni sui reati immobiliari; attrarre nella sede concorsuale l'accertamento di ogni credito opposto in compensazione; chiarire le modalità di verifica dei diritti vantati su beni del debitore che sia costituito terzo datore d'ipoteca; adeguare i criteri civilistici di computo degli interessi alle modalità di liquidazione dell'attivo.

<sup>221</sup> Ai sensi del comma 9 tali principi sono perseguiti: introducendo sistemi informativi e di vigilanza della gestione liquidatoria che siano caratterizzati da trasparenza, pubblicità ed obblighi di rendicontazione; garantendo la competitività delle operazioni di liquidazione nell'ambito del mercato unitario telematico nazionale.

<sup>222</sup> In tal senso il comma 10 introduce le misure dirette ad ottenere tale accelerazione. Si tratta: dell'affidamento al curatore della fase di riparto; dell'integrazione della disciplina relativa alla chiusura della procedura in pendenza di procedimenti giudiziari; della previsione per cui il curatore debba, nell'assemblea di chiusura della procedura, propendere per la continuità o per la cessazione dell'attività d'impresa; della incentivazione del ricorso alla figura del concordato liquidatorio giudiziale da parte di creditori, terzi o dello stesso debitore.

appartenenti ad imprenditori dichiarati falliti<sup>223</sup>. Alla luce di ciò si è perciò proposto<sup>224</sup> di distinguere le differenti situazioni che si possono determinare quando i provvedimenti di confisca o sequestro sono stati emessi in base alle disposizioni del c.d. codice antimafia<sup>225</sup> e quando sono invece frutto dell'applicazione della disciplina sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche per reati commessi da propri dirigenti o dipendenti<sup>226</sup>.

L'indagine operata dalla Commissione Rordorf si è spinta anche al momento successivo rispetto all'esito della procedura di liquidazione giudiziale, affrontando dunque anche la procedura di esdebitazione. In tal senso, il disegno di legge delega mette in luce, all'art. 8, in primo luogo l'esigenza di una previsione normativa volta a consentire al debitore di presentare domanda di esdebitazione immediatamente dopo la chiusura della procedura di liquidazione giudiziale o, comunque, entro tre anni dalla sua apertura.

Tuttavia, poiché l'ammissione al beneficio della liberazione dai debiti non è sempre opportuna, dovendosi evitare che ne risultino avvantaggiati gli imprenditori disonesti o che comunque se ne possa abusare, è stata esclusa la possibilità di avvalersi della procedura in esame nelle ipotesi di dolo o mala fede del debitore ovvero in quelle in cui egli non abbia collaborato con gli organi della procedura<sup>227</sup>.

---

<sup>223</sup> RORDORF, *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, 29 dicembre 2015, p. 28: «le difficoltà derivano essenzialmente dalla diversa logica sottesa all'apprensione dei medesimi beni: per le finalità pubblicistiche proprie del processo penale, da un lato, e per le finalità proprie della procedura concorsuale, tesa al soddisfacimento dei creditori, dall'altro».

<sup>224</sup> Art. 13 d.d.l. n. 3671-bis elaborato dalla Commissione Rordorf.

<sup>225</sup> D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

<sup>226</sup> D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

<sup>227</sup> RORDORF, *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, 29 dicembre 2015, p. 27. Sul punto si veda DE CESARI, *Riforma Rordorf e sollecitazioni europee: le parallele cominciano a convergere*, in *Il Fallimento*, p. 1151 in cui si afferma che « il disegno di legge delega dedica particolare attenzione al requisito della meritevolezza rispondendo in questo modo all'invito della Commissione europea, la quale, nella Sezione IV della sua Raccomandazione del 12 marzo 2014, ha osservato che l'ammissione alla riabilitazione non è opportuna in tutti i casi e, di conseguenza, ha richiesto che gli Stati mantengano o introducano disposizioni più rigorose, se necessario, al fine di negare la liberazione dai debiti per quegli imprenditori che abbiano agito in modo disonesto o in mala fede, prima o dopo l'apertura della procedura fallimentare.[...] Si può inoltre notare che le soluzioni previste rispondono anche al requisito, richiesto dalla Commissione, dell'interazione tra i diversi tipi di procedura di insolvenza con riguardo all'impatto sul funzionamento del mercato interno, sulle piccole e medie imprese e sulla competitività dell'economia dell'Unione».

In secondo luogo si richiede invece l'introduzione di «*particolari forme di esdebitazione di diritto riservate alle insolvenze minori*»<sup>228</sup> mentre, da ultimo, si invoca l'estensione della procedura anche nei confronti delle società di capitali o di persone, dovendosi in tal caso i requisiti di meritevolezza riferire, rispettivamente, ai soli amministratori o anche ai soci.

## **2. Il concordato preventivo e la crisi dei gruppi di società nel Disegno di Legge Rordorf.**

Tra i temi affrontati dalla Commissione Rordorf e confluiti nel disegno di legge delega, quelli che certamente si rilevano maggiormente significativi ai fini dell'indagine che si compie sono la disciplina dei gruppi di imprese e della procedura di concordato preventivo, rispettivamente affrontate agli articoli 3 e 6.

Con particolare riferimento alla procedura di concordato preventivo si ritiene opportuno «*circoscrivere tendenzialmente l'istituto alla sola ipotesi del c.d. concordato in continuità: quando cioè, vertendo l'impresa in situazione di crisi o anche di vera e propria insolvenza – ma reversibile – la proposta preveda il superamento di tale situazione mediante la prosecuzione (diretta o indiretta) dell'attività aziendale, sulla base di un adeguato piano che sia consono anche al soddisfacimento, per quanto possibile, dei creditori*»<sup>229</sup>. Ciononostante non si è del tutto esclusa la possibilità di un concordato preventivo liquidatorio, ammesso nell'ipotesi in cui sia caratterizzato da apporti di terzi che consentano di soddisfare le ragioni dei creditori in misura apprezzabilmente maggiore: proprio in tal senso, l'art. 6, comma 1, lett. a), manifesta l'esigenza di una inammissibilità di tutte quelle proposte che, in considerazione del loro contenuto sostanziale, abbiano natura essenzialmente liquidatoria<sup>230</sup>.

---

<sup>228</sup> Art. 8, lett. b), d.d.l. n. 3671-bis elaborato dalla Commissione Rordorf.

<sup>229</sup> RORDORF, *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, 29 dicembre 2015, p. 17.

<sup>230</sup> Sul punto si veda FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, in *il Fallimento*, fasc. 3, 2016, p. 265 il quale evidenzia come «non dovrebbe essere troppo fantasioso immaginare che alla scomparsa dei concordati liquidatori faranno seguito delle procedure di liquidazione, comunque burocratiche che poco o nulla aggiungeranno – ma in tempo che non potranno essere celeri – alle attese dei creditori. È una scelta, più che legittima, ma sarebbe bene averne consapevolezza. Ma il concordato preventivo, anche là dove ammissibile perché assistito da un piano di

Per quanto concerne invece lo svolgimento della procedura rileva anzitutto «la legittimazione del terzo a promuovere il procedimento nei confronti del debitore che versi in stato di insolvenza, nel rispetto del principio del contraddittorio e con adozione di adeguati strumenti di tutela del debitore, in caso di successivo inadempimento del terzo»<sup>231</sup>. Tale legittimazione del terzo dovrebbe dunque essere estesa alla proposizione della domanda di ammissione alla procedura di concordato e risulta funzionale nell'ottica di responsabilizzazione non solo dell'imprenditore, ma anche di un eventuale creditore, incentivato a formulare domande e proposte concordatarie appetibili.

La Commissione Rordorf sottolinea inoltre anzitutto l'esigenza di una revisione della disciplina delle misure protettive, con particolare riferimento alla loro durata ed agli effetti, introducendone la revocabilità qualora non si rivelino vantaggiose ai fini della procedura; secondariamente emerge la necessità di una definizione in maniera più dettagliata delle concrete modalità di accertamento della veridicità dei dati aziendali e di verifica della fattibilità del piano di risanamento.

Grande attenzione è però riservata alle figure dei creditori, con riferimento ai quali si richiede una suddivisione obbligatoria «in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei»<sup>232</sup> cui si deve accompagnare una «regolazione del diritto di voto dei creditori con diritto di prelazione il cui

---

*continuità, incontrerà un ulteriore ostacolo, anch'esso frutto della revisione ministeriale. Infatti si prevede che il giudice potrà verificare la realizzabilità economica del piano, con buona pace degli orientamenti giurisprudenziali e con lo svilimento del ruolo approvativo dei creditori».*

Nello stesso senso MACAGNO, *Il concordato preventivo riformato nel segno della continuità aziendale*, in *il Fallimento*, fasc. 10, 2016, p. 1078 e ss. afferma che «la ragione dell'insuccesso dell'istituto concordatario viene addebitata, assecondando la prevalente vulgata, alla natura liquidatoria dell'assoluta maggioranza dei piani concordatari. Posta la questione in tali termini, la logica soluzione prospettata è quella - in parte anticipata dal D.L. n. 83/2015 - della esclusività del modello di continuità aziendale. Per il vero, la Commissione Rordorf aveva segnalato la ragionevole alternativa della sopravvivenza dei concordati liquidatori "vantaggiosi", perché caratterizzati da un apporto di finanza esterna idoneo a soddisfare le ragioni dei creditori in misura apprezzabilmente maggiore rispetto all'alternativa fallimentare ma, come è noto, tale opzione è stata inopinatamente esclusa dal Disegno di legge delega approvato. Con agevole vaticinio, si può affermare che la limitazione del concordato preventivo all'unico sottotipo della continuità comporterà una forte riduzione del ricorso a tale istituto. Più complesso è prevedere quale sarà l'entità del ridimensionamento, che dipenderà da molteplici fattori, di cui il più pregnante va ravvisato nella nozione di continuità che verrà adottata. [...] Dopo le modifiche del 2015 - e a maggior ragione nella prospettiva riformatrice - è destinata ad assumere rinnovata importanza la controversa questione della disciplina dei cc.dd. "concordati misti", caratterizzati dalla compresenza di profili di continuità e liquidatori».

<sup>231</sup> Art. 6, comma 1, lett. b), d.d.l. n. 3671-bis elaborato dalla Commissione Rordorf.

<sup>232</sup> Art. 6, comma 1, lett. e), d.d.l. n. 3671-bis elaborato dalla Commissione Rordorf.

*pagamento sia dilazionato, e dei creditori soddisfatti con utilità diverse dal denaro»<sup>233</sup>. Allo stesso modo si mette in luce l'esigenza di un complessivo riordino e semplificazione della disciplina dell'esecuzione del piano, anche con riguardo agli effetti purgativi ed alla deroga alla solidarietà passiva di cui all'art. 2560 c.c., di quella della revoca, dell'annullamento e della risoluzione del concordato preventivo, nonché di quella delle varie tipologie di finanziamento alle imprese in crisi.*

Un esame più approfondito si richiede invece con riferimento all'ipotesi, di cui al secondo comma dell'art. 6, in cui la procedura riguardi una società, per la quale si percepisce l'esigenza di rimediare alla marginalità e superficialità con cui la legge fallimentare del 1942 ha delineato i confini della fattispecie invece più ricorrente nella pratica<sup>234</sup>. Ciò per quanto concerne non solo la disciplina dell'esercizio delle azioni di responsabilità nei confronti degli organi della società, ma anche – e soprattutto – il funzionamento degli organi sociali nel corso della procedura concordataria ed il regime delle eventuali operazioni straordinarie (fusione, scissione e trasformazione della società, nonché aumento del capitale sociale con esclusione o limitazione del diritto di opzione spettante ai soci) poste in essere durante la procedura.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, le disposizioni codicistiche attualmente vigenti non sembrano infatti coerenti né con le esigenze di una società in concordato che dovrà inserire tali operazioni nel piano da proporre all'approvazione dei creditori, né tantomeno con le regole su cui si fonda la procedura stessa<sup>235</sup>.

Come anticipato, altro tema non trascurabile affrontato dalla Commissione concerne la crisi e l'insolvenza dei gruppi di imprese, con riferimento ai quali si

---

<sup>233</sup> Art. 6, comma 1, lett. h), d.d.l. n. 3671-bis elaborato dalla Commissione Rordorf.

<sup>234</sup> In questi termini RORDORF, *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, 29 dicembre 2015, p. 20.

<sup>235</sup> RORDORF, *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, 29 dicembre 2015, p. 21 pone l'attenzione, ad esempio, sulla «disciplina codicistica dell'opposizione dei creditori alla fusione ed alla scissione di società, oggi non coordinata con le norme che regolano l'approvazione a maggioranza della proposta concordataria e l'eventuale opposizione all'omologazione del concordato, nonché sulla disciplina codicistica del recesso del socio, dal quale potrebbero derivare per la società oneri di rimborso non prevedibili al momento della formulazione della proposta di concordato».



avverte la necessità di una disciplina volta a regolare le possibilità e le modalità di una gestione unitaria delle procedure concorsuali, dando così vita ad un concordato preventivo di gruppo o ad una liquidazione giudiziale di gruppo.

In tal senso, però, in forza del primo comma dell'art. 3 del disegno di legge elaborato dalla Commissione si richiede al Governo di provvedere, in via preliminare, a colmare la già analizzata lacuna normativa in tema di gruppi di società: emerge infatti la necessità di una definizione codicistica e generale di gruppo di società, che mantenendosi elastica e priva di eccessiva rigidità sia modellata sulla medesima nozione di direzione e coordinamento introdotta agli artt. 2497 e ss. c.c. dalla riforma del diritto societario del 2003 e corredata dalla presunzione semplice di assoggettamento a direzione e coordinamento in presenza di un rapporto di controllo ai sensi dell'art. 2359 del codice civile. Tale definizione dovrebbe svolgere il ruolo di perno intorno alla quale costruire una dettagliata disciplina di obblighi gravanti sulle varie imprese facenti parte del gruppo quali, ad esempio, quelli dichiarativi ed informativi in merito ai legami di gruppo esistenti, ovvero quello di deposito di un bilancio consolidato di gruppo<sup>236</sup>.

---

<sup>236</sup> PANZANI, *La disciplina della crisi di gruppo tra proposte di riforma e modelli internazionali*, in *il Fallimento*, fasc. 10, 2016, p. 1160 sottolinea come l'intento del legislatore sembri essere quello di «applicare la disciplina di gruppo anche nei casi in cui il rapporto di controllo non sia esplicito o quando la direzione e coordinamento prescinda dal controllo apparente. Non si comprenderebbe altrimenti perché l'art. 3, comma 1, lett. b) e c), d.d.l. preveda da una parte che vengano prescritti specifici obblighi dichiarativi ed il deposito del bilancio consolidato di gruppo a scopo di informazione sui legami di gruppo esistenti, in vista dell'assoggettamento a procedure concorsuali delle società del gruppo, e dall'altra l'attribuzione all'organo di gestione della procedura della possibilità di richiedere a Consob od a qualsiasi altra pubblica autorità informazioni utili ad accertare l'esistenza di collegamenti di gruppo nonché di chiedere alle società fiduciarie le generalità dell'effettivo titolare delle azioni o quote ad esse intestate, sul modello di quanto previsto per l'amministrazione straordinaria dall'art. 83, D.Lgs. n. 270/1999. [...] Il legislatore non ha ritenuto quindi di dar rilevanza al legame di gruppo nei soli casi in cui il vincolo fosse palese e riconoscibile da parte dei creditori, diversamente da quanto previsto ai fini della competenza per le singole imprese [...]. La nozione di gruppo adottata coinciderebbe nella maggior parte dei casi con il rapporto di controllo ex art. 2359 c.c. restando da verificare se in concreto sia stata esercitata attività di direzione e coordinamento, soprattutto nei casi in cui il rapporto di gruppo non sia palese o, addirittura, sia stato occultato. A nostro avviso sarebbe stato più agevole far riferimento alla nozione di gruppo adottata dal Reg. 2015/848, che definisce come impresa madre quella che controlla direttamente o indirettamente una o più imprese figlie (art. 2, n. 14), aggiungendo la presunzione che è impresa madre l'impresa che redige un bilancio consolidato conformemente alla Dir. 2013/34/UE. La nozione dettata dall'art. 2359 c.c. non è certamente più ampia, mentre l'indagine sull'esistenza in concreto della direzione e coordinamento appesantisce il lavoro del giudice senza necessità posto che nella grande maggioranza le procedure unitarie si apriranno su istanza degli stessi amministratori della capogruppo. È possibile che si sia voluto ricorrere alla nozione dell'art. 2497 ss. c.c. per rendere uniformi i criteri che presidiano all'individuazione del gruppo ed alla disciplina

Con particolare riferimento alle procedure volte al superamento dello stato di crisi o di insolvenza, appare opportuna la previsione di una facoltà per le imprese facenti parte del gruppo sottoposte alla giurisdizione dello Stato italiano «di proporre con unico ricorso domanda di omologazione di un accordo unitario di ristrutturazione dei debiti, o di ammissione al concordato preventivo, o di liquidazione giudiziale, ferma restando in ogni caso l'autonomia delle rispettive masse attive e passive, con predeterminazione del criterio attributi della competenza, ai fini della gestione unitaria delle rispettive procedure concorsuali, ove le imprese abbiano la sede in circoscrizioni giudiziarie diverse»<sup>237</sup>; in secondo luogo, nell'opposta ipotesi in cui non vi sia la gestione unitaria di tali procedure, deve comunque prevedersi, ai fini del maggior coordinamento possibile, una serie di obblighi reciproci di informazione e di collaborazione fra gli organi di gestione delle diverse procedure<sup>238</sup>.

L'indagine condotta dalla Commissione Rordorf si sposta dunque sulla necessità di intervento in merito alla disciplina della gestione unitaria delle procedure di concordato preventivo di gruppo e di liquidazione giudiziale di gruppo, di cui, rispettivamente, al secondo ed al terzo comma dell'art. 3 della proposta di legge delega.

---

dell'azione di responsabilità. In tal caso si sarebbe guardato più all'armonia di sistema che alle concrete esigenze pratiche».

<sup>237</sup> Art. 3, comma 1, lett. d), d.d.l. n. 3671-bis elaborato dalla Commissione Rordorf. Sul punto si rimanda ai Paragrafi 4. e 4.1. del presente Capitolo, ove si esamineranno le soluzioni adottate in assenza di dettami normativi dalla giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, sulle medesime questioni.

Sul punto DE CESARI, *Riforma Rordorf e sollecitazioni europee: le parallele cominciano a convergere*, in *il Fallimento*, fasc. 10, 2016, p. 1150 evidenzia come «l'introduzione della possibilità della gestione unitaria, nel caso in cui le imprese siano tutte soggette alla giurisdizione italiana, da una parte, si presenta come una scelta innovativa, ma, dall'altra, avrebbe potuto essere più coraggiosa, soprattutto per quanto concerne l'aspetto relativo alla salvaguardia dell'autonomia delle rispettive masse attive e passive di ciascuna società (punto d dell'art. 3, comma 1). [...] si tratta di un limite, quest'ultimo, non facilmente superabile, che tuttavia avrebbe potuto essere ridimensionato almeno in parte con il richiamo delle teorie sui vantaggi compensativi». Nello stesso senso FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, in *il Fallimento*, fasc. 3, 2016, p. 268.

<sup>238</sup> Sul punto si veda PANZANI, *La disciplina della crisi di gruppo tra proposte di riforma e modelli internazionali*, in *il Fallimento*, fasc. 10, 2016, p. 1159 ove si evidenzia come venga «ribadita la necessità di salvaguardare l'autonomia patrimoniale delle singole società e con essa i diritti dei creditori sul patrimonio di ogni singola società del gruppo, evitando ogni confusione. È questo, come si è visto, uno dei principi sui quali ha insistito la Cassazione trovando peraltro corrispondenza nelle scelte fatte dal legislatore europeo con il Reg. 2015/848. La procedura per la trattazione delle plurime insolvenze delle varie imprese del gruppo è definita unitaria, ma tale unitarietà, si avverte subito, non può essere sempre salvaguardata quando la competenza non appartiene per tutte le società al medesimo ufficio giudiziario. Per tale ipotesi si ipotizzano obblighi di informazione reciproca a carico degli organi delle diverse procedure».

Nel primo caso si richiede che la disciplina preveda la nomina di un unico giudice delegato e di un unico commissario giudiziale, il deposito di un unico fondo per le spese di giustizia, la contemporanea e separata votazione dei creditori di ciascuna impresa, l'esclusione dal voto delle imprese del gruppo che siano titolari di crediti nei confronti delle altre componenti soggette alla procedura. In tal senso dovranno essere definiti anche gli effetti dell'eventuale annullamento o dell'eventuale risoluzione della proposta unitaria omologata, nonché i criteri per la formulazione del piano unitario di risoluzione della crisi del gruppo, eventualmente attraverso operazioni contrattuali e riorganizzative infragruppo funzionali alla continuità aziendale ed al miglior soddisfacimento dei creditori, fatta salva la tutela in sede concorsuale per i soci ed i creditori delle singole imprese, nonché di ogni altro controinteressato<sup>239</sup>.

Per quanto riguarda invece la gestione unitaria della procedura di liquidazione giudiziale di gruppo emerge la necessità di una disciplina che preveda, oltre alla nomina di un unico giudice delegato e di un unico curatore, ma di distinti comitati dei creditori per ciascuna impresa del gruppo, l'individuazione di un criterio di ripartizione proporzionale dei costi della procedura fra le singole imprese, nonché le modalità di attuazione di eventuali proposte di concordato liquidatorio giudiziale. Ruolo centrale sarà ovviamente rivestito dal curatore cui devono essere attribuiti nuovi e più incisivi poteri, i cui effetti ricadranno anche sulle imprese non insolventi del gruppo. Egli potrà dunque: azionare rimedi contro operazioni antecedenti l'accertamento dello stato di insolvenza e dirette a spostare risorse ad altra impresa del gruppo, in danno ai creditori; esercitare le azioni di responsabilità di cui all'art. 2497 c.c.; promuovere la denuncia di gravi irregolarità gestionali nei confronti degli organi di amministrazione delle società del gruppo non assoggettate alla procedura di liquidazione giudiziale; nel caso in cui ravvisi l'insolvenza di imprese del gruppo non ancora assoggettate alla procedura, segnalare siffatta circostanza agli organi

---

<sup>239</sup> Art. 3, comma 2, d.d.l. n. 3671-*bis* elaborato dalla Commissione Rordorf.

di amministrazione e di controllo ovvero promuovere direttamente ed autonomamente l'accertamento dello stato di insolvenza di tali imprese<sup>240</sup>.

### **3. Il Disegno di Legge Rordorf nei lavori parlamentari. Lo stralcio dell'articolo 15.**

Nel corso dell'esame fin qui condotto in merito al contenuto del disegno di legge delega elaborato dalla Commissione Rordorf si è sempre fatto espresso riferimento alla proposta di legge n. 3671-*bis*, ossia a quella più recente.

L'originario progetto di riforma – disegno di legge delega n. 3671 –, presentato alla Camera dei Deputati l'11 marzo 2016, è stato sottoposto al vaglio dei deputati a partire dal 20 aprile dello stesso anno e, già in prima udienza, ne è stato attuato lo stralcio del dispositivo dell'articolo 15.

Nel corso della seduta della Commissione II del 12 maggio 2016, è stata infatti evidenziata l'opportunità *«di procedere allo stralcio dell'articolo 15 inerente all'amministrazione straordinaria delle imprese in crisi, al fine di abbinare il disegno di legge costituito da questo nuovo articolo alla proposta di legge C. 865 Abrignani, vertente anch'essa sulla materia dell'amministrazione straordinaria delle imprese in crisi, assegnato alle Commissioni riunite II e X»* sottolineando come tali Commissioni abbiano *«sospeso l'esame della proposta di legge C. 865 in attesa della presentazione del preannunciato disegno di legge del Governo sulla riforma del diritto fallimentare, che avrebbe contenuto anche una parte relativa alla riforma della disciplina dell'amministrazione straordinaria»*. A fronte di opinioni contrarie<sup>241</sup>, è stato osservato come *«l'eventuale stralcio dell'articolo 15 del disegno di legge in titolo concorrerebbe a scongiurare il*

---

<sup>240</sup> Art. 3, comma 3, d.d.l. n. 3671-*bis* elaborato dalla Commissione Rordorf.

<sup>241</sup> Il Deputato Alfonso Bonafede ha manifestato perplessità in merito allo stralcio dell'articolo 15 richiamando l'attenzione della commissione sul rischio che l'esame congiunto con la X Commissione potesse procedere non speditamente, evidenziando, infatti, il timore che la Commissione Giustizia si stesse accingendo ad approvare una riforma fallimentare *«monca»*, ovvero priva delle disposizioni concernenti l'amministrazione straordinaria delle imprese in crisi. Nello stesso senso anche il Deputato Davide Crippa.

*rischio di creare precedenti, che possano modificare, per il futuro, i criteri attualmente utilizzati per l'assegnazione dei provvedimenti»<sup>242</sup>.*

Si è così proceduto all'esame di due differenti disegni di legge: da una parte la proposta n. 3671-*ter*, contenente il solo articolo 15 del testo originario, abbinata alla proposta di legge n. 865 del 30 aprile 2013, c.d. Abrignani<sup>243</sup>, dall'altra la proposta n. 3671-*bis*, contenente l'esatta riproduzione dei dettami della Commissione Rordorf ad eccezione dell'articolo 15 ed il cui esame da parte della Commissione II ha inizio il successivo 24 maggio 2016 e termina in data 26 gennaio 2017.

In data 1 febbraio 2017 l'Assemblea della Camera dei Deputati approva, con 276 voti a favore, il testo redatto a seguito dello stralcio ed emendato in Commissione, trasmettendolo il successivo 3 febbraio al Senato, ove è tuttora in corso l'esame in Commissione<sup>244</sup>.

### **3.1. *Segue.* L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza. Brevi cenni.**

Come anticipato, l'articolo 15 dell'originario testo del disegno di legge delega elaborato dalla Commissione Rordorf – confluito nella proposta di legge n. 3671-*ter* a seguito della deliberazione dell'Assemblea della camera dei Deputati del 18 maggio 2016 – verte sull'istituto dell'amministrazione straordinaria, di cui, al pari degli altri istituti tipici del diritto fallimentare, si avverte la necessità di riforma.

Anche a tal riguardo sussistono, come evidente, le medesime esigenze di coerenza sistematica e di regolazione unitaria che caratterizzano l'intera materia; tuttavia, con specifico riferimento all'amministrazione straordinaria si rileva come appaia ormai parzialmente superata *«una delle principali ragioni che sono*

---

<sup>242</sup> Camera dei Deputati, XVII Legislatura, *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni Parlamentari Giustizia (II)*, Comunicato, 12 maggio 2016, p. 103.

<sup>243</sup> Proposta di Legge n. 865 recante la *«Disciplina delle procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese e dei complessi di imprese in crisi»* presentata il 30 aprile 2013 d'iniziativa dei Deputati Abrignani, Bergamini, Bernardo, Giammarco, Latronico, Tancredi.

<sup>244</sup> Disegno di Legge, Atto Senato n. 2681 – XVII Legislatura.

*storicamente all'origine dell'istituto dell'amministrazione straordinaria: ossia la convinzione che le tradizionali procedure concorsuali fossero improntate a logiche di tipo prettamente punitivo, e comunque essenzialmente liquidatorie, per ciò stesso non collimanti con la visione prospettica del risanamento delle grandi imprese in crisi, cui già la c.d. legge Prodi<sup>245</sup> era soprattutto ispirata»<sup>246</sup>. Ad oggi, infatti, anche le procedure ordinarie sono prevalentemente finalizzate, per quanto possibile, alla salvaguardia della continuità aziendale, relegando la liquidazione dell'impresa ad ipotesi meramente residuale e marginale.*

La disposizione metteva dunque in luce l'esigenza dell'introduzione di *«un'unica procedura di amministrazione straordinaria, con finalità conservative del patrimonio produttivo, diretta alla regolazione dell'insolvenza di singole imprese ovvero [...] di gruppi di imprese che, in ragione della loro notevole dimensione, assumano un rilievo economico-sociale di carattere generale»<sup>247</sup> ed i cui presupposti vengano riscontrati nell'esistenza congiunta dello stato di insolvenza, di un rilevante profilo dimensionale<sup>248</sup>, di un notevole numero di dipendenti<sup>249</sup> e di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali. Proprio l'attenzione alle particolari esigenze economico-sociali, in un contesto come quello descritto in cui tutte le procedure concorsuali risultano orientate alla continuità dell'attività d'impresa, consente di rendere manifesto il carattere di straordinarietà di tale istituto, anche se nel corso dei lavori della Commissione Rordorf non ha trovato ampia condivisione la volontà di relegarne l'applicabilità *«ad imprese definibili come “strategiche”, cioè tali da influire sugli assetti economici ed occupazionali di intere aree, in base ad una valutazione rimessa all'autorità amministrativa competente»<sup>250</sup>,**

---

<sup>245</sup> D.l. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito nella legge 3 aprile 1979, n. 95.

<sup>246</sup> RORDORF, *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, 29 dicembre 2015, p. 36.

<sup>247</sup> Art. 15, lett. a), del d.d.l. n. 3671-ter.

<sup>248</sup> Che, ai sensi dell'art. 15, lett. b), n. 2, del d.d.l. n. 3671-ter, è ancorato *«alla media del volume di affari degli ultimi tre esercizi»*.

<sup>249</sup> Che l'art. 15, lett. b), n. 3, del d.d.l. n. 3671-ter identifica in *«almeno 400 unità per singola impresa ed in almeno 800 unità, da calcolare cumulativamente, in caso di contestuale richiesta di ammissione alla procedura di più imprese appartenenti al medesimo gruppo di imprese»*.

<sup>250</sup> RORDORF, *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, 29 dicembre 2015, p. 37.

tanto che si è deciso di optare per requisiti unicamente dimensioni quali quelli elencati.

Inoltre, data la rilevanza degli interessi tutelati tramite tale procedura, la Commissione Rordorf sottolineava la necessità di una nomina del commissario straordinario – ovvero, in caso di particolare complessità della procedura, i tre commissari straordinari – che avvenga tempestivamente da parte del Ministro dello sviluppo economico e che soddisfi determinati requisiti di indipendenza, professionalità e onorabilità.

Le novità introdotte all'articolo 15 del disegno di legge delega elaborato dalla Commissione Rordorf devono però essere obbligatoriamente esaminate congiuntamente a quelle dettate dal c.d. disegno di legge Abrignani, parallelamente all'esame congiunto effettuato dalla Camera dei Deputati.

Rilevante, in tal senso, è l'osservazione di come la paura paventata al momento della richiesta di stralcio dell'articolo 15 al fine di una trattazione congiunta con la proposta presentata dal deputato Abrignani fosse fondata: difatti, a fronte di una identità di scopo insito nella procedura in esame, profondamente diversi ne sono i presupposti per la sua applicazione. Tale secondo disegno di legge riserva infatti la possibilità di essere ammesse all'amministrazione straordinaria alle imprese che, singolarmente o come gruppo di imprese costituite da almeno un anno, abbiano in primo luogo *«un numero di lavoratori subordinati, compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione guadagni, non inferiore a duecento da almeno un anno»* e, secondariamente, *«debiti, inclusi quelli derivanti da garanzie rilasciate, per un ammontare complessivo non inferiore a 100 milioni di euro»*<sup>251</sup>.

### **3.2. Segue. L'amministrazione straordinaria dei gruppi di società nel d.d.l. Abrignani.**

---

<sup>251</sup> Art. 2, Proposta di Legge n. 865 presentata il 30 aprile 2013.

Il d.d.l. Abrignani risulta significativo ai fini dell'indagine che si opera in quanto prevede, al Capo XI, una particolare disciplina dell'amministrazione straordinaria riservata alle imprese partecipanti ad un gruppo.

In tal senso, nella perdurante assenza di una definizione univoca di gruppo di società, la proposta di legge in esame mira a circoscrivere l'ambito di applicabilità della disciplina particolare delineando, anche mediante l'espresso richiamo alla nozione di controllo di cui all'art. 2359 c.c., le figure societarie che compongono un gruppo. Così, interpretando il concetto di «*procedura madre*» quale procedura di amministrazione straordinaria di un'impresa facente parte di un gruppo, per «*imprese del gruppo*» devono intendersi: le imprese che controllano direttamente o indirettamente la società sottoposta alla procedura madre; le società direttamente o indirettamente controllate dall'impresa sottoposta alla procedura madre o dall'impresa che la controlla; le imprese che, per la composizione degli organi amministrativi o sulla base di altri concordanti elementi, risultano soggette a una direzione comunque a quella dell'impresa sottoposta alla procedura madre; le società partecipate che intrattengono, in via sostanzialmente esclusiva, rapporti contrattuali con l'impresa sottoposta alla procedura madre, o con l'impresa che la controlla, per la fornitura di servizi necessari allo svolgimento dell'attività<sup>252</sup>.

Tali società, a partire dalla data del decreto che dichiara aperta la procedura madre e fino a quando la stessa è in corso, se in stato di insolvenza, hanno la possibilità di essere ammesse all'amministrazione straordinaria indipendentemente dal rispetto dei requisiti dimensionali richiesti dal d.d.l. ed analizzati nel paragrafo precedente, purché rispettino quelli previsti per l'applicabilità delle disposizioni sul fallimento e a condizione che le stesse presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali ovvero che risulti opportuna la gestione unitaria

---

<sup>252</sup> Art. 48, Proposta di Legge n. 865 presentata il 30 aprile 2013. Tale norma definisce il concetto di «*imprese del gruppo*» in modo analogo a quanto previsto dalla *Prodi-bis*: l'unico elemento di novità è che vengono qualificate come imprese del gruppo anche le società partecipate che intrattengono in via sostanzialmente esclusiva rapporti contrattuali con l'impresa sottoposta alla procedura madre, o con l'impresa che la controlla, per la fornitura di servizi necessari allo svolgimento dell'attività.



dell'insolvenza nell'ambito del gruppo, in quanto idonea ad agevolare il raggiungimento degli obiettivi della procedura<sup>253</sup>.

L'articolo 50 pone inoltre in evidenza il ruolo del commissario straordinario della procedura madre: egli dovrà infatti proporre istanza affinché il Ministero dello sviluppo economico disponga con decreto l'ammissione alla procedura delle imprese partecipanti al gruppo, nonché presentare ricorso affinché venga effettuato l'accertamento dello stato di insolvenza delle singole società.

Inoltre, se l'ammissione della società partecipante al gruppo deriva dalla presenza di concrete prospettive di recupero, il commissario straordinario predispone alternativamente un programma di cessione dei complessi aziendali, un programma di ristrutturazione ovvero un programma di cessione dei complessi di beni e di contratti; se l'ammissione deriva invece dalla mera convenienza della gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del gruppo, egli è chiamato a proporre un analogo programma che dovrà però essere autorizzato con decreto dal Ministro dello sviluppo economico<sup>254</sup>.

Ai sensi dell'art. 52, se il decreto con cui viene dichiarata *«aperta la procedura madre è emesso dopo la sentenza di fallimento di un'impresa del gruppo, il tribunale che ha dichiarato il fallimento ne dispone la conversione in amministrazione straordinaria»*; anche in tale circostanza il tribunale provvede su ricorso del commissario straordinario della procedura madre. Parimenti, *«la conversione in fallimento e la chiusura della procedura madre [...] determinano la conversione in fallimento della procedura di amministrazione straordinaria delle imprese del gruppo ammesse alla procedura straordinaria in quanto risulta opportuna la gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del gruppo»*<sup>255</sup>.

Infine, significativa è la previsione di cui all'art. 58, in forza del quale gli amministratori che, nei casi di direzione unitaria delle società che costituiscono il gruppo, abbiano abusato di tale direzione rispondono in solido con gli

---

<sup>253</sup> Art. 49, Proposta di Legge n. 865 presentata il 30 aprile 2013.

<sup>254</sup> Art. 54, Proposta di Legge n. 865 presentata il 30 aprile 2013.

<sup>255</sup> Art. 55, Proposta di Legge n. 865 presentata il 30 aprile 2013.

amministratori dell'impresa dichiarata insolvente dei danni da questa cagionati alla società stessa in conseguenza delle direttive impartite.

#### **4. L'esigenza di riforma nella giurisprudenza: l'esame dell'ammissibilità del concordato preventivo di gruppo. La giurisprudenza di merito precedente alla pronuncia della Corte di Cassazione.**

Come si è più volte evidenziato, le diverse proposte di intervento legislativo muovono dalla percezione di una sempre maggiore esigenza di una disciplina normativa in materia di applicazione delle procedure concorsuali alle ipotesi in cui lo stato di crisi o di insolvenza riguardi non una singola impresa, quanto piuttosto un gruppo di società.

Appare dunque ovvio che tale medesima esigenza, nata dall'analisi di un fenomeno più che comune nella pratica, sia stata avvertita anche da una giurisprudenza sempre più frequentemente chiamata ad interrogarsi in merito all'ammissibilità della gestione unitaria delle procedure relative a singole imprese facenti parte dello stesso gruppo.

Particolare attenzione, in tal senso, deve essere riservata al c.d. concordato preventivo di gruppo che, affrontato dal disegno di legge delega elaborato dalla Commissione Rordorf, rappresenta tuttora il caso più manifesto di lacuna normativa nonostante non manchino nella legislazione speciale norme e procedure relative ai gruppi insolventi o in crisi<sup>256</sup>: anche in tale contesto il

---

<sup>256</sup> A seguito della riforma del diritto fallimentare operata dal d.lgs. n. 5 del 2006, vi sono alcune disposizioni di *lex communis* che si riferiscono indirettamente ai gruppi di società, mendiate il richiamo alle nozioni di società controllanti, di società controllante ovvero di società sottoposte ad un comune controllo. In tal senso rileva anzitutto il primo comma dell'art. 124 l. fall. stabilisce che la proposta di concordato «non può essere presentata dal fallito, da società cui egli partecipi o da società sottoposte a comune controllo se non dopo il decorso di un anno dalla dichiarazione di fallimento e purché non siano decorsi due anni dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo». Secondariamente l'art. 127, comma 6, l. fall. esclude dal voto e dal computo delle maggioranze chi, coniuge, parente od affine del debitore, sia divenuto cessionario o aggiudicatario dei «crediti delle società controllanti o controllate o sottoposte a comune controllo». Ancora, seppur in maniera più indiretta ed in via interpretativa – estendendo il significato del termine «partecipate» anche al fenomeno dei gruppi –, l'art. 160, comma 1, lett. b), l. fall. prevede che possano «costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato».

legislatore si è però limitato alla previsione della mera estensione della procedura aperta nei confronti della capogruppo anche nei confronti delle altre società che compongono il medesimo gruppo bancario ovvero il medesimo gruppo di società fiduciarie. Per quanto riguarda la *lex communis* sembra invece che l'intenzione del legislatore sia quella di evitare da una parte l'indiscriminata estensione degli effetti dell'insolvenza al fine di scongiurare il rischio di attrazione nella procedura anche di imprese *in bonis*, sacrificando così gli interessi dei creditori, dall'altra la determinazione *ex ante* della distribuzione del rischio di impresa e della conseguente responsabilità.

In giurisprudenza è quindi apparso necessario preliminarmente effettuare un difficile bilanciamento tra tali interessi e la tutela dell'autonomia negoziale sancita dall'art. 1322 c.c., e, in un secondo momento, interrogarsi in merito alla sua applicabilità all'ipotesi di concordato preventivo di gruppo, la cui natura privatistica e negoziale è pacificamente accettata<sup>257</sup>.

Non può sorprendere dunque se, in assenza di una disciplina normativa *ad hoc*, l'indagine compiuta dalla giurisprudenza, sia di merito che di legittimità – anche se in questo secondo caso si rinviene un unico, fondamentale, intervento –, si sia soffermata, parallelamente a quella compiuta dalla dottrina, sull'ammissibilità e, di conseguenza, sulla liceità del fenomeno del concordato unitario, muovendo dall'esame della stessa nozione di gruppo e della relativa

---

<sup>257</sup> In tal senso si può affermare che la natura privatistica del concordato preventivo dovrebbe poter consentire la possibilità, in forza dell'autonomia contrattuale, di far partecipare allo stesso il gruppo insolvente integralmente inteso: appare questo il punto di partenza per tentare di superare il principio, riassumibile nella formula *one company, one insolvency, one proceeding*, che si fonda nell'idea per cui, in caso di insolvenza, debba continuare a sussistere una distinta personalità giuridica delle entità societarie che compongono il gruppo. Così VATTERMOLI, *Concorso e autonomia privata nel concordato preventivo di gruppo*, in *Dir. Banca e mercati finanziari*, 2012, I, p.378 ss., il quale afferma altresì che, accertata la natura negoziale della domanda e del concordato, debba conseguentemente ritenersi ammissibile anche la proposta di un piano concordatario unitario per il gruppo purché questo sia funzionale all'interesse di tutti i creditori. Parimenti, già in precedenza, SANTONI, *Contenuto del piano di concordato e modalità di soddisfacimento dei creditori*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2006, I, p. 521 aveva sottolineato come, ai fini dell'ammissibilità del concordato di gruppo, occorresse la preliminare verifica dell'effettiva sussistenza del legame di controllo tra le società del gruppo, nonché della maggior efficienza derivante dalla gestione unitaria della loro insolvenza.

Sul punto si veda, in giurisprudenza, Tribunale di Ravenna, 22 maggio 2014, in *il Fallimento*, 2015, p. 203, ove si evidenzia come, nel caso in cui un gruppo di imprese legate da vincoli di solidarietà passiva propongano con ricorso l'attuazione di piani concordati che siano condizionati reciprocamente, la valutazione dei requisiti di ammissibilità del piano dovrà essere effettuata in maniera atomistica. Tale impostazione viene avallata anche da VITIELLO, *Il concordato preventivo di gruppo*, in *Il Fallimentarista*, 2012, p. 47.

autonomia giuridica di ogni singola società che lo compone<sup>258</sup>, fermo restando, in ogni caso, il dogma della non confondibilità delle masse attive e passive delle singole società<sup>259</sup>.

Proprio su questo punto verte l'esame condotto dalla Corte d'Appello di Roma che, nel 2013 evidenzia come «*nel nostro ordinamento manca una compiuta configurazione legale del gruppo, e tale mancata tipizzazione (presente solo per le cooperative all'art 2545-septies c.c.) risponde ad una precisa scelta del legislatore della riforma del diritto societario che ha ritenuto inopportuno chiudere in una configurazione positiva una realtà economica in continua evoluzione; [...] in tale contesto normativo, se non può negarsi in astratto l'ammissibilità di un concordato di gruppo ossia proposto con unico ricorso dalle società ad esso appartenenti, tuttavia, non costituendo il gruppo di imprese un soggetto giuridico, resta indispensabile riferire il sistema della responsabilità patrimoniale alle singole società del gruppo con necessaria separazione delle masse attive e passive di ciascuna società e con votazioni separate. Stante dunque l'impossibilità di riferire la responsabilità patrimoniale al gruppo, non dotato di soggettività, è necessario tenere distinte le masse attive e passive*»<sup>260</sup>.

---

<sup>258</sup> In dottrina risulta minoritario l'orientamento che considera il gruppo di società come un *unicum* inscindibile e che ritiene sufficiente l'instaurazione di un unico ricorso, proposto in maniera integrale e completa o con domanda cosiddetta "in bianco", ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall., previa concessione del termine da parte del tribunale nella sua composizione collegiale per il deposito della proposta e della documentazione. In tal caso la procedura si svilupperebbe con un unico decreto di ammissione, una sola adunanza dei creditori e la trattazione di masse attive e passive in forza di un unico decreto di omologazione. Sul punto si veda RACUGNO, *Concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da BUONUMORE-BASSI, Giuffrè, 2010, p. 503, il quale prende in considerazione tale possibilità in forza di una interpretazione dell'art. 160, comma 1, lett. b), l. fall. nella parte in cui prevede che «*l'attribuzione delle attività alle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assessore*» e più generale della lett. a) del medesimo articolo nel quale si menziona la possibilità di altre operazioni straordinarie.

Più condivisa, anche in giurisprudenza, appare invece la tesi opposta; si veda, ad esempio, Consiglio di Stato, Sez. III, 11 aprile 2000, n. 588 in *Foro Italiano*, 2002, vol. III, p. 427 ove si afferma che «*il collegamento economico - funzionale tra imprese gestite da società di un medesimo gruppo non comporta il venir meno dell'autonomia delle società dotate di personalità giuridica distinta; ne consegue che non è consentito alla società di gestione del sistema informativo del ministero delle finanze e dell'anagrafe tributaria l'affidamento diretto di servizi in subappalto ad aziende del suo stesso gruppo societario, senza che siano esperite gare aperte all'esterno*».

<sup>259</sup> Ciononostante, un concreto contemperamento degli interessi dei creditori delle diverse società può esprimersi attraverso una trattazione sostanzialmente unitaria delle procedure ed una distribuzione temporale degli incombenti delle procedure in modo che la sorte di un concordato possa ragionevolmente dipendere dall'esito del procedimento collegato. In tal senso, FABIANI, *Il gruppo di imprese nella sentenza di omologazione del concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, Utet, 1998, p. 293.

<sup>260</sup> Corte di Appello di Roma, Sez. I, 5 marzo 2013 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), nell'occasione chiamato a decidere in merito all'impugnazione, promossa da alcune società appartenenti ad un gruppo, della dichiarazione di

In altre parole, è proprio il principio di autonomia patrimoniale giuridica e, dunque, la riferibilità della responsabilità patrimoniale alla singola società e non al gruppo, a costituire un ostacolo giuridico all'ammissibilità di proposte di concordato unitario che, di fatto, realizzano il superamento del principio di separazione delle masse attive e passive.

Alla luce di tali considerazioni la Corte d'Appello di Roma non ha ritenuto ammissibile il concordato di gruppo proposto con unico ricorso che prevedesse da una parte la cessione parziale ai creditori dei beni e delle attività possedute da alcune società del gruppo e, dall'altra, destinasse al soddisfacimento dei creditori delle altre società partecipanti il ricavato della liquidazione nella parte che residuava dopo l'integrale pagamento dei creditori privilegiati e chirografari. Tale piano, si ritiene avrebbe dato vita ad un'evidente violazione dell'art. 2740 c.c. in forza del quale il debitore risponde con tutto il suo patrimonio delle obbligazioni assunte verso ciascun creditore: *«i creditori delle due società patrimonializzate sarebbero infatti privati, in violazione dell'art. 2740 c.c., della possibilità di soddisfare i propri crediti sull'intero patrimonio sociale, essendo parte del ricavato della vendita di esso destinato ai creditori di altra società, e ciò in forza dell'approvazione del concordato con la regola della maggioranza con la conseguente obbligatorietà del concordato per tutti i creditori anteriori alla procedura ex art. 184 l. fall.»*<sup>261</sup>.

Una prima deroga a tale principio la si può riscontrare laddove il legislatore menziona, all'art. 160, lett. a), l. fall., le “operazioni straordinarie” miranti ad una diversa organizzazione dell'impresa di gruppo mediante fusioni

---

fallimento disposta in primo grado a seguito della valutazione di inammissibilità della proposta di concordato preventivo di gruppo avente ad oggetto una cessione parziale dei beni ai creditori realizzata tramite un unico piano liquidatorio. La Corte rigetta i reclami e fondando la propria decisione sull'osservazione della lesione alla *par condicio creditorum* che verrebbe a crearsi in virtù del piano proposto, il quale, in concreto, favorisce i creditori di alcune società del gruppo a danno di quelli delle altre.

Nello stesso senso Tribunale di Roma, decreto del 25 luglio 2012, in GALLETTI, in *il Fallimentarista*, 21 settembre 2012, nonché Tribunale di Asti, decreto del 24 settembre 2012 ove si afferma che *«il Tribunale si riserva in prosieguo di valutare l'ammissibilità del concordato preventivo di gruppo (ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti di gruppo), osservando fin da ora che nulla osta a che ciascuna società faccia riferimento ad un piano unitario ed a una proposta unitaria che sia rivolta a tutti i creditori delle tre società, salva poi la separazione di ciascuna massa e l'approvazione separata da parte dei creditori di ciascuna società»*.

<sup>261</sup> Nello stesso senso Tribunale di Roma, 29 luglio 2010 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

con altre società dotate di mezzi finanziari ovvero mediante cessioni finalizzate al trasferimento del patrimonio in vista della realizzazione delle finalità concordatarie. In tal senso il Tribunale di Ferrara ha dichiarato aperta la procedura di concordato preventivo a seguito di un'unica proposta *«che, fondandosi sulla fusione societaria e quindi sull'esistenza di un unico soggetto giuridico nella fase di esecuzione del concordato, prevedesse la cessione dei beni ai creditori, con la peculiarità della gestione proattiva della società incorporante la quale avrebbe avuto il compito di valorizzare ed alienare i cespiti immobiliari e i rami aziendali edilizi, quest'ultimi attualmente in capo»* alla società incorporata<sup>262</sup>. Nello stesso senso i Tribunali di Ancona<sup>263</sup> e di Benevento<sup>264</sup> estremizzano tale diversa impostazione e, facendo leva sulla disciplina dettata in tema di amministrazione straordinaria, ammettono *«più imprese societarie collegate ad un'unica procedura concordataria, introdotta da un unico ricorso, con previsione di un'unica massa attiva da ripartire tra i creditori di tutte le società in funzione di un progetto parzialmente conservativo di una realtà imprenditoriale sostanzialmente unica»*.

Ulteriore deroga, questa volta legale, al principio di separazione delle masse attive e passive è rappresentata dalla previsione di una parziale cessione dei beni nell'ambito di un concordato in continuità, in virtù dell'evidente volontà del legislatore di favorire il risanamento dell'impresa<sup>265</sup>.

---

<sup>262</sup> Così il Tribunale di Ferrara, 8 aprile 2014 in [www.iusexplorer.it/dejure](http://www.iusexplorer.it/dejure), nell'occasione chiamato ad interrogarsi in merito all'ammissibilità di alcune società controllate facenti parte di un gruppo alla procedura di concordato preventivo c.d. in bianco, ovvero con riserva di presentazione successiva del piano che, però, si preannunciava comune a tutte le società del gruppo. In tale piano si prevedeva oltre alle modalità di distribuzione dell'attivo ai creditori, anche la realizzazione di un'operazione di fusione che risultava però condizionata e subordinata all'omologazione del piano stesso. Il giudice di Ferrara ha quindi optato per l'apertura della procedura, muovendo dalla considerazione per cui la fusione che concretamente si sarebbe realizzata era da considerarsi ricompresa nelle operazioni straordinarie ammesse espressamente in materia di concordato preventivo.

<sup>263</sup> Tribunale di Ancona, 22 settembre 2006 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>264</sup> Tribunale di Benevento, 18 gennaio 2012 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), nell'occasione chiamato a decidere in merito alla richiesta, proveniente da alcune società appartenenti ad un gruppo, di ammissione alla procedura di concordato preventivo ex art. 160-161 l. fall. basata su un piano che prevedeva la cessione – definita *pro soluto* dalle stesse società controllate – dei beni mobili ed immobili ai creditori, nonché la previsione della loro integrale soddisfazione. Il Tribunale sulla base di tali considerazioni e non notando alcuna lesione alla classificazione dei creditori, nonostante l'unificazione delle masse attive e passive, ha dunque disposto l'ammissione alla procedura il gruppo

<sup>265</sup> Sul punto si vedano Tribunale di Palermo, Sez IV, 4 giugno 2014 in *Ammissibilità del concordato di gruppo con continuità*, in *il Fallimentarista*, 3 ottobre 2014 e Tribunale di Terni, 30 dicembre 2010 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it). Con riferimento alla seconda decisione, il giudice umbro era stato adito dalle società di un

Secondo aspetto rilevante ai fini dell'indagine compiuta dai giudici di merito circa l'ammissibilità del concordato preventivo di gruppo è quello relativo alla competenza: come evidenziato dal Tribunale di Milano infatti «*al collegamento tra diverse società di un gruppo non viene attribuito alcun effetto ai fini del superamento del requisito della competenza per territorio*»<sup>266</sup>. Tale principio muove anch'esso dalla considerazione per cui l'esistenza di un rapporto di gruppo in senso stretto fra diverse società non determina il venir meno dell'autonoma personalità giuridica e dell'autonoma qualità di imprenditore di ciascuna società, facendo sì che l'accertamento dello stato di insolvenza non potrà che essere riferito alla singola situazione economica della società nei confronti della quale è sollecitato, nonostante il controllo a cui la stessa è assoggettata<sup>267</sup>.

Alla luce dei precedenti analizzati si può affermare che, prima dell'intervento della Corte di Cassazione, la giurisprudenza di merito ha complessivamente espresso un generale giudizio di astratta ammissibilità della proposta concordataria di gruppo a condizione che siano rispettate le regole della competenza territoriale e che siano tenute distinte, salve le dovute eccezioni esaminate, le masse attive e passive e che il raggiungimento della maggioranza venga richiesto per ogni singola società, precisando altresì che il concordato di gruppo si risolve di fatto in un «*fascio di procedure concordatarie*»<sup>268</sup>.

---

gruppo paritetico che avevano presentato ricorso per l'ammissione del concordato preventivo di gruppo basato su rispetto, con riferimento ad ogni singola società, dei presupposti soggettivi e oggettivi richiesti in materia dagli artt. 1 e 5 l. fall.; il piano proposto al Tribunale era caratterizzato da una parte dall'intervento, in qualità di assuntore, di una società cooperativa appositamente costituita e a cui era affidato il compito di rilevare tutte le attività presenti nel gruppo, dall'altra da una finalità evidentemente continuativa e conservativa dell'attività aziendale ed imprenditoriale corredata dalla previsione del mantenimento del precedente livello occupazionale. Alla luce di ciò, il Tribunale dichiarava aperta la procedura muovendo dall'osservazione dell'evidente collaborazione delle società del gruppo al fine del superamento della crisi e della conseguente tutela dei lavoratori.

<sup>266</sup> Tribunale di Milano, Sez. II, decreto 22 novembre 2012 in [www.iusexplorer.it/dejure](http://www.iusexplorer.it/dejure), nell'occasione chiamato a decidere in merito alla richiesta, proveniente da una società controllata, di dichiarare l'unificazione della propria procedura di concordato preventivo con quella già aperta nei confronti della *holding*, in virtù del controllo su di essa esercitato e della circostanza fatto che, nonostante la sua sede legale si trovasse a Pordenone, il centro operativo principale delle sue attività era situato a Milano, dove la *holding* aveva la sua sede legale. Il giudice milanese si è dunque dovuto limitare ad affermare la propria incompetenza, in favore del Tribunale di Pordenone.

<sup>267</sup> Sul punto Tribunale di Roma, Sez. fall., ordinanza 16 ottobre 2016 in [www.iusexplorer.it/dejure](http://www.iusexplorer.it/dejure).

<sup>268</sup> Corte di Appello di Roma, Sez. I, 5 marzo 2013 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

#### 4.1. *Segue. La posizione della Corte di Cassazione.*

L'occasione che portò i giudici della Corte di Cassazione ad interrogarsi in merito alla legittimità della procedura di concordato preventivo di gruppo trova origine nell'apertura in tale direzione operata prima dal Tribunale di La Spezia e poi dalla Corte di Appello di Genova.

La vicenda muove dunque dall'omologazione del concordato preventivo di una società in nome collettivo con socio unico alla quale, al momento della costituzione, venivano conferiti in modo pressoché totalitario i patrimoni delle società di capitali che la compongono divenendone soci illimitatamente responsabili: la costituzione avveniva infatti *«al dichiarato scopo di presentare un ricorso per concordato preventivo da cui consegue la conservazione e la continuità delle imprese, salvaguardandone i patrimoni e l'occupazione»*, e, per tale motivo, veniva *«sottoposta a condizione risolutiva rappresentata dalla mancata definitiva omologazione del concordato preventivo»*<sup>269</sup>.

L'Agenzia delle Entrate, pur non opponente in sede di omologazione proponeva, in qualità di creditore qualificato, reclamo avverso il decreto di omologazione che, però, con decreto del 23 dicembre 2011 veniva dichiarato inammissibile dalla Corte d'Appello di Genova: la Corte territoriale rilevava infatti che la legittimazione al reclamo avverso la sentenza di omologazione o di rigetto del concordato preventivo appartiene al debitore e ai creditori che si siano costituiti nel giudizio di omologazione, che segue la disciplina del rito camerale, mentre l'Agenzia delle Entrate, che non ha proposto opposizione, non è legittimata al reclamo.

Con il medesimo decreto del 23 dicembre del 2011, la Corte d'Appello di Genova respingeva altresì i reclami proposti da altri creditori per vizi procedurali e sostanziali: in primo luogo si riteneva infondata l'eccezione di incompetenza territoriale in quanto la società in nome collettivo aveva sede, sin dalla sua costituzione, in La Spezia; in secondo luogo si ammetteva l'estensione dell'effetto esdebitatorio alle società del gruppo – socie della s.n.c. – in quanto

---

<sup>269</sup> Tribunale di La Spezia, decreto 2 maggio 2011 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).



queste hanno dichiarato di agire anche «*in proprio*» chiedendo di essere tutte ammesse alla procedura, con conseguente superamento del mero effetto esdebitatorio parziale previsto dall'art. 184 l. fall.; ancora, il concordato di gruppo si riteneva ammissibile in ragione della meritevolezza giuridica di un concordato fondato su un piano aziendale riferito all'impresa di gruppo, con legittima valutazione sostanziale e trattazione procedurale unitaria del piano concordatario e, quindi, gestione unitaria del concordato mediante un'unica adunanza e computo delle maggioranze riferito all'unico programma concordatario.

Avverso il decreto della Corte d'Appello proponevano distinti ricorsi per Cassazione sia l'Agenzia delle Entrate che gli altri creditori.

Nel dirimere la questione gli Ermellini<sup>270</sup>, preliminarmente rispetto all'esame dei singoli motivi di ricorso, sottolineano come «*il giudizio non avrebbe potuto essere proposto, atteso che l'ordinamento giuridico italiano, allo stato attuale della legislazione, non contempla il c.d. concordato preventivo di gruppo*»: infatti, nonostante l'odierna realtà economica indichi che le imprese operanti sul mercato sono frequentemente organizzate in gruppi di società, «*l'attuale sistema del diritto fallimentare, in particolare per quanto attiene al concordato preventivo, non conosce il fenomeno, non dettando alcuna disciplina al riguardo, che si collochi sulla falsa riga di quella enunciata in tema di amministrazione straordinaria [...] o con riguardo ai gruppi bancari o assicurativi insolventi*»<sup>271</sup>.

Così, dopo aver osservato come nella pratica si siano susseguiti diversi tentativi empirici di coordinamento delle procedure afferenti le diverse società

---

<sup>270</sup> Cass. Civ., Sez. I, 13 ottobre 2015, n. 20559 in *La Cassazione chiuse sul concordato di gruppo*, in *il Fallimentarista*, 14 ottobre 2015.

<sup>271</sup> La Corte di Cassazione sottolinea inoltre come, ad oggi, gli unici dati normativi che potrebbero rilevare, seppur in maniera evidentemente troppo generica e generale, sono rappresentati dal secondo comma dell'art. 1322 c.c., che prevede la possibilità di realizzare la volontà delle parti, purché finalizzata a realizzare degli interessi che l'ordinamento giuridico considera meritevoli di tutela, mediante mezzi atipici, e dal primo comma dell'art. 41 Cost., da cui trae origine il principio di libertà di iniziativa economica. Di conseguenza, l'indagine deve limitarsi ad una mera valutazione circa la meritevolezza della tutela degli interessi rappresentati dalla forma societaria del gruppo: in tal senso, la relazione illustrativa del codice civile afferma, al n. 963, che «*il raggruppamento di varie società attorno ad una che le controlla si considera un fenomeno che risponde tipicamente agli ordinamenti della moderna economia organizzata*». Sullo stesso punto, in dottrina, si veda DI MAJO, *I gruppi di società tra insolvenza e diritto societario*, Giappichelli, 2012, p. 11.

del gruppo alla ricerca di una gestione unitaria dell'insolvenza, la Corte si sofferma sull'esame del tema della competenza. In particolare, viene sottolineato come il primo comma dell'art. 161 l. fall. non preveda l'attrazione degli altri fori a favore di quello della capogruppo o d'altro foro, nell'ipotesi in cui le società coinvolte abbiano sede legale in circondari diversi; è dunque espressamente richiamato «*il principio secondo cui la competenza ad accertare lo stato di insolvenza appartiene al tribunale del luogo in cui la singola impresa ha la sede principale, senza che a tale principio possa derogarsi per ragioni di connessione con altre procedure relative a società diverse facenti parte di un gruppo*»<sup>272</sup>.

Con riferimento al caso di specie, si evidenzia inoltre come nemmeno l'operazione societaria rappresentata dalla costituzione di una nuova società e la successiva presentazione di un unico piano concordatario per questa e per le sue socie – ossia per la “impresa di gruppo” – può superare in via interpretativa l'assenza di una disciplina positiva che regoli il concordato di gruppo.

Partendo da questo presupposto gli Ermellini pongono fine ai tentativi della giurisprudenza di merito di estendere l'applicazione dei vigenti principi normativi alle ipotesi di procedure relative ai gruppi societari: i giudici di Piazza Cavour approfondiscono e trattano, infatti, tutte le tematiche fino a questo momento variamente interpretate dalle Corti territoriali.

In primo luogo, la competenza per l'omologazione del concordato preventivo, come visto, sarebbe appartenuta, con riferimento alle proposte necessariamente distinte, ai Tribunali nel cui circondario ciascuna società aveva la sede principale dell'impresa<sup>273</sup>.

---

<sup>272</sup> Sul punto si vedano Cass. Civ., Sez. I, ordinanza 31 agosto 2011, n. 17907 e Cass. Civ., Sez. I, 18 novembre 2010, n. 23344.

<sup>273</sup> Vigè infatti il principio generale sulla competenza territoriale inderogabile in tema di procedure concorsuali, secondo cui queste si aprono nel luogo in cui l'impresa ha la propria «*sede principale*», restando altresì rilevante, ancorché effettivo, «*il trasferimento della stessa intervenuto nell'anno antecedente*» ossia il luogo «*in cui si trova il centro direttivo ed amministrativo degli affari dell'impresa*», «*in cui vengono individuate e decise le scelte strategiche a cui dare seguito*» (da ultimo, Cass. Civ., Sez. Un., 25 giugno 2013, n. 15872), non coincidente affatto con il luogo di ubicazione dei fattori di produzione e, in particolare, degli stabilimenti industriali (*ex multis* Cass. Civ., Sez. I, ordinanza 7 maggio 2012, n. 6886). Quindi, la sede legale della società vale a radicare la competenza del Tribunale dovendosi presumere che essa sia al tempo stesso anche la sede principale, o sede effettiva della società (*ex multis* Cass. Civ., Sez. I, ordinanza 6 novembre 2014, n. 23719), presunzione che può essere vinta solo dalla prova di elementi univoci e non astratti circa la sussistenza della diversa sede effettiva.

Il concordato preventivo avrebbe inoltre dovuto riguardare individualmente tutte le singole società del gruppo e non la società personale e le sue partecipanti, non essendo ammissibile un unico giudizio omologatorio; parimenti, *«in presenza di un concordato di diverse società legate da rapporti di controllo, anche ove soggette a direzione unitaria, occorre tenere distinte le masse attive e passive, che conservano la loro autonomia giuridica, dovendo restare separate le posizioni debitorie e creditorie delle singole società»*<sup>274</sup>.

Ancora, il concordato preventivo della società non si estende ai soci illimitatamente responsabili, i quali beneficiano solo dell'effetto esdebitatorio, ai sensi del secondo comma dell'art. 184 l. fall., con riferimento ai soli debiti sociali e non anche per quelli personali di ciascuno di essi<sup>275</sup>.

Sul piano procedimentale invece, gli Ermellini evidenziano come le maggioranze necessarie per l'approvazione del concordato debbano essere calcolate in riferimento alle singole imprese del gruppo.

In definitiva ritiene la Corte di Cassazione che l'operazione posta in essere dalle società del gruppo – e ritenuta ammissibile dai giudici di merito – *«ha forzato il dato normativo – in particolare, l'art. 161 l. fall. e l'art. 2740 c.c.- oltre limiti che a mezzo di una mera interpretazione ed in mancanza di una disciplina positiva del fenomeno (una legge che intenda disciplinare il concordato preventivo di gruppo dovrebbe verosimilmente occuparsi di regolarne la competenza, le forme del ricorso, la nomina degli organi, la formazione delle classi e delle masse), esso poteva ragionevolmente tollerare»*.

La sentenza della Corte di Cassazione ha, come è evidente, il merito di porre fine al contrasto giurisprudenziale che si stava sviluppando in ordine all'ammissibilità ed al riconoscimento del concordato di gruppo: infatti, anche a fronte di un'argomentazione quale la volontà di privilegiare la sostanza del

---

<sup>274</sup> Nel caso di specie il pregresso conferimento dei patrimoni nella neonata società ha nei fatti operato una commistione dei medesimi, nonostante il formale rispetto del principio della loro distinzione: risultava infatti che solo piccole parti del patrimonio delle socie erano state escluse dai conferimenti in fase di costituzione della società personale. Di conseguenza, poiché la società personale è stata costituita proprio a tal fine con un patrimonio che, tramite conferimenti, è costituito dalla somma di quelli delle socie fondatrici, tutti i creditori delle quattro società sono confluiti nel medesimo numero di classi, onde i creditori delle società meno capienti hanno inammissibilmente concorso con quelli delle società più capienti.

<sup>275</sup> Sul punto *ex multis* Cass. Civ., Sez. Un., 16 febbraio 2015, n.3022.

fenomeno, costituito dall'impresa "di gruppo", si è proceduto a quello che può essere definito come un richiamo all'ordine nei confronti di tutti quei giudici di merito che, nella volontà di colmare una lacuna normativa, si stavano troppo allontanando dai dettami del diritto positivo<sup>276</sup>.

#### **4.2. *Segue. La giurisprudenza successiva all'intervento della Corte di Cassazione.***

Come osservato, la decisione della Corte di Cassazione sancisce la non ammissibilità del concordato preventivo di gruppo in virtù della carenza di una solida base normativa; come è logico aspettarsi, tuttavia, anche a seguito della presa di posizione da parte dei giudici di legittimità, la perdurante lacuna normativa ha permesso che fossero proposti altri ricorsi volti alla dichiarazione di apertura della procedura di concordato unitario.

Così, se da una parte non sorprende la decisione del Tribunale di Alessandria<sup>277</sup>, che nel 2016 si è posto in perfetta continuità con la sentenza della Corte di Cassazione, ben più significativo risulta il decreto emesso, sempre nel 2016, dal Tribunale di Teramo<sup>278</sup>.

In tale circostanza infatti, tutte le società proponenti il concordato avevano conferito le rispettive aziende in un'altra società di persone, la cui costituzione era avvenuta «*al dichiarato scopo di presentare un ricorso per concordato preventivo a cui conseguisse la conservazione e la continuità delle imprese*» ed era già efficace, anche se «*sottoposta a condizione risolutiva rappresentata dalla mancata definitiva omologazione del concordato*».

---

<sup>276</sup> DI MAJO, *Il fenomeno del concordato c.d. di gruppo e il diniego espresso dalla Corte di Cassazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, n. 2, Utet, p. 395.

<sup>277</sup> Tribunale di Alessandria, 31 marzo 2016, in TAROLLI e RIONDATO, *concordato di gruppo e fattibilità giuridica della proposta*, in *il Fallimentarista*, 29 dicembre 2016. Nel caso di specie, le società partecipanti ad un gruppo richiedevano al Tribunale di essere ammesse alla procedura di concordato preventivo avente come obiettivo la continuità aziendale: la scelta di presentare un unico ricorso si fondava sull'esistenza di un rapporto di controllo totalitario tra le società partecipanti al gruppo e la loro *holding*. Alla luce della recente pronuncia della Corte di Cassazione, che il decreto espressamente richiama, il Tribunale ha tuttavia dichiarato l'inammissibilità della proposta di concordato unitario ritenendo pregiudizievole per i creditori la confusione delle masse attive e passive in un unico patrimonio.

<sup>278</sup> Tribunale di Teramo, decreto 5 gennaio 2016, in *www.ilcaso.it*.

Il giudice abruzzese osserva dunque come la giurisprudenza abbia ammesso la possibilità di depositare piani di risanamento congiunti, con particolare riferimento, come nel caso di specie all'ipotesi caratterizzata da una preventiva riconduzione ad unità – precedente alla proposta di concordato – mediante il meccanismo del conferimento plurimo in un'unica società<sup>279</sup>. In tal senso si evidenzia inoltre come «*la tematica del gruppo di imprese e della ammissibilità del c.d. concordato di gruppo vada dunque limitata agli aspetti procedurali ed in particolare alla conformazione del voto in sede di adunanza dei creditori*»; così, in conformità alla decisione della Corte di Cassazione, le masse attive e passive, nonché le maggioranze per l'approvazione, devono essere mantenute separate.

Di conseguenza, poiché sia la proposta che il piano mantenevano adeguatamente distinte le attività e le passività delle singole società, il Tribunale di Teramo riconosce la loro idoneità a consentire ad ogni singolo creditore una valutazione in merito alla propria posizione creditoria, all'impatto della proposta concordataria sul soddisfacimento della stessa, nonché l'alternativa in caso di liquidazione fallimentare; si rileva inoltre che tutte le società proponenti hanno sede legale nel medesimo circondario del Tribunale di Teramo e possiedono tutte i requisiti necessari per accedere alla proposta di concordato preventivo.

Alla luce di tali valutazioni, il Tribunale abruzzese omologa dunque il concordato preventivo ritenendo soddisfatti sia i dettami normativi – in particolar modo considerando che si tratta di concordato di ristrutturazione e non liquidatorio – che quelli elaborati dai giudici di legittimità, con particolare riferimento alla competenza ed alla dovuta autonomia e distinzione delle masse attive e passive.

## **5. Considerazioni conclusive.**

---

<sup>279</sup> Tribunale di Palermo, 4 giugno 2014; Tribunale di Terni, 12 gennaio 2014; Tribunale di Roma, 7 marzo 2011.

L'analisi fin qui condotta ha permesso di mettere in luce l'attuale situazione normativa e giurisprudenziale delle situazioni di crisi e di insolvenza dei gruppi di società, soffermandosi, come si è visto, sulla dibattuta ammissibilità della procedura del concordato preventivo di gruppo.

Appare evidente come il peccato originario sia rappresentato da una perdurante incapacità del legislatore di prendere una posizione netta in materia, limitandosi invece a porre rimedio alle singole crisi che si susseguono attraverso la decretazione d'urgenza.

In tale contesto emergono da una parte la sentenza della Corte di Cassazione e dall'altra la proposta di legge delega elaborata dalla Commissione Rordorf le quali, evidentemente, non possono che convergere nella stessa direzione: è infatti sempre più manifesta e percepita la necessità di un intervento del legislatore che colmi la lacuna che così si delinea e che si articola nell'assenza di un criterio valido ai fini della competenza territoriale e di un maggiore coordinamento della procedura relativa alle singole componenti, nonché la nomina di unico giudice delegato e di un unico commissario giudiziale.

Occorre però evidenziare la condivisibile posizione di chi ritiene che la Corte di Cassazione, come accaduto in altre occasioni, abbia colto l'occasione che si era presentata per limitare i giudici di merito, impedendo che fossero elaborate soluzioni fantasiose e di dubbia legittimità al problema, ma che, in tale attività, sia finita per ampliare eccessivamente il proprio raggio di azione senza porre la dovuta attenzione alla fattispecie sottoposta al suo vaglio.

Si ritiene infatti, senza ripetere in questa sede le vicende sottoposte all'attenzione degli Ermellini, che *«la valutazione fatta dal giudice di legittimità resti ultronea ed estranea rispetto alla fattispecie concreta, anche perché indirettamente la Corte incide sul momento genetico della società di persone proponente il concordato»*<sup>280</sup>: afferma infatti la Corte che la società sia stata costituita *«nella sede ligure in funzione esclusiva della competenza del tribunale fallimentare del circondario e della successiva presentazione di un unico piano*

---

<sup>280</sup> FAUCEGLIA, *Uno, nessuno, centomila: il concordato preventivo di gruppo*, in *Giurisprudenza commerciale*, fasc. 1, 2016, p. 118.

concordatario per queste e per le sue socie, dunque per l'“impresa di gruppo”»<sup>281</sup>. Si tratta, dunque, «di una vera e propria aporia argomentativa» in quanto la Corte sembra sostenere che la costituzione della nuova società sia rimasta finalizzata esclusivamente alla presentazione di un unico piano concordatario formulato per le imprese del gruppo, eludendo così i limiti normativi in tema di competenza territoriale e di inammissibilità del concordato di gruppo.

Gli Ermellini, nel loro tentativo di intervenire sul punto, errano omettendo di «considerare non solo che “un'impresa” sussiste anche laddove la società sia costituita per presentare un piano di concordato preventivo in continuità [...] e che lo stesso “esercizio in comune” di una qualsiasi attività economica “programmata”, nel contesto e nella finalità propria del concordato preventivo [...] deve iscriversi nella fattispecie rapportabile all'art. 2247 c.c.»<sup>282</sup>.

A ciò si aggiunga che sembra altresì negata, attraverso la mera osservazione dell'inesistenza di una disciplina specifica, la possibilità – invece pacificamente ritenuta ammissibile mediante l'interpretazione dell'art. 160 l. fall. – che la società che proponga il concordato preventivo attui una qualsivoglia operazione che preveda il trasferimento, l'assegnazione od il conferimento del patrimonio ad una società terza che si assuma i debiti concorsuali.

Anche la posizione della Corte con riferimento all'assenza di un apposito criterio idoneo ad individuare la competenza nell'ambito di procedure concorsuali di gruppo sembra rappresentare un'eccessiva forzatura del complesso di disposizioni ed orientamenti giurisprudenziali ad oggi sviluppati. A fronte di quanto affermato in primo grado, ovvero che «in termini generali, la sede di La Spezia non presenta alcun carattere fittizio o di comodo»<sup>283</sup>, e prescindendo dalle valutazioni testé elaborate, gli Ermellini ben avrebbero potuto richiamarsi a quell'orientamento della giurisprudenza di merito secondo cui le società controllate hanno sede effettiva presso la sede della *holding*, ove vengono

---

<sup>281</sup> Cass. Civ., Sez. I, 13 ottobre 2015, n. 20559.

<sup>282</sup> Sul punto di veda RIVOLTA, *Diritto delle società*, in *Trattato di diritto commerciale*, fondato da BUONOCORE e diretto da COSTI, Giappichelli, 2015, p. 7 ss., ove si pone l'attenzione anche sul requisito, evidentemente presente nella fattispecie all'esame della Corte, dello «scopo economico».

<sup>283</sup> Tribunale di La Spezia, decreto 2 maggio 2011 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

adottate le decisioni operative che riguardano l'intero gruppo<sup>284</sup>, nonché a quanto elaborato dal legislatore comunitario già con citato Regolamento CE n. 1346/2000, che, all'art. 3, introduceva il criterio di collegamento del COMI, prevedendo l'attrazione nella giurisdizione della capogruppo delle insolvenze *cross border* di società appartenenti al gruppo e con sede legale in altri Paesi, purché venisse constatato l'effettivo accentramento delle funzioni direzionali.

In questa prospettiva la Corte di Cassazione, con la sentenza del 2015, sembra aver radicalmente spazzato via *«quel complesso ed articolato percorso che il formante dottrinale da anni ha tracciato in tema di “centro di interessi” dell'impresa, pervenendo ad una posizione sostanzialmente arretrata in tema di soluzione negoziale della crisi di società appartenenti ad un “gruppo”, i cui effetti positivi (per i creditori) erano emersi, con particolare evidenza percettiva del fenomeno, nelle decisioni di merito»*. Provando però a leggere i dettami della sentenza della Corte di Cassazione secondo una diversa prospettiva, potrebbe immaginarsi che questa, con particolare riferimento alla sua premessa logica costituita dall'osservazione della carenza di disciplina, altro non sia che la voce più alta e nobile di una richiesta di intervento da parte di un legislatore che, ad oggi, appare incapace a razionalizzare l'intero costruito delle procedure concorsuali nell'ottica di una maggiore efficienza ed adeguatezza, muovendo non tanto da una ristretta cerchia di dogmi intangibili – richiamando così il principio *one company, one insolvency, one proceeding* –, quanto piuttosto da una profonda e critica analisi della realtà economica, poggiata su due pilastri quali l'art. 41 della Costituzione e l'art. 1322 c.c..

Appare, in questa diversa ottica, ben tardivo e, forse, limitato il processo legislativo iniziato con l'istituzione della c.d. Commissione Rordorf la quale, elaborando una proposta che pone l'attenzione sulle medesime criticità rilevate dalla Corte di Cassazione, detta delle linee guida nella speranza che il Governo possa finalmente eludere la palese inerzia del potere legislativo rispondendo a tutte quelle esigenze che si sono percepite in forza di una disciplina normativa

---

<sup>284</sup> Si vedano, *ex multis*, Tribunale di Firenze, 13 luglio 1992, in *Diritto fallimentare*, fasc. 2, 1994, p. 563; Tribunale di Roma, 16 dicembre 1997, in *Diritto fallimentare*, fasc. 2, 1998, p. 778; Tribunale di Benevento, 19 ottobre 2011, in *www.ilcaso.it*.



ben poco elastica pur concernendo una situazione caratterizzata da un intrinseco dinamismo. Difatti, al di là di un contesto economico ove negli ultimi anni hanno proliferato le aggregazioni di imprese – a livello sia meramente nazionale che internazionale –, occorre interrogarsi in merito alla persistenza della più volte evidenziata lacuna di una disciplina che adatti le disposizioni della legge fallimentare ai gruppi di società dal momento che, come emerge dalla Relazione al Codice Civile n. 963, già nel 1942 era noto che *«il raggruppamento di varie società attorno ad una che le controlla è fenomeno che corrisponde tipicamente agli orientamenti della moderna economia organizzata. Si tratta, infatti, quasi sempre della manifestazione del crescente sviluppo di un nucleo produttivo iniziale che si integra dando vita ad altre attività sussidiarie e collaterali, alle quali, per ragioni di razionale organizzazione, meglio conviene una gestione autonoma. I rapporti fra le società del gruppo che in tal modo si forma rappresentano dunque, in definitiva, un vantaggio per la produzione»*.

Com'è possibile, allora, che, nonostante il legislatore del '42 tenesse già in considerazione il fenomeno dei gruppi di società, frutto di un sistema fondato, come anticipato, su due norme quali l'art. 41 Cost. e l'art. 1322 c.c. che prevedono la massima libertà di movimento dell'imprenditore, ad oggi non vi è ancora una disciplina che delinei le ipotesi in cui tali aggregazioni attraversino periodi di difficoltà tali da sfociare nella vera e propria insolvenza? Se la risposta risiedesse nella possibilità, riservata ai giudici, di estendere in via interpretativa le norme vigenti, colmando così in via talvolta analogica delle lacune normative e dando vita anche a soluzioni ben lontane dai dettami legislativi, allora sarebbe difficilmente comprensibile, e ancora più difficilmente condivisibile, l'intervento della Corte di Cassazione che, ponendosi come precedente autoritario (per non dire vincolante), in concreto irrigidisce e cristallizza un sistema che per sua natura è mutevole.

Ben immaginando che la risposta non possa essere questa, sembra necessario sperare che, a differenza delle precedenti<sup>285</sup>, la Proposta di Legge

---

<sup>285</sup> Si pensi, ad esempio, a quanto avvenuto con riferimento alla proposta elaborata dalla Commissione Ministeriale Trevisanato, istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 28 novembre 2001 *«per l'elaborazione di principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo, relativo*

Delega elaborata dalla Commissione Rordorf superi velocemente il vaglio del Senato senza essere rivoluzionata e che possa costituire l'embrione di una totale riforma della disciplina concorsuale e di composizione della crisi. In tal senso l'ordinamento italiano sarà posto alla pari di quelli di numerosi altri Paesi dell'Unione Europea, ove, anche a seguito dell'intervento del legislatore comunitario, si ha una grande attenzione nei confronti dei gruppi di società e delle procedure volte a superare uno stato di crisi che li riguardi complessivamente.

---

*all'emanazione della nuova legge fallimentare ed alla revisione delle norme concernenti gli istituti connessi»: nel 2003 infatti, a seguito di innumerevoli proroghe, fu consegnato al Ministro un d.d.l. che mostrava un evidente disaccordo interno alla Commissione – in particolare circa i punti relativi all'esercizio dell'azione revocatoria ed ai casi in cui diviene necessario il ricorso all'organo giurisdizionale –. Per tale motivo, invece di procedere all'esame dell'elaborato in Assemblea, il Ministro della Giustizia istituì la Commissione Trevisanato-bis, in composizione più ridotta rispetto alla precedente, la quale predispose in soli due mesi un testo legislativo di 235 articoli. Il disegno di legge, tuttavia, non fu mai presentato al Consiglio dei Ministri.*

## **BIBLIOGRAFIA.**

BELTRAMI, *Decreto Alitalia: un nuovo capitolo nella storia della procedura di amministrazione straordinaria*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2009.

BIANCHI, *Il caso Rizzoli*, in *Giur. comm.*, 1987, II.

BONELLI, *del fallimento*, Vallardi, 1939.

BONFATTI, *Disciplina delle società fiduciarie e di revisione*, in *Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, 2001.

BOPP, *Konzerninsolvenz*, in *Nur aberimmerhin*, Geburtstag, 2002.

BOTTIGLIA, *La crisi dei grandi gruppi bancari*, Giuffrè, 2012.

BUONOCORE, *L'impresa*, Cedam, 2010, p. 211 ss.; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 1. Diritto d'impresa*, UTET, 2013.

CAGNASSO e PANZANI, *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, vol. I, UTET giuridica, 2016.

CAGNASSO e PANZANI, *Crisi di impresa e procedure concorsuali*, vol. III, in *Omnia trattati giuridici*, Utet giuridica, 2016.

Camera dei Deputati, XVII Legislatura, *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni Parlamentari Giustizia (II)*, Comunicato, 12 maggio 2016.

CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, vol. 2, *Il diritto delle società*, Utet Giuridica, 2015.

CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, vol. 3, *Contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*, Utet Giuridica, 2012.

CANALE, *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, in *Riv. Dir. Processuale*, 2005.

CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico bancario*, Cedam, 2012.

CASADEI, *Gruppi di società nel codice civile*, in *Digesto comm.*, IV, 4a ed., Torino, 2008.

CASSANDRO, *I gruppi aziendali*, Cacucci, 1982.

COLOMBI, *La holding e il gruppo di imprese*, Maggioli, 2011.

COSTA, *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, I, Giappichelli.

DACCÒ, *sub art. 2497*, in *Comm. Cian, Trabucchi*, Padova, 2007.

DAL SOGLIO, *sub art. 2497*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società, Commentario sistematico al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 aggiornato al d.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, Padova, 2005.

DE CESARI, *Riforma Rodorf e sollecitazioni europee: le parallele cominciano a convergere*, in *Il Fallimento*, 2016.

DELVAUX ET REIFFERS, *les sociétés holding su grand-duché de luxembourg*, Sirey, 1969

DI MAJO, *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Giappichelli, 2012.

DI MAJO, *Il fenomeno del concordato c.d. di gruppo e il diniego espresso dalla Corte di Cassazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, n. 2, Utet.

DIPACE, *Partenariato pubblico, privato e contratti atipici*, Giuffrè, 2006.

FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, in *il Fallimento*, fasc. 3, 2016.

FABIANI, *Il gruppo di imprese nella sentenza di omologazione del concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, Utet, 1998.

FABIANI, *Legge fallimentare e insolvenza dei gruppi societari*, in *il Fallimento*, 1998.

FAUCEGLIA, *Codice commentato delle spa*, Utet giuridica, 2007, Il tomo.

FAUCEGLIA, *Uno, nessuno, centomila: il concordato preventivo di gruppo*, in *Giurisprudenza commerciale*, fasc. 1, 2016.

FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, UTET, 1986.

FILIPPI, *Omologazione del concordato preventivo: questioni vecchie e nuove*, in *Giur. di Merito*, 2007.

FONTANA, *Economia e Gestione delle Imprese*, McGraw-Hill Education, 2013.

GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Comm. Scialoja, Branca*, Bologna, 2005.

GALGANO, *Direzione e coordinamento*, Zanichelli, 2014.

GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società*, in *Cel*, 2002.

GALGANO, *I gruppi*, Utet Giuridica, 2002.

GALGANO, *il fallimento delle società*, in *Tratt. Galgano*, X, 1988

GALGANO, *Le società per azioni*, Cedam, 1988.

GALGANO, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, 2006.

GENOVESE-TALAMANCA, *Studi empirici sulle società di capitali*, Piccin, 2009.

GIANNELLI, *Le soluzioni giudiziarie delle crisi di impresa. La gestione della crisi nel diritto spagnolo e italiano*, in *Dri, Fall.*, 2009.

GIOVANNINI, *La Holding persona fisica e l'abuso della personalità giuridica*, in *Gco*, 2004, Vol. II.

GUGLIELMUCCI, «*Una procedura concorsuale amministrativa sotto controllo giudiziario*», in *Il Fallimento*, II, 2000.

GUIZZI, *Dizionari del diritto privato e Diritto commerciale*, Giuffrè, 2011.

GUIZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestione nel nuovo diritto dei gruppi*, in *RDCo*, 2003.

HUFFER, *Aktiengesetz*, Munchen 2006.

IRACE, *La riforma delle società*, commento all'art. 2497-bis c.c., Sandulli, Giappichelli, 2007.

IRUJO, *Grupos de sociedades y derecho concorsual*, ADCO, II, 2011.

JAEGER, *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo*, in *Gco*, 1981, fasc. I.

LAMANDINI, *Controllo. Nozioni e «Tipo» nella legislazione economica*, Giuffrè, 1995.

LEWIS, *Consolidates Financial Statements*, Cornell University press, New York.

LIBONATI, *I nuovi strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. Soc.*, 2007, II-III.

LIBONATI, *il gruppo insolvente*, Nardini, 1981.

MACAGNO, *Il concordato preventivo riformato nel segno della continuità aziendale*, in *il Fallimento*, fasc. 10, 2016.

MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve al diritto delle società*, Cedam, 2017.

MANDRIOLI, *Lo stato di insolvenza dell'impresa*, in *Le riforme della legge fallimentare*, 2009.

MANGANO, *L'insolvenza nell'esperienza tedesca*, a cura di TERRANOVA, in *Stato di crisi e stato di insolvenza*, Giappichelli, 2007.

MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992.

MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, I, 1995.

MUCCIARELLI, *Il nuovo diritto delle società – commento all'art 2497-ter c.c.-*, Cedam, 2005.

NIGRO e VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, il Mulino, 2014.

NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese*, Giappichelli, 2012.

OLIVENCIA, *Estudios sobre la ley concursal*, Marcial Pons, 2005.

OLMSTEAD, *Bankruptcy a Common Regulation*, in *Harward Law Review*, Vol. 15, 1902.

PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, 2008.

PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, 2008.

PANZANI, *La disciplina della crisi di gruppo tra proposte di riforma e modelli internazionali*, in *il Fallimento*, fasc. 10, 2016.

PASQUARIELLO, *Lo strumento di prevenzione della crisi d'impresa*, in *Dir. Fall.*, 2010.

PAVONE LA ROSA, *I gruppi di società ricerche per uno studio critico*, Il Mulino, 1982.

PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi di società*, in *RS*, 2003.

PEDERZINI, *Percorsi di diritto societario Europeo*, Giappichelli, 2016.

PETER, *From atomism to consolidation in Group's Insolvency*, in Peter Nobel Ed, *Internationales Gesellschaftsrecht*, Heft 1, Bern 1998.

PETITPIERRE-SAUVAIN, *Droit des sociétés t groupes de sociétés*, Georg, 1972.

PONTI, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, Cedam, 2006.

PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, Vol. 1, Milano, 1969, Giuffrè.

RACUGNO, *Concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da BUONUMORE-BASSI, Giuffrè, 2010.

Relazione illustrativa del decreto legislativo recante: «*Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*».



Relazione Ministeriale al disegno di legge delega sviluppato dalla Commissione Rodorf. ABETE, *La “bozza Rodorf”*: *l’impatto delle innovazioni prefigurate in ambito societario*, in *il Fallimento*, fasc. 10, 2016.

Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. 231 del 2001.

RESCIO, *La disciplina dei patti parasociali dopo la legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv soc.*, 2002.

RIVOLTA, *Diritto delle società*, in *Trattato di diritto commerciale*, fondato da BUONOCORE e diretto da COSTI, Giappichelli, 2015.

ROCCO DI TORREPADULA, *Diritto dell’impresa in crisi*, Zanichelli, 2010.

RODORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Le Società*, fasc. 6, 2016.

RODORF, *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, 29 dicembre 2015.

SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Gco*, 2003, Vol. I.

SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Le società*, 2003.

SANDULLI, *sub art. 160 l. fall*, in NIGRO-SANDULLI, *La riforma della legge fallimentare*, vol. II, Giappichelli, 2006.

SANTONI, *Contenuto del piano di concordato e modalità di soddisfacimento dei creditori*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2006, I.

SARCONE, *I gruppi aziendali strutture e bilanci consolidati*, Giappichelli, 1999.

- SATTA, *Diritto fallimentare*, II ed., Cedam, 1990.
- SATTA, *Il diritto fallimentare*, Utet giuridica, 1990.
- SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Cel*, 2003.
- SCAROINA, *Il problema del gruppo di imprese*, Giuffrè, 2006.
- SCHIANO DI PEPE, *Il diritto di recesso nei gruppi*, in *Le Società*, 2003.
- SCOGNAMIGLIO, *Il caso Rizzoli*, in *Foro it.*, 1987, I.
- SKEEL, *Groups of Companies: substantive consolidation in the U.S.*, SZW/RSDA 1995.
- SPAGNUOLO, *L'imprenditore civile*, in *i soggetti esclusi dal Fallimento*, Giappichelli, 2007.
- SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella Antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995.
- STANGHELLINI, *Le crisi dell'impresa tra diritto ed economia – le procedure di insolvenza -*, Il Mulino, 2007.
- STELLA RICHTER, *Le offerte pubbliche di acquisto*, Giappichelli, 2011.
- TABB, *The Law of Bankruptcy*, ed. II, *Foundation Press*, 2009.
- TALAMANCA, *Transitività e direzione del controllo di società*, in *Riv. Dir. civ.*, fasc. 2, 1993.
- TARANTOLA, *Insolvency and cross-border groups: Uncitral recommendations for an European prospective*, in *Quaderni di ricerca giuridica: Banca d'Italia*, 201, n. 69.

TAROLLI e RIONDATO, *concordato di gruppo e fattibilità giuridica della proposta*, in *Il Fallimentarista*, 29 dicembre 2016.

TILQUIN e SIMONART, *Traité des sociétés*, Kluner, 2005.

TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Giuffrè, 2010.

VATTERMOLI, *Concorso e autonomia privata nel concordato preventivo di gruppo*, in *Dir. Banca e mercati finanziari*, 2012, I.

VELLA-GENCO, *Il diritto delle società cooperative*, Il Mulino, 2011.

VITIELLO, *Il concordato preventivo di gruppo*, in *Il Fallimentarista*, 2012.

ZADRA, *L'enigma delle scatole cinesi*, in *Economia società ed istituzioni*, 1991, III.

ZANARONE, *La srl*, in *Tratt Dir. comm. e Dir. pubbl. econom.*, 1985.

ZOPPINI, *I gruppi cooperativi, modelli d'integrazione tra imprese mutualistiche e non nella riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005.

## **GIURISPRUDENZA.**

### **Corte di Giustizia Europea:**

- Corte di Giustizia Europea, 9 marzo 1999, C-212/97.
- Corte di Giustizia Europea, 30 settembre 2003, C-167/01.
- Corte di Giustizia Europea, 2 maggio 2006, C-341/04.
- Corte di Giustizia Europea, 20 ottobre 2011, C-396/09.
- Corte di Giustizia Europea, 2 maggio 2016, C-54/16.

### **Corte Costituzionale:**

- Corte Cost., 18 gennaio 1991, n. 19.
- Corte Cost., 26 marzo 1998, n. 74.
- Corte Cost., 1 luglio 2009, n. 198.

### **Corte di Cassazione:**

- Cass. Civ., Sez. I, 12 giugno 2015, n. 12254.
- Cass. Civ., Sez. I, 13 ottobre 2015, n. 20559.
- Cass. Civ., Sez. I, 15 maggio 2015, n. 9935.
- Cass. Civ., Sez. I, 18 novembre 2010, n. 23344.
- Cass. Civ., Sez. I, 21 gennaio 1999, n. 521.
- Cass. Civ., Sez. I, 23 maggio 2008, n. 9143.
- Cass. Civ., Sez. I, 27 febbraio 2008, n. 5215.
- Cass. Civ., Sez. I, 27 maggio 2017, n. 7252.
- Cass. Civ., Sez. I, 28 febbraio 2000, n. 2211.
- Cass. Civ., Sez. I, 3 dicembre 1981, n. 6395.
- Cass. Civ., Sez. I, 31 agosto 2011, n. 17907.
- Cass. Civ., Sez. I, 4 agosto 2006, n. 17696.
- Cass. Civ., Sez. I, 5 dicembre 1998, n. 12325.
- Cass. Civ., Sez. I, 6 novembre 2014, n. 23719.
- Cass. Civ., Sez. I, 7 maggio 2012, n. 6886 .
- Cass. Civ., Sez. Un., 16 febbraio 2015, n. 3022.
- Cass. Civ., Sez. Un., 25 giugno 2013, n. 15872.
- Cass. Pen., Sez. V, 18 novembre 2004, n. 10688.
- Cass. Pen., Sez. V, 23 giugno 2003, n. 38110.
- Cass. Pen., Sez. V, del 5 giugno 2013, n. 49787.

### **Corti d'Appello:**

- Consiglio di Stato, 11 aprile 2000, n. 588.
- Corte d'Appello di Genova 23 dicembre del 2011.
- Corte di Appello di Roma, 5 marzo 2013.

**Tribunale:**

- Tribunale di Alessandria, 31 marzo 2016.
- Tribunale di Ancona, 22 settembre 2006.
- Tribunale di Asti, 24 settembre 2012.
- Tribunale di Benevento, 18 gennaio 2012.
- Tribunale di Biella, 17 novembre 2006.
- Tribunale di Bologna, 12 aprile 2006.
- Tribunale di Ferrara, 8 aprile 2014.
- Tribunale di Genova, 3 maggio 2017.
- Tribunale di La Spezia, 2 maggio 2011.
- Tribunale di Lecce, 6 giugno 2017.
- Tribunale di Lione, 18 gennaio 2015, n. 40811.
- Tribunale di Milano, 20 dicembre 2004.
- Tribunale di Milano, 20 settembre 2004.
- Tribunale di Milano, 22 novembre 2012.
- Tribunale di Milano, 26 febbraio 2007.
- Tribunale di Milano, 26 maggio 1997.
- Tribunale di Palermo, 17 febbraio 2006.
- Tribunale di Palermo, 4 giugno 2014.
- Tribunale di Palermo, 4 giugno 2014.
- Tribunale di Ravenna, 22 maggio 2014.
- Tribunale di Roma, 14 luglio 1994.
- Tribunale di Roma, 16 ottobre 2016.
- Tribunale di Roma, 25 luglio 2012.
- Tribunale di Roma, 29 luglio 2010.
- Tribunale di Roma, 7 marzo 2011.
- Tribunale di Teramo, decreto 5 gennaio 2016.
- Tribunale di Terni, 12 gennaio 2014.
- Tribunale di Terni, 30 dicembre 2010.
- Tribunale di Treviso, 15 luglio 2005.
- Tribunale di Vicenza, 23 novembre 2006.