

Dipartimento di Giurisprudenza Cattedra Diritto Commerciale

**L'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO E IL CONCORDATO
PREVENTIVO DI GRUPPO**

RELATORE

Professore Antonio Nuzzo

CANDIDATO

Emanuele Giuseppe Marzano Monterosso

122013

CORRELATORE

Professore Salvatore Lopreiato

ANNO ACCADEMICO 2016/2017

INDICE DEGLI ARGOMENTI

INDICE DEGLI ARGOMENTI	2
INTRODUZIONE	4
I. L'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO	9
1. LA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO CON IL D.LGS. N. 6 DEL 2003	12
2. LA RESPONSABILITÀ DA DIREZIONE E COORDINAMENTO	14
<i>a. Un problema definitorio</i>	<i>14</i>
<i>b. Le presunzioni dell'art. 2497-sexies c.c.</i>	<i>17</i>
<i>c. I limiti all'esercizio di attività di direzione. La corretta gestione societaria e imprenditoriale</i>	<i>21</i>
<i>d. La configurabilità del danno. I vantaggi compensativi</i>	<i>23</i>
<i>e. La natura aquiliana o contrattuale della responsabilità ex art. 2497 c.c.</i>	<i>29</i>
<i>f. La responsabilità solidale di chi ha preso parte al fatto lesivo o ne ha tratto vantaggio</i>	<i>33</i>
<i>g. La responsabilità sussidiaria della capogruppo ai sensi dell'art. 2497 co.3 c.c.</i>	<i>37</i>
3. GLI ONERI INFORMATIVI	40
<i>a. L'indicazione della società capogruppo negli atti e nella corrispondenza e la sezione speciale del registro delle imprese</i>	<i>40</i>
<i>b. Gli obblighi in sede di redazione del bilancio di esercizio</i>	<i>44</i>
4. LA MOTIVAZIONE DELLE DECISIONI	47
5. IL DIRITTO DI RECESSO	54
<i>a. La trasformazione e la modifica dell'oggetto sociale</i>	<i>55</i>
<i>b. La condanna ai sensi dell'art. 2497 c.c.</i>	<i>57</i>
<i>c. L'inizio e la cessazione dell'attività di direzione unitaria</i>	<i>59</i>
6. I FINANZIAMENTI INFRAGRUPPO	62
<i>a. L'ambito di applicazione oggettivo</i>	<i>65</i>
<i>b. L'ambito di applicazione soggettivo e i finanziamenti ascendenti</i>	<i>70</i>
<i>c. Controllo non partecipativo e finanziamenti infragruppo</i>	<i>74</i>
7. IL GRUPPO CONTRATTUALE	76
<i>a. L'ammissibilità dei contratti di dominazione</i>	<i>77</i>
<i>b. Il gruppo contrattuale (o paritetico)</i>	<i>79</i>
II. IL CONCORDATO PREVENTIVO	82
1. L'AMMISSIONE ALLA PROCEDURA DI CONCORDATO	82
<i>a. I requisiti oggettivi e soggettivi</i>	<i>83</i>
<i>b. Il piano concordatario</i>	<i>86</i>
<i>c. La suddivisione in classi dei creditori e il trattamento dei creditori privilegiati</i>	<i>91</i>
<i>d. I requisiti della domanda di concordato. La competenza e i documenti allegati</i>	<i>96</i>
<i>e. Il concordato in bianco</i>	<i>99</i>

f.	<i>Il concordato in continuità</i>	102
g.	<i>L'attestazione del piano da parte del professionista</i>	106
h.	<i>L'inammissibilità della proposta</i>	109
i.	<i>L'ammissione alla procedura e le proposte concorrenti</i>	114
j.	<i>Le offerte concorrenti</i>	118
2.	GLI EFFETTI DELL'AMMISSIONE AL CONCORDATO PREVENTIVO	122
a.	<i>L'amministrazione dei beni durante la procedura</i>	123
b.	<i>Il divieto di azioni esecutive</i>	126
c.	<i>La disciplina dei contratti pendenti</i>	130
3.	I PROVVEDIMENTI IMMEDIATI	136
a.	<i>La convocazione dei creditori</i>	137
b.	<i>L'inventario e la relazione del commissario</i>	139
c.	<i>La revoca dell'ammissione al concordato</i>	141
4.	LA DELIBERAZIONE DEL CONCORDATO PREVENTIVO	147
a.	<i>L'ammissione provvisoria dei crediti contestati</i>	149
b.	<i>Le maggioranze per l'approvazione del piano</i>	151
5.	L'OMOLOGAZIONE E L'ESECUZIONE DEL CONCORDATO	154
a.	<i>I poteri di controllo del tribunale in sede di omologazione</i>	156
b.	<i>Le impugnazioni avverso il decreto di omologazione</i>	158
c.	<i>Gli effetti del concordato per i creditori</i>	160
d.	<i>L'esecuzione del concordato</i>	164
e.	<i>La risoluzione e l'annullamento del concordato</i>	166
III.	IL CONCORDATO PREVENTIVO DI GRUPPO	170
1.	LA SENTENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE DEL 13 OTTOBRE 2015, N. 20559	170
a.	<i>La proposta concordataria e le opposizioni dei creditori</i>	171
b.	<i>La decisione della Corte d'appello in sede di reclamo</i>	174
c.	<i>I motivi di ricorso e la decisione del giudice di legittimità</i>	181
d.	<i>Alcuni rilievi critici</i>	189
2.	IL CONCORDATO DI GRUPPO NELL'ATTUALE SISTEMA GIURIDICO	193
a.	<i>Le norme della legislazione speciale</i>	194
b.	<i>L'ammissibilità causale del concordato preventivo di gruppo</i>	198
c.	<i>Gli esempi di procedural consolidation</i>	200
d.	<i>I limiti alla "substantial consolidation"</i>	203
e.	<i>Il concordato preventivo di gruppo nelle fonti internazionali</i>	208
3.	LE PROSPETTIVE DI RIFORMA ALLA LUCE DEI LAVORI DELLA COMMISSIONE RORDORF	216
	BIBLIOGRAFIA	224

INTRODUZIONE

L'esercizio dell'attività di impresa è di per sé attività rischiosa, in quanto l'imprenditore è esposto al rischio di non poter adempiere alle obbligazioni contratte con i terzi, dunque di divenire insolvente. Perciò l'analisi di un istituto di diritto societario può dirsi completa solo ove si analizzino i suoi riflessi nell'ambito delle procedure concorsuali. L'interesse verso la disciplina dei gruppi di imprese e dei potenziali riflessi della crisi di gruppo è stato suscitato dalla sentenza della Corte di Cassazione del 13 ottobre 2015, n. 20559.

La Corte di Cassazione era stata chiamata a valutare la legittimità di un concordato preventivo, proposto da una società in nome collettivo, costituita mediante il conferimento dei patrimoni di alcune società di capitali legate da rapporti di gruppo, che conseguentemente erano diventate soci illimitatamente responsabili della proponente. Il concordato prevedeva anche la confusione delle masse attive e passive delle società del gruppo, in quanto la proposta era stata approvata con una maggioranza riferita al gruppo nel suo complesso e una delle classi era composta dai creditori di tutte le società operative indistintamente.

La Suprema Corte, smentendo la ricostruzione operata dal Tribunale in sede di omologazione e dalla Corte d'appello in sede di reclamo, ha applicato un'interpretazione particolarmente rigida della disciplina vigente, e ha conseguentemente deciso che *«il concordato c.d. di gruppo non è proponibile, innanzi al medesimo tribunale, in assenza di una disciplina positiva che si occupi di regolarne la competenza, le forme del ricorso, la nomina degli organi, nonché la formazione delle classi e delle masse, sicché, in base alla disciplina vigente, il concordato preventivo può essere proposto unicamente da ciascuna delle società appartenenti al gruppo davanti al tribunale territorialmente competente per ogni singola procedura, senza possibilità di confusione delle masse attive e passive, per essere, quindi, approvato da maggioranze calcolate con riferimento alle posizioni debitorie di ogni singola impresa»*¹.

Al fine di comprendere la portata innovativa della pronuncia di legittimità occorre ripercorre brevemente gli atti normativi che si sono occupati della gestione della crisi del gruppo di imprese. Storicamente, il legislatore ha attuato interventi speciali e contingenti per la gestione della crisi o dell'insolvenza dell'impresa di grandi dimensioni. Si possono ricordare ad esempio gli interventi per la liquidazione della Società Italiana Resine S.I.R. S.p.a. (L. del 28 novembre 1980, n. 784); ovvero i provvedimenti per la gestione della crisi della holding ente

¹ Cass., sentenza del 13 ottobre 2015, n. 20559, in *Ced Cass.*, rv. 637340.

pubblico E.F.I.M., l'Ente partecipazioni e Finanziamento Industrie manifatturiere (D. l. del 18 luglio 1992 n. 340).

Una prima disciplina organica della gestione dell'insolvenza di gruppo venne dettata dal D.lgs. n. 270 del 8 luglio 1999 (cd. legge Prodi-*bis*), il quale introdusse l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza. Il provvedimento agli artt. 80 e ss. dettò una serie di norme applicabili nel caso in cui l'amministrazione straordinaria avesse ad oggetto una pluralità di imprese collegate da rapporti di gruppo.

La disciplina di fondo era simile a quanto previsto dal Testo Unico Bancario per la crisi dei gruppi bancari (artt. 100 ss., D.lgs. del 1 settembre 1993, n. 385) e fu ripresa successivamente dall' art. 3 commi 3 e 3-*bis* del d. l. del 23 dicembre 2003, n. 347 (cd. Decreto Marzano) che introdusse la cd. amministrazione straordinaria speciale; anche in questo caso si trattò di un atto di carattere emergenziale in quanto la disciplina venne emanata per far fronte al crack del gruppo Parmalat. Il provvedimento venne poi emendato nel 2008, con il d. l. n. 134 del 28 agosto in occasione del risanamento del gruppo Alitalia.

Dall'*excursus* normativo emerge come il legislatore abbia inteso dettare una disciplina positiva della gestione dell'insolvenza o della crisi di gruppo solo con provvedimenti di carattere emergenziale per far fronte alle crisi dei gruppi di interesse nazionale che di volta in volta si presentavano. Quando ha inteso fornire una disciplina organica, inoltre, l'ha fatto con esclusivo riferimento alla grande impresa insolvente.

L'organizzazione in forma di gruppo societario è però fenomeno frequente anche nelle piccole e medie imprese. Sorge spontaneo, quindi, domandarsi quale sia la disciplina volta a regolare la crisi e l'insolvenza dei gruppi di imprese applicabile alla generalità degli imprenditori commerciali in difficoltà.

È opportuno ricordare che la legge fallimentare (R.D. del 16 marzo 1942, n. 267) disciplina le procedure di risanamento del debitore insolvente, assumendo quale debitore "tipo" l'imprenditore individuale, limitandosi, relativamente all'esercizio dell'impresa in forma associata, a dettare disposizioni ai fini dell'estensione ai soci degli effetti delle procedure concorsuali cui la società è sottoposta. Conseguentemente manca un'apposita sezione della legge fallimentare dedicata alla gestione della crisi nei gruppi di imprese.

In mancanza di una disciplina, la giurisprudenza di merito ha cercato di fornire soluzioni empiriche per la gestione unitaria della crisi di gruppo. Uno degli strumenti previsti dalla legge fallimentare che più si presta a tal fine era senza dubbio il concordato preventivo.

L'istituto ha subito un profondo intervento di riforma a partire dalla seconda metà degli anni 2000. La legge delega del 14 maggio del 2005 n. 80 (cui seguì il D.lgs. del 9 gennaio 2006, n.

5) e il decreto correttivo (D.lgs. del 12 settembre 2007, n. 169) hanno cercato, infatti, di rivitalizzare il concordato preventivo, accordando un'ampia autonomia negoziale alle parti, intese quali debitore e creditori, ai fini del raggiungimento dell'accordi di risanamento o di liquidazione. Con tali provvedimenti, inoltre, vi era il superamento della rigida alternatività tra concordato remissorio e concordato liquidatorio.

Nel concordato preventivo viene data esclusiva rilevanza alla volontà delle parti, in particolare ai creditori i quali nella votazione di cui all'art. 177 l. fall. manifestano la propria volontà di rinunciare ad una quota del loro credito ai fini di un miglior risanamento dell'impresa. Il ruolo del Tribunale, invece, rimane sullo sfondo limitandosi al controllo del rispetto da parte del preponente delle norme imperative, soprattutto di quelle poste a garanzia dei creditori². Resta quindi di esclusiva competenza dei creditori la valutazione della convenienza economica della proposta, sulla quale i creditori hanno modo di pronunciarsi in sede di votazione.

Data l'ampia libertà lasciata alle parti nel concordato preventivo, esso può essere uno strumento idoneo al fine di una gestione coordinata della crisi di gruppo. Si rinvergono infatti nella giurisprudenza di merito³ molteplici precedenti sul punto.

Le principali questioni, emerse nei precedenti giurisprudenziali, cui si cercherà di dare soluzione nel presente scritto, attengono tanto ad elementi di rito che di merito. Per quanto riguarda le questioni di rito innanzitutto vi possono essere dei conflitti di competenza, ove le società del gruppo abbiano sede statutaria in circondari diversi. Ai fini della competenza per la presentazione del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo, infatti, è esclusivamente rilevante la competenza territoriale.

Il conflitto di competenza può trasformarsi in conflitto di giurisdizione nelle ipotesi di gruppi transfrontalieri, problema di cui le istituzioni europee sono ben consapevoli, tanto che un'embrionale disciplina sul coordinamento delle procedure *cross-border* venne dettata nel 2000 con il Regolamento n. 1346.

Ulteriori questioni formali attengono alla presentazione del "concordato" di gruppo mediante un unico ricorso, e l'accertamento, unitario o separato, dei presupposti oggettivi e soggettivi ai fini dell'ammissibilità della domanda di ammissione alla procedura concordataria. Le

² Sul punto, dopo anni di discussioni, sono intervenute per fare chiarezza le Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Cass. SS. UU., sentenza del 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Foro Italiano*, (2013), Concordato preventivo [1500], n. 183.

³ *Ex multis*: Tribunale di Perugia, 3 marzo 1995, in *Foro Italiano*, (1995), 1, 1952; Tribunale di Roma, sentenza del 16 dicembre 1997, in *Il Diritto fallimentare*, (1998), 4, p. 778; Tribunale di Parma, decreto del 10 luglio 2008, in *Contratto e Impresa*, (2014), 6, p. 1368, Tribunale di Bologna, decreto del 8 ottobre 2009 in *Contratto e Impresa*, (2014), 6, p. 1369; Corte d'appello di Genova, decreto del 23 dicembre 2011, in *Il Fallimento*, (2012), 4, p. 438; Corte d'appello di Roma, decreto del 5 marzo 2013, in *Giurisprudenza di merito*, (2013), 9, p. 1817.

risposte a tali interrogativi variano in base alla ricostruzione del concordato preventivo di gruppo quale “fascio” di procedure collegate (cd. teoria del consolidamento debole); ovvero quale forma di gestione unitaria della crisi di gruppo (cd. teoria del consolidamento forte).

Per quanto attiene invece al contenuto del piano concordatario “di gruppo” il principale interrogativo attiene all’ammissibilità della confusione delle masse patrimoniali, tanto dal lato attivo quanto da quello passivo, delle società appartenenti al gruppo e sottoposte alla procedura concordataria. La soluzione affermativa avrebbe indubbiamente effetti positivi sulla parte debitoria, in quanto la cessione in blocco di tutti i beni “di gruppo” consente un maggior ricavato rispetto all’alienazione separata dei compendi riferiti alle singole società del gruppo; così come garantirebbe l’abbattimento dell’onere concordatario mediante l’elisione delle poste debitorie *intercompany*.

Di converso tale fenomeno rischierebbe di non rispettare la norma di cui all’art. 2740 c.c., producendo un ingiusto vantaggio per i creditori delle società meno capienti a scapito di quelle più capienti. Ad ogni modo appare opportuno segnalare fin d’ora che la tesi che ammette la confusione dei patrimoni delle società del gruppo (detta anche *substantial consolidation*) appare minoritaria nelle pronunce di merito⁴.

Gli approdi a cui la giurisprudenza di merito era faticosamente giunta, erano stati superati dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 20559 del 13 ottobre 2015, la quale aveva escluso *tout court* l’ammissibilità del concordato preventivo di gruppo, sia dal punto di vista processuale che sostanziale. La pronuncia sembrava aver chiuso definitivamente le porte ad una gestione coordinata della crisi di gruppo.

Ma le soluzioni elaborate dalla Corte di Cassazione, rischiano a loro volta di essere superate dalla legislazione più recente. Nel panorama nazionale, infatti, è stata approvata la legge del 19 ottobre 2017 n. 155 (G.U. n. 254 del 30 ottobre 2017), “*Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza*”⁵. Tale provvedimento contiene, all’art. 3, una disciplina organica per la gestione della crisi dei gruppi di impresa, con riguardo sia alle fattispecie di liquidazione giudiziale sia quelle di concordato preventivo.

Nel contesto europeo, inoltre, la disciplina delle procedure concorsuali è oggetto di un profondo ripensamento. Punto cardine del progetto di riforma europeo è la Raccomandazione della Commissione 2014/135/UE in cui viene esplicitata, al Considerando n. 11, la necessità

⁴ In questo senso si sono espressi: il Tribunale di Crotone, sentenza del 28 maggio 1999, in *Giustizia civile*, (2000), 5, p. 1533; il Tribunale di Palermo, decreto del 4 maggio 2014, in *Giurisprudenza commerciale*, (2015), 4, p. 837.

⁵ Frutto dei lavori della commissione presieduta dal Prof. Renato Rordorf, nominata dal Ministro della Giustizia con D.M. del 28 gennaio 2015.

di «incoraggiare una maggiore coerenza tra i quadri nazionali in materia di insolvenza onde ridurre le divergenze e le inefficienze che ostacolano la ristrutturazione precoce di imprese sane in difficoltà finanziaria e promuovere la possibilità per gli imprenditori onesti di ottenere una seconda opportunità, riducendo con ciò i costi di ristrutturazione a carico di debitori e creditori».

Il progetto di riforma delle procedure concorsuali a livello europeo è culminato con il Regolamento 2015/848/UE, il quale ha aggiornato e riformato il Regolamento 2000/1346/UE, dedicando un apposito capo alle procedure d'insolvenza delle società facenti parte di un gruppo (artt. 56 - 77). La nuova disciplina si preoccupa di garantire la cooperazione e il coordinamento tra gli organi delle procedure concorsuali, aperte in due o più Stati membri e afferenti al medesimo gruppo di imprese.

A testimonianza dell'attualità e della delicatezza del tema oggetto di analisi, anche il lavoro dell'Organizzazione per le Nazioni Unite, il quale mediante la Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (U.N.C.I.T.R.A.L.) ha emanato un modello di diritto uniforme, *Legislative Guide on Insolvency Law*, dedicando nel 2012 l'intera parte terza a *Treatment of enterprise groups in insolvency*.

I. L'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

Il presente scritto nasce dalla volontà di approfondire il tema dell'esercizio dell'attività di impresa organizzata in forma di gruppo societario, termine volto ad indicare una pluralità di imprese che mediante rapporti reciproci, tanto di partecipazione societaria quanto di natura negoziale, perseguono le medesime finalità di lucro.

L'organizzazione in forma di gruppo, dal punto di vista economico, manifesta indubbi benefici, quali ad esempio la riduzione dei rischi finanziari e, nel caso di accordi di tesoreria accentrata, una gestione più efficiente della liquidità. Invece una programmazione commerciale accentrata permette la nascita di economie di scala con conseguenti risparmi sui costi operativi.

Infine l'esercizio dell'impresa in forma di gruppo societario gode, in caso della scelta del tipo società di capitali, della piena personalità giuridica delle società appartenenti. Dunque costituisce anche un mezzo flessibile per limitare la responsabilità giuridica dell'impresa "capogruppo" in determinati rami operativi o divisioni territoriali.

Ma dal punto di vista giuridico quale è la disciplina dei gruppi di imprese? Bisogna innanzitutto premettere che il fenomeno di gruppo si consolida storicamente in via di prassi, a differenza dell'impresa "monade" il cui esercizio era autorizzato con atto unilaterale del sovrano, cd. patente reale. La prima testimonianza di separazione tra la persona giuridica e i suoi soci viene fatta convenzionalmente risalire alla costituzione, nel 1602, della Compagnia Olandese delle Indie Orientali, cui partecipavano le sei Camere di Commercio olandesi. Viceversa il primo riferimento del diritto positivo, al fenomeno del gruppo di imprese, è identificabile in tempi relativamente recenti, infatti nel 1896 il *General Corporation Act* in New Jersey introdusse la possibilità, per una corporation, di acquistare azioni di un'altra società di capitali.

Nell'ordinamento italiano la possibilità per una società per azioni di possedere una partecipazione in altre imprese venne introdotta all'art. 2361 c.c. con l'approvazione del Codice Civile nel 1942 (R. D. 16 marzo 1942, n. 262). La disposizione consentiva alla S.p.a. di acquistare partecipazioni in altre imprese purché tali operazioni non modificassero in modo sostanziale l'oggetto sociale previsto dallo statuto. Il Codice civile nella versione originale introduceva, all'art 2359, i concetti di società controllata e società collegata, intendendosi per la prima la società in cui: un'altra società disponeva della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea (cd. controllo interno di diritto), oppure esercitava un'influenza dominante in

assemblea (cd. controllo interno di fatto), ovvero se il controllo era esercitato in forza di particolari vincoli contrattuali (cd. controllo esterno di diritto).

Il Codice del '42 inoltre dettava una particolare disciplina dei rapporti tra società controllante e società controllate, costituita: dal divieto di sottoscrivere azioni della società controllata (art. 2359-*quinquies*); dal divieto di operare costituzioni o aumenti di capitale mediante la sottoscrizione reciproca di azioni (art. 2360); dal limite all'acquisto di azioni della società controllante, da parte della società controllata, entro la quinta parte del capitale della società controllante.

Dunque il Codice civile si preoccupava di disciplinare esclusivamente la fattispecie di controllo societario, per lo più con norme volte a tutelare l'integrità del capitale sociale nel caso di acquisti e sottoscrizioni reciproche di azioni.

La suddetta disciplina rimase immutata per più di sessant'anni, infatti la materia fu aggiornata con la riforma del diritto societario (D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6), il quale ha introdotto agli artt. 2497 e ss. il Capo IX del Libro V, rubricato "Direzione e coordinamento di società".

Il legislatore non ha fornito uno "statuto di gruppo", ossia un insieme di regole applicabile all'organizzazione in forma di gruppo di imprese, ma si è limitato a prevedere la responsabilità delle società e gli enti che esercitano direzione e coordinamento nei confronti dei soci della società eterodiretta, per i danni alla redditività ed al valore della partecipazione sociale. Dunque vi è una codificazione del solo rapporto patologico di gruppo, ove *l'eventus damni* è costituito dalla «*violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*».

Dal dato letterale della norma si ricava una prescrizione implicita: l'esercizio di direzione e coordinamento da parte della capogruppo deve avere effetti almeno neutri nei confronti della società eterodiretta; infatti in caso di pregiudizio patrimoniale dovuto alla violazione dei canoni di corretta gestione societaria e imprenditoriale, potrà essere fatta valere la responsabilità di chi esercitava la direzione e coordinamento, ai sensi dell'art 2497 c.c. Ciò non significa che nelle operazioni infragruppo la società eterodiretta non possa sopportare un pregiudizio patrimoniale, perché tale pregiudizio patrimoniale venga compensato dal risultato complessivo di gruppo o da operazioni a ciò appositamente finalizzate, come evidenziato dalla teoria dei vantaggi compensativi.

Uno dei principali interrogativi cui si cercherà di dare risposta è se con l'intervento del 2003 il legislatore abbia esclusivamente inteso disciplinare l'azione di responsabilità per i soci della società eterodiretta nei confronti della capogruppo che abbia agito illecitamente, oppure abbia dato un vero e proprio modello di gruppo.

Infatti oltre l'azione di responsabilità il Capo IX del Libro V del codice civile prevede ulteriori prescrizioni per la società capogruppo: in merito agli obblighi pubblicitari (art. 2497-*bis* c.c.); alla motivazione delle decisioni (art. 2497-*ter* c.c.); delle particolari cause di recesso (art. 2497-*quater* c.c.) fino alla disciplina dei finanziamenti infragruppo (art. 2497-*quinquies* c.c.). Tali disposizioni dettano norme di organizzazione molto precise relativamente alla gestione dell'impresa in forma di gruppo.

Ulteriore questione lasciata aperta dall'intervento di riforma è la corretta definizione di direzione e coordinamento di società, in quanto il diritto positivo, all'art. 2497-*sexies* c.c., pone esclusivamente una presunzione della sussistenza dell'attività di direzione e coordinamento per l'ente tenuto al consolidamento dei bilanci o che comunque controlla le imprese ai sensi dell'art. 2359 c.c.

Una delle principali difficoltà definitorie consiste proprio nella distinzione tra l'esercizio di attività di direzione e coordinamento e la fattispecie prevista dall'art. 2359 c.c. La dottrina è concorde nel ritenere affinché sussistano i presupposti per l'applicazione della disciplina della direzione e coordinamento, sia necessario un *quid pluris* rispetto al mero possesso della partecipazione. Per direzione e coordinamento deve intendersi una serie preordinata di atti funzionalmente finalizzati ad influire sulla gestione dell'impresa. A differenziare le due fattispecie è l'organo in cui l'attività viene svolta, in quanto mentre il controllo ex art. 2359 c.c. è generalmente destinato a svolgersi in assemblea, mentre l'attività di direzione e coordinamento è diretto all'organo che detiene i poteri gestori: il consiglio di amministrazione.

In astratto, perciò, si potrebbe verificare la fattispecie di cui all'art. 2359, senza che risulti integrata la fattispecie di attività di direzione e coordinamento, qualora la società controllante limiti i propri poteri amministrativi all'esercizio del diritto di voto in assemblea ordinaria e straordinaria. A tale ricostruzione facilmente si obietta che il socio di maggioranza detiene il potere di nominare la maggioranza degli amministratori, dunque esercita di per sé un'influenza rilevante sulla gestione della società.

L'identificazione dell'attività di direzione e coordinamento risulta particolarmente complicata nei casi in cui manchi il possesso di una partecipazione nel capitale della società eterodiretta, come nelle fattispecie previste dall'art. 2359 co 1° lett. c) e dall'art. 2497-*septies* c.c. ove la dinamica di gruppo si innesta su particolari vincoli contrattuali.

Ulteriore interrogativo centrale in merito alle disposizioni di cui agli artt. 2497 e ss. attiene al *genus* di responsabilità che la disciplina impone alla società capogruppo. Infatti non tutti i

commentatori sono concordi nel ritenere la responsabilità da direzione e coordinamento quale responsabilità extracontrattuale⁶, considerandola invece responsabilità contrattuale⁷.

1. La riforma del diritto societario con il D.lgs. n. 6 del 2003

Il decreto legislativo del 17 gennaio 2003, n. 6 rappresenta una pietra miliare del diritto societario italiano, data la portata, quantitativa e qualitativa, delle novità che ha introdotto in materia di società di capitali. La *ratio* della riforma, così come rinvenibile nella legge delega era quella di: «valorizzare il carattere imprenditoriale delle società e definire con chiarezza e precisione i compiti e le responsabilità degli organi sociali; ampliare gli ambiti dell'autonomia statutaria, tenendo conto delle esigenze di tutela dei diversi interessi coinvolti; disciplinare forme partecipative di società in differenti tipi associativi, tenendo conto delle esigenze di tutela dei soci, dei creditori sociali e dei terzi»⁸.

Al provvedimento delegato dunque era affidato il compito di bilanciare due interessi contrapposti: da un lato valorizzare l'autonomia statutaria e il carattere imprenditoriale delle società, superando il tradizionale dirigismo paternalistico del preesistente diritto societario e dall'altro lato garantire la tutela dei soci, dei creditori sociali e dei terzi.

Per quanto riguarda il fenomeno della direzione unitaria e del coordinamento tra diverse società il legislatore ha inteso colmare, con l'introduzione del Capo IX del Libro V del Codice civile, una lacuna non più tollerabile, dato anche il frequente utilizzo del "gruppo di imprese" nei rapporti transnazionali. Al fine di comprendere le ragioni di questa lacuna sembra necessaria una breve digressione storica.

Il diritto commerciale, nella sua accezione più risalente di *lex mercatoria*, era sostanzialmente un diritto consuetudinario. Gli attori economici, nell'esercizio della autonomia negoziale, regolavano liberamente i propri rapporti commerciali, tali prassi venivano poi recepite, con effetti compilatori, dalle corporazioni e dal diritto positivo, con l'avvento dello stato nazionale.

⁶ Per la natura contrattuale della responsabilità ex art 2497 si sono espressi: P.G. JAEGER, *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria*, in *Giurisprudenza Commerciale*, (1981), 4, p. 420ss; G. SBISÀ, *Sulla natura della responsabilità da direzione e coordinamento di società*, in *Contratto e impresa*, (2009), 4-5, p. 813;

⁷ La tesi contrattualistica ha trovato consenso tra: R. RORDORF, *I gruppi di società nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, (2004), p. 545; G. M. ZAMPERETTI, *La responsabilità di amministratori e sindaci per "abuso di direzione unitaria"*, in *Il Fallimento*, (2001), 10, p. 1155.

⁸ Legge 3 ottobre 2001, n. 366 in materia di "Delega al Governo per la riforma del diritto societario", Art. 2.

Tale considerazione non è valida per la società di capitali, o società anonima, in quanto le consuetudini mercantili conoscevano soltanto la società di persone, che prevede l'illimitata responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali. La separazione tra la personalità giuridica del socio e quella della società si manifesta soltanto in forza di un atto di diritto positivo, la patente reale.

La prima società anonima viene fatta risalire alla costituzione della Compagnia Olandese delle Indie Orientali, costituita il 20 marzo del 1602, con capitale di 6.459.840 fiorini sottoscritto dalle sei Camere olandesi (Amsterdam, Middelburg, Enkhuizen, Delft, Hoorn e Rotterdam).

A differenza della società di capitali il gruppo di società fu un'invenzione della creatività economica e non di interventi di diritto positivo, dunque il riconoscimento legislativo di tale fenomeno è da collocarsi molto più avanti nel tempo. *«Nei sistemi di common law la data di nascita dei gruppi suole farsi risalire ad una legge del New Jersey del 1896 che, per prima, ammise la possibilità per una corporation di acquistare azioni di un'altra società».*

In *civil law*, data la mancanza del principio anglosassone della capacità speciale delle persone giuridiche, le partecipazioni in altre società si erano potute liberamente sviluppare senza bisogno di alcuna legge che dettasse un'apposita disciplina.

Dunque gli interventi di diritto positivo in materia di gruppi di imprese sono piuttosto recenti nei sistemi di tradizione romanistica. *«Così in Italia, con il r.d. 13 novembre 1931, n.1398, che anticipava l'art. 2361 del codice civile del 1942, ammettendo che una società potesse, senza dover modificare il proprio oggetto sociale, assumere partecipazioni in altre società aventi il medesimo oggetto»⁹.*

Dunque fino al D.lgs. n. 6 del 2003 l'assunzione di partecipazioni in altre imprese da parte delle società di capitali era legittimata dalla previsione di cui all'art. 2361 c.c. il quale fissava il limite della compatibilità della partecipazione con l'oggetto sociale, senza però che vi fosse una disciplina organica del gruppo di società, soprattutto in merito ai reciproci diritti e doveri delle società appartenenti al medesimo gruppo.

Le corti di merito avevano supplito a tale mancanza, elaborando una corposa prassi interpretativa in merito alla responsabilità della società capogruppo rispetto alla società sottoposta a direzione unitaria. La responsabilità della capogruppo era stata ricostruita in termini di responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. accostandola alla fattispecie speciale della responsabilità per fatto dei dipendenti prevista dall'art. 2049 c.c. Invece la giurisprudenza

⁹ F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale*, ed. III, I, Padova, (2006), p. 296.

della Corte di Cassazione si era concentrata sulla determinazione del danno, elaborando la teoria dei vantaggi compensativi, la quale in buona sostanza escludeva la risarcibilità del danno nel caso in cui esso venisse compensato dal risultato di gruppo o da apposite operazioni, teoria poi recepita dal legislatore nella riforma¹⁰.

L'intervento legislativo del 2003 ha finalmente introdotto una disciplina organica dell'attività di direzione e coordinamento. Lungi dal fornire una definizione specifica di "gruppo di imprese", essa ha regolato semplicemente i profili di responsabilità della società che esercita direzione unitaria nei confronti dei soci e dei creditori della società eterodiretta, garanzia che si aggiunge ma non si sostituisce alle ordinarie tutele offerte al socio (ex art. 2395 c.c.) e ai creditori sociali (ex art. 2394 c.c.).

I principi generali sono statuiti anche in questo caso dalla legge delega, la quale attribuisce il compito al legislatore di *«prevedere una disciplina del gruppo secondo principi di trasparenza e tale da assicurare che l'attività di direzione e di coordinamento contemperi adeguatamente l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime; prevedere che le decisioni conseguenti ad una valutazione dell'interesse del gruppo siano motivate; prevedere forme di pubblicità dell'appartenenza al gruppo; individuare i casi nei quali riconoscere adeguate forme di tutela al socio al momento dell'ingresso e dell'uscita della società dal gruppo»*¹¹.

Tali principi hanno trovato puntuale attuazione nel D.lgs. n. 6 del 2003 che ha introdotto gli artt. 2497 ss. che saranno oggetto di approfondita trattazione nei paragrafi successivi.

2. La responsabilità da direzione e coordinamento

a. Un problema definitorio

Il legislatore non ha inteso dare una definizione positiva dell'attività di direzione e coordinamento ma ha previsto dei rimedi attivabili nel caso in cui detta attività degeneri sfociando in comportamenti illeciti da parte della società che esercita la direzione unitaria. Infatti l'art. 2497 c.c. dispone che *«Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in*

¹⁰ Cfr. R. ROSSOTTO e V. CRESTA, *Direzione e coordinamento di gruppo nella riforma societaria: prime riflessioni* in *Corriere Giuridico*, (2003), 6, p. 821. Vengono citate, a titolo esemplificativo, i provvedimenti: Trib. Orvieto, 4 novembre 1987, in *Giur. it.*, I, (1988), p. 501; Trib. Alba, 25 gennaio 1995 (ord.), in *Le Società*, (1995), 2, p. 1073, in materia di responsabilità della società holding. Mentre in tema di risarcibilità del danno: Cass. 11 marzo 1996, n. 2001; Cass. 21 settembre 1999 n. 521

¹¹ Legge 3 ottobre 2001, n. 366, *Delega al Governo per la riforma del diritto societario*, art. 10.

violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società».

Il legislatore ha dunque rinunciato a disciplinare una fattispecie legale tipica, in quanto ciò avrebbe comportato una presa di posizione in contrasto con l'incessante evolversi sul piano economico, giuridico e sociale del fenomeno del gruppo di imprese. Quindi l'attività di direzione e coordinamento viene considerata, con buona approssimazione, come un rapporto di fatto e la disciplina positiva si limita a regolare i profili di responsabilità nei casi patologici di tale rapporto.

Parte della dottrina non è d'accordo con questa ricostruzione interpretativa, ritenendo che il fenomeno di direzione e coordinamento si sviluppi secondo un rapporto di potere tra capogruppo e società eterodiretta che il legislatore assume lecito fin quando esso è esercitato in ossequio ai principi di corretta gestione, alla tutela del valore della partecipazione sociale e dell'integrità patrimoniale della società eterodiretta. Ulteriori argomenti circa la natura di potere giuridico tipizzato sono rinvenibili nella lettura coordinata delle altre norme presenti nel capo del codice civile dedicato alla direzione e coordinamento: *«esse, pur non rinunciando ad un'ottica sanzionatoria, costituiscono norme di disciplina ulteriori rispetto a quelle che trovano normalmente applicazione per una società isolata e individuano in capo a diversi soggetti obblighi e diritti che altrimenti, fuori dalla logica di gruppo, non sarebbero profilabili»¹².*

Ci si riferisce ai particolari obblighi pubblicitari in capo alla società eterodiretta (ex art. 2497-bis c.c.); all'obbligo di motivazione delle decisioni influenzate dalla direzione e coordinamento (art. 2497-ter c.c.) e alle particolari ipotesi di recesso (ai sensi dell'art. 2497-quater c.c.). Anche al di fuori del Capo IX del Libro V del codice civile, sono rinvenibili ulteriori obblighi derivanti all'appartenenza ad un gruppo di società.

Così ad esempio, nonostante facciano riferimento al concetto di controllo societario, si ritengono applicabili le norme dell'art. 2381 co. 5 c.c., il quale impone agli organi amministrativi delegati di riferire al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale in merito alle operazioni di maggior rilievo *«effettuate dalla società e dalle sue controllate»*. Le stesse considerazioni valgono per l'art. 2409 c.c. che, in merito alla denuncia al tribunale da

¹² A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società Liber amicorum Gianfranco Campobasso*, a cura di P. ABADESSA e G.B. PORTALE, III, Milano, (2007), p. 854.

parte dei soci, consente al giudice di sindacare l'operato degli amministratori che in violazione dei loro doveri *«abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione, che possono arrecare danno o a una o più società controllate»*. I suddetti riferimenti normativi fanno ritenere, a coloro che sostengono la natura di rapporto giuridico qualificato della direzione unitaria, che il legislatore abbia inteso dare uno statuto organizzativo del gruppo di imprese prevedendo obblighi ulteriori rispetto a quelli di una società isolata.

Il contrasto di opinioni in dottrina incide sulla corretta individuazione della natura della responsabilità da illecito esercizio dell'attività di direzione e coordinamento. Coloro che inquadrano il fenomeno in termini di mero fatto riconducono l'illecito alla responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. mentre coloro che ritengono che si instauri, tra le società di gruppo, un rapporto contrattuale sostengono una responsabilità da inadempimento (dibattito ermeneutico che verrà affrontato in modo più approfondito nel par. 2 lett. e).

Dunque, la portata definitoria della norma risulta volutamente ristretta, in quanto essa fa riferimento al termine "attività" posta in essere dalla società capogruppo che di fatto pregiudica gli interessi dei soci e dei creditori della società eterodiretta. Innanzitutto si può escludere che sussista direzione e coordinamento in forza di un unico atto di indirizzo o di atti sporadici, in quanto il legislatore ha usato il termine "attività" cioè una pluralità di atti teleologicamente indirizzati ad uno scopo. Dunque per attività di direzione e coordinamento deve intendersi l'esercizio di *«una pluralità sistemica e costante di atti di indirizzo idonea ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa»*¹³.

Inoltre è affermata, in via implicita, una netta distinzione tra l'interesse della capogruppo e quello delle singole società affiliate; infatti l'art. 2497 c.c. sanziona le *«società agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui»*. Quest'ultimo inciso è coerente con la piena personalità giuridica delle imprese che compongono il gruppo.

Dati i termini generali nei quali è formulata la disposizione si apprezzano gli interventi della giurisprudenza di merito nella ricerca della precisa consistenza fattuale del fenomeno che viene sanzionato a titolo di responsabilità. Ad esempio nel caso Bertone, il Tribunale di Torino ha precisato che l'attività di direzione e coordinamento si verifica in caso di *«accentramento di funzioni gestorie in seno alla capogruppo o di elaborazioni da parte della medesima di programmi finanziari e produttivi di gruppo, cosicché l'esercizio della direzione unitaria significa che le società controllate vengono usate come strumento della politica*

¹³ P. MONTALENTI, *I gruppi di società*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, vol. IV, Padova, (2010), p. 1040.

*aziendale di gruppo, mediante un accentramento presso la controllante di funzioni e strategie inerenti la gestione delle controllate».*¹⁴

La Corte identifica quindi il contenuto dell'attività di direzione e coordinamento come l'accentramento di strategie volte alla gestione delle società controllate. È necessario tenere presente che, ai sensi dell'art 2380-bis c.c. *«la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori»*, perciò l'attività di direzione e coordinamento, proveniente dalla capogruppo, sarà rivolta agli amministratori delle società sottoposte a direzione unitaria.

In maniera più analitica si è espresso il Tribunale di Milano, il quale ha stabilito che: *«attività di direzione e coordinamento deve intendersi l'esercizio concreto di una pluralità sistemica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche e operative di carattere finanziario, industriale e commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali; si tratta dell'espressione di un potere di ingerenza che si esplica attraverso un flusso costante di istruzioni impartite alla società eterodiretta che si traspongono in decisioni dei suoi organi»*¹⁵. In tale pronuncia è stata posta particolare attenzione al carattere sistemico e costante delle istruzioni di gestione, in quanto parlando di attività, l'art 2497 c.c. richiede una serie ripetuta di fatti o atti preordinati ad uno scopo.

b. Le presunzioni dell'art. 2497-sexies c.c.

L'art. 2497sexies c.c. nell'identificare l'attività di direzione e coordinamento pone due presunzioni: *«Ai fini di quanto previsto nel presente capo, si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'articolo 2359»*. La dottrina¹⁶ è concorde nel ritenere che si tratti di presunzioni relative, che ammettono, dunque, prova contraria.

¹⁴Tribunale di Torino, del 21 dicembre 2012, Carrozzeria Bertone S.p.A c. Cortese Ermelinda Bertone e altri. Con nota di: P. MONTALENTI, *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza (Relazione al Convegno dell'Associazione Disiano Preite e dell'Osservatorio del Diritto Societario della Camera di Commercio di Milano, Milano, 26 novembre 2015)* in *Giurisprudenza commerciale*, (2016), 2, p. 116.

¹⁵ P. MONTALENTI, *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza*, cit. p. 117 in commento a Tribunale di Milano, 10 novembre 2014, Carda Garuti e altri c. Smurfit Kappa Holdings Italia S.p.A.,

¹⁶ M. BUSSOLETTI - E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, (2010), 1, p. 105; A. NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497-sexies e 2497-septies c.c.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2004), 4, p. 999; R. ROSSOTTO e V. CRESTA,

La prima presunzione deduce l'esercizio della direzione unitaria per il fatto che la capogruppo sia tenuta alla redazione del bilancio consolidato. Si tratta di una presunzione quasi necessitata in quanto il bilancio consolidato rappresenta lo strumento per ricondurre ad unità in sede contabile, un fenomeno di per sé unitario dal punto di vista economico, ma che si manifesta empiricamente nelle vesti di una pluralità di articolazioni giuridiche autonome. Le norme sul consolidamento dei bilanci sono contenute nel D.lgs. del 9 aprile 1991, n. 127 il quale attua la Settima Direttiva europea in materia societaria 83/349 CEE.

Sono sottoposte agli obblighi di consolidamento le società di capitali che controllano altre società. A tal fine si considerano società controllate: le ipotesi che integrano i requisiti di cui ai primi due commi dell'art 2359 c.c.; *«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 – oppure - le imprese in cui un'altra, in base ad accordi con altri soci, controlla da sola la maggioranza dei diritti di voto»*¹⁷.

Ad ogni modo il requisito fondamentale, affinché le partecipazioni detenute in altre società siano soggette a consolidamento, è l'iscrizione della partecipazione tra le immobilizzazioni finanziarie. Infatti l'art. 28 del D.lgs. n. 127 del 1991 annovera, tra le cause di esclusione degli obblighi di consolidamento, l'ipotesi in cui le *«azioni o quote sono possedute esclusivamente allo scopo della successiva alienazione»*.

Occorre inoltre tenere presente che il Regolamento CE n. 1606/2012 ha introdotto nell'ordinamento dell'Unione Europea i principi contabili internazionali IAS/IFRS. In materia di conti consolidati viene in rilievo lo standard IAS 27, il quale definisce il controllo (par. 4) come *«the power to govern the financial and operating policies of an entity so as to obtain benefits from its activities»*.

Il paragrafo 13, inoltre, fissava una serie di presunzioni in merito alla sussistenza del controllo societario. Quest'ultimo si presume nei casi in cui la società "parent" possa esercitare, nei confronti della "subsidiary", più della metà dei diritti di voto (in assemblea) in forza di un contratto di un accordo con gli altri soci; possa determinare le scelte operative o finanziarie in forza di poteri attribuiti dallo statuto o da un contratto; abbia il potere di nominare (e revocare) la maggioranza dei membri del Consiglio di amministrazione; abbia la maggioranza dei voti in Consiglio di amministrazione.

Direzione e coordinamento di gruppo nella riforma societaria: prime riflessioni in *Corriere Giuridico*, (2003), cit., p. 821.

¹⁷ Decreto legislativo del 9 aprile 1991, n. 127, in materia di "Attuazione delle direttive n. 78/660/CEE e 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", art. 25, comma 2, lett. a) e b).

Nel 2011 lo IAS 27 è stato sostituito dall'IFRS 10, il quale ricalca, grosso modo, la disciplina precedente. È stato però espunto il meccanismo delle presunzioni, infatti il nuovo standard elenca, in via esemplificativa, una serie di ipotesi in cui sussiste il controllo.

La principale differenza tra la disciplina del D.lgs. n. 127 del 1991 e gli standard internazionali attiene alla fattispecie dei cd. *interlocking directorates*, cioè l'ipotesi in cui controllata e controllante condividano alcuni amministratori. Il legislatore nazionale ha inteso esercitare in senso negativo la clausola di *opt-in* contenuta nell'art. 12 della Direttiva 83/349/CEE, la quale consentiva di sottoporre a consolidamento le società che dividevano la maggioranza dei componenti dell'organo amministrativo. Eventualità che invece resta valida per le società che redigono i conti consolidati secondo i principi contabili internazionali.

La seconda presunzione contenuta nell'art. 2497-*sexies* c.c. fa riferimento alla disciplina in materia di società controllate e collegate. L'art. 2359 c.c. definisce società controllate: «*le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria*».

In questa fattispecie (c.d. controllo interno di diritto) l'esercizio del controllo si esplica mediante il voto in assemblea, così come nell'ipotesi di controllo interno di fatto, che si verifica nel caso in cui «*un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria*». Invece nella terza e ultima ipotesi il controllo avviene al di fuori dell'assemblea, in quanto è esercitato in forza di particolari vincoli contrattuali.

La presunzione circa lo svolgimento di attività di direzione e coordinamento art. 2497-*sexies* c.c., dovuta all'integrazione della fattispecie di controllo societario interno ex art. 2359 co. 1. n. 1 e 2, non ha l'effetto di creare una corrispondenza biunivoca tra le due fattispecie. «*In questi termini è evidente che i "punti di contatto" tra controllo interno e attività di direzione e coordinamento sono decisamente ridotti: essi operano su piani diversi, il primo esclusivamente sul piano assembleare, la seconda, sul piano gestorio*».¹⁸

Dunque potrà esservi controllo interno di diritto o di fatto ma mancare l'attività di direzione e coordinamento, come nell'ipotesi in cui la società controllante eserciti le proprie prerogative esclusivamente tramite il voto in assemblea senza impartire direttive agli amministratori, organo cui è affidato in via esclusiva il potere di gestione ai sensi dell'art. 2380-*bis* c.c. Nonostante a tale argomento sia facile obiettare che il socio maggioritario ha il potere di

¹⁸ G. SALATINO, *L'attività di direzione e coordinamento: nozione, "punti di equilibrio", parametri di "liceità" e di "dannosità", e altre questioni inerenti la responsabilità* (Relazione presso LMS Studio Legale, Milano, 6 ottobre 2015) in *Rivista del notariato*, (2015), 6, p. 1335.

nominare e revocare la maggioranza degli amministratori, quindi egli può, potenzialmente, influenzare il loro operato.

L'autonomia tra controllo societario e direzione e coordinamento sembra più sottile nell'ipotesi di controllo esterno di fatto ex art. 2359 co.1 n. 3, ipotesi che prevede l'esercizio del controllo in forza di particolari vincoli contrattuali.

In merito alla sussistenza della responsabilità per direzione e coordinamento in base al controllo esterno esercitato in forza di un contratto di distribuzione, il Tribunale di Palermo, 3 giugno 2010, ha stabilito «*Come evidenziato da parte della società convenuta, il Supremo collegio (Cass. 27 settembre 2001, n. 12094, Foro it., Rep. 2001, voce Società, n. 819), sia pure anteriormente alla novella del rito societario che ha introdotto la disciplina in questione in tema di attività di direzione e coordinamento, ha avuto modo di chiarire come la configurabilità del controllo esterno di una società su di un'altra postula l'esistenza di determinati rapporti contrattuali la cui costituzione ed il cui perdurare rappresentino la condizione di esistenza e di sopravvivenza della capacità di impresa della società controllata*»¹⁹. Nel caso di specie il giudice non ha ritenuto provata la sussistenza dell'abuso di direzione e coordinamento in quanto il contratto di distribuzione non conteneva obblighi tali, per la parte attrice, tali da costituire la condizione di esistenza e di sopravvivenza della società controllata.

Altra questione dibattuta riguarda la rilevanza del controllo congiunto ai fini delle presunzioni di cui all'art. 2497-*sexies* c.c. Parte della dottrina²⁰ ritiene che la fattispecie di controllo congiunto, in forza ad esempio di patti parasociali, non sia rilevante ai fini della responsabilità da direzione e coordinamento. Altri commentatori²¹ ritengono, invece, che il controllo congiunto rientri nelle presunzioni di cui all'art.2497-*sexies* c.c. A conforto della prima tesi il dato letterale delle disposizioni di cui al Capo IX del Libro V c.c., le quali identificano dal punto di vista soggettivo «la società o l'ente» che esercita la direzione unitaria, facendo

¹⁹ Tribunale di Palermo, sentenza 3 giugno 2010, Sessa e altra Cavy. c. Soc. D.C. Company Italia, Bonivento e altra, con nota di: S. MADDALUNO, *Dieci anni di giurisprudenza sulla "direzione e coordinamento" di società in Giurisprudenza commerciale*, (2013), 5, p. 748.

In modo conforme, relativamente ad un accordo di prestazione di servizi di trasporto con utilizzo dei beni strumentali messi a disposizione della controparte: Tribunale di Milano, 27 febbraio 2012, con nota di S. MADDALUNO, *Dieci anni di giurisprudenza sulla "direzione e coordinamento" di società*, in *giur.com. cit.*, 749. In entrambi i provvedimenti il giudice non ritiene sufficientemente provata l'attività di direzione e coordinamento in quanto i requisiti di prova risultano particolarmente rigorosi, in quanto la parte attrice deve dimostrare che gli accordi contrattuali rappresentano "condizione di esistenza e sopravvivenza" della società controllata, come richiesto, in *Cass.27 settembre 2001, n. 12094, Foro it., Rep. 2001*.

²⁰ V. CARIELLO, *Commento agli artt. 2497-*sexies* e 2497-*septies**, in *Commentario*, a cura di: NICCOLINI – STAGNO D'ALCONTRES, III, Napoli, 2004, p. 1894.

²¹ M. LAMANDINI, *Il "controllo" nozioni e "tipo" nella legislazione economica*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, (1994), p. 106.

ritenere una imputazione monosoggettiva dell'attività di direzione unitaria. Dunque anche in ipotesi di controllo congiunto l'attività sarà imputata alla società che ha effettivamente emanato le direttive pregiudizievoli per la società eterodiretta²².

Come detto all'inizio le presunzioni di cui all'art. 2497-*sexies* c.c. sono *iuris tantum*, dunque ammettono prova contraria da parte della capogruppo (presunta tale). Ad ogni modo fornire la prova contraria da parte della società capogruppo risulta essere una *probatio* diabolica, in quanto essa si troverà a dover fornire la prova negativa di non aver esercitato l'attività di direzione unitaria nonostante integri le fattispecie di cui all'art. 2497-*sexies* c.c.

c. I limiti all'esercizio di attività di direzione. La corretta gestione societaria e imprenditoriale

L'art. 2497 c.c., nonostante non definisca la direzione e coordinamento, fissa un limite in negativo, ritenendo illegittima l'opera delle capogruppo che «*agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime*». La norma impone dunque il bilanciamento dell'interesse di gruppo, rappresentato dall'interesse della società esercente la direzione e dai suoi soci, che sono terzi rispetto ai rapporti capogruppo-controllata, rispetto agli interessi della controllata e dei suoi soci.

La necessità di un corretto equilibrio tra gli interessi delle singole società coinvolte nel fenomeno di gruppo è questione che il legislatore aveva chiara fin dalla legge di delega alla riforma del diritto societario, l. 3 ottobre 2001, n. 366, la quale all'art. 10, co.1, lett. a), dispone che la disciplina dei gruppi sia «*tale da assicurare che l'attività di direzione e di coordinamento contemperino adeguatamente l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime*».

A contrario, l'attività della capogruppo è legittima fin quando essa rispetta ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. Il legislatore fissa tale condizione di liceità, che discrimina tra direzione legittima ed abusiva, in termini molto ampi fino a ricomprendere tutti i possibili aspetti dell'iniziativa economica. Dottrina e giurisprudenza si sono interrogate circa

²² Non si tratta di una questione meramente teorica in quanto è frequente il controllo congiunto nei gruppi di imprese: detti anche gruppi bicefali. Ad esempio viene in mente l'organizzazione del gruppo petrolifero Shell, la quale aveva due società capogruppo: una inglese (Shell Transport and Trading Company Ltd) e una olandese (Royal Dutch) ed entrambe detenevano le partecipazioni in due sub-holding. La peculiarità di tale organizzazione consisteva nella circostanza che le quote di partecipazione delle due capogruppo erano asimmetriche, infatti la capogruppo olandese deteneva il 60% delle subholding mentre quella britannica il restante 40%.

l'adeguata interpretazione di tali principi e gli interpreti sono pressoché concordi nel mantenere distinte i requisiti di “corretta gestione societaria” rispetto a quella imprenditoriale. Infatti è di carattere recessivo la tesi che considera i due termini in rapporto di complementarità.

Per quanto riguarda la corretta gestione societaria, la norma «*richiede il rispetto sia degli obblighi generali di amministrare con diligenza e senza conflitti di interesse, sia degli obblighi specifici che la legge o lo statuto impongono agli amministratori delle società coordinate e dirette*»²³.

Sul tema è opportuno segnalare la recente sentenza della Suprema Corte, del 13 febbraio 2015, n. 2952, pronunciata relativamente alla condotta dei soci della controllante, che di fatto esercitavano i poteri di gestione delle società controllate.

La Corte ha affermato: «*In tal caso, quindi, una situazione di fatto viene a sostituire il diverso assetto prefigurato dalle regole giuridiche. Tale evenienza, d'altro canto, non può escludersi soltanto perché vengono apparentemente utilizzati strumenti propri della direzione unitaria, quali le direttive, quando in realtà il gruppo è ridotto ad un mero simulacro formale con l'integrale precostituzione delle decisioni dell'organo amministrativo della controllata, il quale agisce perciò quale mero esecutore degli ordini impartiti dagli amministratori della controllante*»²⁴.

Dunque la Cassazione ha valutato lesivo dei principi di corretta gestione societaria, lo svuotamento dei poteri di gestione a danno degli amministratori della società controllata, organo cui il diritto societario, all'art. 2380-bis c.c., affida in via esclusiva la gestione dell'impresa.

I principi di corretta gestione imprenditoriale, invece, sono volti a tutelare l'interesse, del socio della controllata ed esterno alla capogruppo, circa la redditività e il valore della partecipazione sociale, il cui pregiudizio unitamente agli altri requisiti dell'art 2497 c.c. legittima l'esercizio dell'azione di responsabilità. Il riferimento alla redditività della partecipazione può essere fuorviante in quanto con i conferimenti il socio non acquista il diritto alla redditività della stessa ma la partecipazione ai sensi dell'art 2350 c.c. «*attribuisce il diritto a una parte degli utili netti e del patrimonio netto risultante dalla liquidazione*»²⁵.

²³ G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, I, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da: P. MARCHETTI E L.A. BIANCHI E F. GHEZZI E M. NOTARI, Milano, (2012), p. 39.

²⁴ Cass., 13 febbraio 2015, n. 2952, con commento di G. SALATINO, *L'attività di direzione e coordinamento*, in *Rivista del notariato*, cit., p. 1340.

²⁵ Per alcune considerazioni critiche circa il riferimento dell'art 2497 c.c. ai concetti di “redditività” e “valore” della partecipazione sociale: G. OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Rivista di diritto civile*, (2003), 5, p. 485.

In merito al significato della corretta gestione imprenditoriale ha avuto modo di pronunciarsi il Tribunale di Palermo, con sentenza del 15 giugno 2011, il quale ha rilevato come *«costituisce condizione essenziale affinché possa sorgere la predetta responsabilità, non solo l'aver agito in situazione di conflitto di interessi ma anche il mancato rispetto dei principi di corretta gestione imprenditoriale in guisa da scardinare il necessario punto di equilibrio che deve essere perseguito, nell'esercizio dell'attività di direzione, tra il soddisfacimento degli interessi delle società controllate e di quelli della società controllante, tale da consentire la soddisfazione per tutte i soggetti coinvolti nelle operazioni realizzate»*²⁶.

Nella controversia il tribunale siciliano ha ritenuto sussistente la responsabilità della società capogruppo convenuta. La violazione della correttezza imprenditoriale si estrinsecava nella stipula di un contratto di vendita con patto di retro locazione, c.d. *sales and lease-back* contestualmente ad un preliminare di vendita immobiliare. Il giudice ha accertato che le operazioni, adottate senza una corretta valutazione della convenienza economica delle stesse, avevano avuto l'effetto di depauperare il patrimonio della società controllata attrice in giudizio.

d. La configurabilità del danno. I vantaggi compensativi

Delineato il contenuto delle condotte sanzionate ai sensi dell'art 2497 c.c. si può affermare che risponde, a titolo di responsabilità da direzione e coordinamento, la capogruppo, portatrice di interessi propri o di terzi, abbia agito in spregio dei principi di correttezza societaria e imprenditoriali e abbia, con ciò, arrecato danno alla redditività ed al valore della partecipazione. Si può dedurre dunque che il legislatore tollera atti volti al coordinamento del gruppo solo se essi sono neutri, cioè se non pregiudicano gli interessi delle altre imprese di gruppo, compresi i loro soci e creditori. Quando la gestione di gruppo si sbilancia ad esclusivo vantaggio della società che esercita la direzione, l'ordinamento reagisce e sanziona come illecita la condotta della capogruppo.

Peraltro il legislatore nell'ultima parte dell'art 2497 co.1 fornisce due esimenti alla condotta illecita della controllante, disponendo che: *«Non vi è responsabilità 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»*.

²⁶ Tribunale di Palermo, sentenza del 15 giugno 2011, con commento di: G. SALATINO, *L'attività di direzione e coordinamento*, in *Rivista del notariato*, cit., 1341.

Dunque non è illecita la condotta della capogruppo se il danno arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale risulta mancante a seguito del risultato finale del gruppo o in via sussidiaria, esso è stato integralmente rimosso in seguito ad apposite operazioni. La norma nella sua formulazione riprende la copiosa giurisprudenza, di legittimità e di merito, che si era formata relativamente ai vantaggi compensativi in epoca precedente alla riforma del diritto societario del 2003.

Volendo ripercorrere in ordine cronologico l'*iter* interpretativo che ha portato i giudici di legittimità a formulare la teoria dei vantaggi compensativi, viene in rilievo la pronuncia della Cass. del 11 marzo 1996, n. 2001. Nel caso di specie la Suprema Corte era stata chiamata a valutare la legittimità di una cessione del credito a titolo gratuito, dichiarata nulla dalla Corte di Appello di Torino in quanto irrispettosa dei requisiti formali richiesti dall'art. 782 c.c. Il giudice al fine di qualificare il negozio in termini di donazione concentra la sua analisi sull'*animus donandi*, cioè l'accettazione di un pregiudizio patrimoniale dal donante a fronte di un beneficio per il donatario.

Nel verificare la sussistenza del requisito soggettivo dello spirito di liberalità, richiesto dall'art. 769 c.c., la Corte argomenta che: *«quando l'atto viene posto in essere da una società "controllata" occorre considerare – da un lato – che essa opera sotto l'influenza dominante di un'altra società che, appunto per questo, è in grado di indirizzarne l'attività nel senso da essa voluto; dall'altro che detta società, per il fatto di essere inserita in un'aggregazione più vasta creata per esigenze obbiettive di coordinamento e razionalizzazione dell'attività imprenditrice, viene non di rado a conseguire dei vantaggi che la compensano dei pregiudizi eventualmente subiti per effetto di altre operazioni»*²⁷. Dunque la Corte non ha ritenuto di dover qualificare la cessione in termini di donazione per l'assenza dello spirito di liberalità, in quanto la società controllata cedente era portatrice di un interesse economico seppur mediato e indiretto.

A poca distanza di tempo la Suprema Corte ha avuto modo di pronunciarsi sulla legittimità di alcune fideiussioni, che le società controllate avevano rilasciato ad una banca in favore della capogruppo incaricata dello svolgimento di servizi finanziari e di tesoreria. Le società controllate eccepivano, tra i motivi di ricorso principale l'illegittimità delle fideiussioni, in quanto, data la mancanza di corrispettivo per il fideiussore, esse dovevano considerarsi alla stregua di una promessa di donazione, dunque non tollerate nell'ordinamento italiano.

²⁷ Cass. sentenza del 11 marzo 1996, n. 2001, Istituto per lo Sviluppo Immobiliare e Mobiliare s.p.a. c. Borghesia s.p.a. Con nota di: A. DACCÒ, *Osservazioni a Cass. 11 marzo 1996, n. 2001*, in *Giurisprudenza commerciale*, (1996), 5, p. 647.

La Suprema Corte con sentenza del 5 dicembre 1998, n. 12325, ha stabilito che: «*In altri termini il concetto di sinallagma non può non configurarsi in modo particolare, dovendosi tenere conto, per un verso, della logica del gruppo (che si riflette nell'attività delle singole società controllate) e, per altro verso, dell'interesse economico, che sia pure in via mediata viene a realizzare la società che assume l'obbligazione*». E rispetto al requisito dello spirito di liberalità «*il depauperamento poi non sussiste nell'ipotesi in cui, mediante l'assunzione di un impegno, la società controllata miri a conseguire un risultato rispondente ad un suo preciso interesse economico*»²⁸.

Dunque la giurisprudenza di legittimità era pressoché unanime nell'affermare che l'assenza di specifico corrispettivo nei negozi infragruppo fosse insufficiente ad affermare la natura di donazione delle operazioni e quindi la loro illegittimità in quanto al di fuori dell'oggetto sociale. Nella visione della Cassazione la carenza dell'elemento soggettivo della donazione, lo spirito di liberalità, era escluso in quanto le società controllate sono portatrice di un interesse economico proprio, cioè il conseguimento dei vantaggi che la stessa appartenenza al gruppo provoca.

Ciò che invece divideva i commentatori era la concreta configurazione del vantaggio che ha lo scopo di ripristinare il pregiudizio patrimoniale sofferto dalla società controllata. Alcuni lo quantificavano in termini strettamente quantitativi e ragionieristici, «*in modo che vi fosse una proporzionalità algebrica tra sacrificio patito dalla controllata e vantaggio conseguito*»²⁹.

I detrattori ritenevano che tale teoria comprimesse di molto l'interesse di gruppo fino ad annullarlo, in senso critico era definita “teoria dell'indennizzo”, in quanto riduceva i rapporti di gruppo ad un mero diritto di ristoro per la controllata del pregiudizio patito in forza di operazioni infragruppo.

Altra parte della dottrina abbracciava una interpretazione dei vantaggi compensativi secondo una prospettiva economico funzionale fondata «*sull'idea che la compatibilità con l'interesse sociale dell'interesse di gruppo deve valutarsi in termini di razionalità e coerenza di una singola scelta, ancorché pregiudizievole per la società che la pone in essere, rispetto ad una politica economica generale di gruppo di medio e lungo termine, da cui ragionevolmente può derivare un vantaggio alla singola società, anche su piani economici differenti, anche in*

²⁸ Cass. sentenza del 5 dicembre 1998, n. 12325 con commento di: R. ROSSOTTO E V. CRESTA, “*Direzione e coordinamento di gruppo nella riforma societaria: prime riflessioni*” in *Corriere Giuridico*, cit., p. 823.

²⁹ G. Salatino, *L'attività di direzione e coordinamento*, in *Rivista del notariato*, cit., p. 1342. Sul punto anche: F. DENOZZA, *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni “virtuali”*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2000), 3, p. 326.

momenti diversi rispetto al momento dell'operazione ed anche secondo un parametro non rigidamente proporzionale, né necessariamente quantitativo»³⁰.

Si trattava di una visione molto diversa in quanto al contrario della prima, che tendeva a valutare il pregiudizio economico relativamente alle singole operazioni, in questo caso veniva dato risalto al complessivo risultato di gruppo, ritenendo legittima l'operazione adottata dalla controllata in modo razionale secondo i classici criteri dell'agire economico.

In ossequio alla seconda tesi ha avuto modo di pronunciarsi il Tribunale di Milano, con sentenza del 22 gennaio 2001, relativamente ad un caso nel quale la capogruppo aveva omesso la ricapitalizzazione della controllata fino ha causarne il fallimento, ha stabilito che *«la verifica dell'esistenza di un bilanciamento tra vantaggio e pregiudizio deve effettuarsi attraverso un giudizio in concreto, questo deve essere svolto ex ante e non attraverso un giudizio ex post rigidamente economicistico; e se, come si è detto, le scelte gestionali non sono sindacabili dal giudice, salva l'ipotesi di manifesta irragionevolezza, anche il giudizio sulla sussistenza di un vantaggio compensativo non può che essere condotto con i criteri indicati circa le modalità delle scelte operative, proiettate, in questo caso, su criteri di ragionevole probabilità di un ristoro - che, come visto, può essere anche futuro - del pregiudizio subito»³¹.*

Dunque secondo il giudice meneghino al fine di escludere la responsabilità della capogruppo era sufficiente la prospettazione, secondo un giudizio ex-ante, di vantaggi ragionevolmente probabili per la società controllata.

Appare chiaro dunque come il legislatore con la riforma del 2003 abbia inteso dare spazio, nella nuova disciplina della direzione e coordinamento, ad entrambe le prospettazioni della dottrina. Ha previsto come prima esimente la mancanza del danno alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione, aderendo alla prospettazione economica-funzionale dei vantaggi compensativi. Mentre in via sussidiaria la capogruppo andrà indenne da responsabilità qualora abbia posto in essere specifiche operazioni volte all'integrale riparazione del danno, secondo il modello quantitativo e ragionieristico preferito dalla Corte di Cassazione.

Occorre tenere presente però che nella stessa riforma del diritto societario è emerso un ulteriore argomento a favore di una "visione allargata" dei vantaggi compensativi. Infatti il

³⁰ P. MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giurisprudenza commerciale*, (1995), 5, p. 731.

³¹ Tribunale di Milano, sentenza del 22 gennaio 2001, Fall. Zimo Explor s.r.l. c. Giacomini Marcello e altri. Con nota di G. M. ZAMPERETTI, *La responsabilità di amministratori e sindaci per "abuso di direzione unitaria"*, in *Il Fallimento*, (2001), 10, p. 1153.

legislatore delegato ha inserito con l'art. 2634 c.c. la fattispecie criminosa dell'infedeltà patrimoniale, la quale sussiste se «*gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale*».

Non può non notarsi, *prima facies*, il parallelismo tra la norma in commento e l'art. 2497 c.c.: anche in questa fattispecie sono presenti interessi esterni al rapporto sociale che lo pregiudicano dal punto di vista patrimoniale, essendo divergente solo il soggetto attivo della condotta, la capogruppo nell'ipotesi del 2497 c.c. e invece gli amministratori nell'infedeltà patrimoniale.

Ma l'elemento più interessante dell'ipotesi di reato risulta essere la causa di giustificazione prevista dal co. 3 dell'art. 2634 c.c. secondo cui «*In ogni caso 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*».

È chiaro come in tale inciso, già previsto nella legge delega n. 366 del 3 ottobre 2001 all'art. 11 punto 12, il legislatore abbia fornito una definizione particolarmente precisa dei vantaggi compensativi. Con il riferimento ai vantaggi anche solo “fondatamente prevedibili” vi è un'adesione, senza grandi riserve, alla teoria economico funzionale. «*Non risulta quindi arbitrario ritenere che entrambe le norme siano espressione della medesima ratio e che la genericità della formulazione dell'art. 2497, comma 1 possa essere utilmente precisata, ai sensi dell'art. 12, comma 2 delle disposizioni sulla legge in generale, avendo riguardo anche all'art. 2634, comma 3, c.c.*»³².

Volendo analizzare la giurisprudenza di legittimità in tema di vantaggi compensativi, successiva alla riforma del 2003, viene in rilievo la sentenza della Suprema Corte del 24 agosto 2004 n. 16707. Nel caso di specie il giudice delle leggi era chiamato a giudicare la responsabilità degli amministratori ex art. 2393 c.c. in quanto gli stessi avevano compiuto delle operazioni pregiudizievoli nei confronti della ricorrente e favore di un'altra società del gruppo.

Specificatamente si trattava di una vendita di un complesso immobiliare ad una società controllata non accompagnata da idonee garanzie per il pagamento del prezzo. La partecipazione era infine stata venduta dalla società attrice ad un valore nettamente inferiore al complesso immobiliare, ceduto e non pagato, facendo emergere il danno patrimoniale da

³² G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, I, *Commentario alla riforma delle società*, cit., 59.

essa subito. In tema di vantaggi compensativi, la Suprema Corte ha stabilito *«In un simile contesto, tuttavia, l'eventualità che un atto lesivo del patrimonio della società trovi compensazione in vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo non può essere posto in termini meramente ipotetici»*.

In questo frammento il giudice sembra rievocare una valutazione di tipo quantitativo ragionieristico, affermato nelle pronunce più risalenti, nonostante nel periodo precedente sottolinei la necessità di valutare gli atti di impresa nel loro risultato complessivo e non in riferimento alle singole operazioni. Coerentemente con le premesse la Suprema Corte conclude: *«Non può viceversa, sostenersi che la mera appartenenza della società ad un gruppo renda plausibile l'esistenza di suddetti "benefici compensativi" e che, pertanto, competa alla società la quale abbia agito contro il proprio amministratore l'onere di dimostrarne l'inesistenza»*³³. In base al *decisum* l'onere della prova in merito alla sussistenza dei vantaggi compensativi spetterebbe al convenuto, evitando all'attore danneggiato la prova negativa, dunque diabolica, circa l'insussistenza dei predetti benefici.

In senso conforme si è espressa la Suprema Corte, con sentenza del 11 dicembre 2006, n. 26325. Nel caso di specie il collegio era chiamato a valutare la legittimità del rilascio, da parte della società attrice, di una garanzia ipotecaria a favore di un'altra società del gruppo. Essa eccepiva infatti che l'atto fosse stato compiuto a titolo gratuito e dunque al di fuori dell'oggetto sociale.

La Corte nel valutare la sussistenza dei vantaggi compensativi ha affermato *«Si è, tuttavia, sottolineato che l'eventualità che un atto lesivo del patrimonio della società trovi compensazione nei vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo non può essere posta in termini meramente ipotetici. Occorre che chi invoca la legittimità dell'atto, sia al fine di escluderne la responsabilità per il proprio operato sia al fine di affermarne la legittimità sul piano dei limiti imposti dall'oggetto sociale, ne fornisca la prova, senza potersi limitare ad allegare la fumosa esistenza di vantaggi compensativi in nome della comune appartenenza delle società al gruppo»*³⁴.

Il giudice perciò si è espresso in senso favorevole alla società ricorrente, in quanto la delibera che autorizzava al rilascio della garanzia motivava l'operazione esclusivamente in merito all'interesse economico della società beneficiaria, senza fare riferimento al concreto vantaggio economico che la società garante avrebbe ricevuto.

³³ Cass. sentenza del 24 agosto 2004, n. 16707, con nota di: G. CIAMPOLI, *I "vantaggi compensativi" nei gruppi di società*, in *Le Società*, (2005), 2, p. 164.

³⁴ Cass. sentenza del 11 dicembre 2006, n. 26325, in G. SALATINO, *L'attività di direzione e coordinamento*, in *Rivista del notariato*, cit., p. 1343.

Sembra essersi uniformato, all'interpretazione ragionieristica quantitativa circa la sussistenza dei vantaggi compensativi, anche il Tribunale di Milano, le cui pronunce passate invece tendevano verso una visione economico funzionale. Infatti con la sentenza del 2 febbraio 2012 ha stabilito: «*La norma – art. 2497 c.c. - va invece letta nel suo complesso come concessiva della possibilità che la controllante agisca anche nell'esclusivo interesse proprio, purché non rechi danno alle controllate o i danni causati siano adeguatamente compensati, sicché, l'attività di coordinamento dia, per le controllate, un risultato almeno neutro*»³⁵.

Il caso di specie riguardava un finanziamento, concesso dalla società controllata alla controllante, pregiudizievole in quanto a dire della società ricorrente concesso a condizioni inferiori rispetto a quelle di mercato. Il giudice ha respinto la responsabilità della società controllante ex art. 2497 c.c. in quanto ha verificato che le condizioni del prestito non erano inferiori agli indici di mercato e allo stesso tempo gli utili della società controllata avevano avuto un consistente aumento negli esercizi successivi all'entrata nel gruppo.

e. La natura aquiliana o contrattuale della responsabilità ex art. 2497 c.c.

Il dibattito circa la natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità della società controllante nei confronti dei soci e dei creditori della controllata appassionava i commentatori da prima della riforma societaria del 2003. In precedenza il principale riferimento normativo era l'art. 90 del d.lgs. del 8 luglio 1999 n. 270, il quale all'interno della disciplina dell'amministrazione straordinaria prevedeva la responsabilità degli amministratori che abusavano della direzione unitaria. La responsabilità da direzione unitaria veniva ricostruita come violazione dell'obbligo generale di *neminem ledere*, dunque in termini di responsabilità da fatto illecito, ex art. 2043 c.c., nella particolare forma della «responsabilità dei padroni e dei committenti», prevista dall'art 2049 c.c.³⁶

L'intervento del D.lgs. n. 6 del 2003 non è stato dirimente sul punto, in quanto non fornisce alcuna specifica delucidazione circa la natura della responsabilità ai sensi del nuovo art. 2497 c.c. Occorre però sottolineare che quest'ultima disposizione ha portata differente rispetto alla disciplina dell'art 90 del D.lgs. n. 270 del 1999: la prima infatti sanziona la condotta della

³⁵ Tribunale di Milano, sentenza del 2 febbraio 2012, Soc. Gavazzi e Averla c. Rotelli e altro. Con commento di: S. MADDALUNO, *Dieci anni di giurisprudenza sulla "direzione e coordinamento" di società* in *Giurisprudenza commerciale*, cit., p. 755

³⁶ In questo senso in dottrina: P.G. JAEGER, *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria*, in *Giurisprudenza Commerciale*, (1981), 4, p. 420ss. In senso conforme la giurisprudenza di merito: Tribunale di Orvieto, sentenza del 4 novembre 1987, in *Giur.it.*, I, (1998), p. 501 e Tribunale di Alba, 25 gennaio 1995, in *Le Società*, (1995), p. 1073.

società che abbia abusato della direzione unitaria mentre la seconda regola la responsabilità degli amministratori. Per tali ragioni le discussioni rispetto alla natura della responsabilità da direzione e coordinamento rimangono attuali, nonostante vada segnalato fin d'ora che la portata contrattuale della responsabilità ex art. 2497 c.c. risulta minoritaria, ma sebbene minoritaria le sarà concesso adeguato spazio nel prosieguo della trattazione.

A favore della natura aquiliana della responsabilità ex art. 2497 c.c. vi è sicuramente il dato letterale della norma che costruisce la fattispecie secondo gli elementi costitutivi della responsabilità extracontrattuale *«individuando la condotta illecita nell'atto compiuto in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale; il "danno ingiusto" nel pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale (per i soci) e nella lesione dell'integrità del patrimonio della società (per i creditori); e usando, per fare riferimento al nesso causale, lo stesso verbo ("cagionare") impiegato nell'art 2043 c.c.»*³⁷.

In questo senso sembra muoversi la giurisprudenza di merito, salvo alcune pronunce isolate. Per esempio il Tribunale di Napoli si è pronunciato, con decreto del 28 maggio 2008, valutando l'azione di responsabilità proposta dal curatore, legittimato ai sensi del comma 4 dell'art. 2497 c.c., nei confronti di tre fratelli costituenti, a dire della parte attrice, una holding di fatto, la quale aveva pregiudicato l'integrità del patrimonio sociale utilizzando la società eterodiretta, poi fallita, a fini assolutamente extrasociali. *«In relazione ai creditori delle controllate le società o gli enti che abusino dell'attività di direzione e coordinamento rispondono della "lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società", ossia all'aspettativa di prestazione dei creditori sociali. Ciò che l'holder cagiona, determinando la lesione dell'integrità del patrimonio sociale, è il pregiudizio della garanzia patrimoniale dei creditori sociali, che corrisponde alla nozione di danno ingiusto assunta dall'art. 2043 c.c.»*³⁸.

Nel caso di specie il giudice partenopeo ha respinto la prospettazione della parte attrice che aveva qualificato la responsabilità della controllante in termini contrattuali, adducendo a sostegno l'ultimo inciso dell'art. 1173 c.c. Il curatore ha visto rigettata la sua domanda in quanto non sono stati ritenuti sufficientemente provati: la condotta dannosa, il nesso di causalità tra condotta e danno e il preciso ammontare dello stesso, in quanto esso si era limitato ad allegare l'importo del passivo fallimentare. Questa pronuncia dimostra come la corretta qualificazione della responsabilità da abusiva direzione e coordinamento non sia un

³⁷ G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, I, *Commentario alla riforma delle società*, cit., 59.

³⁸ Tribunale di Napoli, decreto del 28 maggio 2008, in *Foro it.*, I, (2009), p. 1960. Con nota di: G. SBISÀ, *Sulla natura della responsabilità da direzione e coordinamento di società*, in *Contratto e impresa*, (2009), 4-5, p. 813.

problema meramente teorico, ma abbia tali risvolti probatori tali da poter orientare il contenuto della decisione.

Della stessa opinione il Tribunale di Pescara, pronunciato con sentenza del 3 febbraio del 2009. Il tribunale abruzzese era stato chiamato ad accertare la sussistenza della responsabilità ex art. 2497 c.c. dovuta a dei contratti ripetuti di affiliazione commerciale (*franchising*). Gli attori, soci della società affiliata (*franchisee*), sostenevano che nel tempo in tali accordi fossero state inserite delle clausole vessatorie e irragionevoli, al fine preordinato di creare un pregiudizio al valore della partecipazione sociale e di consentire l'acquisizione della stessa, da parte dell'affiliante (*franchisor*), a prezzo "di saldo".

La corte, argomentando in merito alla natura extracontrattuale della responsabilità ex art. 2497 c.c., rileva che i presupposti della norma «*tipizzano quindi con evidenza una ipotesi di fatto illecito ex art. 2043 e segg. c.c., il quale si risolve - in tutte le forme codificate nel nostro ordinamento civile - nella descrizione di un nesso, che leghi storicamente un evento dannoso (nella specie la lesione della redditività e del valore della partecipazione sociale della società "controllata) ad un soggetto (il controllante) chiamato a risponderne sulla base di una condotta antigiuridica (nella specie, l'aver perseguito un interesse proprio violando i principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale della controllata)*».

L'organo giudicante inoltre rileva, con un argomento che va oltre il caso di specie, come la condotta sanzionata ai fini della responsabilità per abusiva direzione si atteggi come illecito permanente, in quanto composta da una pluralità di atti consequenziali alla produzione e all'aggravamento del danno. Dunque ai fini della prescrizione del diritto al risarcimento del danno «*ne consegue che il diritto stesso si prescrive per il periodo anteriore al quinquennio dalla domanda giudiziale o dall'atto di messa in mora*»³⁹.

Se si aderisce alla tesi extracontrattuale della responsabilità da direzione e coordinamento gli elementi costitutivi della fattispecie risultano essere: 1) la condotta illecita, per aver esercitato l'attività di eterodirezione nell'interesse proprio o altrui e in violazione dei principi di corretta gestione; 2) il danno derivante dalla lesione alla redditività o al valore della partecipazione sociale (per i soci) o all'integrità patrimoniale della società eterodiretta; 3) il nesso di causalità tra condotta illecita e pregiudizio patrimoniale. In ossequio all'art. 2497 c.c., i soci o i creditori della società controllata, attori in giudizio dovranno fornire prova dei suddetti elementi, mentre la capogruppo convenuta dovrà fornire prova contraria dei presupposti della

³⁹ Tribunale di Pescara, sentenza del 23 febbraio 2009, in *Riv. dir. priv.*, II, (2009), p. 115. Con commento di S. MADDALUNO, *Dieci anni di giurisprudenza sulla "direzione e coordinamento" di società* in *Giurisprudenza commerciale*, cit., p. 747.

fattispecie o la prova positiva dell'insussistenza del danno, in quanto compensato dal risultato complessivo di gruppo o per mezzo di apposite operazioni.

Relativamente alla distribuzione dell'onere della prova si innesta la teoria contrattualistica, i cui sostenitori argomentano che tale interpretazione della responsabilità ex art. 2497 c.c. renda meno gravoso l'onere della prova per la parte attrice: essa dovrebbe limitarsi a provare la fonte del rapporto obbligatorio, l'attività di direzione e coordinamento, e l'esistenza del danno. Mentre in ipotesi di responsabilità extracontrattuale dovrebbe fornire ulteriori prove circa le specifiche ingerenze nella gestione, l'elemento soggettivo della condotta e il nesso di causalità.

La teoria contrattualistica fonda le sue radici nel dato letterale dell'art. 2497 co.1 c.c., il quale fa riferimento al criterio generale di "correttezza" della gestione imprenditoriale e societaria della capogruppo. Questa formula è usata molto spesso dal legislatore con riferimento a rapporti di natura obbligatoria, come ad esempio all'art. 1175 c.c. in merito alle obbligazioni in generale e agli artt. 1337 e 1358 c.c. rispettivamente riferiti alla condotta in sede di trattative e di pendenza della condizione nei rapporti contrattuali.

Inoltre questa parte della dottrina argomenta che le obbligazioni non derivano soltanto da contratto ma anche da «*da ogni altro fatto idoneo a produrle*», come disposto dall'art.1173 c.c. «*Ne discende che la violazione degli obblighi di corretta gestione costituisce inadempimento ad obblighi di comportamento e implica, perciò, una responsabilità contrattuale*»⁴⁰.

A sostegno di tale teoria viene addotta la pronuncia del Tribunale di Milano, 22 gennaio 2001, il quale ricostruendo la natura dei rapporti tra società controllante e controllata, afferma «*La società controllante quando esercita la direzione unitaria si pone in un rapporto di relazione soggettiva con la società controllata e si assume l'obbligazione di realizzare l'interesse del gruppo tramite la realizzazione degli interessi delle società controllate. La controllante che si assume la direzione unitaria è tenuta alla osservanza di precisi doveri di correttezza nei confronti della controllata, doveri cui corrispondono delle vere e proprie obbligazioni coercibili (si pensi alla doglianza correlata al mancato esercizio di una politica di gruppo), che possono risultare inadempite o perché non attuate o perché attuate male, quando la direzione unitaria viene esercitata abusivamente*»⁴¹. Occorre però rilevare che tale pronuncia, intervenuta prima della riforma societaria, non calza propriamente al dubbio interpretativo in

⁴⁰ R. RORDORF, *I gruppi di società nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, (2004), p. 545.

⁴¹ Tribunale di Milano, sentenza del 22 gennaio 2001, con nota di: G. M. ZAMPERETTI, *La responsabilità di amministratori e sindaci per "abuso di direzione unitaria"*, in *Il Fallimento*, (2001), 10, p. 1155.

commento, in quanto essa analizza i rapporti tra controllante e controllata mentre la disposizione di cui all'art. 2497 c.c. disciplina l'azione di responsabilità dei soci e dei creditori della società controllata nei confronti della controllata.

Al fine di confutare la teoria contrattualistica della responsabilità ex art. 2497 c.c. possono muoversi diverse contestazioni. Innanzitutto l'incoerenza logica del percorso argomentativo, in quanto esso parte dagli effetti probatori che tale interpretazione potrebbe comportare ed al fine di ottenere determinati effetti si cerca di forzare il dato normativo, che configura abbastanza chiaramente la fattispecie in termini di responsabilità da fatto illecito.

Non appare neanche risolutivo il riferimento all'obbligo generale di correttezza, in quanto nel disciplinare i rapporti obbligatori, il legislatore lo utilizza nella sua declinazione positiva, mentre nell'art. 2497 c.c. si tratta di una formula negativa, la cui violazione contrassegna la natura illecita della condotta.

Non convince neanche il rinvio all'ultimo inciso dell'art 1173 c.c. che identifica tra le fonti dell'obbligazione «ogni atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico». Nell'interpretazione di questa norma occorre tenere in considerazione la pronuncia della Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 26 giugno 2007 n. 14712, le quali hanno stabilito, circa corretta qualificazione della responsabilità contrattuale, si tratti di ipotesi «inadempimento di uno specifico obbligo giuridico già preesistente e volontariamente assunto nei confronti un determinato soggetto (o di una determinata cerchia di soggetti)»⁴².

Alla luce della ricostruzione operata dalle Sezioni Unite è chiaro come la disposizione dell'art. 2497 c.c. esuli dalla responsabilità contrattuale, in quanto la società capogruppo non assume alcune obbligo volontariamente nei confronti dei soci e dei creditori della controllata, in quanto essi sono terzi nei rapporti tra controllante e controllata e in quanto soggetti terzi vengono tutelati di fronte ai comportamenti opportunistici della holding controllante. Dati i suddetti rilievi sembra corretto aderire senza grosse remore, così come d'altronde fa gran parte della giurisprudenza di merito, all'interpretazione della responsabilità da attività di direzione e coordinamento in termini di responsabilità aquiliana.

f. La responsabilità solidale di chi ha preso parte al fatto lesivo o ne ha tratto vantaggio

Il secondo comma dell'art. 2497 c.c. pone un'ulteriore garanzia a vantaggio dei soci e dei creditori della società controllate, i quali abbiano visto pregiudicate le proprie ragioni in forza

⁴² Cass. sez. un., sentenza del 26 giugno 2007, n. 14712, in *Foro italiano*, (2008), p. 2976.

di un'illecita attività di direzione e coordinamento. Infatti *«risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio»*. La disposizione, formulata in termini volutamente ampi, estende la responsabilità ben oltre la società capogruppo arrivando a ricomprendere tutti i partecipanti al fatto lesivo, a condizione che la loro condotta abbia avuto un'efficienza causale, cioè abbia effettivamente concorso alla realizzazione del fatto lesivo.

Analizzando le possibili ipotesi di concorrenti nell'illecito, viene in rilievo il ruolo degli organi della società capogruppo. Di frequente è rinvenibile una loro responsabilità, in quanto sono essi stessi nell'esercizio dei poteri di gestione ad impartire le direttive alle società di gruppo. Si potrebbe addirittura configurare la responsabilità dell'intero consiglio di amministrazione nell'ipotesi in cui la direttiva illecita sia stata adottata con deliberazione collegiale (in mancanza di astensioni o voti contrari). Così come possono essere chiamati a rispondere i membri dell'organo di controllo della capogruppo qualora non abbiano adempiuto ai doveri previsti dall'art. 2403 c.c. In questo caso inoltre il requisito dell'efficienza causale della condotta dei sindaci sembra essere preconstituito dal secondo comma dell'art. 2407 c.c. il quale fissa la regola generale della responsabilità solidale dei sindaci per fatto degli amministratori qualora *«il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica»*. Dunque una responsabilità in ogni caso dovuta ad un comportamento omissivo.

Non andranno presumibilmente immuni da responsabilità gli amministratori della società eterodiretta, in quanto da essi dipende l'effettiva esecuzione della direttiva pregiudizievole. Infatti l'appartenenza ad un gruppo non è circostanza tale da svuotare l'organo amministrativo dei poteri gestori, che sono affidati loro in via esclusiva ai sensi dell'art. 2380-bis c.c. In questo caso potrà fungere da esimente per gli amministratori il corretto adempimento degli obblighi di motivazione previsti dall'art. 2497-ter c.c. Così come, anche per i sindaci della società eterodiretta, varranno le considerazioni svolte in precedenza relativamente agli artt. 2403 e 2407 co. 2 c.c.

Non bisogna incorrere però nell'errore di considerare possibili concorrenti nel fatto illecito esclusivamente coloro che si trovano in rapporto organico con le società del gruppo. Infatti ben potrebbero essere chiamati a rispondere ex art. 2497 co. 2 c.c. soggetti esterni, quali ad esempio una banca o un consulente, che abbiano dato con la loro condotta, un effettivo apporto causale al verificarsi dell'evento dannoso.

Sul punto si è pronunciato, ad esempio, il Tribunale di Roma, con sentenza del 5 febbraio 2008 nel famoso caso Cirio, nonostante si tratti di una pronuncia intervenuta nel 2008, cui

non era possibile applicare la disciplina degli artt. 2497 ss. c.c., in quanto i fatti si riferivano ad un periodo antecedente all'entrata in vigore della riforma. Il commissario straordinario di Cirio S.p.A. aveva esercitato l'azione di responsabilità nei confronti del precedente amministratore, il quale, coadiuvato da un istituto di credito in qualità di *advisor*, aveva posto in essere, sistematicamente, atti volti al trasferimento di risorse e partecipazioni a favore della controllante estera.

Il giudice, dopo aver valutato in senso positivo la responsabilità dell'amministratore, ha analizzato le responsabilità della banca. Essa aveva concorso «*con piena consapevolezza*» alle operazioni che avevano cagionato il fatto lesivo, dunque il tribunale ritiene «*che sia conseguentemente obbligata, in solido con il C. – l'amministratore –, al risarcimento dei danni subiti dalla Cirio S.p.A. a causa di tali illegittimi comportamenti ai sensi dell'art. 2055 c.c., a norma del quale "se il fatto dannoso è imputabile a più persone tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno"*»⁴³. Dunque nonostante non vi sia stata, *rationes temporis*, l'applicazione del comma secondo dell'art. 2497 c.c. l'organo giudicante ha fornito una pronuncia conforme alla norma facendo applicazione della regola generale di responsabilità solidale nell'illecito ex art. 2055 c.c.

In una pronuncia più recente invece il Tribunale di Prato è stato chiamato a valutare la responsabilità degli amministratori della società capogruppo ex art. 2497 co. 2 c.c., in quanto essi nell'attività di direzione e coordinamento avevano omesso di procedere alla ricapitalizzazione della società attrice, come prescritto dall'art. 2447 c.c., limitandosi al rilascio di garanzie a favore della controllata che poi era fallita.

Con sentenza del 25 settembre 2012, il giudice toscano ha stabilito che, ai fini della responsabilità di coloro che hanno concorso nel fatto lesivo, ai sensi dell'art. 2497 co.2 c.c., «*non può essere ancorata alla mera appartenenza all'organo amministrativo, ma richiede un quid pluris di natura oggettiva (che possa portare ad affermare che quel soggetto ha preso parte al fatto lesivo) e soggettiva (che porti ad affermare che tale condotta è connotata da un coefficiente soggettivo quanto meno colposo)*»⁴⁴.

Il Tribunale di Prato, preoccupato dal rischio che una scorretta interpretazione della norma sfociasse in una ipotesi di responsabilità oggettiva per il solo fatto di prendere parte all'organo amministrativo, si è preoccupato di precisare che la responsabilità solidale del concorrente

⁴³ Tribunale di Roma, sentenza del 5 febbraio 2008, Cirio Finanziaria S.p.a in amministrazione straordinaria c. C., Capitalia S.p.A. ed altri. Con nota di: V. SCOGNAMILGLIO, *Vantaggi compensativi nei gruppi di società*, in *Le Società*, (2009), 4, p. 496.

⁴⁴ Tribunale di Prato, sentenza del 25 settembre 2012. Con commento di: S. MADDALUNO, *Dieci anni di giurisprudenza sulla "direzione e coordinamento" di società* in *Giurisprudenza commerciale*, cit., 757.

potrà essere accertata, solo ove vi sia la prova nei suoi confronti circa gli elementi costitutivi, sia oggettivi che soggettivi, della responsabilità extracontrattuale.

La formulazione del secondo comma dell'art. 2497 c.c. pone un'ulteriore questione interpretativa, infatti la portata letterale della norma fa riferimento a «*chi ha concorso nel fatto lesivo*», termine che il legislatore utilizza generalmente per ricomprendere anche le persone fisiche. Nel comma precedente però sono «le società o gli enti» che esercitano l'attività di direzione e coordinamento, facendo pensare che sia attività riservata alle sole persone giuridiche. Questa discrasia normativa fa riemergere il dubbio in merito alla configurabilità della holding personale, cioè il gruppo di imprese al cui vertice è posta una persona fisica.

Bisogna considerare che, prima dell'intervento normativo del D.lgs. n.6 del 2003, la giurisprudenza era pressoché concorde nell'ammettere la configurabilità della holding individuale⁴⁵. Anche la formulazione della riforma approvata dal Consiglio dei Ministri nel primo comma dell'art. 2497 c.c. faceva riferimento a «*chi a qualunque titolo*» come soggetto attivo della direzione unitaria, dunque attività che poteva essere esercitata pacificamente dal singolo individuo. Nella stesura finale l'inciso è stato sostituito con «*le società o gli enti*», ed a conferma della volontà del legislatore con il D.lgs. del 2004 n. 37, sono stati espunti dalla disciplina i riferimenti ad un esercizio individuale dell'attività di direzione.

In senso contrario si è espresso recentemente il Tribunale di Roma, con sentenza del 21 novembre 2011, il quale è stato chiamato a valutare il fallimento di una società di fatto composta dai soci illimitatamente responsabili di un gruppo di imprese che aveva esercitato (in mancanza della necessaria autorizzazione) l'attività di raccolta e gestione del risparmio. L'abusivo esercizio di attività di direzione e coordinamento era consistita nell'inoltro, da parte dei soci illimitatamente responsabili, di missive agli investitori e la costante spendita del nome del gruppo di imprese, italiane o estere.

Gli atti in questione erano preordinati a conseguire il disegno fraudolento noto come “schema Ponzi”, consistente nel fittizio investimento degli apporti fatti degli investitori, somme utilizzate invece al fine di creare la provvista per far fronte alle istanze di rimborso dei clienti. Alcuni dei quali destinati a rimanere, per forza di cose, insoddisfatti dato che le somme non venivano investite in beni fruttiferi. Disegno fraudolento che si era effettivamente realizzato lasciando insoddisfatti, come accertato in sede fallimentare, circa 1500 creditori.

⁴⁵ Ad esempio: Tribunale di Roma, sentenza del 15 marzo 1980, in *Giurisprudenza commerciale*, (1980), 2, p. 958. La corte aveva riconosciuto l'esistenza della holding di fatto composta dai fratelli Caltagirone.

Nel valutare la responsabilità dei soci illimitatamente responsabili il collegio affermò «*che non sussistono ragioni ostative – fattuali o giuridiche – alla configurabilità di un potere direzionale in capo ad una o più persone fisiche atteso che il concetto di direzione unitaria consente di identificare fenomeni di gruppo ulteriori rispetto a quelli identificabili in base agli estremi del controllo azionario e contrattuale*»⁴⁶. L'organo giudicante coerentemente con tale premessa ha dichiarato il fallimento dei soci illimitatamente responsabili unitamente alle società del gruppo utilizzate per la frode.

g. La responsabilità sussidiaria della capogruppo ai sensi dell'art. 2497 co.3 c.c.

Il terzo comma dell'art. 2497 c.c. stabilisce «*Il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento*». Il dato letterale sembra suggerire la responsabilità sussidiaria della società capogruppo, responsabile nel caso in cui i creditori e i soci della società eterodiretta siano rimasti insoddisfatti, in coerenza con l'autonomia soggettiva tra le società appartenenti allo stesso gruppo.

La disposizione sembra inoltre implicitamente escludere la legittimazione attiva della società eterodiretta all'azione di responsabilità ex art. 2497 c.c., in quanto sembra essere essa stessa la legittimata passiva in via principale, data la natura sussidiaria della responsabilità della capogruppo.

L'interpretazione del terzo comma dell'art. 2497 c.c. è tutt'altro che pacifica in dottrina e giurisprudenza: le prassi interpretative sviluppatesi a seguito della riforma possono essere sintetizzate in tre teorie. La prima che individua, nel frammento di disposizione, un onere di preventiva escussione della società eterodiretta; la seconda che degrada la portata dell'obbligo ad una condizione per l'esercizio dell'azione di responsabilità; la terza invece che fa riferimento ad un semplice *beneficium ordinis*.

La teoria che vede nel comma terzo un onere di preventiva escussione⁴⁷ è sicuramente la più rigida rispetto alla posizione della società eterodiretta. Essa, dopo aver subito un pregiudizio al valore della partecipazione, si troverebbe a dover resistere contro l'azione di responsabilità esperita nei suoi confronti, quale condizione di ammissibilità di un'ulteriore azione nei

⁴⁶ Tribunale di Roma, sentenza del 21 novembre 2011, con commento di: S. SILVESTRINI, *La legittimazione attiva e passiva nell'azione di responsabilità per scorretto esercizio dell'attività di direzione e coordinamento*, in *Le Società*, (2013), 8-9, p. 934.

⁴⁷In questo senso ad esempio: F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario Scialoja – Branca, Commento all'art. 2497-ter c.c.*, Bologna – Roma, (2005), p. 234.

confronti della società capogruppo. A sostegno di questa tesi si è pronunciato il Tribunale di Palermo del 3 giugno 2010 in questi termini: «*va sottolineato, altresì, che si è, comunque, in presenza di una responsabilità “di regresso”, in quanto i soci delle controllate e i creditori sociali hanno diritto a rivalersi sul soggetto che esercita l'attività solo se hanno visto negate le loro pretese dalla società assoggettata a direzione e coordinamento*»⁴⁸.

L'onere di preventiva escussione, affermato nel provvedimento precedente e rimasto perlopiù isolato, ha trovato ulteriore seguito nella giurisprudenza di merito. In tempi più recenti si è espresso il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, con sentenza del 16 aprile 2013. Il collegio ha riconosciuto la portata innovativa ed eccezionale della norma in quanto consente a soggetti esterni (creditori e soci della società eterodiretta) di agire nei confronti della società capogruppo. L'organo giudicante ha ritenuto che con la disposizione in commento il legislatore abbia inteso contemperare gli interessi dei terzi (creditori e soci della società eterodiretta) nei confronti della capogruppo e d'altro canto le ragioni dei soci e dei creditori della stessa capogruppo, i quali sono portatori dell'interesse contrario che il patrimonio della società holding non venga depauperato in forza della responsabilità obblighi assunti da enti terzi (le società controllate).

Dunque ad opinione della corte «*il rilevato carattere vincolante della norma in questione impone, alla parte, soci o creditori della società controllata, che voglia far valere la propria posizione societaria o creditoria, l'onere di esercitare l'azione risarcitoria previamente nei confronti della stessa società controllata e solo all'esito di una infruttuosa azione rivalersi nei confronti della società che esercita la direzione e il controllo della società medesima*»⁴⁹.

La suddetta tesi non convince in quanto pone su un piano particolarmente deteriore le sorti della società eterodiretta, che è danneggiata in via immediata del comportamento illecito della società controllante. Se si seguisse questa interpretazione si troverebbe nella “scomoda situazione” di dover ristorare i suoi soci e i creditori di un danno che la stessa ha subito. In secondo luogo è palese come tale soluzione riduca fino quasi ad annullare la responsabilità della capogruppo e pregiudichi le ragioni dei legittimati attivi, i quali prima di esperire validamente l'azione nei confronti della capogruppo sarebbero costretti ad un'infruttuosa azione nei confronti della società controllata.

⁴⁸ Tribunale di Palermo, sentenza 3 giugno 2010, in *Foro italiano*, (2011), 1, p. 931.

⁴⁹ Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, sentenza del 16 aprile 2013, con commento di: S. MADDALUNO, *Dieci anni di giurisprudenza sulla "direzione e coordinamento" di società* in *Giurisprudenza commerciale*, cit., p. 759.

La seconda teoria ermeneutica⁵⁰ invece interpreta l'inciso dell'articolo 2497 co.3 c.c. nel senso che il legislatore avrebbe posto una condizione per l'esercizio dell'azione, il cui mancato rispetto comporterebbe l'inammissibilità dell'azione diretta, *tout court*, nei confronti della holding capogruppo. Secondo tale tesi sarebbe ammissibile l'azione di responsabilità nei confronti della capogruppo, qualora la parte attrice fornisca prova di aver preventivamente richiesto, quantomeno in via stragiudiziale, l'adempimento da parte della società eterodiretta. La ricostruzione interpretativa in commento ha trovato la recente adesione della Corte di Cassazione, che con sentenza del 12 giugno 2015, ha rilevato come «*la piana lettura del comma terzo – dell'art. 2497 c.c. – induce piuttosto a ritenere che con tale norma si sia dettata esclusivamente una condizione di ammissibilità dell'azione di responsabilità prevista nel primo comma verso i creditori della società eterodiretta, peraltro secondo un ordine di concetti che, anche qui, non dissimile da quello che appare sotteso al disposto dell'art. 2394 comma secondo c.c.*»⁵¹.

Dunque la Suprema Corte ha risolto il dubbio mediante l'interpretazione analogica, ritenendo valide ai fini dell'interpretazione dell'art. 2497 co. 3, le considerazioni in merito all'art. 2394 c.c. La norma disciplina l'azione di responsabilità dei creditori sociali nei confronti degli amministratori, considerando la stessa ammissibile «*quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti*».

Infine la terza ipotesi esclude che il disposto del terzo comma dell'art. 2497 c.c. costituisca una condizione per l'esercizio dell'azione, la cui mancanza comporterebbe l'inammissibilità dell'azione di responsabilità. Secondo tale teoria⁵², con la norma in esame, il legislatore avrebbe inserito un mero onere di preventiva richiesta nei confronti della società controllata. È chiaro come tale ricostruzione è quella che tutela in modo più marcato gli interessi dei soci e creditori della società controllata a scapito di quelli della società capogruppo.

Tale percorso ermeneutico ha trovato riscontro nella sentenza del Tribunale di Milano del 17 giugno 2011. In questo caso la società eterodiretta era stata chiamata in causa (insieme alla controllante) da un proprio socio ai sensi del terzo comma dell'art. 2497 c.c., la stessa aveva eccepito la carenza di legittimazione passiva adducendo la propria posizione di danneggiata dall'illecito e la circostanza che, nel caso in cui fosse stata condannata, avrebbe subito un doppio depauperamento patrimoniale. Il giudice, valutando l'eccezione della società

⁵⁰ *Ex multis*: E. MARCHISIO, *Note sulle azioni di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Rivista del diritto commerciale*, 2008, p. 225.

⁵¹ Corte di Cassazione, sentenza del 12 giugno 2015, n. 12254, con commento di: G. SALATINO, *L'attività di direzione e coordinamento*, in *Rivista del notariato*, cit., p. 1347.

⁵² Cfr. M. R. COVELLI, *Direzione e coordinamento di società*, in *Codice commentato delle società*, a cura di Bonfante - Corapi - Marziale - Rordorf - Salafia, Milano, (2007), p. 1371.

eterodiretta convenuta, ha osservato come «*la norma deve essere interpretata semplicemente in senso letterale: un onere di richiesta di soddisfazione, posto in capo al socio (e al creditore), che ben può essere assolto anche citando in giudizio la società controllata in chiave di denuntiatio litis volta a stimolarla all'azione verso la controllante, verso gli amministratori di quella e verso i propri amministratori; la mancata soddisfazione consente loro di agire verso la holding senza che sia previsto in alcun modo che essi debbano (né che possano) agire previamente verso la loro società o, addirittura, escuterla infruttuosamente*»⁵³.

In coerenza con le suddette premesse il collegio ha accolto l'eccezione della società eterodiretta e ha dichiarato irricevibile l'azione, proposta nei suoi confronti ai sensi dell'art. 2497 co.3 cc., per carenza di legittimazione passiva.

3. Gli oneri informativi

a. L'indicazione della società capogruppo negli atti e nella corrispondenza e la sezione speciale del registro delle imprese

Il presupposto che consente ai soggetti terzi, creditori o soci, di reagire ad un abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento con gli strumenti approntati dalla riforma del diritto societario del 2003, è l'effettiva conoscenza dell'attività di direzione unitaria. Dunque fin dalla legge delega del 3 ottobre 2001, n. 366 il legislatore esplicitò l'esigenza che la disciplina dei gruppi seguisse i «*principi di trasparenza*» e prevedesse «*forme di pubblicità dell'appartenenza al gruppo*»⁵⁴.

Il D.lgs. n. 6 del 2003 ha ottemperato alle prescrizioni della legge delega introducendo l'art. 2497-bis c.c., il quale prevede quattro diversi oneri pubblicitari nei confronti della società eterodiretta. In primo luogo la menzione del soggetto che svolge direzione e coordinamento negli atti e nella corrispondenza; l'iscrizione di tale circostanza in apposita sezione del registro delle imprese; l'inserimento in nota integrativa dei dati essenziali del bilancio della capogruppo; infine l'indicazione nella relazione sulla gestione dei rapporti intercorsi con la società capogruppo e le altre società cd. figlie.

⁵³ Tribunale di Milano, sentenza del 17 giugno 2011, P. R. c. Hall 41 s.r.l. e altri. Con nota di H. SIMONETTI, *Natura e condizioni dell'azione di responsabilità nei confronti della capogruppo*, in *Le Società*, (2012), 3, p. 260.

⁵⁴ Legge 3 ottobre 2001, n. 366, *Delega al Governo per la riforma del diritto societario*, art. 10, comma 1, lett. a) e c).

Iniziando ad analizzare il contenuto dell'art 2497-bis c.c. al primo comma impone alla società eterodiretta *«di indicare la società o l'ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta negli atti e nella corrispondenza»*. I dubbi interpretativi riguardano il contenuto di tale prescrizione e il tipo di atti in cui deve essere esplicitato. Riguardo al primo profilo si ritiene che possa essere sufficiente l'indicazione sintetica dell'appartenenza al gruppo purché essa sia *«univoca e sufficientemente caratterizzante, tale da non lasciare dubbi interpretativi circa l'individuazione della capogruppo»*⁵⁵. Mentre riguardo alle categorie di atti sottoposti al regime di pubblicità dell'art. 2497-bis co. 1, vi rientrano sicuramente gli atti interni con rilevanza esterna, come ad esempio le delibere, viceversa dovrebbero essere esclusi i contratti conclusi dalla società eterodiretta, in quanto non sono atti in senso stretto, ma una prassi prudenziale abbastanza diffusa tende ad includere anch'essi negli atti sottoposti al particolare regime di "pubblicità di gruppo".

Il secondo inciso dell'art. 2497-bis co. 1 c.c. impone inoltre di dare evidenza dell'eterodirezione nell'apposita sezione del registro delle imprese, a tal fine infatti ai sensi del secondo comma *«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»*. Questa è sicuramente la disposizione che ha lasciato maggiormente perplessi gli interpreti.

In via preliminare si può notare come la norma difetti di coordinamento con l'evoluzione della disciplina della pubblicità commerciale, che tende verso la soppressione delle sezioni speciali nel registro delle imprese. Infatti *«non si comprende perché di tale vincolo debba farsi separata menzione in apposita sezione del registro delle imprese, e non invece debba costituire un "dato" da inserire nella iscrizione relativa, alla società controllante e alla controllata»*⁵⁶.

Ulteriori dubbi riguardano la cerchia di soggetti a cui tale obbligo si riferisce, in quanto il dato letterale sembra riferirsi soltanto gli amministratori della società soggetta a direzione e coordinamento. Ci si è chiesti dunque se tale adempimento possa coinvolgere gli amministratori della capogruppo. In senso positivo la circolare del Ministero delle attività produttive, del 7 aprile 2004, la quale fornisce istruzioni in merito alla compilazione della modulistica per l'iscrizione e il deposito nel registro delle imprese.

⁵⁵ A. GIARDINO, *Commento all'art. 2497-bis*, in *Codice Commentato delle S.p.A.*, a cura di: FAUCELIA – SCHIANO DI PEPE, vol. II, Torino, (2006), p. 1623.

⁵⁶ A. PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Rivista delle società*, (2003), 4, p. 775.

La circolare specifica che sono stati predisposti appositi riquadri, nei modelli S1 e S2, per «l'esecuzione della pubblicità relativa all'iscrizione nell'apposita sezione del registro delle imprese delle società soggette all'altrui attività di direzione e coordinamento e delle società e degli enti che esercitano tale attività»⁵⁷. Dunque le linee guida ministeriali sembrano estendere l'obbligo di cui all'art 2497-bis co.1 ultima parte anche agli amministratori della società capogruppo.

Appare preferibile, ad ogni modo, un'interpretazione restrittiva dei soggetti sottoposti agli obblighi dell'art 2497-bis co.1 c.c., in quanto estendere gli adempimenti alla società capogruppo potrebbe causare problemi applicativi nell'ipotesi di capogruppo estere. «Infatti, queste ultime si troverebbero obbligate ad effettuare l'iscrizione presso il registro delle imprese, come previsto dal primo comma dell'art. 2497 bis c.c., anche se estere, esponendo, peraltro, i propri amministratori alle responsabilità connesse al rispetto di tale obbligo pubblicitario»⁵⁸.

La norma in commento nulla dice circa il contenuto dell'iscrizione nel registro delle imprese, limitandosi ad imporre l'obbligo alla società eterodiretta di «indicare la società o l'ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta». Dunque dal tenore letterale della norma sarebbe sufficiente la mera indicazione del soggetto giuridico collettivo che esercita la direzione unitaria.

Si può notare come il contenuto diverga dalla disciplina speciale prevista per i gruppi bancari ed assicurativi. In materia bancaria il Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia prevede che la banca capogruppo debba indicare nell'apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia «l'esistenza del gruppo bancario e la sua composizione»⁵⁹. Lo stesso inciso è utilizzato dall'art. 85 del Codice delle Assicurazioni (D.lgs. del 7 settembre 2005, n. 209). Inoltre in entrambi i casi la disciplina di settore consente alle autorità di vigilanza, la Banca d'Italia o l'IVASS, di accertare d'ufficio l'esistenza di un gruppo e procedere esse stesse all'iscrizione nell'apposito albo. Anche in questo caso l'art. 2497-bis c.c. tace in merito alla possibilità che il giudice del registro proceda d'ufficio all'iscrizione o cancellazione del soggetto che esercita direzione e coordinamento. Nell'ipotesi di iscrizione abusiva potrebbe trovare applicazione l'art. 2191 c.c. il quale prevede che il giudice «sentito l'interessato, ne ordina con decreto la cancellazione». Dunque almeno per la cancellazione dell'iscrizione della società capogruppo,

⁵⁷ Circolare del Ministero delle Attività Produttive, del 7 aprile 2004, Prot. n. 549781.

⁵⁸ A. GIARDINO, *La disciplina della pubblicità ex art. 2497 bis c.c.*, in *Le Società*, (2004), 9, p. 1081.

⁵⁹ Decreto legislativo del 1 settembre 1993, n. 385, in materia di "Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia", art. 64, comma 2.

avvenuta in mancanza dei requisiti previsti dalla legge, si potrebbe identificare un potere di procedere d'ufficio ai sensi del suddetto art. 2191 c.c.

Ulteriori dubbi interpretativi sono sorti circa gli effetti dell'avvenuta iscrizione, cioè se la pubblicità prevista dall'art. 2497-bis c.c. abbia natura costitutiva, dichiarativa o di mera pubblicità notizia. Si può senza dubbio escludere la natura costitutiva della pubblicità in materia di direzione e coordinamento in quanto *«il legislatore non ha inteso far dipendere l'inizio o la cessazione dell'attività di direzione e coordinamento dall'iscrizione o dalla cancellazione dal registro delle imprese ma dal semplice fatto dell'esercizio in concreto di tale attività»*⁶⁰.

Più ostico è stabilire se si tratti di pubblicità dichiarativa o semplice pubblicità notizia, distinzione importante perché in quest'ultimo caso sarebbe escluso l'effetto dell'opponibilità ai terzi, ai sensi dell'art. 2193 co. 2 c.c.

Coloro che sostengono il mero valore di pubblicità notizia argomentano rilevando che troverebbe applicazione la regola residuale prevista dall'art. 8 co. 5 della legge n. 580 del 1993 la quale prevede, che in mancanza di apposita indicazione del legislatore, l'iscrizione in una sezione speciale abbia valore di mera pubblicità notizia. Mentre coloro i quali attribuiscono natura dichiarativa rilevano come l'effetto implicito dell'iscrizione sia quello di rendere opponibile l'esistenza dell'attività di direzione e coordinamento ai terzi, i quali non potrebbero agire con l'azione di responsabilità prevista dall'art. 2497 c.c. nel caso in cui la cessazione dell'attività di direzione e coordinamento sia stata sottoposta alla loro conoscibilità mediante l'iscrizione prevista dall'art. 2497-bis c.c.

Il terzo comma dell'art. 2497-bis c.c. sanziona specificatamente l'omissione degli amministratori che non abbiano adempiuto agli obblighi pubblicitari, essi sono responsabili *«dei danni che la mancata conoscenza di tali fatti abbia recato ai soci o ai terzi»*. Si può notare come la portata della norma differisce dalla responsabilità ex art. 2497 c.c. in quanto in caso di violazione degli obblighi pubblicitari, sono chiamati a rispondere in primo luogo gli amministratori della società eterodiretta. Mentre nell'ipotesi del 2497 c.c. essi potranno essere chiamati a rispondere solo in quanto concorrenti nell'illecito, ai sensi del comma secondo, insieme alla società capogruppo. *«Si è parlato di una sorta di “responsabilità da affidamento” derivante da informazioni non veritiere o incomplete che sembrerebbe potersi*

⁶⁰ M.T. BRODASCA, *Commento all'art. 2497-bis*, in *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. SBISÀ, I, *Commentario alla riforma delle società*, cit., p. 197.

assimilare alla cosiddetta responsabilità da prospetto informativo nell'ambito della sollecitazione al pubblico del risparmio»⁶¹.

b. Gli obblighi in sede di redazione del bilancio di esercizio

I commi quarto e quinto dell'art. 2497-bis c.c. fissano ulteriori obblighi di pubblicità per la società eterodiretta in sede di redazione del bilancio: nella nota integrativa deve essere inserito *«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»*.

Per quanto riguarda la relazione sulla gestione gli amministratori devono indicare *«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»*. Occorre innanzitutto notare come in questo caso gli obblighi informativi siano discendenti, cioè dalla capogruppo alla società eterodiretta, e mettano in luce i rapporti infragruppo, a differenza di quanto avviene nel bilancio consolidato, nel quale l'informazione contabile è ascendente e mette in luce il risultato complessivo di gruppo, depurato dalle operazioni infragruppo.

Per ciò che attiene la prescrizione del quarto comma, l'obbligo di indicare i dati contabili essenziali della capogruppo nella nota integrativa, la *ratio* della norma è quello di rendere conoscibile la consistenza del patrimonio posto a garanzia della responsabilità del soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento. La norma ricalca gli obblighi previsti dai commi 3 e 4 dell'art. 2429 c.c. Quest'ultimo prevede l'obbligo di allegazione delle *«copie integrali dell'ultimo bilancio delle società controllate e un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio delle società collegate»*. L'allegazione delle copie integrali dei bilanci delle società controllate può essere sostituita, per le società che prendono parte al consolidamento *«dal deposito di un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio delle medesime»*.

La portata delle due disposizioni in esame risulta molto simile, ma è necessario rilevare una differenza non secondaria: nell'ipotesi di cui al co. 4 dell'art. 2497-bis c.c. il prospetto riepilogativo dei dati di bilancio della capogruppo, essendo inserito nella nota integrativa, è parte integrante del bilancio della società eterodiretta mentre nell'ipotesi dell'art. 2429 c.c. costituisce un semplice allegato. Differenza che si apprezza in un'eventuale fase patologica,

⁶¹ M.T. BRODASCA, *Commento all'art. 2497-bis*, in *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. SBISÀ, I, *Commentario alla riforma delle società*, cit., p. 208.

in quanto essendo parte integrante del bilancio, i dati scorretti della società capogruppo comporterebbero l'annullabilità del bilancio della società eterodiretta.

Un dubbio è sorto in merito al contenuto del prospetto riepilogativo contenente i dati essenziali della capogruppo, nella cui formula il legislatore non ha spiccato per chiarezza. La ricostruzione interpretativa ha seguito quella consolidata in merito al disposto dell'art. 2429 c.c.

Il prospetto riepilogativo costituisce «una sintesi dello stato patrimoniale e del conto economico, sì da indicare del primo le immobilizzazioni e le disponibilità dell'attivo, e il capitale, le riserve, i fondi, e i debiti del passivo, del secondo la differenza tra valore e costi della produzione, il totale dei proventi e oneri finanziarie delle rettifiche di valore di attività finanziarie, il totale dei proventi e oneri straordinari, le imposte, il risultato dell'esercizio, le rettifiche ai fini fiscali, l'utile o la perdita dell'esercizio»⁶². Tali informazioni corrispondono, in buona sostanza, alle voci dello stato patrimoniale indicate con le lettere maiuscole e i numeri romani e quelle del conto economico contraddistinte da lettere minuscole.

Sul contenuto del prospetto riepilogativo dei dati contabili della capogruppo ha avuto modo di pronunciarsi il Tribunale di Milano, con sentenza del 7 gennaio 2010. La parte attrice, un socio di minoranza della società eterodiretta, prospettava la violazione degli obblighi di pubblicità ex art. 2497-bis co. 4 c.c. e chiedeva l'annullamento della delibera di approvazione del bilancio.

La corte nel dichiarare infondata la richiesta dell'attore ha rilevato come «la rinuncia ad una indicazione tassativa da parte del legislatore, in uno con la mancanza sul punto di espressi principi contabili di riferimento, deve necessariamente indurre l'interprete a tenere ferma innanzitutto la già consolidata elaborazione dottrina e giurisprudenziale formatasi in relazione al previgente testo dell'art. 2429 ult. comma c.c. per quanto attiene ai requisiti minimi dell'informazione senz'altro dovuta per valutare poi nello specifico e di volta in volta l'effettiva "essenzialità" nel caso concreto di informazioni più ampie».

A parere della Corte l'essenzialità dei dati contabili da riportare nel bilancio della società eterodiretta dovrà essere valutata caso per caso. Allo stesso tempo il collegio si è pronunciato in merito alla prassi prudenziale di inserire nella nota integrativa l'intero bilancio della controllante.

⁶² G.E. COLOMBO, *Il bilancio di esercizio*, in *Trattato Colombo – Portale*, Torino, Utet giuridica, (1994), p.157.

La Corte ha rilevato come «*deve necessariamente far escludere la possibilità di ricollegare automaticamente una sanzione addirittura di nullità alla mancata adozione della scelta “prudenziale” di allegare l’intero bilancio della controllante*»⁶³.

L’ultimo comma dell’art. 2497-bis c.c. impone infine agli amministratori di palesare nella relazione sulla gestione i rapporti intercorsi con la società controllante e con le altre società appartenenti al gruppo nonché gli effetti da questi prodotti sull’esercizio dell’impresa. La *ratio* della norma è quella di consentire ai terzi di valutare nel complesso i risultati dell’attività di direzione e coordinamento. In questo caso la norma riprende gli obblighi di informazione previsti per la società controllante ai sensi dell’art. 2428 co.3 n. 2 c.c. il quale prescrive di dare evidenza a «*i rapporti con le imprese controllate, collegate, controllanti e imprese sottoposte a controllo al controllo di queste ultime*».

L’Organismo Italiano di Contabilità ha fornito alcuni preziosi spunti operativi per l’adempimento degli obblighi di cui all’art. 2497-bis co.5, in particolare «*si raccomanda l’indicazione, distinta per soggetto, della natura dei rapporti instaurati, nonché della tipologia delle operazioni più rilevanti e del valore di tali rapporti. Considerati gli interessi tutelati dalla norma, si deve esplicitare se le operazioni sono effettuate a condizioni di mercato, cioè alle condizioni che si sarebbero applicate fra parti indipendenti. Nel caso in cui le operazioni non fossero effettuate a condizioni di mercato, la relazione deve indicare gli effetti prodotti da tali operazioni e le motivazioni sottostanti*»⁶⁴.

Dunque gli oneri informativi riguardanti la relazione sulla gestione sono particolarmente stringenti, imponendo un’elencazione analitica delle operazioni infragruppo. Essi però potrebbero costituire prova preziosa per gli amministratori chiamati a rispondere, in via solidale, per l’illecito esercizio di attività di direzione e coordinamento, in quanto sarebbero utili ai fini della prova dell’inesistenza del danno alla luce del risultato complessivo di gruppo o di operazioni dirette a ristorarlo.

La CONSOB, ha fornito alcune precisazioni in merito alle condizioni per la quotazione di società controllate sottoposte all’altrui attività di direzione e coordinamento, previste dall’art. 62 co.3-bis del T.U.F. ed attuate dall’art. 18-quater del Regolamento Mercati (come aggiornato dalla delibera CONSOB n.15911 del 2 maggio 2007). La norma considera

⁶³ Tribunale di Milano, sentenza del 7 gennaio 2010, Valbruna Nederland B.V. c. Ilva S.p.A. Con nota di: P. BUTTURINI, *Invalidità del bilancio di esercizio in caso di vizi della relazione sulla gestione (con postilla sul prospetto riepilogativo ex art. 2497-bis c.c.)*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2011), 4, p. 954.

⁶⁴ OIC del 25 ottobre 2004, n.1, “*I principali effetti della riforma del diritto societario sulla redazione del bilancio d’esercizio*”, p. 57.

condizione ostativa per la quotazione di una società controllata sottoposta a direzione unitaria, fra le altre, il mancato rispetto degli obblighi di pubblicità previsti dall'art 2497-bis c.c.

L'autorità di vigilanza, in sede di consultazione, ha precisato che in merito alle informazioni da fornire nella relazione sulla gestione *«si ravvisa l'esigenza che la relazione sulla gestione riferisca non soltanto dei rapporti storicamente intercorsi con chi esercita la direzione unitaria, ma anche delle linee guida strategiche che improntano l'attività di direzione e coordinamento svolta dalla controllante nei confronti della controllata quotata»*⁶⁵.

Dunque qualora si intendesse quotare una società controllata sottoposta a direzione e coordinamento la relazione sulla gestione dovrebbe contenere oltre che le operazioni intervenute con la capogruppo o altre società del gruppo anche le linee strategiche che guidano l'attività di direzione unitaria.

In conclusione le norme di cui ai commi quarto e quinto dell'art. 2497-bis c.c. impongono agli amministratori della società eterodiretta di reperire informazioni particolarmente ampie sulla società capogruppo, oneri che potrebbero creare in alcune ipotesi non poche difficoltà all'organo amministrativo. Infatti *«rimane il problema di come si possa chiedere alle S.p.A. holding con sede in un paese dove non esistono norme in tema di pubblicità dei bilanci, di fornire i dati richiesti: così come sarà un problema comprendere quali siano i dati oggetto di pubblicità nel caso in cui la capogruppo sia una s.n.c. o un ente non societario, e perciò non necessariamente soggetto all'obbligo di pubblicazione o addirittura di redazione di un bilancio assimilabile al bilancio di una S.p.A.»*⁶⁶.

4. La motivazione delle decisioni

La legge delega n. 366 del 2001, fissando i criteri generali per la disciplina dei gruppi di società, prevedeva che *«le decisioni conseguenti una valutazione dell'interesse di gruppo siano motivate»*.

Il principio fissato in sede di delega ha ricevuto attuazione con l'art. 2497-ter c.c., il quale dispone che *«le decisioni della società soggetta a 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»*.

⁶⁵ Esito delle consultazioni, documento CONSOB del 4 maggio 2007, "Regolamento Mercati: Condizioni per la quotazione di società controllanti società estere extraeuropee, di società controllate sottoposte all'attività di coordinamento e direzione di altre società e di società finanziarie", p. 11-12.

⁶⁶ M. BUSSOLETTI - E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, (2010), cit., p. 105.

La *ratio* è quella di garantire la *disclosure* dell'iter logico che ha determinato l'adozione di una decisione influenzata dalla società capogruppo. La norma affronta uno dei temi centrali della disciplina della direzione unitaria, il bilanciamento tra l'interesse sociale e di gruppo, che possono convergere ma anche divergere profondamente.

L'obbligo di motivazione va letto di concerto alla disposizione di cui all'art. 2497 c.c., infatti alla luce della motivazione potrà essere valutato il rispetto dei «*principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*» i quali segnano il discrimine tra lecita ed illecita direzione. Quest'ultimo inciso ha ricevuto non poche critiche da parte della dottrina, in quanto veniva considerata come una deroga alla c.d. *business judgement rule*, la quale impone l'insindacabilità nel merito dei provvedimenti gestori, se essi risultavano economicamente ragionevoli al momento in cui sono stati presi.

La deroga all'insindacabilità delle decisioni gestorie è giustificata «*dato il maggior rischio di comportamenti opportunistici, si tratta di verificare il rispetto del duty of loyalty (e non semplicemente del duty of care)*»⁶⁷.

Andando oltre il dato letterale, la norma sembra fissare implicitamente alcuni obblighi a carico della società capogruppo, in quanto così come nell'ipotesi dell'art. 2497-bis c.c., gli obblighi di trasparenza potranno essere rispettati dalla società eterodiretta, solo a condizione che il soggetto che esercita la direzione unitaria la renda edotta circa i criteri e le ragioni che hanno ispirato gli atti di indirizzo da cui la decisione deriva. Dunque la disposizione sembra contenere «*un divieto di direttive "strettamente confidenziali" a tal punto confidenziali che neppure gli organi della società destinataria delle direttive medesime ne sono edotti, essendo al contrario costretti in una condizione di ossequio ceco e di passiva obbedienza*»⁶⁸.

Inoltre l'obbligo di motivare le decisioni presuppone che gli amministratori della società controllate siano adeguatamente informati in merito alle ragioni sottostanti all'adozione di determinati atti, così come previsto in via generale dall'art. 2381 co. 6 c.c. il quale prevede che «*gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato*». Tale regola generale non subisce deroga per il solo fatto che la società sia soggetta a direzione unitaria, in quanto nonostante l'influenza nella gestione di un soggetto esterno, l'organo amministrativo della società controllata conserva intatti i suoi poteri decisionali.

Dubbi interpretativi sono sorti in merito all'ambito di applicazione delle prescrizioni dell'art. 2497-ter c.c., cioè relativamente a quante e quali decisioni debbano essere motivate. Parte

⁶⁷ R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2003), 5, p. 661-662.

⁶⁸ G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Rivista di diritto civile*, (2009), 6, p. 765.

della dottrina ritiene che il legislatore abbia usato una formulazione talmente ampia di “influenza” tale per cui vi rientrerebbero quasi tutte le decisioni assunte dalla società controllata *«alla stregua di una presunzione nella presunzione – che tutte o, quanto meno, la stragrande maggioranza delle decisioni di una società soggetta, siano influenzate e, quindi, debbano essere motivate»*⁶⁹.

È facile intuire come una interpretazione così ampia produca un aggravio non indifferente degli oneri burocratici in capo alla società eterodiretta, contestazione confutata dai sostenitori di questa teoria ritenendo che si tratti di costi organizzativi del modello di gruppo ampiamente compensati dai vantaggi economici che la stessa appartenenza ad un gruppo produce. A tale linea ermeneutica si può facilmente eccepire che non tutte le decisioni sono per forza influenzate dalla capogruppo, che al fine degli oneri di motivazione sia necessario che l’atto gestorio sia stato oggetto di una specifica direttiva da parte del soggetto che esercita la direzione unitaria.

L’obbligo di motivazione dovrebbe coinvolgere solo le decisioni che in mancanza di un interesse di gruppo, considerando la società in modo atomistico, non sarebbero state assunte. Come è stato osservato in dottrina, *«la motivazione e le specifiche indicazioni ivi prescritte sono necessarie in tutti (e solo) quei casi nei quali l’interesse di gruppo abbia condotto a prendere una decisione che, altrimenti, non sarebbe stato ovvio e naturale assumere per la società soggetta all’altrui direzione e coordinamento: in modo particolare dunque quelle che si giustificano soltanto (o principalmente) nella logica dei vantaggi compensativi»*⁷⁰.

Ad ogni modo costituiscono “decisioni” tutte le manifestazioni di volontà adottate da gli organi sociali che decidano su operazioni influenzate dall’altrui esercizio di attività di direzione e coordinamento. Occorre dunque identificare l’organo competente per l’assunzione delle decisioni tenuto conto dei diversi modelli di *governance* che sono stati introdotti con la riforma del diritto societario del 2003.

Nell’ipotesi di modello tradizionale, appartenendo il potere di gestione al consiglio di amministrazione ai sensi dell’art. 2381-bis c.c., costituiranno decisioni le delibere del Consiglio di amministrazione. In questo caso l’adempimento degli obblighi di motivazione della decisione influenzata risulterà dal verbale tanto nella parte dispositiva, l’adozione o meno del provvedimento, tanto che nella parte motiva.

⁶⁹ G. MUCCIARELLI, *Commento all’art.2497-ter c.c.*, in *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. SBISÀ, I, *Commentario alla riforma delle società*, cit., p. 251.

⁷⁰ R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Le Società*, (2009), cit., p. 539.

Nel caso di delega ad un comitato di gestione, ex art. 2381 co. 2 c.c., ben potrà essere delegata l'adozione di decisioni su cui pesa l'interesse di gruppo, non rientrando negli atti non delegabili ai sensi del comma 4 dello stesso articolo. Ad ogni modo il comma terzo dell'art. 2381 c.c. prevede che il Consiglio di amministrazione *«può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega»*. Di converso l'organo delegato potrà rimettere una materia oggetto di delega, in questo caso l'adozione di una decisione influenzata dall'interesse di gruppo, al Consiglio di amministrazione.

Particolare ipotesi rappresenta la presenza di un unico amministratore delegato; infatti in questo caso le operazioni avvengono con formalità ridotte al minimo, e potrebbe mancare un atto nel quale siano esplicitate le motivazioni di un'operazione. In questo caso sarà consigliabile rimettere la decisione al Consiglio.

Posizione che diventa ancora più critica per l'amministratore unico, il quale non ha la possibilità di rimettere la decisione all'organo collegiale. Volendo escludere l'ipotesi più radicale, cioè che la soggezione a direzione unitaria imponga un organo amministrativo collegiale, l'amministratore unico dovrà preoccuparsi di preconstituire un apparato documentale idoneo a far emergere le motivazioni delle decisioni. *«L'amministratore unico deve predisporre e trascrivere la motivazione della decisione assunta nel libro delle decisioni degli amministratori, ove questo esista»*⁷¹.

Altra ipotesi riguarda la possibilità che le decisioni influenzate siano adottate direttamente dall'assemblea. Ipotesi tutt'altro che rara, dato che l'esercizio di direzione unitaria potrebbe sfociare in operazioni di trasformazione, fusione, trasferimento della sede sociale all'estero o addirittura liquidazione. In questi casi *«l'avviso di convocazione deve contenere, con riferimento all'ordine del giorno, la proposta degli amministratori all'assemblea, dell'operazione rilevante ai sensi dell'art. 2497-ter e delle relative motivazioni»*⁷².

Il legislatore, nella disposizione in commento, ha inteso disciplinare in modo specifico il contenuto dell'obbligo di motivazione, infatti le decisioni influenzate dall'altrui direzione e coordinamento *«debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione»*. Le due proposizioni, che a prima vista sembrerebbero meramente ridondanti, hanno in realtà portata diversa.

Il riferimento all'obbligo di analitica motivazione ha l'effetto di escludere il ricorso a formule generiche scollegate dalla fattispecie concreta. Quindi non sarà sufficiente una motivazione

⁷¹ U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, (2010), p. 61.

⁷² G. MUCCIARELLI, *Commento all'art.2497-ter c.c.*, in *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. SBISÀ, I, *Commentario alla riforma delle società*, cit., p. 248.

che si limiti ad attestare il rispetto dell'interesse della società o richiami a non specificati vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo. Al riguardo è stato osservato che «*La motivazione deve recare la considerazione di tutti gli interessi coinvolti ivi compreso l'interesse della società che adotta la decisione e il modo in cui esso viene salvaguardato ed inoltre l'esigenza di rendere controllabile la corresponsione di vantaggi compensativi, impone che nella motivazione si includa la specifica indicazione dei costi e dei benefici dell'operazione*»⁷³.

Invece il riferimento all'indicazione delle ragioni la cui valutazione ha inciso sulla decisione concorre a delimitare l'oggetto della valutazione dell'organo amministrativo: esso dovrà indicare le ragioni che militavano tanto a favore quanto contro l'adozione del provvedimento. È l'aspetto valutativo in cui è più marcata la discrezionalità degli amministratori e, quindi, tanto più ampia è la discrezionalità della decisione tanto più esteso sarà il contenuto della motivazione. Inoltre la menzione degli interessi coinvolti nella decisione impone che gli amministratori valutino la compatibilità dell'interesse di gruppo con quello della società eterodiretta.

L'ultimo capoverso della disposizione in commento impone che dell'obbligo di motivazione venga dato «*adeguato conto nella relazione di cui all'art. 2428*». Quindi la relazione sulla gestione della società sottoposta a direzione unitaria farà menzione sia delle informazioni richieste dall'art. 2497-bis co. 5 tanto quelle relative alla motivazione delle decisioni ai sensi dell'art. 2497-ter c.c.

Una questione interpretativa interessante riguarda le conseguenze rispetto alla decisione presa in violazione degli obblighi di cui all'art. 2497-ter c.c., cioè il caso di un provvedimento adottato in difetto di analitica motivazione e dell'indicazione delle ragioni e degli interessi che l'hanno determinato.

I filoni interpretativi possono essere sintetizzati in tre teorie. Una prima ritiene applicabile in via analogica le disposizioni di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 2391 c.c. in merito al conflitto di interessi degli amministratori, la norma prevede che nel caso in cui «*le deliberazioni medesime, qualora possano recare danno alla società, possono essere impugnate dagli amministratori e dal Collegio sindacale entro novanta giorni dalla loro data*»⁷⁴.

⁷³ R. PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione e coordinamento ed il recesso nei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società Liber amicorum Gianfranco Campobasso*, (2007), cit., p. 892.

⁷⁴ In questo senso ad esempio: F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario Scialoja – Branca, Commento all'art. 2497-ter c.c.*, Bologna – Roma, (2005), p. 234.

La teoria non può essere accolta in quanto le due norme hanno una ratio differente: nell'art. 2497-ter la decisione è influenzata da un interesse terzo rispetto alla società eterodiretta e ai suoi amministratori mentre le norme sul conflitto di interesse mirano a salvaguardare la società dai danni derivanti dagli interessi dei propri amministratori.

Una seconda tesi ritiene inapplicabile l'invalidità della decisione, argomentando che l'intento legislativo della disciplina speciale dell'attività di direzione e coordinamento abbia inteso escludere rimedi invalidanti in caso di illecito esercizio di direzione unitaria, optando esclusivamente per i rimedi risarcitori⁷⁵. L'argomentazione relativa alla scelta del rimedio risarcitorio è incontestabile, ma a ben vedere essa riguarda l'attività nel complesso e non il singolo atto, quest'ultimo non perde autonomia per il solo fatto di essere inserito in una serie preordinata. Dunque le suddette argomentazioni a favore di rimedi esclusivamente risarcitori non sono decisive.

La terza ed ultima teoria, che merita di essere accolta, ritiene annullabile la decisione carente in punto di motivazione in ossequio ai principi generali del codice civile, in quanto non conforme ad una disposizione di legge. «*La relativa azione potrà essere proposta, in conformità con il principio enunciato nell' art. 2388 c.c. – il quale disciplina la validità delle decisioni del Consiglio – dal membro assente o dissenziente dell'organo che ha assunto la delibera, oppure dal Collegio sindacale*»⁷⁶.

Un ulteriore dubbio interpretativo, che ha coinvolto la dottrina, attiene ai rapporti tra gli obblighi di motivazione ex art. 2497-ter e la disciplina del conflitto di interessi ai sensi dell'art. 2391 c.c. Quest'ultimo prevede che l'amministratore che sia portatore di un interesse proprio o di terzi, in una determinata operazione, ne dia notizia al Collegio sindacale, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata.

Nei suddetti casi la deliberazione del Consiglio di amministrazione deve indicare le motivazioni e la convenienza dell'operazione per la società. La mancata (o insufficiente) motivazione comporta l'impugnabilità della deliberazione entro novanta giorni da parte del Collegio sindacale o dagli amministratori assenti o dissenzienti.

La dottrina si è schierata in due posizioni agli antipodi: una prima teoria⁷⁷ ritiene che gli obblighi di motivazione, previsti dalla disciplina dell'attività di direzione e coordinamento, assorbano totalmente la disciplina generale del conflitto di interessi. Altra parte della

⁷⁵ Su questa linea di pensiero: C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, in *Lezioni di diritto commerciale*, II ed., Padova, (2006), p.189.

⁷⁶ G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Rivista di diritto civile*, (2009), cit., p. 772.

⁷⁷ F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario Scialoja – Branca, Commento all'art. 2497-ter c.c.*, (2005), cit., p. 128 ss.

dottrina⁷⁸ sostiene invece la possibilità di applicare cumulativamente gli obblighi di cui all'art. 2497-ter e quelli previsti dall'art. 2391 c.c.

Coloro che sostengono l'applicazione esclusiva prevista dalla disciplina della direzione unitaria, in deroga a quella sul conflitto di interessi, argomentano che il legislatore, con la riforma del diritto societario del 2003, abbia implicitamente riconosciuto la legittimità dell'interesse di gruppo dunque l'applicazione del conflitto di interessi sarebbe contraria all'intento della riforma. In secondo luogo un'interpretazione contraria imporrebbe una duplicazione degli oneri di motivazione per gli amministratori della società sottoposta all'altrui direzione. Sarebbe dunque preferibile un'interpretazione che tenga conto del carattere di specialità degli obblighi di cui all'art. 2497-ter c.c.

Di converso, coloro che sostengono l'applicazione cumulativa delle due discipline ritengono che la ratio delle norme non sia coincidente: la disciplina sulla direzione unitaria ha il fine di palesare le ragioni e gli interessi di operazioni influenzate della capogruppo mentre il conflitto di interessi salvaguarda la società dagli interessi propri degli amministratori.

Inoltre la precedente teoria presenterebbe l'errore logico di ritenere sempre coincidente l'interesse di gruppo con quello della società eterodiretta, situazione che oltre a non essere legislativamente prevista può non sussistere nella pratica. A tal fine è sufficiente portare ad esempio il caso dell'amministratore della società eterodiretta che sia legato alla capogruppo da un rapporto di lavoro dipendente.

Nel caso di specie è certo come esso sarà portatore di due ordini di interessi: quello personale derivante dal rapporto di lavoro e quello della società "direttrice". Come osservato, «*Sono i casi in cui si discorre tipicamente nella dottrina straniera di divided loyalty, o, in lingua italiana, di doppia fedeltà dell'amministratore*»⁷⁹. In questa ipotesi non risulta possibile sostenere l'inapplicabilità del conflitto di interessi per il solo fatto che la società sia soggetta ad attività di direzione e coordinamento.

Occorre infine considerare che la riforma della disciplina del conflitto di interessi ha fatto venir meno uno degli argomenti portanti addotti da coloro che sostengono l'assorbimento delle due discipline. Infatti nella versione del Codice civile del 1942, l'art. 2391 c.c. prevedeva in ogni caso l'obbligo di astensione dell'amministratore in conflitto, mentre allo

⁷⁸ G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Rivista di diritto civile*, (2009), cit., p. 760; A. BLANDINI, *Commento all'art. 2497-ter*, in *Codice commentato delle società*, a cura di: ABRIANI – STELLA RICHTER, Milano, p. 2195 e ss.

⁷⁹ G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Rivista di diritto civile*, (2009), cit., p. 776.

stato attuale sono previsti obblighi di *disclosure* salvo che per l'amministratore delegato, per il quale è rimasto l'obbligo di astensione con remissione al Consiglio.

La vecchia disciplina era incompatibile con la direzione unitaria in quanto prevedeva l'obbligo di astensione dell'organo amministrativo, che era lo stesso organo cui è generalmente demandata l'attuazione delle direttive di gruppo. Ma la modifica della disciplina del conflitto di interessi ha fatto venire meno questa incompatibilità, dunque per le suddette ragioni risulta preferibile la teoria che ammette l'applicazione cumulativa degli obblighi di cui all'art. 2497-ter e art. 2391 c.c.

5. Il diritto di recesso

Il legislatore non ha ritenuto sufficiente la tutela risarcitoria ai sensi dell'art. 2497 c.c., ma ha previsto un'ulteriore garanzia a favore del socio di minoranza: il diritto di recesso in particolari ipotesi attinenti al cambiamento radicale delle condizioni di investimento o a una fase patologica del rapporto dovuta ad una condanna per abuso di direzione unitaria. Già la legge delega n. 366 del 2001, nel fissare i principi generali, all'art. 10, co1. lett. d) imponeva alla fonte delegata di *«individuare i casi nei quali riconoscere adeguate forme di tutela al socio al momento dell'ingresso e dell'uscita della società dal gruppo, ed eventualmente il diritto di recesso quando non sussistono le condizioni per l'obbligo di offerta pubblica di acquisto»*.

Dunque vi era la chiara volontà di salvaguardare il socio della società controllata, soprattutto nelle ipotesi in cui non ricorresse l'obbligo di offerta pubblica di acquisto, proposito ragionevole in quanto in caso di offerta pubblica il socio avrebbe avuto modo di esercitare il diritto di exit mediante il ricorso al mercato.

Il decreto delegato n. 6 del 2003 ha compiuto dei passi avanti ulteriori, infatti l'art. 2497-*quater* c.c. disciplina ben tre fattispecie che legittimano il socio ad esercitare il diritto di recesso. La prima, quella del co.1, attiene alle modificazioni che stravolgono le condizioni economiche iniziali dell'investimento cioè *«quando la società o l'ente che esercita attività di direzione e coordinamento ha deliberato la trasformazione che implica il mutamento dello scopo sociale»* oppure *«una modifica dell'oggetto sociale consentendo l'esercizio di attività che alterino in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniale della società soggetta»*.

La seconda ipotesi trae le sue ragioni dal deterioramento dei rapporti tra capogruppo e società controllate qualora *«a favore del socio sia stata pronunciata con decisione esecutiva, condanna di chi esercita direzione e coordinamento ai sensi dell'articolo 2497»*.

La terza ipotesi di recesso applica la fattispecie data come eventuale nella legge delega, prevedendo una doppia condizione, una in positivo ed una in negativo, in primo luogo *«quando ne deriva un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento»* e invece in negativo *«non venga promossa un'offerta al pubblico di acquisto»*. Nei paragrafi successivi troveranno trattazione le singole ipotesi di recesso.

a. La trasformazione e la modifica dell'oggetto sociale

La lettera a) del primo comma, dell'art. 2497-*quater* prevede due fattispecie che legittimano il recesso da parte del socio della società eterodiretta, le quali hanno la medesima *ratio* di consentire l'uscita dal contratto sociale al momento in cui vi sia uno stravolgimento delle preesistenti condizioni dell'investimento. Una prima ipotesi è la *«trasformazione che implica il mutamento del suo scopo sociale»*. Non sarà sufficiente, dunque, la trasformazione tra diversi "tipi" di società, ma legittimeranno il recesso le ipotesi di trasformazione eterogenea ai sensi degli artt. 2500-*septies* e 2500-*octies* c.c.

Questi ultimi disciplinano i casi di società di capitali che si trasformino in *«consorzi, società consortili, società cooperative comunità di azienda associazioni non riconosciute e fondazioni»* e viceversa l'ipotesi in cui tali persone giuridiche si trasformino in società di capitali. Il mutamento dello scopo sociale della società che esercita direzione unitaria, da capitalistico a mutualistico o senza scopo di lucro e viceversa, costituisce un evento straordinario nell'esecuzione del contratto sociale, tale da legittimare l'esercizio del diritto di recesso da parte dei soci della società soggetta a direzione e coordinamento.

Ulteriore ipotesi prevista dal comma primo lett. a) è il caso in cui la società che esercita direzione unitaria abbia *«deliberato una modifica del suo oggetto sociale consentendo l'esercizio di attività che alterino in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniali della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento»*.

La norma in commento tutela l'affidamento dei soci della società eterodiretta dal cambiamento delle condizioni economiche e patrimoniali della holding, rispetto al momento dell'adesione al contratto sociale. La disposizione, a differenza del caso di trasformazione eterogenea, non opera in via automatica ma è necessario che la delibera di modificazione dello statuto comporti un'alterazione sensibile e diretta delle condizioni dell'investimento.

Quest'ultima ipotesi presenta un evidente parallelismo con l'ipotesi di cui all'art. 2437, co.1 lett. a) c.c., il quale accorda il diritto di recesso in caso di «*modifica della clausola dell'oggetto sociale, quando consente un cambiamento significativo dell'attività della società*». Le due norme hanno la finalità comune di accordare al socio il diritto di recesso qualora vi sia un radicale mutamento delle condizioni economiche dell'investimento.

Quindi le considerazioni ermeneutiche, relative alla norma generale di cui all'art. 2437 c.c., restano valide anche nella fattispecie speciale prevista in ipotesi di esercizio di direzione e coordinamento. «*In particolare si deve ritenere che la fattispecie richieda necessariamente che la modifica dell'oggetto sociale sia formale, ossia che il recesso consegua al cambiamento della clausola dell'atto costitutivo della società che esercita attività di direzione e coordinamento. Non ricadono, dunque, nella fattispecie di cui si discute, le eventuali modifiche "di fatto"*»⁸⁰.

Rispetto alla disciplina generale del recesso la fattispecie di cui all'art. 2497-*quater* richiede un requisito ulteriore, la modificazione dell'oggetto sociale deve incidere in modo sensibile e diretto sulle condizioni economiche e patrimoniali della società sottoposta a direzione unitaria. Dal tenore della disposizione emerge il bilanciamento tra l'interesse del socio, il quale ha interesse a recedere in caso di mutamento delle condizioni preesistenti, e l'interesse di gruppo, evitare il recesso se, nonostante la modifica dell'oggetto sociale, non vi siano effetti negativi diretti per la società controllata.

Perciò «*deve ritenersi - anche perché coerente con le intenzioni del legislatore - che l'esercizio del diritto di recesso presupponga la semplice idoneità delle attività conseguenti alla delibera di modificazione dell'oggetto sociale a peggiorare le condizioni patrimoniali della controllata, non rilevando, invece, che tale peggioramento si sia effettivamente verificato oppure no*»⁸¹.

Un dubbio interpretativo riguarda gli effetti dell'alterazione delle condizioni economiche e patrimoniali della società eterodiretta. Parte della dottrina, così come emerge ad esempio nell'ultimo riferimento bibliografico, ritiene che legittimi il recesso esclusivamente la modificazione dello statuto che incida negativamente, causando un pregiudizio economico o patrimoniale, nei confronti della società controllata.

Altri interpreti invece ritengono che la sola modifica dell'oggetto sociale giustifichi il recesso, considerando superflua l'indagine circa gli effetti della modificazione medesima.

⁸⁰ F. ANNUNZIATA, *Commento all'art. 2497-*quater* c.c.*, in *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. SBISÀ, I, *Commentario alla riforma delle società*, cit., p. 271.

⁸¹ G. V. CALIFANO, *Brevi note alle ipotesi di recesso previste dall'art. 2497 *quater* lett. a, c.c.*, in *Le Società*, (2010), 3, p. 272.

A favore di quest'ultima teoria vi è il dato letterale, in quanto il legislatore parla di "alterazione", un fatto di per sé neutro che può dare risultati sia positivi che negativi, non facendo mai riferimento alla sussistenza di un pregiudizio patrimoniale. «*Coerentemente con le finalità dell'istituto in esame, volto a prevenire possibili conseguenze negative legate ad una modifica delle condizioni di rischio, infatti, il recesso è consentito a prescindere dalla circostanza che la posizione degli investitori sia modificata in peius o in melius*»⁸².

Questa seconda teoria, che sembra più convincente, ritiene che con "alterazione delle condizioni economiche e patrimoniali" il legislatore abbia inteso fare riferimento al mutamento delle condizioni preesistenti di rischio-rendimento. Dunque anche la modificazione dello statuto che riduca il rischio della partecipazione della società soggetta a direzione unitaria, sarebbe astrattamente idonea a legittimare il recesso; in quanto essa andrebbe, presumibilmente, a ridurre la redditività della partecipazione rispetto a quella che il socio aveva considerato al momento dell'adesione al contratto sociale.

b. La condanna ai sensi dell'art. 2497 c.c.

La seconda fattispecie di recesso prende in considerazione il momento patologico dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, cioè quando la società capogruppo viene condannata ai sensi dell'art. 2497 c.c. Il comma primo, lett. b) dell'art. 2497-*quater* c.c. prevede che il socio della società sottoposta a direzione unitaria sia legittimato ad esercitare il recesso quando a suo favore «*sia stata pronunciata, con decisione esecutiva, condanna di chi esercita attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'articolo 2497; in tal caso il diritto di recesso può essere esercitato soltanto per l'intera partecipazione del socio*».

La *ratio* della norma è quella di accordare al socio della società eterodiretta il cosiddetto "diritto al divorzio", in quanto l'avvenuta condanna ex art. 2497 c.c. della società capogruppo potrebbe deteriorare i rapporti tra società capogruppo ed eterodiretta.

La scorrettezza dei comportamenti della società capogruppo rappresenta un momento talmente patologico all'interno del fenomeno di gruppo che porta il legislatore ad escludere la possibilità del recesso parziale, infatti nell'ipotesi di cui al co.1 lett. b) dell'art. 2497-*quater* il recesso può essere esercitato solo per l'intera partecipazione sociale.

Il presupposto di tale fattispecie è costituito da una pronuncia di condanna esecutiva ai sensi dell'art. 2497, dal dato letterale della norma si può comprendere come non sia necessario che

⁸² M. VENTORUZZO, *Brevi note sul diritto di recesso in caso di direzione e coordinamento di società (art. 2497-*quater*, c.c.)*, in *Rivista delle Società*, (2008), 5, p. 1183.

la pronuncia sia passata in giudicato ma è sufficiente che essa sia esecutiva, cioè possa essere oggetto di esecuzione forzata.

Alcuni dubbi interpretativi sono sorti in merito al diritto di recesso in caso di sospensione della pronuncia nelle more del giudizio di appello. Per dirimere i dubbi sembra sufficiente osservare che *«il recesso è qui previsto non soltanto in funzione dell'intervenuta pronuncia di condanna, ma anche della sua esecutività: l'esecutività della sentenza, cioè, è elemento costitutivo della fattispecie, e là dove esso manchi ab origine, o successivamente, per effetto di eventi sopravvenuti, anche l'esercizio del diritto di recesso ne sarà condizionato»*⁸³. Dunque la sospensione della sentenza emessa ai sensi dell'art. 2497 dovrebbe di fatto sterilizzare la possibilità di esercitare il diritto di recesso.

Altra questione interpretativa riguarda l'ipotesi in cui la sentenza di condanna ex art. 2497 c.c. venga annullata in sede d'impugnazione. In questo caso la dottrina⁸⁴ è pressoché concorde nell'affermare che la riforma della pronuncia in appello non incide nei confronti del socio che abbia esercitato il recesso in forza della pronuncia di primo grado esecutiva. La sentenza di appello potrebbe produrre effetti solo nel caso in cui intervenga prima che siano completate le procedure di liquidazione della partecipazione, ad ogni modo si tratta di un'ipotesi di scuola priva di rilevanza applicativa, dato che i tempi della giustizia civile sopravanzano abbondantemente quelli della procedura di liquidazione della partecipazione.

Un ulteriore problema ermeneutico riguarda l'esercizio del diritto di recesso nel caso in cui la responsabilità del soggetto che esercita direzione unitaria sia accertata con lodo arbitrale e non con sentenza. *«Nella misura in cui la decisione arbitrale è dotata del requisito dell'esecutività, e sempre premesso che la materia si ritenga arbitrabile, non può che concludersi che anch'essa, al pari di una sentenza, possa fondare l'esercizio dell'exit»*⁸⁵.

Infine ci si è chiesti se la condanna ex art. 2497 legittimi il recesso esclusivamente per il socio che abbia promosso il giudizio di responsabilità o si estenda anche agli altri soci di minoranza. Ragioni di certezza del diritto rendono preferibile la ricostruzione che accorda il diritto di recesso solo al socio che ha proposto vittoriosamente l'azione di responsabilità, ma gli effetti della sentenza potrebbero coinvolgere anche i soci che siano intervenuti volontariamente nella controversia ai sensi dell'art. 105 cod. proc. civ.

⁸³ F. ANNUNZIATA, *Commento all'art. 2497-quater c.c., Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. SBISÀ, I, *Commentario alla riforma delle società*, cit., p. 276.

⁸⁴ M. VENTORUZZO, *Recesso e valore della partecipazione nella società di capitali*, Milano, (2012), p. 251; R. RORDORF, *Il recesso del socio di società di capitali: prime osservazioni dopo la riforma*, in *Le Società*, 7, (2003), p. 982.

⁸⁵ M. VENTORUZZO, *Brevi note sul diritto di recesso in caso di direzione e coordinamento di società*, in *Rivista delle Società*, (2008), cit., p. 1184.

c. L'inizio e la cessazione dell'attività di direzione unitaria

La lettera c) del comma primo dell'art. 2497-*quater* c.c. disciplina la fattispecie più complessa di recesso. La disposizione attribuisce il diritto di recesso «*all'inizio ed alla cessazione dell'attività di direzione e coordinamento*» nell'ipotesi in cui «*ne deriva un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento*». Questo primo presupposto assegna al socio di minoranza della società controllata maggiore importanza in sede di inizio, mutamento, cessazione della direzione unitaria. Infatti quest'ultimo potrebbe esercitare il recesso e rendere meno conveniente un'eventuale trasferimento della partecipazione di controllo.

La norma fissa inoltre due presupposti negativi che legittimano il recesso «*non si tratta di una società con azioni quotate in mercati regolamentati - e - non venga promossa un'offerta pubblica di acquisto*». In questo caso la ratio della norma è facilmente comprensibile: in ipotesi di una società con azioni quotate in mercati regolamentati, la partecipazione del socio può essere agevolmente liquidata tramite la vendita sul mercato. Tale circostanza, a differenza di quanto accade nelle società cd. chiuse, consente al socio di uscire dal contratto sociale senza ricorrere al recesso.

Dunque, nell'ipotesi in cui inizi o termini l'attività di direzione unitaria, con riguardo ad una società non quotata e per la quale non venga promossa un'offerta pubblica d'acquisto, il socio della società eterodiretta sarà legittimato a recedere.

Per valutare il momento dell'inizio o della fine della direzione unitaria varranno le presunzioni dell'art. 2497-*sexies* e saranno indici presuntivi il controllo societario e il consolidamento dei bilanci, e l'adempimento degli obblighi di pubblicità fissati dall'art. 2497-*bis* c.c.

Per ciò che attiene invece all'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento valgono le considerazioni svolte per la fattispecie di cui alla lettera a) dello stesso articolo: il termine alterazione non può essere interpretato unicamente come modificazione in negativo delle condizioni di investimento e di rischio. Quindi legittimerà il recesso anche una riduzione del grado di rischio in quanto presumibilmente associata ad una riduzione della redditività della partecipazione, elemento che rientra nella valutazione che il socio compie al momento dell'adesione al contratto sociale.

Per quanto riguarda il presupposto negativo della mancata quotazione nei mercati regolamentati ci si è chiesti se sia sufficiente ad escludere il diritto di recesso la circostanza che alcuni titoli siano quotati o sia necessario valutare la relazione tra le azioni quotate e

quelle per cui si intende esercitare il recesso. Al fine di risolvere questo dubbio interpretativo viene in aiuto la ratio della norma, la quale intende accorda il recesso al socio qualora non possa esercitare comodamente l'uscita tramite un mercato regolamentato. *«Ne deriva che il rapporto tra quotazione del titolo e recesso deve essere ricostruito avendo riguardo alla specifica condizione delle azioni oggetto dell'eventuale recesso»*⁸⁶.

La disposizione inoltre introduce la possibilità di escludere il recesso mediante un'offerta pubblica d'acquisto. La norma non fa però espressivo riferimento alla disciplina dell'OPA ai sensi dell'art. 106 ss. del T.U.F., dunque non si tratterà esclusivamente di un'OPA obbligatoria ma potrà essere un'offerta privata volontaria.

Non resta dunque che stabilire quale debbano essere le condizioni di tale offerta. *«Benché la norma espressamente parli di offerta pubblica d'acquisto, sia invero sufficiente (soprattutto in presenza di un solo azionista di minoranza) un "offerta privata volontaria" a condizione che i) sia rivolta a tutti gli azioni di minoranza per la totalità dei loro titoli ii) per un prezzo equo, ovvero non significativamente differente rispetto a quello determinabile in base ai criteri di cui agli articoli 2437-ter c.c.»*⁸⁷.

Sulla fattispecie di cui all'art. 2497-*quater*, comma 1, lett. a) c.c. ha avuto modo di pronunciarsi recentemente il Tribunale di Milano, con sentenza del 21 luglio 2015, affrontando un caso di trasferimento di una partecipazione di controllo ai sensi dell'art. 2359, co.1, n. 1) c.c. Il socio di minoranza aveva infatti citato la società controllante al fine di vedere riconosciuto il diritto di recesso in ossequio all'ultima fattispecie prevista dalla speciale disciplina dei gruppi.

Il Tribunale, fornendo una interpretazione innovativa rispetto a quanto affermato comunemente in dottrina, ha stabilito che *«legittimano il recesso l'inizio, la cessazione e anche il cambio del soggetto che esercita attività di direzione e coordinamento, ma unitamente nella misura in cui possono in concreto comportare una modifica in senso deteriore delle condizioni di rischio dell'investimento»*.

Il Collegio si discosta, dunque, da quella teoria che sostiene come il legislatore avrebbe accordato al socio di minoranza il diritto di recesso per la semplice alterazione della situazione economica della partecipazione a prescindere dagli effetti positivi o negativi

⁸⁶ F. ANNUNZIATA, *Commento all'art. 2497-*quater* c.c., Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. SBISÀ, I, *Commentario alla riforma delle società*, cit., p. 279.

⁸⁷ F. COLOMBO, *I presupposti applicativi dell'art 2497-*quater*, comma 1, lettera c), c.c. ed il rapporto tra recesso ed offerta pubblica di acquisto (Nota a Trib. Milano sez. spec. Impresa 21 luglio 2015, n. 8902)*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2016), 3, p. 669.

dell'operazione. In questo caso l'organo giudicante ha ritenuto necessaria la prova del deterioramento delle condizioni di rischio.

Inoltre la stessa Corte spiega come, nella valutazione dell'avvenuta alterazione delle condizioni di rischio, sia necessario *«un giudizio anche di carattere prognostico che sappia adeguatamente valorizzare i concreti indici presuntivi. Le condizioni di rischio possono dunque dirsi alterate allorquando l'ingresso o l'uscita da un gruppo o il cambio della società controllante abbiano, o rischino di determinare, un impatto negativo sull'equilibrio patrimoniale e finanziario della società e/o sul valore della partecipazione e sulle prospettive reddituali della società eterodiretta e del socio»*.

Inoltre il Collegio ha preso posizione in merito alle condizioni dell'offerta pubblica di acquisto, nonostante fosse stata sottaciuta dalla parte attrice. Ecceputa dalla nuova capogruppo convenuta, il socio di minoranza aveva replicato che il prezzo per azione era inferiore di quello pagato per acquistare il pacchetto di controllo.

Il Tribunale ha stabilito che *«non sarebbe sorto alcun diritto di recesso in quanto validamente sostituito da una preventiva offerta di acquisto privata, idonea alternativa alla dismissione tramite recesso in quanto formulata ad un prezzo equo, ossia non significativamente differente rispetto a quello determinabile ex art.2437-ter c.c.»*. Inoltre il giudice ha tenuto a precisare che *«il disposto dell'articolo 2497-quater, comma 1, lettera c, c.c. il legislatore non ha inteso assicurare ai soci di minoranza il medesimo trattamento economico di cui beneficia il socio di maggioranza. Nell'ipotesi di recesso il prezzo sarebbe invece quello che presumibilmente sarebbe disponibile a pagare un compratore terzo per quella specifica partecipazione»*⁸⁸.

Alcune considerazioni di chiusura, valide per tutte le ipotesi di recesso previste dall'art. 2497-quater c.c., riguardano le modalità e i termini per l'esercizio del diritto di recesso. Il comma secondo dell'art. 2497-quater rinvia *«a seconda dei casi ed in quanto compatibili, alle disposizioni previste per il diritto di recesso del socio nella società per azioni o in quella a responsabilità limitata»*.

Le norme in merito alle modalità e ai termini per l'esercizio del recesso nelle società per azioni sono contenute nell'art. 2437-bis c.c., il quale prevede che il socio possa manifestare la volontà di sciogliersi dal contratto sociale, mediante lettera raccomandata, *«entro quindici giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese della delibera che lo legittima – ovvero - se il*

⁸⁸ Tribunale di Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, sentenza del 21 luglio 2015, n. 8902, con nota di: F. COLOMBO, *I presupposti applicativi dell'art 2497-quater, comma 1, lettera c), c.c. ed il rapporto tra recesso ed offerta pubblica di acquisto*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2016), cit., p. 662.

fatto che legittima il recesso è diverso da una deliberazione, esso è esercitato entro trenta giorni dalla sua conoscenza da parte del socio».

Data tale premessa è possibile affermare che nell'ipotesi di cui al comma 1, lett. a) dell'art. 2497-*quater* c.c. (trasformazione eterogenea o modificazione dell'oggetto sociale) troverebbe applicazione il termine breve, per l'esercizio del diritto di recesso, di quindici giorni decorrenti dall'iscrizione nel registro delle imprese della delibera che lo legittima. Nelle ipotesi di cui alle lettere b) e c) dello stesso articolo (condanna ai sensi dell'art. 2497 c.c. e inizio e cessazione della direzione unitaria) si applicherebbe, invece, ai fini dell'esercizio del diritto di recesso, il termine lungo di trenta giorni dalla conoscenza del fatto, mancando una formale deliberazione.

Per ragioni di certezza del diritto appare preferibile quella tesi che ritiene applicabili alla generalità delle fattispecie previste dall'art. 2497-*quater* c.c. il termine di trenta giorni, in quanto le deliberazioni della società controllante rappresentano, per la società controllata, fatti giuridici e non atti, ricadendo quindi a pieno titolo nella seconda fattispecie prevista dall'art. 2437-*bis* c.c.

6. I finanziamenti infragruppo

I finanziamenti infragruppo rappresentano una delle fattispecie tipiche di attività di direzione e coordinamento, in quanto consentono: una programmazione finanziaria integrata; una gestione efficiente della liquidità delle società del gruppo; la possibilità di accesso al credito a condizioni più vantaggiose di quelle normalmente praticate dal mercato. Di converso gli autonomi interessi della holding e della società eterodiretta possono confliggere sulle scelte finanziarie, soprattutto in merito alla scelta di fare ricorso, alternativamente, al capitale di rischio o al capitale di debito.

Prima dell'introduzione della specifica disciplina dell'attività di direzione e coordinamento, gli interpreti, in merito ai finanziamenti endogruppo, si interrogarono su due temi principali: in primo luogo sul superamento del limite dell'oggetto sociale soprattutto in caso di gratuità della prestazione di finanziamento o di garanzia; successivamente in merito alla sussistenza del conflitto di interessi e della responsabilità degli amministratori.

La prima questione è molto risalente, infatti se ne trovano tracce fin dal 1976 nella pronuncia della Corte di Cassazione del 14 settembre, n. 3150, nella quale la medesima Corte ha precisato: *«i pagamenti effettuati e gli avalli prestati dagli amministratori di una società nell'interesse di altra società, pur se si configurino come atti a titolo gratuito per la*

mancanza di una controprestazione, possono non apparire contrari o estranei all'oggetto sociale ove, per la sussistenza fra le due società di unità di finalità e di amministrazione e identità di interessi - nella specie, le due società erano affini per l'oggetto ed avevano in comune gli amministratori, i soci, la sede ed i collaboratori - tali atti risultino economicamente utili alla stessa società agente»⁸⁹.

Il Giudice di legittimità aveva ritenuto non contrari all'oggetto sociale gli atti che, nonostante fossero a titolo gratuito, rispondessero ad un interesse economico della società.

Sulla questione relativa al conflitto di interessi e alla responsabilità degli amministratori, la Suprema Corte aveva modo di pronunciarsi con sentenza del 13 febbraio 1992, 1759. Nel caso di specie la società attrice chiedeva l'annullamento delle fideiussioni rilasciate nei confronti di un'altra società, di cui erano soci gli amministratori della prima (successivamente revocati). Il ricorrente chiedeva l'annullamento della garanzia in quanto l'operazione esulava dall'oggetto sociale ed era stata compiuta in situazione di conflitto di interessi.

La Suprema Corte affermava che *«l'interesse della società non deve contrastare con quello del gruppo, fermo restando, però, che perché scatti la tutela degli interessi che alle singole società fan capo è necessaria non solo la potenzialità del conflitto di interessi, ma l'effettività del conflitto idoneo a causare danno alla società»*. Inoltre il Supremo Collegio riteneva che *«il vincolo degli organi amministrativi delle società collegate agli interessi del gruppo, trova limite nel rispetto e nella tutela della società. Di conseguenza, le deliberazioni degli organi amministrativi d'una società attuative delle direttive del gruppo non devono cagionare pregiudizio alla società medesima, e gli amministratori si devono astenere dall'eseguire deliberazioni ed indirizzi che possano danneggiare la società anche se favoriscano altre società del gruppo»⁹⁰.*

Coerentemente con tali premesse la Corte respingeva i ricorsi e confermava la pronuncia di appello che aveva annullato le fideiussioni in quanto *ultra vires* rispetto all'oggetto sociale e assunte in situazione di conflitto di interessi da parte degli amministratori (i quali restarono indenni da responsabilità solo a causa del decorso della prescrizione).

Il legislatore delegato, data la frequenza dei rapporti finanziari o di garanzia nel fenomeno di gruppo e i copiosi spunti interpretativi forniti dalla Corte di Cassazione, ha previsto una specifica disciplina dei finanziamenti infragruppo con il D.lgs. n. 6 del 2003.

⁸⁹ Cass. sentenza del 14 settembre 1976, n. 3150, Fall. Soc. Birs Tecnica c. Luciani e Chisoli. Con nota di: G. FERRI, *Garanzia per debito altrui, pagamento di debito altrui e atti estranei all'oggetto sociale*, in *Rivista del diritto commerciale*, (1978), 2, p. 220.

⁹⁰ Cass. sentenza del 24 febbraio 1992, n. 1759, Mediocredito Ligure c. Levante Assicurazioni e Fassio. Con nota di: M. LAMANDINI, *Nuove applicazioni giurisprudenziali in tema di gruppi di società*, in *Banca e borsa e titoli di credito*, (1993), 5, p. 503 ss.

L'articolo 2497-*quinquies* c.c. dispone che «*Ai finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti si applica l'articolo 2467*». La norma a cui si fa rinvio, anch'essa inserita dalla riforma del diritto societario, prevede una disciplina speciale per i finanziamenti effettuati dei soci nei confronti della s.r.l.

L'art. 2467 c.c. dispone innanzitutto la postergazione rispetto agli altri creditori sociali dei finanziamenti erogati dai soci a favore della società. Ai fini della suddetta disciplina «*s'intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento*».

Dunque la postergazione dei finanziamenti dei soci nella s.r.l. non è un effetto automatico ma è una conseguenza della precaria situazione finanziaria della società: infatti la postergazione opera allorché vi sia uno squilibrio tra indebitamento e patrimonio netto o una situazione finanziaria nella quale le regole del razionale agire economico avrebbero richiesto un conferimento.

La disposizione relativa alle società a responsabilità limitata fornisce maggiori indicazioni in merito alla ratio della disciplina dei finanziamenti dei soci, valida in forza del suddetto rinvio anche ai finanziamenti infragruppo. La norma mira a tutelare i creditori esterni della società, evitando che in un momento di difficoltà finanziaria della società i soci ricorrano al finanziamento mediante capitale di debito, aggravandone ulteriormente la posizione finanziaria.

In tale ipotesi gli interessi di soci e creditori divergono profondamente. I soci hanno interesse alla continuità aziendale, al fine di superare il momento di crisi e di ricominciare a generare profitti, mentre il ricorso al capitale di debito, in sostituzione del capitale di rischio, consente di addossare i rischi dell'operazione di rifinanziamento ai creditori esterni qualora la stessa non vada a buon fine.

Dunque la disciplina in commento prevede una responsabilità da corretto finanziamento per i soci della s.r.l. (nell'ipotesi di cui all'art. 2467 c.c.) e per la società capogruppo (art. 2497-*quinquies*). L'effettività del principio di corretto finanziamento viene garantita mediante la postergazione dei crediti dei soci rispetto agli altri creditori sociali, riducendo quindi la convenienza economica per i soci derivante dalla c.d. *thin capitalization*.

Le questioni interpretative lasciate aperte dalla disposizione di cui all'articolo 2497-*quinquies* c.c. riguardano l'esatta individuazione del perimetro di applicazione della norma: tanto dal punto di vista oggettivo, dato che la disposizione parla genericamente di "finanziamenti", quanto dal punto di vista soggettivo, soprattutto in merito all'applicabilità della postergazione ai finanziamenti ascendenti (da società controllata a capogruppo).

Altrettanti argomenti di discussione si riferiscono all'applicabilità della disciplina nell'ipotesi di attività di direzione e coordinamento esercitata ai sensi dell'art. 2359 co.1 lett. c) (controllo esterno di fatto) o ai sensi dell'art. 2497-*septies* c.c. (gruppo paritetico). Infine ci si è posti l'interrogativo se la regola della postergazione valga anche in caso di utilizzo di sistemi di tesoreria accentrata, cd. *cash pooling*; le suddette questioni ermeneutiche saranno oggetto di approfondita analisi nei paragrafi successivi.

a. L'ambito di applicazione oggettivo

Una prima questione riguarda il perimetro di applicazione oggettiva della disciplina combinata degli artt. 2497-*quinquies* e 2467 c.c. In entrambi casi il legislatore ha utilizzato il termine "finanziamenti", non eccellendo sicuramente in capacità descrittiva. Più precisa è la formulazione dell'art. 2467 c.c. il quale impone che siano sottoposti alla postergazione «*i finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati*».

La lettera della norma dunque afferma implicitamente la natura atipica dei finanziamenti cui si applica la postergazione, perciò l'ambito di applicazione della postergazione non riguarda soltanto i contratti aventi causa mutui (art. 1813 c.c.).

Volendo ricostruire gli elementi essenziali di un contratto di finanziamento si possono individuare: un surplus di liquidità che il soggetto finanziatore mette a disposizione a favore del prestatore; quest'ultimo si obbliga alla restituzione della stessa quantità di beni della stessa specie, in questo caso denaro, di quelli che ha ricevuto, più eventuali interessi, alla scadenza del termine. Trattandosi di un rapporto di durata il termine di rimborso costituisce elemento necessario del contratto di finanziamento.

Il perimetro di applicazione è molto ampio: vi rientrano i contratti di mutuo ma anche operazioni di finanziamento attuate mediante l'istituzione di rapporti di credito atipico come l'anticipazione di fatture o di titoli di credito, la sottoscrizione o l'acquisto di obbligazioni.

La dottrina è concorde nel ritenere applicabile la disciplina alla prestazione di garanzie infragruppo, per quanto riguarda il diritto di regresso del garante nei confronti del garantito. Rientrano inoltre nella nozione di finanziamento, ai fini dell'applicazione della disciplina

della postergazione, anche le ipotesi di pagamento a favore di terzo senza rinuncia di regresso, come nel caso di *factoring* infragruppo, ove la cessione dei crediti non ancora esigibili avvenga pro solvendo. Così come vi rientrano le dilazioni di pagamento relative a crediti di natura commerciale tra le società del gruppo.

Allo schema del finanziamento sono riconducibili infine il contratto di *leasing* finanziario e le forme contrattuali nelle quali la cessione di beni in godimento è strumentale alla realizzazione della causa di finanziamento, come nell'ipotesi di *sale and lease back*⁹¹.

La giurisprudenza di merito ha avuto modo di pronunciarsi relativamente alla corretta qualificazione dei contratti di finanziamento soprattutto circa l'applicazione dell'art. 2467 c.c., principi validi anche per l'articolo 2497-*quinquies* c.c. in quanto le norme hanno la medesima ratio di prevenire la sottocapitalizzazione nominale della società (a responsabilità limitata o facente parte di un gruppo) pratica volta a traslare il rischio di impresa dai soci ai creditori della società.

Tra le tante, appare interessante segnalare il decreto del Tribunale di Padova del 16 maggio 2011, nel provvedimento il Collegio ha avuto modo di precisare che nella corretta qualificazione di finanziamento non è rilevante *«l'entità della partecipazione finanziaria detenuta, né l'effettiva partecipazione alla gestione societaria; non contano altresì le modalità dell'apporto o il titolo oneroso o gratuito; l'elemento decisivo deve essere quello funzionale e causale dell'operazione, così che vi rientrano sia le operazioni di credito tipiche, sia tra le altre, le prestazioni di garanzie, reali o personali dei soci. Ancora devono ritenersi compresi, secondo l'opinione dottrinale prevalente, i finanziamenti erogati sia in forma diretta sia in forma indiretta, cioè erogati da soggetti terzi»*⁹².

La Corte ha applicato dunque un'interpretazione estensiva dei contratti di finanziamento fino a comprendere gli atti a titolo gratuito, le garanzie reali e personali e i finanziamenti indiretti, erogati da un soggetto interposto, al fine di assicurare l'effettività della disciplina della postergazione. Infatti una valutazione eccessivamente ristretta del perimetro oggettivo della disciplina rischierebbe di prestare il fianco a facili elusioni, mediante l'utilizzo di schemi contrattuali non compresi nella nozione di finanziamento ma che producano gli stessi effetti giuridici.

Altra importante decisione è la sentenza del Tribunale di Udine del 3 marzo del 2009: il socio di una s.r.l. aveva prestato una serie di fideiussioni in favore di alcuni istituti bancari per

⁹¹ Cfr. G. BALP, *I finanziamenti infragruppo: direzione e coordinamento e postergazione*, in *Rivista di diritto civile*, (2012), 4, p. 356.

⁹² Tribunale di Padova, decreto del 16 maggio 2011, con nota di G. BALP, *Questioni in tema di postergazione ex art. 2467 e 2497-quinquies c.c.*, in *Banca borsa e titoli di credito*, (2012), 2, p. 227.

l'adempimento dei debiti della società derivanti da contratti di aperture di credito. Il socio era stato successivamente escusso dagli istituti di credito, in quanto la società era divenuta insolvente. In sede di fallimento il socio aveva chiesto l'ammissione allo stato passivo in qualità di creditore chirografario, ma il curatore aveva eccepito l'applicazione dell'art. 2467 c.c., ritenendo dunque le ragioni del socio dovessero essere postergate agli altri creditori sociali.

A fronte di tale contestazione il ricorrente formulava tre diverse eccezioni: i) la non applicabilità della disciplina della postergazione dedicata alle società a responsabilità limitata alle società per azioni; ii) la non applicabilità dell'art. 2467 c.c. ai finanziamenti indiretti erogati nella forma di garanzie per finanziamenti bancari; iii) l'impossibilità di applicare, *rationae temporis*, la disciplina della postergazione ai finanziamenti erogati prima dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 6 del 2003.

In merito alla prima eccezione il Collegio ha precisato *«essendo l'art. 2467 c.c. espressione di un principio generale necessario, a tutela dei terzi creditori, per il corretto finanziamento di tutte le società con soci a responsabilità limitata, la norma è applicabile in via analogica alla società per azioni quando queste presentino una struttura chiusa analoga a quella delle società a responsabilità limitata, con soci non meri investitori che, per la misura o anche solo la qualità della loro partecipazione, siano assimilabili a quelli di società a responsabilità limitata»*.

In merito invece all'applicabilità della regola della postergazione ai finanziamenti indiretti erogati mediante la prestazione di garanzie a soggetti terzi finanziatori il Giudice ha ribadito che *«al fine di evitare facili elusioni dovrà applicarsi ad ogni forma di sostegno finanziario reso dal socio alla società anche indiretto o "camuffato" che implichi, alla fine, un suo diritto alla restituzione. Debbono essere comprese tutte le fattispecie negoziali che comportano una successione del socio in una preesistente posizione creditoria di un terzo nei confronti della società, estendendo l'applicazione della norma ai casi dei "finanziamenti sostitutivi indiretti", ossia a quelli erogati in qualsiasi modo da soggetti estranei all'impresa che ricevono dai soci vari tipi di garanzie come fideiussioni o pegni»*.

Infine relativamente all'ambito di applicazione temporale della norma di cui all'art. 2467 c.c. il Collegio giudicante ha sottolineato che *«in assenza di disposizioni transitorie, reputa applicabile l'art.2467 c.c. a tutti i finanziamenti che alla data dell'1 gennaio 2004 sono ancora in corso e da rimborsare, purché ovviamente al momento del finanziamento*

*sussistano i presupposti applicativi della disciplina»*⁹³. Questa considerazione vale anche per le fattispecie di cui all'art. 2497-*quinquies* c.c., essendo le due norme state introdotte con il medesimo provvedimento.

Un'ultima questione interpretativa riguarda l'applicabilità, da un punto di vista oggettivo, della disciplina della postergazione delle movimentazioni finanziarie effettuate in forza di accordi di tesoreria accentrata, o utilizzando il termine anglosassone accordi di *cash pooling*. Con tale termine si identificano dei contratti atipici, i quali prevedono l'accentramento della liquidità delle singole società del gruppo presso un conto accentratore intestato alla società *pooler*.

La funzione è quella di assicurare una gestione efficiente della liquidità, canalizzando le risorse dalle società in surplus finanziario nel breve periodo, a favore delle società in deficit nel medio lungo termine.

Questo schema negoziale assicura canali di finanziamento alternativi rispetto ai circuiti tradizionali, consentendo alle società di gruppo di accedere al credito a condizioni privilegiate rispetto al mercato. Inoltre la gestione accentrata degli avanzi di liquidità consente, alla società accentratrice, di ottenere una maggiorazione degli interessi attivi, rispetto a quelli praticati dal sistema bancario alla società considerata in modo atomistico.

Gli accordi di tesoreria accentrata si configurano secondo due schemi di base: il *cash pooling* cd. virtuale, nel quale non vi è un effettivo trasferimento di liquidità dalle società eterodirette alla capogruppo. L'accentramento riguarda soltanto i saldi netti delle partite debitorie e creditorie di gruppo, quindi soltanto gli interessi attivi e passivi vengono calcolati in modo unitario.

Vi è poi il *cash pooling* effettivo ove i conti delle società eterodirette vengono azzerati periodicamente e le somme trasferite sul conto accentratore e successivamente annotate su sotto-conti di gestione tenuti dalla medesima società accentratrice. È in merito a quest'ultima ipotesi che sorge il dubbio circa l'applicabilità della disciplina dei finanziamenti infragruppo. Innanzitutto occorre indagare quale sia la causa dei contratti di tesoreria al fine di valutare se essi siano riconducibile alle *species* dei finanziamenti. A ben vedere lo schema negoziale non è riconducibile alla *causa mutui*, in quanto manca un presupposto indefettibile quale il decorso del termine tra la consegna del denaro e il diritto al rimborso, dato che le somme trasferite alla società accentratrice vengono generalmente riaccreditate contestualmente sui conti di gestione da essa gestiti.

⁹³ Tribunale di Udine, sentenza del 3 marzo 2009, con nota di: G. BALP, *Questioni in tema di postergazione ex art. 2467 e 2497-quinquies c.c.*, in *Banca borsa e titoli di credito*, (2012), cit., p. 237 ss.

Il contratto sembra più affine ad un deposito irregolare con la conseguenza che non si applicherà la disciplina di cui all'art. 2497-*quinquies* c.c. alle partite creditorie e debitorie che vengono sistematicamente trasferite in forza di accordi di *cash pooling*.

L'inapplicabilità della disciplina dei finanziamenti infragruppo non esclude che tali contratti possano pregiudicare le ragioni dei creditori e dei soci esterni delle società del gruppo. Si pensi ad esempio al contratto che preveda interessi attivi irrisori per i crediti vantati dalle società sottoposte a direzione unitaria e viceversa preveda interessi passivi eccessivamente onerosi per i debiti da queste contratti nei confronti della società che si occupa della tesoreria. Inoltre le società aderenti sono esposte ad un doppio rischio di insolvenza sia per ciò che attiene la situazione finanziaria della società accentratrice sia rispetto al risultato complessivo di gruppo, dato che le somme del sistema di tesoreria accentrata vengono utilizzate per fornire liquidità alle società di gruppo in deficit.

In questi casi, qualora le direttive finanziarie della capogruppo pregiudichino gli interessi dei soci e dei creditori delle società soggette a direzione unitaria, troverà applicazione, al ricorrere dei presupposti, la responsabilità per illecito esercizio di attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497 c.c.

Ipotesi diversa potrebbe essere il caso in cui in forza del contratto di *cash pooling* vi sia un trasferimento continuativo di risorse in favore di società del gruppo cronicamente in deficit. In questa ipotesi i trasferimenti dalla società *pooler* andrebbero a costituire un apporto finanziario stabile tale da costituire un finanziamento.

Dunque al ricorrere dei presupposti previsti dal comma secondo dell'art. 2467 c.c. di finanziamenti erogati in situazioni «*eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento*» troverebbe piena applicazione la disciplina della postergazione prevista dall'art. 2497-*quinquies* c.c.

Così come risulterebbe postergato il medesimo finanziamento proveniente non dalla capogruppo bensì da una società “finanziaria di gruppo” da essa controllata, schema organizzativo di cui si fa frequente utilizzo negli accordi di tesoreria accentrata.

In questo caso il finanziamento è riconducibile indirettamente alla società che esercita la direzione unitaria e si assisterebbe ad un'ipotesi di postergazione del finanziamento del terzo, dato che di solito la “finanziaria del gruppo” non detiene partecipazioni delle altre società, ribaltando le considerazioni svolte nel paragrafo precedente in merito alle fattispecie di cui agli artt. 2359 co.1 lett. c) e 2497-*septies* c.c.

Ammissa la postergazione del finanziamento erogato in esecuzione di contratti di cash pooling occorre determinare la corretta quantificazione del credito da sottoporre a postergazione. Quest'ultima «potrà determinarsi facendo applicazione delle regole sancite per i “rapporti continuativi e reiterati” dall'art 70 comma 3, l. fall., e quindi per ammontare pari alla differenza tra la consistenza massima raggiunta dal saldo creditorio nel periodo di crisi della controllata affidata e l'importo residuo del saldo esistente alla data di apertura del concorso»⁹⁴.

Puntualizzato il perimetro di applicazione della postergazione ai contratti di tesoreria accentrata, occorre notare come rivestano una posizione fondamentale gli amministratori della società eterodiretta, saranno questi ultimi (in forza ai poteri di gestione loro attribuiti ex art. 2381-bis c.c.) a decidere se aderire o meno al contratto. In secondo luogo la società capogruppo dovrà predisporre un sistema informativo in merito ai dati finanziari, propri o della società *pooler*, al fine di consentire agli amministratori (delle società eterodirette) di agire in modo informato e di evitare la responsabilità di cui all'art. 2497 c.c. «È altresì preferibile che l'accordo di tesoreria preveda il trasferimento non integrale della liquidità a favore del conto accentrato, così che una parte di essa rimanga nella immediata disponibilità delle società».

È auspicabile che i futuri accordi di tesoreria accentrata delimitino il loro oggetto «eventualmente ancorando l'entità delle risorse da destinare al cash pooling a determinati indici patrimoniali e finanziari da rilevare in capo alle società aderenti, quali il rapporto tra attività e passività correnti (cd. capitale circolante netto), il rapporto tra mezzi di terzi e mezzi propri (rapporto “statico” di indebitamento), il rapporto tra l'indebitamento complessivo e il cash flow (rapporto “dinamico” di indebitamento)»⁹⁵.

b. L'ambito di applicazione soggettivo e i finanziamenti ascendenti

Una volta definito l'ambito di applicazione oggettivo della disciplina dei finanziamenti infragruppo occorre passare all'analisi del perimetro soggettivo di operatività della disposizione di cui all'articolo 2497-*quinquies* c.c. Apparentemente la norma sembra molto precisa, infatti essa disciplina i finanziamenti «effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti».

⁹⁴ M. MAUGERI, *I finanziamenti "anomali" endogruppo (Commento all'art. 2497-quinquies c.c.)*, in *Banca borsa e titoli di credito*, (2014), 6, cit., p. 743.

⁹⁵ G. BALP, *Commento all'articolo 2497-quinquies c.c.*, in *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. SBISÀ, I, *Commentario alla riforma delle società*, cit., p. 329.

In primo luogo quindi la disciplina si applica ai cd. finanziamenti discendenti, cioè quelli realizzati dalla società capogruppo nei confronti dell'eterodiretta. Inoltre stretto trattamento riceveranno i cd. *cross-stream loans*, cioè le erogazioni in cui la società finanziatrice e quella beneficiaria sono sottoposte alla direzione unitaria della medesima capogruppo, questo è il significato dell'inciso "da altri soggetti ad essa sottoposti". Unica lacuna normativa riguarda i finanziamenti ascendenti, cioè l'ipotesi in cui sia la società sottoposta a direzione unitaria a finanziare (o a prestare garanzie) a favore della capogruppo. Questo è uno degli aspetti più dibattuti per ciò che attiene la disciplina di cui all'art. 2497-*quinquies* c.c.

La dottrina maggioritaria⁹⁶ è concorde nel ritenere che la mancata menzione dei finanziamenti ascendenti nell'art. 2497-*quinquies* c.c., comporti l'esclusione di tale fattispecie dalla regola della postergazione. A sostegno di questa tesi non vi è soltanto il tenore letterale della norma ma anche argomentazioni di natura teleologica, in quanto la postergazione dei finanziamenti ascendenti contraddirebbe la ratio della disciplina dei finanziamenti infragruppo.

Infatti la *ratio* dell'art. 2497-*quinquies* è di tutelare la posizione dei creditori esterni della società controllata che vedono pregiudicate le loro ragioni in forza della politica finanziaria di gruppo, volta a traslare il rischio di impresa dal socio, identificabile nella capogruppo, ai creditori della società eterodiretta. Tale squilibrio viene quindi bilanciato con il meccanismo della postergazione che trasforma i finanziamenti anomali della capogruppo in "quasi conferimenti".

La posizione dei creditori, della società capogruppo, è invece differente, essi possono aggredire il patrimonio della società controllata solo indirettamente: mediante la vendita o la liquidazione della partecipazione, in quest'ultimo caso andranno comunque soddisfatti in via preventiva i creditori della società controllata.

Applicare la regola della postergazione ai finanziamenti cd. *up-stream* stravolgerebbe la ratio della norma, in quanto i creditori della società capogruppo abbandonerebbero la situazione peggiore rispetto a quelli della eterodiretta, i quali vedrebbero in tal modo le proprie ragioni postergate rispetto ai creditori della capogruppo. Tale effetto sarebbe contrario alle finalità della disciplina del capo dedicato all'attività di direzione e coordinamento che mira a tutelare i soci e i creditori esterni della società sottoposta a direzione unitaria quali parti deboli del rapporto di dominazione. «D'altro canto, l'assenza di alcun effettivo potere decisionale della società erogatrice – cioè la eterodiretta – nei confronti dell'ente posto al vertice del gruppo e

⁹⁶ In questo senso si sono espressi: U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, (2010), p. 66; A. LOLLÌ, *Commenti agli artt. 2467 e 2497-quinquies*, in *Commentario Maffei Alberti*, vol. III, Padova, (2005), p. 2420; M. T. BRODASCA, *Commenti agli artt. 2497-quinquies; 2497-sexies; 2497-septies*, in *Codice commentato FAUCEGLIA – SCHIANO DI PEPE*, Torino, (2007), p. 1665.

che la controlla si riflette, in capo ai creditori della prima, nel rischio di trovarsi direttamente esposti al depauperamento patrimoniale della loro debitrice nel caso di mancata restituzione del prestito da parte della capogruppo, là dove le regole di “responsabilità” per “corretto finanziamento” presuppongono, viceversa, siffatto potere»⁹⁷.

Ad ogni modo la mancata inclusione dei finanziamenti ascendenti nella disciplina dell'art. 2497-*quinquies* c.c. non rende queste forme di finanziamento, adottate di frequente nella prassi dai gruppi di imprese, di per sé illegittime ma impone di ricercare ulteriori forme di tutela a favore dei creditori della società finanziatrice eterodiretta.

Innanzitutto vengono in rilievo gli obblighi di comportamento degli amministratori (della società sottoposta a direzione unitaria), i quali, come ampiamente ripetuto, mantengono il potere di gestione anche in ipotesi di altrui direzione unitaria. Gli amministratori nel concedere prestiti o garanzie alla società capogruppo dovranno agire «*con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze*», come prescritto dall'art. 2392 co.1 c.c.

Il medesimo obbligo di diligenza è previsto per i componenti del Collegio sindacale ai sensi dell'art. 2407 c.c. Dunque nel caso in cui, applicando la diligenza richiesta ai componenti degli organi amministrativi, apparisse improbabile che la società capogruppo potesse adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni (secondo un giudizio *ex ante*), gli organi amministrativi della società eterodiretta potrebbero essere chiamati a rispondere per la concessione del finanziamento, o la mancata escussione del medesimo, in favore della capogruppo.

In via ulteriore, se l'operazione finanziaria fosse influenzata dalle direttive emanate dalla società capogruppo (in forza dell'effettivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento), avendo quest'ultima cagionato un danno alla redditività e al valore della partecipazione della società controllata, in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, potrebbe essere chiamata a risponderne ai sensi dell'art. 2497 c.c. In merito al tema su cui si discute, appare interessante segnalare la sentenza della Corte di Cassazione del 4 ottobre 2010 n. 20597, nella pronuncia la Corte ha dichiarato l'annullamento di una fideiussione rilasciata dalla società collegata in favore di un istituto di credito a garanzia delle obbligazioni assunte dalla società controllante.

È opportuno segnalare che la Suprema Corte non ha inteso applicare il combinato disposto degli artt. 2497-*quinquies* e 2467 c.c., ma ha annullato la garanzia personale rilasciata dalla

⁹⁷ G. BALP, *Commento all'articolo 2497-quinquies c.c.*, in *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. SBISÀ, I, *Commentario alla riforma delle società*, cit., p. 305.

società collegata ritenendo l'atto *ultra vires* rispetto all'oggetto sociale, quindi lesivo della disposizione di cui all'art. 2384 c.c., nonostante fosse stata autorizzata con deliberazione unanime, e in quanto assunta in conflitto di interessi, dato che nel caso di specie sussisteva il fenomeno di *interlocking directorates*, dato che l'amministratore unico della società collegata risultava sedere nel Consiglio di amministrazione della società capogruppo⁹⁸.

Nonostante la pronuncia si astenga dall'affrontare il tema dei finanziamenti infragruppo la soluzione, prospettata dalla giurisprudenza di legittimità, risulta una valida alternativa, qualora si escluda la tutela di cui agli artt. 2497-*quinquies* e 2467 c.c. ai finanziamenti ascendenti.

Seppur minoritaria, appare degna di nota la tesi della dottrina⁹⁹, che ritiene applicabile ai finanziamenti cd. *up-stream* il regime della postergazione previsto dalle norme in materia di finanziamenti dei soci nelle s.r.l. e ai finanziamenti infragruppo, discendenti o orizzontali.

Gli interpreti che ritengono postergabili i finanziamenti erogati dalla società eterodiretta alla società capogruppo oltrepassano il dato letterale dell'art. 2497-*quinquies* c.c., il quale appunto non prevede tale fattispecie. Essi rilevano come la *ratio* della norma si estendibile ai finanziamenti *up-stream* in quanto essa degrada le ragioni della società del gruppo, che abbia agito in violazione dei canoni di corretta gestione societaria e finanziaria, in forza di interessi ulteriori rispetto a quelli dei creditori esterni della società finanziata.

La fattispecie non sarebbe diversa da quella dei finanziamenti orizzontali tra società cc.dd. sorelle in quanto anche in questo caso la società finanziatrice avrebbe la possibilità di conseguire utilità ulteriori, dovute dall'appartenenza al gruppo, rispetto ai normali creditori.

A sostegno di tale tesi vengono adottati, inoltre i principi generali di diritto privato, il quale imputa la responsabilità dell'illecito a chi lo ha commesso. Perciò la società eterodiretta che abbia concesso il finanziamento, nelle condizioni di cui all'art. 2467 co. 2 c.c., dovrebbe essere certamente responsabile per i danni arrecati ai creditori della società capogruppo.

Qualora poi la delibera di finanziamento sia stata influenzata da una direttiva della capogruppo essa potrà essere chiamata a rispondere ai sensi dell'art. 2497 c.c. per la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. «*In altri termini, se si considera il capo dedicato all'attività di direzione e coordinamento nel suo complesso, è*

⁹⁸ Cfr. Cass. sentenza del 4 ottobre 2010, n. 20597, Alpe Invest s.r.l. c. Banca Intesa s.p.a. Con nota di: L. BENEDETTI, *Invalidità per conflitto di interessi e per estraneità all'oggetto sociale della fideiussione prestata da una società a favore di un'altra*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2011), 6, p. 1348.

⁹⁹ N. ABRIANI, *Finanziamenti "anomali" e postergazione: sui presupposti di applicazione dell'art. 2467*, in *Il Fallimento*, (2011), 11, p. 1363; M. S. SPOLIDORO, *La tutela dei soci di minoranza e dei creditori della holding nella nuova disciplina della società di capitali*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, vol. III, tomo III, Milano, (2005), p. 3924.

possibile pervenire ad una soluzione capace di conciliare l'applicazione dell'art. 2497-quinquies c.c. ai prestiti ascendenti con la necessità di preservare i creditori (ed i soci) della dominata dagli effetti lesivi derivanti dalla subordinazione del diritto al rimborso di quest'ultima»¹⁰⁰.

c. Controllo non partecipativo e finanziamenti infragruppo

Un ulteriore dubbio interpretativo, in merito all'ambito di applicazione soggettivo della disciplina dei finanziamenti infragruppo, riguarda le fattispecie nelle quali l'attività di direzione e coordinamento è esercitata in forza di particolari vincoli contrattuali, cioè nei casi di controllo esterno di fatto (ex art. 2359 co.1 lett. c) e di gruppo paritetico (ex art. 2497-septies c.c.).

Nonostante queste fattispecie non trovino frequente applicazione nella prassi societaria, in quanto il controllo contrattuale è strutturalmente più instabile rispetto a quello partecipativo, esse meritano comunque di essere analizzate.

In via preliminare occorre rilevare come la disciplina dell'attività di direzione e coordinamento non preveda differenze in base alle modalità con le quali la direzione unitaria si instaura, dunque secondo un'interpretazione letterale la disciplina di cui all'art. 2497-quinquies c.c. troverebbe piena applicazione anche nelle fattispecie di controllo esterno di fatto o di gruppo paritetico. Allo stesso tempo però vi sono diversi argomenti di natura teleologica che inducono ad affermare il contrario.

In primo luogo si può considerare l'ipotesi in cui l'attività di direzione unitaria trovi il suo fondamento in base ad un contratto di finanziamento. In questa ipotesi da tale atto negoziale discenderebbero duplici effetti giuridici: in forza del contratto di finanziamento verrebbe a sussistere la direzione unitaria e allo stesso tempo le ragioni creditorie sarebbero postergate in forza dell'art. 2497-quinquies c.c. Ma è lo stesso tenore letterale della norma a contraddire tale ricostruzione, in quanto essa richiede che il presupposto dell'esercizio di direzione unitaria sia preesistente all'erogazione del prestito, non contestuale.

L'applicazione della disciplina della postergazione, alle ipotesi di direzione unitaria sulla base di vincoli contrattuali, troverebbe ostacolo inoltre nel dato normativo di cui al comma secondo dell'articolo 2467 c.c. Quest'ultimo definisce come finanziamenti anomali quelli che sono stati concessi «*in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato*

¹⁰⁰ L. BENEDETTI, *La disciplina dei finanziamenti up-stream della società eterodiretta alla capogruppo in situazione di difficoltà finanziaria*, in *Rivista delle società*, (2014), 4, p. 769.

ragionevole un conferimento». Appare chiaro che tale ultimo presupposto sia difficilmente riferibile alle fattispecie in commento, in quanto in tali casi la società capogruppo non detiene una partecipazione nella società eterodiretta, quindi il riferimento alla ragionevolezza del conferimento non sembra coerente dal punto di vista logico.

La parte della dottrina che ritiene applicabile il regime di postergazione nelle ipotesi di controllo esterno non ritiene decisivo questo argomento, in quanto la società capogruppo, in momenti di difficoltà finanziaria della società controllata, potrebbe servirsi «*di risorse rappresentative di netto patrimoniale diverse dal capitale sociale (che si tratti di versamenti in conto capitale o a fondo perduto) ammissibili anche da parte di terzi, quanto di erogazioni postergate in via negoziale rispetto alla generalità di altri creditori*»¹⁰¹.

Tale eccezione non può essere condivisa in quanto i versamenti in conto capitale o a fondo perduto non sono esattamente sovrapponibili agli apporti a titolo di conferimento e la postergazione negoziale del credito potrebbe essere facilmente eliminata dalle parti con un ulteriore atto negoziale.

L'argomento forse più rilevante, circa la non applicabilità della postergazione dei finanziamenti erogati dalla capogruppo contrattuale, attiene alla ratio della disciplina contenuta negli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c.

La disciplina mira a disincentivare l'azzardo morale del socio (o della capogruppo) consistente nell'utilizzo di capitale di debito in momenti di difficoltà finanziaria della società, pratica che consente di traslare il rischio di impresa dai soci ai creditori esterni della società.

Però «*in mancanza di qualsiasi investimento, diretto o indiretto, nel capitale sociale della società finanziata, la holding contrattuale non subisce alcun incentivo a orientarne le scelte gestorie verso la realizzazione di progetti altamente speculativi, né beneficia di quella asimmetria tra opportunità di profitto (acquisibili in caso di riuscita del tentativo di risanamento) e costo dell'insolvenza (traslabile sui creditori esterni nell'ipotesi esposta) la cui neutralizzazione costituisce il vero scopo della disciplina dei finanziamenti "anomali" dei soci*»¹⁰².

Le suddette argomentazioni di carattere sistemico sembrano sufficienti ad affermare con relativa certezza la non applicabilità della disciplina degli artt. 2497-*quinquies* e 2467 c.c. alle fattispecie di cui agli artt. 2359 co. 1 lett. c) e 2497-*septies* c.c.

¹⁰¹ G. BALP, Commento all'articolo 2497-*quinquies* c.c., in *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. SBISÀ, I, *Commentario alla riforma delle società*, cit., 312.

¹⁰² M. MAUGERI, *I finanziamenti "anomali" endogruppo* (Commento all'art. 2497-*quinquies* c.c.), in *Banca borsa e titoli di credito*, VI, (2014), p. 737.

Ad ogni modo la condotta della società capogruppo, che mediante un atto di finanziamento contrario ai canoni di corretta gestione societaria e imprenditoriale, che abbia leso il valore della partecipazione della società controllata in assenza di adeguato ristoro dovuto ai risultati di “gruppo” o ad operazioni a ciò dirette, potrà essere comunque sanzionata in ossequio alla disciplina dell’art. 2497 c.c.

Tali conclusioni sono valide anche per i finanziamenti erogati dalla società da soggetti terzi. Nella maggior parte delle ipotesi si tratterà di istituti di credito, titolari di particolari *covenants* a garanzia del credito, quali ad esempio diritti di veto su determinate delibere o il diritto a nominare un membro del consiglio di amministrazione. In questi casi il finanziatore non cumula il doppio interesse di creditore e di partecipante al capitale della società, circostanza che, integrando la ratio delle disposizioni in commento, legittima l’applicazione del regime della postergazione.

Ipotesi limite, in cui la postergazione potrebbe trovare applicazione, è quella del terzo creditore titolare anche di un diritto reale di garanzia sulla partecipazione sociale. In questo caso il creditore ha un ulteriore interesse al mantenimento del valore della partecipazione oltre quello, comune a tutti i creditori, di veder soddisfatte le proprie ragioni. Nell’ipotesi di specie le finalità della disciplina della postergazione troverebbero ragion d’essere e perciò sarebbe ragionevole postergare le ragioni del creditore pignoratizio rispetto agli altri.

7. Il gruppo contrattuale

Il Capo IX del libro quinto del codice civile, dedicato all’attività di direzione e coordinamento, termina con la disposizione di cui all’art. 2497-*septies* c.c. rubricato “Coordinamento tra società”. La norma prevede che *«le disposizioni del presente capo si applicano altresì alla società o all’ente che, fuori dalle ipotesi di cui all’art. 2497-*sexies*, esercita attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti»*.

Questa norma costituisce un’innovazione rispetto all’originaria disciplina prevista dal D.lgs. n. 6 del 2003, infatti essa non figurava quale autonoma fattispecie ma era compresa tra le presunzioni dell’art. 2497-*sexies* c.c. Il comma secondo dell’art. 2497-*sexies* presumeva in via relativa l’esercizio di direzione e coordinamento in forza di un contratto o di clausole statutarie. Successivamente l’intervento correttivo del D.lgs. del 6 febbraio 2004, n. 37, ha soppresso la norma di cui al comma secondo dell’art. 2497-*sexies* ed ha contestualmente introdotto la previsione di cui all’art. 2497-*septies* c.c.

La finalità della disciplina, così come rinvenibile nella Relazione illustrativa al D.lgs. n. 37 del 2004, è quella di «*separare la disciplina del controllo c.d. “verticale”, prevista nell’articolo 2497-sexies, da quella del controllo c.d. “paritetico od orizzontale”*» al fine di prevenire eventuali equivoci interpretativi.

I dubbi ermeneutici, lasciati dalla disposizione in commento, riguardano la legittimità nell’ordinamento italiano dei “contratti di dominazione” e del “gruppo contrattuale di diritto”.

a. L’ammissibilità dei contratti di dominazione

La prima questione si riferisce all’annoso dibattito circa l’ammissibilità nell’ordinamento vigente dei contratti di dominazione di origine germanica. Con buona approssimazione il contratto di dominio può essere definito come «*l’accordo, con il quale si regola in via diretta ed esclusiva l’obbligo di una società di agire secondo le istruzioni e gli ordini impartiti da un’altra impresa*»¹⁰³.

Esso trae ispirazione dal *Beherrschungsvertrag*, contratto di dominazione, disciplinato dagli artt. 302 e 303 dell’*Aktiengesetz (AktG)*, la legge azionaria tedesca. Nonostante tale tipo di accordo sia ormai consolidato nell’ordinamento germanico la dottrina italiana¹⁰⁴, tendenzialmente unanime, esclude la legittimità di tale negozio giuridico nell’ordinamento italiano.

Tale dottrina ritiene nullo il contratto di dominazione in quanto contrario alle norme sul conflitto di interessi, ex artt. 2373 e 2391 c.c., i quali impediscono agli amministratori di agire in forza di interessi ulteriori, propri o di terzi, rispetto a quelli della società che rappresentano. Il contratto di dominio germanico invece prevede la completa alienazione delle decisioni gestorie dall’organo amministrativo della società dominata a favore della dominante.

Tale effetto non è tollerabile nel nostro ordinamento, il quale prevede l’esclusiva competenza dell’organo amministrativo nell’esercizio dei poteri di gestione, ai sensi dell’art. 2381-*bis* c.c. Inoltre tale accordo non sarebbe opponibile ai soci, ai creditori sociali e ai terzi: dunque questi ultimi potrebbero agire, nei confronti degli amministratori, ai sensi degli artt. 2394 e 2395 c.c. Perciò gli amministratori della società dominata dovranno comunque valutare la convenienza e gli effetti del contratto di dominazione, al fine di evitare la responsabilità per i danni arrecati ai soci e ai creditori. La discrezionalità dell’organo amministrativo nell’attuare le direttive,

¹⁰³ G. SBISÀ, *Società controllate e società collegate*, in *Contratto ed impresa*, (1997), p. 319 ss.

¹⁰⁴ Si sono espressi in questo senso: A. IRACE, *Commento all’art. 2497-sexies*, in *Commentario Sandulli - Santoro*, III, Torino, (2003), p. 349; A. BADINI CONFALONIERI, *Commento all’art.2497-septies*, in *Commentario G. COTTINO*, Bologna, (2004), p. 2218.

emanate dalla capogruppo in forza di un ipotetico contratto di dominazione, fa venir meno uno degli elementi costitutivi del *Beherrschungsvertrag* costituito dagli effetti vincolanti delle direttive assunte della società dominante.

Una parte meno rigida della dottrina ritiene invece legittimi i cd. contratti di dominio debole, cioè quelle ipotesi in cui «*si è in presenza di un soggetto dominante il quale dà istruzioni agli amministratori della dominata ma non annichilisce gli organi della stessa fino al punto di sostituirsi ai medesimi nell'attività "esterna" della società o di non consentire loro reazioni ad istruzioni illecite o contrarie all'interesse della società da essi amministrare. Si tratta quindi di contratti nei quali il dominante di fatto assume l'impegno di agire per la massimizzazione del valore del patrimonio sociale e non si disperde il concetto di separato interesse sociale*»¹⁰⁵.

Salva quest'ultima opinione si ritiene¹⁰⁶ che, in mancanza di un'apposita disciplina legislativa, il contratto di dominazione non possa trovare applicazione nell'ordinamento italiano.

Al fine di fugare ogni dubbio, occorre valutare se la disposizione di cui all'articolo 2497-*septies* c.c. costituisca la norma di diritto positivo che introdurrebbe i contratti di dominio nel nostro ordinamento.

Tale conclusione è da escludere per una molteplicità di ragioni: in primo luogo il contratto di dominio, nella sua accezione forte, esclude la responsabilità degli amministratori della società dominata per i danni arrecati alla stessa nell'esecuzione delle direttive (vincolanti) emanate dalla dominante.

Tale effetto contraddice in toto la disciplina di cui all'art. 2497 c.c. comma secondo, il quale ritiene solidalmente responsabili coloro che abbiano concorso al danno al valore e alla redditività della partecipazione sociale in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale.

Inoltre il contratto di dominazione di matrice germanica non pare compatibile con l'obbligo di analitica motivazione delle decisioni ai sensi dell'art. 2497-*ter* c.c., infatti in ossequio alla teoria prospettata, l'obbligo di motivare le singole deliberazione sarebbe superfluo, in quanto le stesse decisioni sarebbero legittime in forza dell'accordo di dominazione, il quale non prevede la possibilità per gli amministratori, di discostarsi dalle direttive della capogruppo.

¹⁰⁵ M. LAMANDINI, *Il "controllo" nozioni e "tipo" nella legislazione economica*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, (1994), cit., p. 155.

¹⁰⁶ G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, a cura di M. Campobasso, Torino, VIII ed., (2012), p. 276; F. GALGANO, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di: GALGANO – GENGHINI, tomo I, Padova, (2004) p. 149.

Un terzo argomento, di ordine squisitamente comparatistico, volto ad escludere l'interpretazione dell'art. 2497-*septies* c.c. quale norma che introduce il *Beherrschungsvertrag*, attiene al confronto con la legge azionaria tedesca. Gli articoli 302 e 303 dell'*Aktiengesetz* prevedono un articolato sistema di regole e garanzie a favore della società dominata, in merito alla reintegrazione delle perdite dovute all'esecuzione di contratti di dominazione, e a favore dei creditori sociali.

Tale disciplina non è rinvenibile nella lettera dell'art. 2497-*septies* c.c., dunque tali fondamentali aspetti, soprattutto in merito alle garanzie per i soggetti terzi rispetto al contratto di dominio, sarebbero lasciati all'autonomia privata. Questo ordine di ragioni impone di escludere che la norma di cui all'art. 2497-*septies* funga da regola generale legittimante i contratti di dominazione.

b. Il gruppo contrattuale (o paritetico)

Un' ulteriore questione interpretativa attiene al confronto della fattispecie disciplinata nell'articolo 2497-*septies* con quella prevista dall'articolo 2359 co.1 lett. c), rientrante nella disciplina dell'attività di direzione e coordinamento in forza del rinvio operato dall'art. 2497-*sexies* c.c.

Volendo analizzare il dato letterale, le due norme appaiono molto simili: la prima si riferisce al caso in cui l'attività di direzione e coordinamento sia esercitata «*sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti*». Invece la lettera c) dell'articolo 2359, descrivendo la fattispecie di controllo esterno di fatto, fa riferimento alle società «*che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali*».

Nonostante la formulazione delle due disposizioni appaia sovrapponibile, non è logicamente corretto ritenere che via sia una corrispondenza biunivoca tra le due fattispecie, in quanto la previsione di cui all'art. 2497-*septies* c.c. risulterebbe del tutto pleonastica.

Buona parte dei commentatori sono concordi nel ritenere che la differenza tra le due fattispecie consista nella circostanza che, nei contratti menzionati all'art. 2359 c.c., l'influenza dominante sia un effetto dell'accordo tra le parti, mentre nell'ipotesi di cui all'art. 2497-*septies* la stessa costituisca l'oggetto del contratto stesso.

Chiariti l'inammissibilità del contratto di dominazione nell'ordinamento italiano e le differenze con l'ipotesi di controllo esterno di fatto, non appare ancora chiaro quale sia il concreto ambito di applicazione della disposizione in commento.

Parte della dottrina ritiene che la norma introduca i cd. contratti di collegamento cioè «*un contratto, in forza del quale più società “autonome” (ossia non legate da una preesistente situazione di “controllo” rilevante ai sensi dell’art. 2359 o della disciplina sul bilancio consolidato) si assoggettano all’attività di direzione e coordinamento di una di esse e la capogruppo si obbliga ad esercitare tale attività “nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale” delle società dipendenti*»¹⁰⁷.

Ritenendo corretta tale interpretazione non è facile determinare nel caso concreto se un determinato contratto tra più società abbia le caratteristiche tali da integrare la fattispecie di cui all’art. 2497-*septies*, questione non secondaria se si tengono a mente gli oneri pubblicitari previsti dall’articolo 2497-*bis* c.c. e l’obbligo di motivazione delle decisioni ai sensi dell’articolo successivo.

A tal fine potranno essere di aiuto «*alcuni “indici” da considerare rilevatori di un esercizio di direzione e coordinamento anche su base contrattuale. Il primo di questi indici sembra poter essere individuato in quegli atti che, pur scaturendo dal rapporto contrattuale, in sé e per sé considerato, finiscono con l’esprimere l’esercizio del potere di direzione e coordinamento di una parte nei riguardi dell’altra*»¹⁰⁸.

Le ipotesi rinvenibili in concreto sono le più varie: si pensi ad esempio ad accordi di pianificazione finanziaria che impongano dei requisiti minimi patrimoniali o un determinato rapporto tra mezzi propri e indebitamento. Così come vi rientrerebbero i contratti che consentono alla società capogruppo di incidere sulla struttura organizzativa della controparte, i quali presuppongono che la società sottoposta a direzione unitaria riconosca il ruolo della capogruppo all’interno della propria organizzazione e che quest’ultima possa emanare direttive al fine di favorire l’integrazione.

Infine possono essere assunti ad esempio i contratti, quali ad esempio la fornitura, che demandano ad una delle parti la determinazione delle strategie di mercato. Infatti potrebbero essere indici di eterodirezione: il diritto di determinare la politica dei prezzi; o altri elementi dell’offerta quali le quantità, le caratteristiche o la penetrazione in determinati mercati.

Tali pattuizioni esulano dal contenuto del contratto incidendo direttamente sui risultati complessivi di una delle parti fino a determinare la permanenza della medesima sul mercato. Essi rientrano nella fattispecie che il diritto antitrust definisce *tying contracts*, o *tying clauses*:

¹⁰⁷ G. MUCCIARELLI, *Commento all’Art. 2497-septies c.c.*, in *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. SBISÀ, I, *Commentario alla riforma delle società*, cit., p. 394.

¹⁰⁸ A. NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell’attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497-sexies e 2497-septies c.c.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2004), cit., p. 999.

cioè quegli accordi che prevedono prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non hanno nessun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

Altra parte della dottrina ritiene, invece, che la disposizione di cui all'articolo 2497-*septies* c.c. riconosca come legittimi, implicitamente, i gruppi orizzontali, vale a dire «*quelli che nascono da accordi tra più società, al fine di instaurare tra loro un coordinamento di carattere finanziario e/o organizzativo, tale da dare vita ad una loro direzione unitaria in assenza di vincoli di subordinazione di una società rispetto all'altra*»¹⁰⁹.

Un esempio di tale fenomeno è il gruppo cooperativo paritetico disciplinato dall'articolo 2545-*septies* c.c. Tale ultimo articolo definisce il gruppo paritetico come «*il contratto con cui più cooperative appartenenti anche a categorie diverse regolano, anche in forma consortile, la direzione e il coordinamento delle rispettive imprese*».

Volendo traslare tale fattispecie alla disciplina delle società lucrative, ci si troverebbe di fronte ad un gruppo orizzontale (o paritetico), rientrante nell'applicazione del Capo IX del Libro V del Codice civile in forza dell'art. 2497-*septies*, nell'ipotesi in cui più società sottoscrivano un contratto di consorzio, in ossequio alle norme dettate dagli artt. 2602 ss. c.c., il quale preveda dei poteri di influenza dominante degli organi consortili nei confronti delle società aderenti.

¹⁰⁹ A. IRACE, *Commento all'art. 2497-sexies*, in *Commentario Sandulli - Santoro*, III, Torino, 2003, p. 349.

II. IL CONCORDATO PREVENTIVO

1. L'ammissione alla procedura di concordato

Conclusa l'analisi della disciplina dell'attività di direzione e coordinamento, in questo capitolo verranno trattati gli aspetti principali della disciplina del concordato preventivo, che risulta essere, tra gli strumenti di composizione della crisi di impresa, quello che maggiormente valorizza la libertà negoziale di parti, debitore e creditori. Data l'ampia libertà dei contenuti della procedura concordataria, a seguito delle riforme intervenute negli ultimi due decenni, tale strumento risulta essere il più idoneo a dare rilevanza, all'interno delle procedure concorsuali, all'organizzazione dell'attività d'impresa in forma di gruppo.

La disciplina delle procedure concorsuali ha subito una profonda revisione a metà degli anni Duemila, un intervento finalizzato a rendere le procedure di gestione della crisi di impresa più efficienti.

La riforma del diritto fallimentare era così urgente da richiedere l'intervento con decreto legge. Infatti l'art. 2 del d. l., 14 marzo 2005 n. 30, in materia di *“Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale”* prevedeva una serie di importanti modifiche alla legge fallimentare, R.D. del 16 marzo 1942, n. 267. Tra le innovazioni vi era la revisione del concordato preventivo.

Gli interventi sulle procedure concorsuali furono stabilizzati dalla legge del 14 maggio 2005, dal cui titolo si evince la volontà di attuare una *“riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali”*. L'articolo 1 comma 5, della suddetta legge, delegava il Ministro della giustizia e il Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle attività produttive, ad emanare i decreti attuativi della riforma. La delega è stata adempiuta con il D.lgs. del 9 gennaio 2006, n. 5 in materia di *“Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80”*.

In materia di concordato preventivo gli interventi di riforma si sono orientati lungo una direttrice di fondo: ampliare la capacità negoziale del debitore, prevedendo una maggior flessibilità di contenuto. La disciplina precedente, infatti, conosceva soltanto due modelli di concordato: il concordato remissorio, il quale prevedeva una decurtazione dei debiti ed un'eventuale dilazione delle scadenze; vi era poi il concordato con cessione integrale dei beni aziendali. Come si vedrà la riforma ha ampliato i possibili contenuti del piano, dato che il merito del piano stesso è valutato esclusivamente dai controinteressati, i creditori.

Tale ultimo aspetto consente di identificare l'ulteriore principio ispiratore della riforma: la privatizzazione del processo di concordato. La composizione degli interessi tra l'imprenditore in crisi e i creditori è demandato ormai in larga misura al potere dispositivo delle parti e di conseguenza l'intervento giudiziale rimane sullo sfondo. Tale scelta manifesta la preferenza per la ricostruzione ermeneutica che privilegia la natura contrattualistica del concordato preventivo rispetto alla tesi pubblicistica-processuale. Date le ulteriori modifiche intervenute nel tempo appare necessario ripercorrere gli aspetti salienti della fase ammissione alla procedura.

a. I requisiti oggettivi e soggettivi

Innanzitutto occorre delimitare il corretto ambito di applicazione oggettivo e soggettivo della disciplina del concordato preventivo. L'art. 160 della legge fallimentare dispone che *«l'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo»*. Dunque si tratta di identificare i soggetti che rivestono la qualificazione di imprenditore e comprendere il significato del concetto di "stato di crisi".

In merito al perimetro di applicazione soggettiva assumono senza dubbio la qualifica di imprenditore commerciale: le società commerciali; gli enti associativi e le fondazioni, a condizioni che svolgano effettivamente attività commerciale; le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa nonostante non si applichino le disposizioni sul fallimento. Viceversa non hanno la qualifica di imprenditore commerciale, e perciò non sono assoggettabili a concordato: gli imprenditori agricoli e gli enti pubblici. Così come non sono sottoponibili a concordato preventivo i piccoli imprenditori, cioè quelli che non raggiungono le soglie dimensionali di cui all'art.1 comma secondo della legge fallimentare.

In dottrina non è pacifica l'applicabilità dei limiti dimensionali fissati dall'art. 1 co. 2 l. fall., il quale prevede che non è sottoponibile a concordato preventivo l'imprenditore che nei tre esercizi precedenti all'istanza di fallimento abbia rispettato (congiuntamente) i seguenti requisiti: un attivo patrimoniale inferiore ad euro trecentomila; ricavi lordi per un ammontare inferiore ad euro duecentomila; ammontare delle passività inferiore a cinquantamila euro.

Con riferimento al concordato preventivo, parte dei commentatori¹¹⁰ ritengono che il debitore, cui spetta l'onere della prova, che non sia in grado di dimostrare il possesso dei requisiti dimensionali potrà essere comunque ammesso alla procedura concordataria. Altra parte della

¹¹⁰ G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, (2007), p. 212.

dottrina¹¹¹ ritiene invece che, il mancato rispetto dei requisiti fissati dall'art. 1 co.1, escluda l'ammissibilità del concordato, in quanto si tratta di presupposti processuali.

Infine tra i soggetti fallibili, quindi assoggettabili al concordato, rientrano le società a partecipazione pubblica in quanto vige il principio di parità di trattamento: dunque una società a partecipazione pubblica che opera nello stesso mercato e con le medesime modalità di una società privata deve essere esposta al rischio di insolvenza. Fuori dall'ambito di applicazione delle procedure concorsuali sono le banche, che ai sensi dell'art. 80, comma sesto de Testo Unico Bancario (D.lgs. del 1 settembre 1993, n. 385), «*non sono soggette a procedure concorsuali diverse dalla liquidazione coatta amministrativa*». Per quanto riguarda l'ammissione al concordato del socio illimitatamente responsabile e dei gruppi di impresa, l'argomento sarà affrontato in modo approfondito nel capitolo terzo.

L'intervento di riforma del 2005, completato dal D.lgs. n. 169 del 2007 e dal d.l. n. 83 del 2015, ha abrogato i riferimenti ai requisiti personali dell'imprenditore. Fra di essi non figurano più: l'iscrizione nel registro delle imprese da almeno un biennio; il non essere dichiarato fallito o ammesso ad una procedura di concordato nei cinque anni precedenti; l'assenza di condanne per bancarotta o altri reati fallimentari; la regolare tenuta della contabilità.

Con tali abrogazioni si è ridotto il carattere premiale della procedura di concordato preventivo, diretta inizialmente all'imprenditore considerato "meritevole dall'ordinamento". «*Ne consegue che il concordato non è più un beneficio, ossia non è più un istituto di carattere premiale, bensì uno strumento per superare la crisi, al fine per un verso, di tutelare gli interessi dei creditori e quello particolare dell'impresa e, per altro verso, di consentire la permanenza dell'imprenditore sul mercato come soggetto attivo*»¹¹².

Molto più interessante è il dibattito interpretativo che attiene al presupposto oggettivo per l'ammissione al concordato preventivo: lo stato di crisi. Il legislatore ha mutuato tale concetto dalla disciplina dell'amministrazione straordinaria della grande impresa in crisi prevista dalla legge del 3 aprile 1979 n. 95. I dubbi ermeneutici riguardarono in un primo momento i rapporti tra lo stato di crisi e quello di insolvenza, presupposto per il fallimento.

La relazione generale della Commissione Trevisanato, incaricata dal decreto del Ministro della giustizia del 28 novembre 2001 di redigere lo schema di delega al governo per la riforma

¹¹¹A. PALUCHOWSKY, *I poteri del Tribunale in sede di ammissione e nel corso della procedura di concordato preventivo con particolare riferimento alle ipotesi di conversione della procedura in fallimento*, in *Diritto fallimentare*, (2006), 1, p. 578.

¹¹²M. SANDULLI, *Commento agli artt. 160, 161, 162*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di NIGRO – SANDULLI, II, Torino, (2006), p. 981.

organica della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza, aveva precisato come *«il presupposto oggettivo può consistere sia nello stato di insolvenza sia anche soltanto in una condizione di squilibrio (economico, patrimoniale e finanziario) che non possa essere superata mediante operazioni di ristrutturazione e il normale ricorso al credito, e che richieda una generale moratoria nei confronti dei creditori»*.

Nonostante su tale interpretazione si fossero trovati d'accordo in maggioranza i principali studiosi del diritto commerciale, riuniti nella suddetta commissione, la prima interpretazione dello stato di crisi da parte della giurisprudenza di merito escludeva che il debitore divenuto insolvente potesse accedere alla procedura di concordato. Lo "stato di crisi" infatti era identificato in momento precedente cioè una situazione di rischio di insolvenza.

In senso conforme si può citare il decreto del Tribunale di Treviso, del 22 luglio 2005, il quale ha ritenuto che, data la sostituzione del presupposto dell'insolvenza con lo stato di crisi operata dal legislatore (con la riforma del 2005), ai due termini deve essere attribuito un significato diverso. In mancanza di una definizione di diritto positivo il giudice è ricorso alla definizione economica di crisi come *«una situazione di stallo dell'economia dovuta a fattori di breve periodo cioè a cause contingenti di squilibrio o inefficienza che precede l'insolvenza stessa, ma che tendenzialmente risulta reversibile»*.

Il giudice ha quindi considerato differente lo stato di crisi e lo stato di insolvenza ed inoltre *«rilevato che la società richiedente per gli elementi di fatto prospettati (messa in liquidazione e forte sbilancio tra attività e passività) si trova in un univoco stato di insolvenza, ne consegue che la stessa non può accedere al concordato attesa la modifica normativa del presupposto oggettivo di ammissione»*¹¹³.

Nello stesso provvedimento l'organo giudicante ha sottolineato il difetto di coordinamento tra la disciplina del fallimento e quella del concordato preventivo. L'intervento correttivo non si è fatto attendere, infatti l'art. 36 del d. l. del 30 dicembre 2005, n. 273 (convertito dalla legge n. 51 del 2006), ha introdotto il comma terzo all'art. 160 della legge fallimentare. Quest'ultimo prevede che ai fini dell'applicazione delle disposizioni in materia di concordato preventivo per *«stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza»*.

In merito all'interpretazione del presupposto oggettivo dello "stato di crisi", così come modificato dal decreto correttivo, viene in rilievo il decreto del Tribunale di Palermo del 17 febbraio 2006. Il Tribunale di Palermo ha rilevato come *«ai fini dell'ammissione al concordato preventivo, lo stato di crisi comprende l'insolvenza, ossia quella situazione*

¹¹³ Tribunale di Treviso, decreto del 22 luglio 2005, in *Foro Italiano*, I, (2006), p. 912

d'impotenza economica funzionale e non transitoria che non consente all'imprenditore di far fronte alle proprie obbligazioni con mezzi normali per il venir meno di quelle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla propria attività, ma può anche consistere in altre situazioni di minore gravità che sono potenzialmente idonee a sfociare nell'insolvenza medesima»¹¹⁴.

L'intervento correttivo non ha fugato tutti i dubbi interpretativi, soprattutto relativamente alla "crisi minima", cioè la soglia al di sotto della quale non è possibile accedere alla procedura. Parte della dottrina¹¹⁵ tende ad anticipare il momento che legittima la presentazione del concordato fino a ricomprendere le situazioni di crisi reversibile, vale a dire che non sia sfociato nell'inadempimento da parte del debitore. Siffatta teoria rischia però di anticipare troppo, fino ad annullare, il presupposto oggettivo dell'art. 160 l. fall.

Altra tesi ritiene invece applicabili le considerazioni svolte in tema di amministrazione controllata, ritenendo lo stato di crisi, come un'insolvenza reversibile, ossia una situazione di temporanea difficoltà ad adempiere alle proprie obbligazioni. A supporto di tale ultima tesi va menzionato il decreto del Tribunale di Sulmona del 6 giugno 2005, il quale ha sottolineato come «*lo stato di crisi comprende sia l'insolvenza reversibile, equivalente alla temporanea difficoltà di adempiere, sia l'insolvenza irreversibile di cui all'art. 5 legge fallimentare*»¹¹⁶.

Le voci che criticano quest'ultima tesi¹¹⁷ ritengono che essa crei un'identità tra lo stato di crisi e l'illiquidità dell'impresa, escludendo le ipotesi in cui lo stato di malessere economico potrebbe manifestarsi in altri modi. Ad ogni modo l'accesso dibattito relativamente al campo di applicazione soggettivo del concordato può risultare irrilevante, in quanto la struttura attuale del procedimento consente sia il risanamento che la liquidazione dell'impresa in crisi.

b. Il piano concordatario

Il piano concordatario è un documento di natura programmatica che elenca le azioni coordinate che il debitore intende intraprendere in merito alla soddisfazione dei creditori. Con

¹¹⁴ Tribunale di Palermo, decreto del 17 febbraio 2006, A.Z.M. S.a.s. c. Massa di creditori. Con nota di: G. LO CASCIO, *Il nuovo concordato preventivo ed altri filoni giurisprudenziali*, in *Il Fallimento*, (2006), 5, p. 581.

¹¹⁵ R. MICCIO, *Appunti in tema di poteri del Tribunale nelle fasi di ammissione e di omologazione del concordato preventivo*, in AA. VV., *Il nuovo diritto delle crisi di impresa e del fallimento*, a cura di DI MARZIO, Torino, (2006), p. 350.

¹¹⁶ Tribunale di Sulmona, decreto del 6 giugno 2005, Concordato preventivo C.S. s.a.s. Con nota di: B. MIELI, in *Rivista di diritto processuale*, (2006), p. 1129.

¹¹⁷ P. F. CENSONI, *Il "nuovo" concordato preventivo*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2005), 5, p. 732; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, XI, Padova, (2008), p. 23.

il D.lgs. n. 5 del 2006 il legislatore aveva lasciato ampia libertà relativamente ai contenuti del piano superando le rigidità della procedura preesistente. A dieci anni di distanza ci si è preoccupati di fissare la soglia minima di soddisfazione dei creditori: l'art. 4 del D.L. del 27 giugno 2015, n.83 (convertito con L. 6 agosto 2015 n. 132) ha introdotto il comma quarto all'art. 160 l. fall. che recita «*in ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari*».

L'intervento legislativo si era reso necessario date le oscillazioni della giurisprudenza di merito relativamente alla percentuale di soddisfazione dei creditori. Si può citare ad esempio il decreto del Tribunale di Roma del 16 aprile del 2008: nel caso di specie il ricorrente aveva presentato una proposta che prevedeva l'integrale soddisfacimento dei creditori privilegiati e la soddisfazione dei chirografari per una percentuale del 0,03 per cento delle spettanze.

Il giudice ha stabilito come «*un'offerta di pagamento pari allo 0,03% di quanto dovuto non può essere qualificata alla stregua di un'offerta di adempimento parziale che è ciò che costituisce la causa sottesa alla domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo*»¹¹⁸. Quindi il giudice, nonostante la percentuale risultasse superiore alla possibile divisione del ricavato in ipotesi di liquidazione, ritenne tale percentuale irrisoria e dichiarò inammissibile il concordato.

La ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei creditori può avere luogo “attraverso qualsiasi forma”, come recita il comma primo lett. a) dell'art. 160 l. fall. Perciò la successiva elencazione dei contenuti del piano ha soltanto carattere esemplificativo.

Il concordato può attuarsi «*mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito*».

Innanzitutto si fa riferimento alla conclusione della crisi per la cessione di beni. Questa ipotesi non ha più esclusivamente natura liquidatoria, intesa come l'integrale soddisfazione dei creditori mediante cessione di beni, ma può avere anche il fine di garantire la continuità aziendale, dato che anche per tale fattispecie il requisito minimo è l'adempimento, nella misura del 20%, delle ragioni dei creditori chirografari.

Il debitore nel documento programmatico può fare ricorso all'accollo da parte di un terzo (disciplinato dall'art. 1273 c.c.), accordo tra terzo accollante e debitore che troverà l'adesione

¹¹⁸ Tribunale di Roma, decreto del 16 aprile 2010, con nota di: V. PICCININI, *I poteri del tribunale nella fase di ammissione alla procedura di concordato preventivo dopo il “decreto correttivo”*, in *Diritto Fallimentare*, (2008), 6, p. 551.

del creditore, dunque si tratterà di acollo esterno, ammissibile sia nella forma cumulativa che liberatoria (in quest'ultimo caso sarà necessaria espressa menzione degli effetti liberatori come richiesto dal secondo comma dell'art. 1273 c.c.). Inoltre il debitore potrà prevedere il ricorso ad operazioni straordinarie, quali trasformazione (artt. 2500 ss. c.c.); fusione (artt. 2501 ss. c.c.) e scissione (artt. 2506 ss. c.c.).

Altra forma ammissibile, molto usata nella prassi nonostante non sia prevista nell'elenco del co. 1 dell'art. 160 l. fall., è il concordato preventivo con garanzia. Su tale particolare fattispecie si è sviluppato il dibattito della giurisprudenza di merito. Ad esempio la Corte d'Appello di Bologna, con decreto del 27 giugno 2006, ha precisato come la prestazione di garanzie relative agli obblighi assunti con il piano *«non costituisce più una tipologia tipica del concordato preventivo (come accadeva in passato, secondo il disposto dell'art. 160 n. 1 l.f.), ma – la mancanza di garanzie nel piano - rende difficile una valutazione positiva di fattibilità»*¹¹⁹.

Dunque secondo il parere del giudice la prestazione di garanzie non costituisce più un presupposto del piano ma può costituire uno dei criteri per la valutazione di fattibilità dello stesso.

Di opinione parzialmente diversa era il Tribunale di Roma, il quale con decreto del 20 aprile 2010, ha anch'esso escluso che la prestazione di garanzie sia un presupposto del piano, dato che non vi è un espresso rinvio nell'art. 160 l. f., ma ha precisato *«la prestazione o meno di garanzie, la specie e il contenuto di esse, la misura di copertura dell'onere concordatario che realizzano, così come – se offerte – la serietà ed affidabilità di esse, sono tutti elementi del “merito” della proposta, che riguardano, cioè, la “convenienza” del concordato, la cui valutazione spetta esclusivamente ai creditori»*.

Dunque l'esistenza di garanzie relative agli obblighi concordatari deve essere valutata esclusivamente dai creditori ai fini dell'esercizio del voto in sede di omologazione.

Il giudice ha comunque rilevato che qualora il debitore, per sua libera scelta, inserisca delle garanzie nella proposta di concordato, sarà onere del tribunale valutare d'ufficio la legittimità di tali clausole, quindi la validità dei negozi costitutivi delle garanzie stesse. *«In particolare deve ritenersi che le garanzie - ove offerte – debbono essere prestate a favore non della massa dei creditori indistintamente considerata nella sua globalità bensì dei singoli creditori*

¹¹⁹ Corte d'Appello di Bologna, decreto del 27 giugno 2006, con nota di: F. MARELLI, *Transazione fiscale, principi generali del concorso e soddisfazione parziale dei creditori nel concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, (2007), 6, p. 662.

concordatari, in modo tale che – ove si tratti di garanzie personali – sorga un valido rapporto obbligatorio fra il garante e ciascuno di tutti i creditori»¹²⁰.

In quest'ultimo inciso il giudice riprende la sentenza delle Sezioni Unite del 18 maggio 2009, n. 11396, la quale ha stabilito, in un caso di conversione di concordato preventivo in fallimento, che la legittimazione ad agire nei confronti del garante non spetta al curatore, ma individualmente ai creditori risultanti come tali all'apertura della procedura di concordato.

Fattispecie contigua al concordato con garanzia e l'accollo da parte di un terzo, è quella prevista dalla lettera b) dell'art. 160 l. fall., il quale prevede che il piano possa prevedere «*l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore*». In questo caso vi è un doppio effetto giuridico: uno di carattere obbligatorio, l'assunzione da parte del terzo dell'obbligo di pagare i debiti dell'impresa concordataria. Impegno che può essere liberatorio, nel caso in cui siano ceduti all'assuntore tutti i beni dell'impresa, o cumulativo se si aggiunge ma non si sostituisce a quello del debitore.

L'altro effetto è la traslazione della proprietà dei beni del debitore al terzo successivamente al passaggio in giudicato dell'omologazione del concordato. A differenza di quanto ammesso in sede di concordato fallimentare, nel concordato preventivo, non appare possibile per l'assuntore limitare gli impegni assunti ai soli debiti ammessi al passivo, anche in via provvisoria, dato che l'art 160 non riprende l'inciso contenuto nell'art. 124, comma quarto l. fall.

L'evoluzione di quest'ultima fattispecie è l'esecuzione del piano facendo ricorso ad un *trust*, in cui vengono conferiti i beni dell'impresa concordataria, all'esclusivo fine di soddisfare i creditori mediante la distribuzione delle somme derivanti dall'alienazione del patrimonio sottoposto a vincolo di destinazione. Anche prima della riforma del 2005 tale soluzione era ammessa dalla giurisprudenza di merito, a condizione che la gestione del trust fosse affidata ad un soggetto terzo e imparziale.

A conforto il decreto del Tribunale di Napoli del 19 novembre 2008, il quale era chiamato ad esprimersi su una proposta di concordato che prevedeva la cessione di beni ad un assuntore che avrebbe costituito in *trust* l'intero patrimonio immobiliare della società concordataria con l'unico fine di soddisfare i creditori della procedura. Il giudice preliminarmente ha giudicato ammissibile il *trust* interno nell'ordinamento italiano, in ossequio alla Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985 (come ratificata dalla legge n. 364 del 1989).

¹²⁰ Tribunale di Roma, decreto del 20 aprile 2010, con nota di: S. RONCO, *Domanda di concordato e poteri del Tribunale*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 3-4, (2011), p. 298.

A parere del giudice l'unica condizione cui è subordinata la legittimità del *trust* è la meritevolezza della causa dell'atto di destinazione. Inoltre il medesimo giudice rileva che l'atto di destinazione è suscettibile di essere iscritto nel registro delle imprese, e perciò opponibile ai terzi, ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.

Coerentemente con tali premesse, il giudice partenopeo ha stabilito che «*la costituzione del trust (ad opera di un terzo disponente) può rappresentare uno strumento alternativo alla concessione di una garanzia reale sui beni, che consente tramite la costituzione di un vincolo di destinazione, in forza del quale il trust è finalizzato alla liquidazione del patrimonio ed alla destinazione del ricavato al soddisfacimento dei creditori concordatari, di assicurare in forme più semplici ed efficaci l'effettiva destinazione dei beni, nei limiti della percentuale concordataria offerta, al pagamento dei creditori*»¹²¹.

Nel caso di specie a favore della meritevolezza dell'atto di destinazione militava la nomina a *trustee* del commissario giudiziale o di un soggetto designato dagli organi della procedura.

Sul punto si è espressa, più di recente, la Corte di Cassazione con sentenza del 9 maggio 2014, n. 10105. La Suprema Corte ha innanzitutto analizzato le ipotesi astrattamente configurabili relativamente ad un *trust* con funzioni liquidatorie, arrivando ad isolare tre possibili fattispecie. In primo luogo vi è l'ipotesi in cui il *trust* venga posto in essere al fine di sostituire una procedura concorsuale, con la previsione della liquidazione del patrimonio segregato e la distribuzione del ricavato tra i creditori. Vi è poi il *trust* cd. "endo-concorsuale", ove la soluzione *iure privatorum* è posta come alternativa alla procedura concorsuale. Infine il *trust* cd. anti-concorsuale, ove il *trust* viene a sostituirsi alla procedura fallimentare impedendo lo spossessamento dei beni del debitore.

A parere della Suprema Corte solo la seconda fattispecie, il *trust* "endo-concorsuale", supererebbe il giudizio di meritevolezza dell'atto di segregazione, data la preferenza che il legislatore accorda alle soluzioni negoziali della crisi di impresa.

Le altre due fattispecie non sarebbero nulle (ai sensi dell'art. 1418 c.c.) in quanto «è preliminare la formulazione di un giudizio di riconoscibilità del *trust* nel nostro ordinamento, nel raffronto con le norme inderogabili e di ordine pubblico in materia di procedure concorsuali. E poiché il *trust* secondo gli accertamenti di merito della sentenza impugnata, che ha ravvisato come esso fu costituito in una situazione di insolvenza - si palesa

¹²¹ Tribunale di Napoli, decreto del 19 novembre 2008, con nota di: G. LO CASCIO, *Proposta di concordato preventivo mediante trust*, in *Il Fallimento*, (2009), 3, p. 333.

oggettivamente incompatibile con queste, lo strumento, ponendosi in deroga alle medesime, sarà “non riconoscibile” ai sensi dell’art. 15 della Convenzione»¹²².

Il Giudice di legittimità ha correttamente applicato l’art. 15 della Convenzione dell’Aja del 1985 (come recepita dalla L. 364 del 1989), il quale esclude che il *trust* possa derogare alle disposizioni di legge in determinate materie, fra le quali rientra *«la protezione dei creditori in caso di insolvibilità»*. Dunque la fattispecie di *trust* liquidatorio con funzione anti-concorsuale non è affetta da nullità, in quanto la stessa presuppone il riconoscimento del negozio giuridico nell’ordinamento, ma inesistente in quanto non riconoscibile ai sensi della Convenzione.

c. La suddivisione in classi dei creditori e il trattamento dei creditori privilegiati

In merito ai contenuti del piano il comma primo lett. c) dell’articolo 160 l. fall., dispone che il medesimo possa prevedere *«la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei»* e di conseguenza *«trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse»*. La disposizione riprende quanto disposto all’articolo 124, comma primo lett. a) e b), in materia di concordato fallimentare.

Con tale inciso il legislatore ha inteso ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse tra creditori, dato che ai sensi dell’art. 177 l. fall. *«ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se tale maggioranza si verifica inoltre nel maggior numero di classi»*. Dunque il combinato disposto delle due norme riduce l’incidenza del singolo creditore dissenziente sull’approvazione del concordato.

Un primo quesito interpretativo attiene all’obbligatorietà, o meno, della divisione in classi nella proposta di concordato preventivo. La giurisprudenza di merito successiva alla riforma del 2006 era propensa verso l’obbligatorietà della divisione in classi, forzando anche il dato letterale che si esprime in termini, chiaramente, eventuali.

In questo senso si è pronunciato, ad esempio, il Tribunale di Monza con decreto del 7 aprile 2009. Nel caso di specie il giudice ha precisato che *«anche quando apparentemente non vi siano classi nella proposta, ma una unica massa di fornitori chirografari, la logica ormai invalsa nella procedura debba concludere che in realtà vi è una sola classe, colma di creditori di vario tipo e che vi siano ipotesi in cui per la necessaria trasparenza*

¹²² Cass., sentenza del 9 maggio 2014, n. 10105, con nota di: F. FIMMANÒ, *La Cassazione “ripudia” il trust concorsuale*, in *Il Fallimento*, (2014), 11, p. 1154.

dell'operazione concordataria sia necessario procedere a suddividere i creditori chirografari in più classi, ad esempio al fine di evitare la commistione di interessi disomogenei»¹²³.

Il giudice ha ricavato l'obbligo di formazione delle classi argomentando a contrario la disposizione di cui alla lett. c) dell'art. 160, dato che le classi devono contenere creditori con posizione giuridica ed interessi economici omogenei, mentre qualora vi siano dei creditori con interessi disomogenei sarà obbligatorio prevedere una pluralità di classi.

Della questione si è occupata anche la Corte Costituzionale, sollecitata dall'ordinanza di rinvio del Tribunale di Biella 23 aprile 2009, la quale aveva sollevato alcune perplessità in merito alla legittimità costituzionale degli artt. 160 lett. c) e 163 l. fall., quest'ultimo nella parte in cui consentiva al giudice di valutare la correttezza dei criteri di formazione delle classi ma non l'eventuale mancanza di classi stesse.

La Corte Costituzionale con sentenza del 12 marzo 2010, n. 98 ha stabilito che «*va dichiarata manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 160 l. fall. In relazione agli artt. 160 e 162 della stessa legge, sollevata in riferimento all'art. 3 della Costituzione, poiché, in assenza di un esito interpretativo accettato dalla giurisprudenza comune, non può essere esclusa l'interpretazione secondo la quale il tribunale può sindacare la mancata formazione di classi da parte dell'imprenditore che propone una domanda di concordato preventivo*»¹²⁴.

Sul punto è intervenuta, in via risolutiva, la Corte di Cassazione con sentenza del 10 febbraio 2011 n. 3274, la quale affrontando un caso di concordato fallimentare, ha tenuto a precisare che «*la previsione normativa relativa al concordato fallimentare (ed anche al concordato preventivo), secondo cui il proponente può prevedere la suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei, come ipotesi meramente alternativa a quella della sola classica suddivisione degli stessi secondo il rango privilegiato, o chirografario del credito, costituisce una scelta meramente discrezionale*»¹²⁵.

Dunque a parere della Suprema Corte la suddivisione dei creditori in classi costituisce una scelta discrezionale del debitore in sede di formulazione della proposta concordataria. Inoltre il giudice di legittimità accoglie la tesi consolidatasi nella giurisprudenza di merito, secondo cui la suddivisione secondo posizioni giuridiche e interessi economici omogenei rappresenta

¹²³ Tribunale di Monza, decreto del 7 aprile 2009, con nota di: D. GALLETTI, *Classi obbligatorie? No, grazie!*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2010), 2, p. 341.

¹²⁴ Corte Cost., sentenza del 12 marzo 2010, n. 98. Con nota di: G. B. NARDECCHIA, *Le classi e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2011), 1, p. 78.

¹²⁵ Cass. sentenza del 10 febbraio 2011, n. 3274. Con nota di: N. NISIVOCCIA, *Sull'abuso del diritto in ambito concordatario e su altre questioni*, in *Il Fallimento*, 2011, 6, p. 405.

un *quid pluris* rispetto alla divisione dei creditori in chirografari e privilegiati, rappresentando quest'ultima un mero rinvio implicito alle categorie previste dall'ordinamento.

Un'ulteriore questione interpretativa riguarda il significato della lett. d) dell'art. 160 l. fall., il quale consente al debitore di prevedere nel piano dei trattamenti differenziati per le classi di creditori. Ci si è chiesti se in caso di formazione di classi sia necessario prevedere trattamenti differenziati o se fosse possibile prevedere il medesimo trattamento nonostante la pluralità di classi. Una lettura combinata delle lettere c) e d) dell'art. 160 sembra escludere tale ultima ricostruzione, perciò in caso di divisione in più classi di creditori il piano concordatario dovrà prevedere un trattamento differenziato delle diverse classi.

Un'altra disposizione strettamente connessa alla divisione di creditori in classi omogenee attiene il trattamento dei creditori muniti di privilegio, infatti il comma terzo dell'art 160 l. fall. dispone che *«la proposta può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente»*. La disposizione fu inserita dall'art. 12 del decreto correttivo n. 169 del 2007. Le finalità del legislatore erano quelle di uniformare le interpretazioni che si erano fatte largo nella giurisprudenza di merito.

Ad esempio si può citare nuovamente il decreto del Tribunale di Palermo del 17 febbraio 2007, nel quale il giudice aveva stabilito che *«nell'ambito di una proposta di ammissione al concordato preventivo, l'inserimento dei creditori assistiti da un diritto di prelazione in una classe, implica necessariamente che questi abbiano rinunciato alla prelazione, sia pure in parte, se non vi è stata alcuna rinuncia, non può procedersi alla loro inclusione nella classe medesima»*¹²⁶.

Dunque il giudice di merito aveva ritenuto possibile la falcidia dei creditori privilegiati solo a condizione che gli stessi rinunciassero al proprio diritto di prelazione. A seguito della novella del 2007 non vi sono più dubbi circa la possibilità di decurtare i crediti garantiti da pegno, ipoteca o privilegio.

Il terzo comma dell'art. 160 l. fall., fissa due presupposti che legittimano la decurtazione dei crediti assistiti da privilegio: in primo luogo *«il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d)»*.

¹²⁶ Tribunale di Palermo, decreto del 17 febbraio 2006, A.Z.M. S.a.s. c. Massa di creditori. Con nota di: G. LO CASCIO, *Il nuovo concordato preventivo ed altri filoni giurisprudenziali*, in *Il Fallimento*, (2006), cit., p.571.

Dunque il debitore in sede di redazione della proposta di ammissione al concordato preventivo dovrà tenere conto dell'utilità conseguibile dalla liquidazione dei beni sui quali insistono i diritti reali di garanzia, e prevedere per i titolari di tali diritti un trattamento almeno pari a quello astrattamente conseguibile con la liquidazione di detti beni.

Infine «*il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione*». Perciò il piano concordatario potrà sì prevedere la decurtazione dei crediti privilegiati ma al creditore di rango inferiore non potrà essere riservato un trattamento preferenziale rispetto al creditore di rango superiore, a pena di inammissibilità della proposta stessa.

In merito al rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione, ha avuto modo di pronunciarsi la Corte d'appello di Torino, con decreto del 14 ottobre 2010. Nel caso di specie i creditori avevano impugnato il decreto di omologazione di un concordato preventivo il quale prevedeva la soddisfazione in percentuale, via via decrescente, delle diverse classi di creditori privilegiati.

Il giudice non ha ritenuto che «*un trattamento dei creditori privilegiati non alterante l'ordine delle cause legittime di prelazione, ai sensi dell'art. 160, secondo comma, ult. pt. l. fall., postuli necessariamente, come pure patrocinato da autorevole dottrina, l'integrale soddisfazione in via progressiva delle varie classi di loro collocazione, potendo il principio ben essere rispettato da una differente loro soddisfazione in misura percentuale, decrescente a misura della progressiva graduazione dei diritti di prelazione, con assicurazione a quelli di grado più elevato di una maggiore percentuale soddisfattiva del credito*»¹²⁷.

La Corte d'appello ha comunque censurato il decreto di omologazione del concordato dato che lo stesso non rispettava il primo presupposto fissato dal co. 3 dell'art. 160 l. fall., in quanto non garantiva una soddisfazione almeno pari a quella che i creditori privilegiati (in questo caso lavoratori subordinati assistiti dal privilegio generale ai sensi dell'art. 2751-bis c.c.) avrebbero potuto conseguire in sede di riparto delle somme derivanti dalla liquidazione dei beni gravati da privilegio.

Altra annosa questione attiene alla possibile decurtazione dei debiti tributari, dato che spesso l'Erario è titolare di privilegio generale sui beni del debitore. La questione attiene al coordinamento dell'art. 160 con l'art. 182-ter l. fall., il quale detta la disciplina della transazione fiscale. La transazione fiscale prevede una disciplina differenziata per i tributi

¹²⁷ Corte d'appello di Torino, decreto del 14 ottobre 2010, con nota di: P. GENOVIVA, *La relazione del professionista ex art.160l.fall. ed il trattamento dei creditori prelatizi nel difficile percorso del nuovo concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, (2011), 3, p. 350.

amministrati dalle agenzie fiscali, per i quali è possibile tanto un pagamento parziale quanto dilazionato dei debiti tributari. Mentre per ciò che attiene i tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea «*con riguardo all'imposta sul valore aggiunto ed alle ritenute operate e non versate, la proposta può prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento*».

Dato il tenore letterale della norma la giurisprudenza di merito, con qualche incertezza, affermava l'inammissibilità della proposta di ammissione al concordato preventivo che prevedesse il pagamento parziale dei debiti derivanti dall'imposta sul valore aggiunto. A favore dell'impossibilità di falciare i debiti IVA vi era la giurisprudenza costante della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (ad esempio: causa C-128/05 Commissione delle Comunità europee contro Repubblica d'Austria; causa C-132/06 Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana).

Della questione, in merito al coordinamento degli artt. 160 e 182-ter l. fall., fu investita anche la Corte Costituzionale, su ordinanza del Tribunale di Verona la quale denunciava l'incompatibilità con gli artt. 3 e 97 cost. della suddetta disciplina. La Corte Costituzionale, con sentenza del 25 luglio 2014, n. 225, ha precisato come «*la previsione legislativa della sola modalità dilatoria in riferimento alla transazione fiscale avente ad oggetto il credito IVA deve essere intesa come il limite massimo di espansione della procedura transattiva compatibile con il principio di indisponibilità del tributo*»¹²⁸. Sulla base di tale considerazione la Corte ha dichiarato non fondata la questione di costituzionalità.

Le considerazioni interpretative precedenti subiranno in ogni caso un cambiamento dato che 7 aprile 2016 è intervenuta la pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (causa C-546/14) la quale ha stabilito che «*un imprenditore in stato di insolvenza può presentare a un giudice una domanda di apertura di una procedura di concordato preventivo, al fine di saldare i propri debiti mediante la liquidazione del suo patrimonio, con la quale proponga di pagare solo parzialmente un debito dell'imposta sul valore aggiunto attestando, sulla base dell'accertamento di un esperto indipendente, che tale debito non riceverebbe un trattamento migliore nel caso di proprio fallimento*»¹²⁹.

La Corte Europea ha ritenuto compatibile la proposta di concordato, con soddisfazione parziale dei debiti IVA, con la disciplina fissata Direttiva 2006/112/CEE, aprendo perciò nuovi scenari sul trattamento dell'Erario, quale creditore privilegiato, relativamente ai crediti IVA.

¹²⁸ Corte Cost., sentenza del 25 luglio 2014, n. 225. Con nota di: E. STASI, *L'infalciabilità dell'IVA nel concordato preventivo alla luce della pronuncia della Corte Costituzionale*, in *Il Fallimento*, (2015), 1, p.39.

¹²⁹ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 7 aprile 2016, C-546/14, Degano Trasporti Sas di Ferruccio Degano & C., (G.U. 211/15).

d. I requisiti della domanda di concordato. La competenza e i documenti allegati

I requisiti della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo sono fissati dall'articolo 161 l. fall. Il comma primo si occupa di precisare i requisiti formali. Quest'ultimo impone che *«la domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo è proposta con ricorso, sottoscritto dal debitore, al tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale»*. Dunque gli spunti interpretativi di tale inciso riguardano la sottoscrizione del debitore e la competenza del tribunale.

Per ciò che attiene al requisito della sottoscrizione, la giurisprudenza di merito¹³⁰ ritiene che il ricorso per l'ammissione alla procedura debba essere sottoscritto personalmente dal debitore, non essendo sufficiente la sottoscrizione da parte del difensore seppur munito di apposita procura.

Per le società il comma quarto dell'art. 161 l. fall. rinvia all'art. 152 che disciplina la presentazione della domanda di concordato fallimentare, in questi casi il ricorso deve essere sottoscritto da colui che ha la rappresentanza legale della società.

Inoltre l'art. 152 si preoccupa di precisare che la proposta e le condizioni del concordato *«nelle società di persone, sono approvate dai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale – viceversa - nelle società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, nonché nelle società cooperative, sono deliberate dagli amministratori»*. In quest'ultimo caso dovrà essere redatto il verbale della deliberazione da un notaio e depositato nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 2436 c.c.

Per ciò che attiene invece alla competenza il suddetto articolo identifica il tribunale competente ove l'impresa ha la propria sede principale. L'ordinanza con cui il tribunale declina la propria competenza è suscettibile di impugnazione mediante il regolamento di competenza ai sensi dell'art. 45 del codice di procedura civile.

Sul tema ha avuto modo di esprimersi anche la Suprema Corte, con ordinanza del 25 settembre 2009, n. 20717, la quale ha stabilito che *«è ammissibile il regolamento di competenza d'ufficio richiesto dal tribunale presso il quale penda un procedimento prefallimentare o che abbia già pronunciato la dichiarazione di fallimento qualora presso*

¹³⁰ Tribunale di Venezia, 24 gennaio 2013, in *Il Fallimento*, (2013), p. 623. In senso conforme si è espresso: G. U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, (2006), p. 540.

altro tribunale penda procedura di tipo diverso (concordato preventivo), purché le plurime pronunzie si riferiscano al medesimo imprenditore che svolga un'unica attività»¹³¹.

Il secondo capoverso dell'art. 161 co. 1, al fine di prevenire manovre di *forum shopping*, esclude che il trasferimento della sede sociale nell'anno precedente al deposito del ricorso abbia effetto di modificare la competenza. Dunque la norma pone una presunzione assoluta di simulazione del trasferimento della sede principale intervenuto entro un anno dalla presentazione del ricorso per l'ammissione alla procedura concordataria.

Da ciò consegue però che *«il trasferimento della sede legale avvenuto più di un anno prima dalla presentazione dell'istanza di fallimento radica la competenza territoriale del Tribunale nel cui circondario sia ubicata la nuova sede, in mancanza di elementi presuntivi da cui desumere che la sede effettiva sia altrove»¹³².*

Il comma secondo dell'art. 161 elenca i documenti da allegare al ricorso, tra essi rientrano:

- a) una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;
- b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;
- c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore;
- d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili;
- e) un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta.

In merito ai documenti da allegare alla proposta si è sviluppato un consistente dibattito interpretativo, soprattutto relativamente alla relazione sulla gestione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa.

Il dibattito verte sul requisito dell'aggiornamento, infatti il legislatore non ha inteso esplicitare la condizione per cui la relazione possa dirsi aggiornata. Così parte della giurisprudenza di merito ritiene che la relazione si configuri come una sorta di bilancio straordinario che indichi la situazione economica e patrimoniale dell'impresa al momento della presentazione della domanda.

In questo senso, ad esempio si è espresso il Tribunale di Palermo, con decreto del 17 febbraio 2006, il quale ha rilevato che *«ai fini dell'ammissibilità al concordato preventivo, deve*

¹³¹ Cass., ordinanza del 25 settembre 2009, n. 20717. Con nota di: A. M. PERRINO, *Questioni vecchie e nuove in tema di competenza*, in *Il Fallimento*, (2010), 3, p. 294.

¹³² Cass., ordinanza 25 settembre 2009, n. 20689. A. M. PERRINO, *Questioni vecchie e nuove in tema di competenza*, in *Il Fallimento*, (2010), cit., p. 295.

essere depositata unitamente alla domanda ed all'ulteriore documentazione prescritta, la relazione di cui alla situazione patrimoniale economica e finanziaria dell'impresa di cui all'art. 161, comma secondo, lettera a) l. fall., esplicativa dei dati di bilancio prodotti ed idonea a rappresentare le condizioni dell'impresa ricorrente al momento della formulazione del piano»¹³³.

Dunque secondo il Tribunale di Palermo la relazione deve rappresentare la situazione dell'impresa al momento della presentazione del piano, ricostruzione che però confligge con altre pronunce della giurisprudenza di merito che hanno ritenuto ammissibili relazioni redatte mesi prima della presentazione della domanda.

Inoltre la dottrina si è interrogata in merito al piano che contiene l'indicazione analitica dei tempi e delle modalità di adempimento della proposta. La stessa lettera e) dell'art. 161 l. fall. precisa che *«in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore»*. Perciò il contenuto del piano si configura come una promessa di adempimento satisfattivo che deve indicare la precisa utilità, suscettibile di valutazione economica, che il debitore si impegna a corrispondere a ciascun creditore.

Relativamente a tale aspetto si può citare il concordato preventivo dell'ospedale S. Raffaele (decreto del Tribunale di Milano del 28 ottobre 2011). La proposta concordataria si distingueva per un contenuto misto: una parte in continuità relativa al *core business* della fondazione (l'attività ospedaliera) che veniva conferito ad una società di capitali; mentre le attività "non-core" sarebbero state progressivamente liquidate.

Una delle criticità rilevate dal tribunale atteneva alla mancata previsione della percentuale di soddisfazione dei creditori, dato che il piano si limitava a mettere a disposizione dei creditori di tutti i beni del debitore. *«Una simile proposta sarebbe, secondo i giudici milanesi, in forte odore di incostituzionalità in quanto non sarebbe giustificabile un'espansione del principio maggioritario fino al punto di imporre alla minoranza il sacrificio totale di un diritto soggettivo "finanche senza alcuna controprestazione" e "senza alcuna possibilità di rimedio successivo" in quanto impedirebbe di fatto ai creditori di far valere il diritto a chiedere la risoluzione per inadempimento»¹³⁴.*

Dunque la previsione della specifica utilità da assegnare a ciascun creditore sarebbe un presupposto per l'ammissibilità della proposta concordataria, ma occorre tener presente che il

¹³³ Tribunale di Palermo, decreto del 17 febbraio 2006, con nota di: G. LO CASCIO, *Il nuovo concordato preventivo ed altri filoni giurisprudenziali*, in *Il Fallimento*, (2006), cit., p. 574.

¹³⁴ G.B. NARDECCHIA, *Cessione dei beni e liquidazione: la ricerca di un difficile equilibrio tra autonomia privata e controllo giurisdizionale*, in *Il Fallimento*, (2012), 1, p. 93.

giudice meneghino, nonostante abbia rilevato la mancanza di tale indicazione, ha ritenuto ammissibile la proposta di concordato in quanto rispondente ai requisiti richiesti dalla legge. In tempi più recenti il Tribunale di Pistoia, con decreto del 29 ottobre 2015, ha avuto modo di precisare la corretta qualificazione dell'utilità garantita ai creditori in ipotesi di concordato con cessione di beni. A parere del giudice la lett. d) dell'art. 161 l. fall. «*deve essere interpretata nel senso per cui l'oggetto dell'obbligazione non si risolve, salvo espressa indicazione in tal senso, in una individuata percentuale del credito, bensì nell'utilità assicurata ai creditori che in un concordato con cessione dei beni sarà costituita dai beni messi a disposizione, posto che una cosa è l'utilità ceduta, altra cosa è la misura della soddisfazione da essa ottenibile*»¹³⁵.

Perciò in caso di proposta di concordato con cessione dei beni ai creditori, sono i beni oggetto di cessione che rappresentano l'utilità garantita ai creditori e non la percentuale del credito che si prevede di soddisfare.

e. Il concordato in bianco

Il sesto comma dell'art. 161 l. fall. prevede che il debitore possa proporre la domanda di concordato, corredata dai bilanci degli ultimi tre esercizi e dall'elenco nominativo dei creditori, riservandosi di presentare il piano e gli ulteriori documenti allegati entro un termine, fissato dal giudice, tra i sessanta e i centoventi giorni, prorogabile per giustificati motivi per ulteriori sessanta giorni. Nel caso in cui penda un procedimento per la dichiarazione di fallimento il termine è ridotto a sessanta giorni, prorogabili di ulteriori sessanta (comma decimo).

L'unica condizione di ammissibilità del concordato in bianco, o con riserva, è che il debitore non abbia presentato domanda di ammissione alla procedura nei due anni precedenti e a tale domanda non sia poi seguita l'ammissione alla procedura o l'accordo di ristrutturazione dei debiti (comma nono).

La disposizione è stata aggiunta dall' art. 33 lett. b) n. 4) del Decreto Legge del 22 giugno 2012, n. 83 (convertito dalla l. del 7 agosto 2012 n. 134). La *ratio* della norma, come rinvenibile nella relazione illustrativa al decreto, era quella di «*consentire al debitore di beneficiare degli effetti protettivi del proprio patrimonio connessi al deposito della domanda di concordato, impedire che i tempi di preparazione della proposta e del piano aggravino la*

¹³⁵ Tribunale di Pistoia, decreto del 29 ottobre 2015, in *Il Caso.it*, 13637, (2015).

situazione di crisi sino a generare un vero e proprio stato di insolvenza e promuovere la prosecuzione dell'attività produttiva dell'imprenditore in concordato».

Con questo intervento il legislatore ha distinto la presentazione della domanda ai fini processuali, rispetto al contenuto negoziale della proposta ai creditori; quest'ultima in ipotesi di concordato in bianco potrà essere presentata in un momento successivo rispetto al ricorso.

Tale ricostruzione è stata confermata dalla Corte di Cassazione con sentenza del 14 gennaio 2015, n. 495. Nel caso di specie la prima proposta di concordato era stata revocata ai sensi dell'art. 173 della l. fall., con contestuale richiesta di fallimento da parte del pubblico ministero, e a fronte di tale revoca il debitore aveva provveduto a rinunciare alla prima proposta e a presentare un'ulteriore domanda di concordato, anch'essa dichiarata inammissibile. Il debitore lamentava nel ricorso in Cassazione la violazione del diritto di difesa, in quanto in occasione della seconda proposta non era stato sentito.

La Suprema Corte ha respinto l'impugnazione in quanto non ha ritenuto configurabile un'ulteriore ed autonoma domanda di concordato in caso di procedura già aperta, in quanto relativamente allo stesso imprenditore e allo stesso stato di crisi può esservi un'unica procedura. Tale principio *«risulta del tutto coerente con la distinzione - legislativamente confermata nel nuovo art. 161 l.fall. - tra ricorso contenente la domanda di concordato (ossia di ammissione alla procedura), proposta di concordato e piano concordatario»*¹³⁶.

In pendenza del termine fissato dal giudice il debitore può presentare il piano concordatario ma anche una proposta di accordo di ristrutturazione dei debiti, ai sensi dell'art.182-bis l. fall. Nel medesimo periodo il debitore può compiere gli atti di ordinaria amministrazione dell'impresa ma anche gli atti di straordinaria amministrazione, previa autorizzazione del giudice, così come disposto dal comma settimo dell'art. 161.

La disciplina del concordato in bianco ha subito un'ulteriore modifica con l'art. 82 del Decreto Legge del 21 giugno 2013 n. 69 (convertito dalla L. del 9 agosto 2013 n. 98). Il decreto ha aggiunto il comma ottavo all'art. 161, il quale prevede degli obblighi di comunicazione periodica, mensile, in merito alla situazione finanziaria dell'impresa in crisi e delle attività svolta al fine della presentazione del piano. Con tale intervento il legislatore ha recepito le preoccupazioni della dottrina in merito ai possibili impieghi fraudolenti del concordato in bianco.

¹³⁶ Cass., sentenza del 14 gennaio 2015, n. 495. Con nota di: M. SPADARO, *Sequenza di proposte di concordato preventivo del debitore e diritto al contraddittorio nel procedimento di ammissione*, in *Il Fallimento*, (2015), 4, p. 429.

Infatti la *ratio* della novella normativa, rinvenibile nella relazione illustrativa al decreto, è quella di prevenire «*il ricorso all'istituto del cosiddetto "concordato in bianco" non del tutto corrispondente alle finalità che ne hanno ispirato l'introduzione, rappresentate dall'anticipazione degli effetti protettivi del patrimonio dell'impresa in crisi a prescindere dalla elaborazione della proposta e del piano di concordato*».

Oltre ai suddetti obblighi informativi il decreto ha aggiunto la possibilità di anticipare la nomina del commissario giudiziale (art. 161 co. 6) al fine di garantire il controllo sul debitore. Lo stesso decreto ha inoltre previsto che qualora il debitore, ammesso con riserva, ponga in essere quelle condotte che ai sensi dell'art. 173 l. fall. comportano la revoca dell'ammissione, la domanda di ammissione sarà dichiarata improcedibile, ed eventualmente su istanza dei creditori o del pubblico ministero, al ricorrere dei presupposti ex artt. 1 e 5 l. fall. il medesimo tribunale dichiarerà il fallimento con sentenza.

Invece qualora il proponente non adempia agli obblighi informativi, ex co. 6 dell'art. 161, vi sarà una pronuncia di inammissibilità della domanda ai sensi dell'art. 162 l. fall. Così come, se l'attività svolta dal debitore appaia manifestamente inidonea alla presentazione del piano, il termine per la presentazione può essere abbreviato.

Un tema particolarmente dibattuto dagli interpreti attiene al rapporto tra gli effetti prenotativi della domanda di concordato con riserva e la dichiarazione di fallimento. Sulla questione hanno avuto modo di pronunciarsi recentemente le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza del 15 maggio 2015 n. 9935.

Nel caso di specie il debitore aveva proposto una domanda di concordato preventivo con riserva, ai sensi del comma sesto dell'art. 161, il tribunale aveva dichiarato con decreto l'inammissibilità della proposta ai sensi dell'art. 162 l. fall. Il debitore dichiarato fallito aveva proposto reclamo avverso unicamente al decreto che sanciva l'inammissibilità della proposta concordataria. La Corte d'appello aveva accolto il reclamo, revocato il fallimento e ammesso il debitore al concordato preventivo. Conseguentemente il curatore aveva proposto il ricorso in Cassazione avverso il provvedimento di appello.

Le Sezioni Unite hanno innanzitutto precisato come «*dopo l'instaurazione della procedura di concordato preventivo, anche nella forma della domanda di concordato "con riserva", il fallimento può essere dichiarato solo in caso di esito negativo della procedura di cui agli artt. 160 e segg. legge fallim*». La Corte ha ricostruito il rapporto tra domanda di concordato preventivo e fallimento in termini di consequenzialità, del fallimento in caso di eventuale inammissibilità della domanda di ammissione al concordato, e di assorbimento, dei motivi di

impugnazione relativi al decreto di inammissibilità del concordato in motivi di impugnazione della dichiarazione di fallimento.

Occorre quindi semplicemente coordinare le due procedure. Data questa premessa «*le due procedure vanno riunite ai sensi dell'art. 273 cod. proc. civ., se pendono innanzi allo stesso giudice, mentre soggiacciono all'art. 39, comma 2, cod. proc. civ. se pendono davanti a giudici diversi*»¹³⁷. Dunque nell'ipotesi di continenza di cause, cause pendenti di fronte a giudici diversi del medesimo ufficio giudiziario, la riunione dei procedimenti verrà dichiarata con decreto del presidente del tribunale, il quale designerà il giudice di fronte al quale dovrà continuare il procedimento.

Nell'ipotesi di litispendenza, invece, il giudice adito per primo dichiara con ordinanza la litispendenza e fissa un termine perentorio entro il quale devono riassumere la causa davanti al secondo giudice.

Nella pronuncia le Sezioni Unite hanno fatto applicazione del principio di prevenzione in un'accezione peculiare. Infatti il significato generale del termine indica la priorità di una causa rispetto a un'altra dal punto di vista temporale, mentre nella pronuncia la prevenzione è utilizzata per sottolineare la precedenza, dal punto di vista logico, della domanda di concordato preventivo, a prescindere dall'elemento temporale di presentazione delle due azioni.

f. Il concordato in continuità

Il legislatore con il d.l. n. 83 del 2012, convertito con modificazioni dalla legge n. 134, ha introdotto l'art. 186-bis l. fall. il quale prevede una disciplina speciale per le proposte concordatarie in continuità aziendale. La finalità della novellata disposizione, come esplicitata nella relazione illustrativa al decreto, è quella di «*favorire i piani di concordato preventivo finalizzati alla prosecuzione dell'attività d'impresa*». Dunque le norme di cui all'art. 186-bis si applicano in tutti quei casi in cui «*quando il piano di concordato di cui all'art. 161, secondo comma, lett. e) prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione*».

¹³⁷ Cass. Sez. Un., sentenza del 15 maggio 2015, n. 9935. Con nota di: D. TURRONI, *Sui rapporti tra concordato preventivo e procedura per dichiarazione di fallimento*, in *Il diritto fallimentare*, (2016), 1, p. 187.

Dal dato letterale della disposizione si può innanzitutto rilevare come la continuità dell'impresa in crisi è intesa in senso oggettivo, dunque nel concordato in continuità è il complesso produttivo di beni a mantenere la presenza sul mercato.

La continuità dell'impresa non presuppone l'identità del soggetto che la esercita, infatti l'art.186-*bis* comprende nelle fattispecie di concordato in continuità anche le ipotesi di cessione o di conferimento, in una nuova persona giuridica, dell'impresa in esercizio. Perciò nel concordato in continuità si potrà avere una continuità diretta, qualora la proposta preveda che lo stesso debitore proponente il concordato continui ad esercitare l'attività d'impresa, oppure la continuità indiretta, nel caso in cui il piano preveda la cessione o il conferimento a terzi dell'impresa in esercizio.

La distinzione, sulla base dei contenuti del piano concordatario, tra concordato liquidatorio e concordato in continuità non determina delle categorie rigide, infatti si ritiene pienamente ammissibile il concordato c.d. misto, con la cessione dei beni che esulano dal *core business* dell'impresa in crisi. A sostegno di tale argomento anche il disposto dell'ultimo capoverso del primo comma dell'art 186-*bis*, ai sensi del quale «*il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa*». Dunque la sola previsione di un programma di cessione di parte dei beni facenti parte del compendio aziendale non è sufficiente ad escludere l'applicazione della disciplina del concordato in continuità.

Relativamente ai concordati cc.dd. misti la giurisprudenza di merito si è confrontata circa la compatibilità tra il concordato in continuità e la scissione societaria, prevista dall'art. 160, quale operazione straordinaria come possibile forma di risanamento dell'impresa in crisi. Non di rado infatti le proposte di concordato in continuità prevedono lo scorporo degli attivi patrimoniali ai fini della continuazione dell'impresa restando i debiti imputati alla società proponente.

Sul tema ha avuto modo di pronunciarsi il Tribunale di Ancona con sentenza del 9 aprile 2015, su una proposta di concordato che prevedeva la cessione del ramo di azienda in continuità aziendale ad una società a responsabilità limitata derivante dalla scissione parziale e proporzionale della società proponente. Il collegio ha innanzitutto rilevato come la riforma del diritto societario compiuta dal D.lgs. n. 6 del 2003, ha abrogato le norme (art. 2501 co. 2 c.c. per la fusione e art. 2504-*septies* co. 2 c.c. per la scissione) che impedivano alla società sottoposte a procedure concorsuali di prendere parte o intraprendere operazioni straordinarie. Dunque nell'attuale impianto del diritto societario una società che abbia presentato domanda di concordato preventivo può procedere alla scissione, così come le operazioni straordinarie sono previste dal concordato preventivo quale strumento di risoluzione della crisi.

Occorre tenere presente che la versione originale della proposta era stata censurata dalla relazione del commissario giudiziale, in quanto il valore del patrimonio netto conferito era nettamente inferiore ai flussi di cassa futuri destinati dalla società risultante all'adempimento dei creditori. Tale circostanza comportava la violazione della *par condicio creditorum*, in quanto avvantaggiava i soci della società scissa, non essendo sufficiente la responsabilità solidale e sussidiaria della società beneficiaria della scissione (prevista dall'art. 2506-*quater* co. 3 c.c.). Dunque il debitore aveva provveduto a modificare il piano al fine di superare le censure esplicitate dal commissario giudiziale.

Il Collegio valutando positivamente l'operato del debitore e ha ritenuto omologabile il concordato in continuità mediante scissione societaria che preveda la responsabilità solidale della società beneficiaria e la rinuncia al limite, entro il patrimonio netto conferito, fissato dall'art. 2506 *quater* c.c. in quanto «*la ristrutturazione concordataria in forma di scissione, traducendosi in un mero frazionamento dei patrimoni delle società coinvolte, consente la prosecuzione immediata della convenzione per esecuzione di un progetto di riconversione industriale e riqualificazione ambientale di una data area, diversamente da quello che avviene in caso di cessione di azienda o di un suo ramo, ove invece difetta tale automatismo e la convenzione non può proseguire automaticamente in capo al terzo cessionario, in virtù del principio di personalità delle autorizzazioni amministrative*»¹³⁸.

Il Tribunale di Ravenna, con il decreto del 29 ottobre 2015, ha confermato la compatibilità tra un'operazione di scissione e un piano di concordato in continuità. Nel caso di specie il debitore aveva presentato due proposte alterative: una che prevedeva la scissione parziale della società proponente con successiva continuazione aziendale del core business da parte della società risultante dalla scissione. L'ulteriore proposta invece prevedeva la continuazione diretta dell'attività di impresa da parte del debitore e la nomina di un liquidatore ai fini della dismissione dei beni non essenziali all'esercizio dell'impresa. Il giudice ha correttamente valutato ammissibile l'utilizzo delle operazioni straordinarie ai fini del risanamento dell'impresa, venendo in rilievo esclusivamente, quale presupposto del concordato in continuità, il miglior soddisfacimento dei creditori.

In merito alle interferenze tra disciplina societaria e concorsuale, il giudice ha precisato che «*l'operazione di scissione parziale proporzionale inserita nel piano di concordato preventivo rappresenta una evidente deroga all'art. 2740 c.c. che non comporta semplicemente la prevalenza della disciplina concorsuale su quella societaria, ma un concorso integrativo fra*

¹³⁸ Tribunale di Ancona, sentenza del 9 aprile 2015, con nota di: M. CAVANNA, *L'attuazione di concordato preventivo in parziale continuità aziendale mediante scissione societaria*, in *Il Fallimento*, (2016), 3, p. 346.

le due discipline, con particolare riferimento alla responsabilità solidale sussidiaria proporzionale di cui all'art. 2506-quater c.c. ed a quella delle opposizioni dei creditori di cui all'art. 2503 c.c. richiamato dall'art. 2506-ter c.c., non potendosi ritenere assorbite dalla diversa - quanto a finalità e presupposti - opposizione endoconcorsuale di cui all'art. 180 legge fallimentare»¹³⁹.

Dunque in caso di ricorso alle operazioni straordinarie in sede di concordato preventivo le norme di diritto societario e quelle relative alle procedure concorsuali sono destinate a coesistere. Sul versante concorsuale affinché un'operazione di scissione possa dirsi ammissibile è necessario che la stessa rappresenti il migliore interesse dei creditori e non abbia l'effetto di alterare la *par condicio creditorum*.

Un ulteriore dubbio interpretativo in merito al contenuto del piano concordatario in continuità è sorto in merito alla possibilità di prevedere l'affitto d'azienda, in quanto fattispecie non espressamente compresa dall'art. 186-bis il quale fa esclusivamente riferimento, per la continuità indiretta, ad atti di cessione e conferimento dell'impresa a terzi. Sul punto ha avuto modo di pronunciarsi il Tribunale di Roma, con decreto del 24 marzo 2015, il quale ha precisato che *«nel concordato con continuità indiretta perseguito mediante l'affitto e successivamente la cessione dell'azienda il contenuto dell'attestazione deve incentrarsi sull'idoneità dell'affittuario e promissario acquirente a fare fronte ai propri impegni grazie non solo al patrimonio di cui dispone o alle garanzie su cui è in grado di fare affidamento, ma anche sulla base della realizzazione di un adeguato piano industriale, il cui orizzonte temporale dovrà essere perlomeno coincidente con la data in cui avrà luogo il trasferimento a terzi dell'azienda»¹⁴⁰.*

Delineati il possibile contenuto del concordato in continuità occorre ora analizzare le peculiarità procedurali dettate dall'art. 186-bis l. fall. nel caso in cui la proposta preveda la continuazione dell'attività d'impresa. Innanzitutto in sede di presentazione della domanda il debitore deve procedere all'elencazione analitica dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa. Mentre la relazione del professionista designato dal debitore deve contenere l'esplicita attestazione che *«la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori»*.

¹³⁹ Tribunale di Ravenna, decreto del 29 ottobre 2015, con nota di: B. FARSACI, *Concordato preventivo con continuità aziendale e piano di scissione societaria parziale*, in *Il Diritto fallimentare*, (2016), 3-4, p. 985.

¹⁴⁰ Tribunale di Roma, decreto del 24 marzo 2015, con nota di: G. P. MACAGNO, *Il concordato con continuità aziendale: il confine ultimo di un istituto sotto accusa*, in *Il Fallimento*, (2016), 1, p. 79.

Inoltre il piano può prevedere, eventualmente, la moratoria fino ad un anno dei pagamenti a favore dei creditori privilegiati, purché i beni oggetto del diritto di prelazione non siano sottoposti a liquidazione.

Il terzo comma dell'art. 186-*bis*, con una norma che rischia di essere ridondante, assicura la continuità dei contratti pendenti salvo le disposizioni di cui all'art. 169-*bis*, che ne prevede la sospensione o la risoluzione. Dunque non vi sono differenze tra concordato liquidatorio e in continuità in merito alla sorte dei contratti pendenti, eccezion fatta per le disposizioni ai commi da quarto a settimo dell'art. 186-*bis* che disciplinano la partecipazione, anche in forma associata, dell'impresa soggetta a concordato in continuità alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici.

Sembra necessario segnalare come la novella del legislatore introdotta dal d.l. n. 83 del 2012 sia stata accolta dalla dottrina con qualche perplessità. Innanzitutto il legislatore non ha preso in considerazione che la continuità dell'impresa in crisi, se da un lato può assicurare una *chance* di risanamento aziendale, dall'altro ha un rischio intrinseco, in quanto la continuità dell'attività economica ha un rischio intrinseco costituito dall'eventualità che i valori esistenti al momento dell'apertura della procedura potrebbero essere definitivamente compromessi dalla prosecuzione stessa dell'impresa.

La continuità aziendale costituisce il miglior soddisfacimento dei creditori solo ove si valuti che la crisi sia soltanto una fase della vita dell'impresa, reversibile mediante dei processi di risanamento e riorganizzazione. Può risultare addirittura controproducente qualora l'impresa non riesca nonostante il risanamento a ritornare competitiva sul mercato. Qualche perplessità desta, inoltre, «*il principio di far emergere e di governare una fase di crisi, non ancora irreversibile e tuttavia già crisi, in modo tale che l'imprenditore sia in certa misura costretto, direttamente o indirettamente, a ricorrervi, anche attraverso la "spinta" di creditori forti, come ad esempio le agenzie fiscali. Ciò implica un'ingerenza non indifferente proprio in quell'area dei comportamenti gestionali e anche un'accelerazione dall'esterno che si riverbera sulla scelta di iniziare a gestire la fase di criticità in un dato modo*»¹⁴¹.

g. L'attestazione del piano da parte del professionista

Ai sensi del terzo comma dell'articolo 161 l. fall. la domanda di ammissione al concordato preventivo deve essere accompagnata dalla relazione di un professionista «*che attesti la*

¹⁴¹ G. MEO, *In tema di continuità aziendale nelle procedure concorsuali (Intervento al seminario "Verso un nuovo diritto della crisi d'impresa", Roma 13 maggio 2016)*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2016), 5, p. 936.

veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo». Si tratterà perciò di un atto complesso contenente una dichiarazione di scienza in merito alla corrispondenza dei dati aziendali, e da un giudizio prognostico relativo alla fattibilità del piano.

Relativamente al controllo dei dati aziendali, l'accertamento richiesto al professionista è particolarmente rigoroso, non essendo sufficiente un mero controllo formale della corrispondenza dei dati contabili a quelli esposti nella situazione economica, patrimoniale e finanziaria allegata alla domanda di ammissione. Il professionista dovrà accertare in modo oggettivo la realtà dei dati stessi.

Volendo sintetizzare l'iter logico richiesto dal professionista, esso dovrà in primo luogo accertare la regolare tenuta dei libri sociali obbligatori e successivamente confrontare i dati esposti nella situazione economica, patrimoniale e finanziaria contenuta nella domanda di ammissione al concordato, tenuto conto anche degli allegati al bilancio di esercizio.

Inoltre qualora il piano preveda la soddisfazione non integrale dei creditori prelatizi, la relazione dovrà fare riferimento, ai sensi del comma secondo dell'art. 160, *«al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione»*.

La relazione del professionista deve inoltre valutare la fattibilità della proposta di ammissione al concordato. Si tratta di un giudizio prognostico nel quale è necessario verificare la compatibilità tra il contenuto del piano e le caratteristiche del mercato in cui l'impresa opera. Inoltre il professionista deve valutare l'adeguatezza delle risorse, in seno all'impresa e apportate in occasione della procedura di concordato, agli obiettivi prefissati dal piano.

Tale valutazione risulta essere l'elemento centrale della relazione del professionista in quanto essa costituisce un presupposto per l'ammissibilità della domanda di ammissione. In questo senso si è espresso il Tribunale di Monza con sentenza del 16 ottobre 2005.

Il giudice lombardo ha precisato che *«la previsione nell'art. 161 della relazione del professionista sulla “fattibilità” del piano (rispetto alla quale la veridicità dei dati contabili ha un'evidente valore strumentale), volta ad esimere il tribunale da complesse attività istruttorie in sede di esame della domanda, implica che la proposizione di un piano, individuata nell'art. 160 come condizione per l'ammissione della procedura, debba intendersi come la proposizione di un “piano fattibile”»*¹⁴².

Lo stesso comma terzo dell'art. 161 specifica indirettamente i requisiti di cui deve essere in possesso il professionista designato dal debitore per l'attestazione, facendo rinvio alla lettera d) del terzo comma dell'art. 67 l. fall. Il professionista deve essere iscritto nel registro dei

¹⁴² Tribunale di Monza, sentenza del 16 ottobre 2005, con nota di: S. DE MATTEIS, *Questioni vecchie e nuove in materia di concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, (2005), 12, p. 1402.

revisori legali dei conti ed in possesso dei requisiti previsti dalle lettere a) e b) dell'art. 28. Quest'ultima disposizione prescrive i requisiti per l'esercizio delle funzioni di curatore fallimentare. Possono rivestire l'incarico di curatore: avvocati, dottori commercialisti, ragionieri, ragionieri commercialisti e anche studi professionali associati o società tra professionisti purché all'accettazione dell'incarico venga indicata la persona fisica responsabile della procedura.

L'art. 67, terzo comma, lett. d) pone particolare enfasi sull'indipendenza del professionista. Il professionista è indipendente quando *«non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio»*.

Inoltre il professionista non deve trovarsi nelle circostanze di cui all'art. 2399 c.c., che disciplina le cause di ineleggibilità e decadenza alla carica di sindaco, e *«non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo»*.

Fissati i requisiti del professionista, un ulteriore aspetto interessante attiene alla natura della responsabilità del medesimo in merito all'attestazione del piano. Nei rapporti tra debitore e professionista è pacifico che si tratti di responsabilità contrattuale, tenendo conto anche del principio di cui all'art. 2236 c.c. il quale precisa che il prestatore d'opera, in presenza problemi tecnici di speciale difficoltà, risponderà dei danni solo in caso di dolo o colpa grave. Per ciò che attiene invece al rapporto tra i creditori è il professionista, parte della dottrina ritiene configurabile la responsabilità di natura contrattuale in quanto l'ordinamento impone un obbligo di protezione del professionista nei confronti dei creditori. Altra parte della dottrina invece ritiene che la responsabilità sia di natura aquiliana, proponendo un'applicazione estensiva dell'art 64 del cod. proc. civ. che disciplina la responsabilità del consulente tecnico d'ufficio.

Occorre inoltre tenere presente che l'art. 236-bis l. fall., aggiunto dal d. l. n. 83/2012, punisce con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da cinquantamila a centomila euro, la condotta del professionista che esponga informazioni false o ometta informazioni rilevanti nella relazione di cui all'art. 161, terzo comma l. fall.

h. L'inammissibilità della proposta

L'articolo 162 della legge fallimentare disciplina l'inammissibilità della proposta di concordato, dato che la disposizione non era stata modificata dal D.lgs. n. 80 del 2005 si erano creati dei problemi di coordinamento con le altre norme in materie di concordato preventivo.

Infatti il testo originario della norma prescriveva l'inammissibilità della proposta di concordato nel caso in cui non fossero rispettati i requisiti di cui ai commi primo e secondo dell'art. 160, ma tali commi erano stati profondamente modificati dalla riforma del 2005. Inoltre il testo originale dell'art. 163 disponeva che «*il tribunale, verificata la completezza e la regolarità della documentazione, con decreto non soggetto a reclamo, dichiara aperta la procedura di concordato preventivo*».

Il dibattito si incentrava soprattutto sul perimetro del controllo da parte del tribunale in merito alla correttezza della domanda, gli interpreti si chiedevano se tale valutazione dovesse coinvolgere anche la fattibilità del piano.

Parte della dottrina¹⁴³ riteneva che il controllo del tribunale si incentrasse anche sugli aspetti sostanziali della domanda, escludendo soltanto la convenienza economica di esclusiva valutazione dei creditori, dunque il giudice doveva controllare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. Altra parte della dottrina¹⁴⁴ riteneva invece che al tribunale fosse affidato un sindacato di legittimità sostanziale, quindi all'organo giurisdizionale spettava esclusivamente controllare che l'attestazione del professionista fosse comprensibile, coerente e chiara in merito all'iter logico seguito dal professionista in modo che fosse una fonte informativa affidabile per i creditori.

Il decreto correttivo (D.lgs. n. 169 del 2007) ha risolto i difetti di coordinamento e adesso il nuovo testo dell'art. 162 l. fall. dispone che «*il Tribunale, se all'esito del procedimento verifica che non ricorrono i presupposti di cui agli articoli 160, commi primo e secondo, e 161, sentito il debitore incamera di consiglio, con decreto non soggetto a reclamo dichiara inammissibile la proposta di concordato*». Lo stesso provvedimento ha abrogato la parte dell'art. 163 che faceva riferimento al controllo sulla completezza e regolarità della documentazione, il testo riformato infatti si limita a prevedere che qualora il giudice non

¹⁴³ S. AMBROSINI – P. G. DE MARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, (2005), p. 75.

¹⁴⁴ M. GRIFFEY, *La disciplina del concordato preventivo e le soluzioni della giurisprudenza*, in AA.VV., *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di AMBROSINI, Bologna, (2008), p. 526.

provveda ai sensi dell'art. 162, dichiarando inammissibile la proposta, dichiarerà aperta la procedura concordataria con decreto.

Volendo ripercorrere l'iter logico svolto dal tribunale in sede di valutazione dell'ammissibilità della domanda, innanzitutto vi sarà un controllo sui requisiti soggettivi e oggettivi per l'accesso alla procedura, quindi la qualifica di imprenditore commerciale e lo stato di crisi. Il tribunale valuterà inoltre la propria competenza territoriale e la completezza dei documenti allegati e il corretto trattamento dei creditori privilegiati.

Nonostante l'apprezzabile intervento correttivo, permanevano dubbi circa la possibile valutazione del giudice in merito alla fattibilità del piano. Data la rilevanza centrale della questione la giurisprudenza di legittimità ebbe modo più volte di pronunciarsi in merito al sindacato di fattibilità della proposta di concordato.

Appare ad esempio interessante la sentenza della Suprema Corte del 25 ottobre 2010, n. 21860, quest'ultima si è pronunciata sul ricorso del debitore, una società a responsabilità limitata, il quale aveva visto dichiarare inammissibile la domanda di ammissione alla procedura dal Tribunale di Macerata. Secondo il ricorrente il tribunale aveva violato le norme di cui agli artt. 160, 161, 162 l. fall. avendo effettuato un giudizio di merito sulla proposta.

Nel suo iter argomentativo la Cassazione ha avvalorato la tesi, sostenuta in dottrina, secondo la quale il giudice in sede di ammissibilità della proposta debba valutare esclusivamente la regolarità formale della domanda relativamente alla completezza e regolarità della documentazione. Il giudice ha osservato come il controllo sul merito della proposta si configuri come eccezionale nella procedura concordataria, adducendo quale argomentazione il disposto dell'art. 180, secondo comma il quale prevede che il giudice possa sindacare la convenienza della proposta qualora, un creditore, appartenente ad una classe dissenziente, contesti la convenienza economica della proposta.

Data questa premessa *«non può fondatamente ritenersi, in mancanza di una espressa disposizione, che il legislatore abbia attribuito al Tribunale, in sede di giudizio di ammissibilità, il potere di sindacare d'ufficio la fattibilità del piano, vale a dire poteri maggiori di quelli attribuiti al Tribunale stesso in sede di omologazione, privando, qualora ritenga non fattibile il piano, i creditori della possibilità di esaminare la proposta, di valutarne la congruità e convenienza e di accettarla».*

A giudizio della Corte, inoltre, esorbita dalla valutazione del tribunale in sede di ammissibilità il controllo sulla veridicità dei dati aziendali, in quanto tale sindacato sarà successivamente esercitato dal commissario giudiziale ai sensi dell'art. 171 l. fall.

Il giudice di legittimità infine esprime una considerazione di carattere sistemico ritenendo che *«la disciplina del concordato preventivo, come si evince dalla analizzata normativa, appare ispirata da una esigenza di carattere fondamentale: garantire che i creditori siano messi in condizione di prestare il loro consenso con cognizione di causa, vale a dire che abbiano a manifestare un consenso informato e non viziato da una falsa rappresentazione della realtà»*¹⁴⁵.

Perciò il sindacato del giudice di merito che intenda sostituirsi ai creditori nella valutazione economica della proposta deve essere censurato, come avvenuto nel caso di specie avendo la Cassazione cassato con rinvio il provvedimento del Tribunale di Macerata.

In seguito, sul tema del perimetro del controllo del tribunale in sede di giudizio di ammissibilità della proposta di concordato preventivo, hanno avuto modo di pronunciarsi le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza del 23 gennaio 2013, n. 1521.

In estrema sintesi il debitore aveva presentato di fronte al Tribunale di Cosenza una domanda di concordato preventivo con cessione di beni, la quale prevedeva nel piano l'integrale pagamento dei creditori chirografari; tuttavia il commissario giudiziale aveva rilevato come tale soddisfazione integrale non sarebbe stata fattibile. Nonostante le rimostranze del commissario i creditori avevano approvato il piano ma il tribunale aveva negato l'omologazione in quanto la proposta non era fattibile e su istanza di un creditore, un istituto di credito, aveva dichiarato il fallimento del debitore.

Proposta impugnazione contro il diniego di omologazione del tribunale e la dichiarazione di fallimento la Corte d'appello aveva respinto le impugnazioni, provvedimento a cui poi era seguito il ricorso in Cassazione.

Le Sezioni Unite innanzitutto hanno rilevato come la procedura concordataria sia connotata, sia da marcati profili negoziali, in quanto le riforme susseguitesi nel tempo hanno notevolmente ampliato i possibili contenuti del piano, sia da aspetti di carattere pubblicistico, e non potrebbe essere altrimenti dato il sacrificio patrimoniale che viene richiesto ai creditori. Inoltre la Suprema corte osserva *«che il piano, proprio perché strumento realizzativo della proposta, non possa essere disgiunto dal contenuto di quest'ultima, atteso che la previsione prognostica favorevole del relativo esito è inevitabilmente connessa, da un punto di vista causale, con la buona riuscita del primo»*.

¹⁴⁵ Cass., sentenza del 25 ottobre 2010, n. 21860. Con nota di: M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Il Fallimento*, (2011), 2, p. 171.

In questa pronuncia il giudice di legittimità ripudia quella tesi, che sosteneva, ai fini del giudizio di ammissibilità, la scissione tra la domanda di ammissione alla procedura, rilevante dal punto di vista processuale, e il contenuto della proposta.

Successivamente a queste considerazioni preliminari le Sezioni Unite affrontano il tema del controllo sulla fattibilità del piano durante il giudizio di ammissibilità. A parere dell'organo giudicante occorre separare i concetti di fattibilità giuridica e fattibilità economica.

Sicuramente il controllo del tribunale potrà prendere in considerazione la fattibilità giuridica del piano, intesa come la compatibilità tra le modalità attuative e le norme inderogabili. Viceversa, in dubbio è il controllo del giudice sulla fattibilità economica, in quanto si tratta di un giudizio prognostico nel quale sono insiti dei margini di incertezza, che rappresentano il rischio della proposta medesima. Sembra perciò corretto ritenere che di tali rischi debbano essere considerati esclusivamente dai creditori in sede di approvazione della proposta.

Infine le Sezioni Unite ritengono che *«una corretta configurazione dei margini di intervento del giudice sotto il profilo or ora evidenziato presuppone la preventiva individuazione della causa concreta del procedimento di concordato sottoposto al suo esame, il che equivale a dire l'accertamento delle modalità attraverso le quali, per effetto ed in attuazione della proposta del debitore, le parti dovrebbero in via ipotetica realizzare la composizione dei rispettivi interessi»*¹⁴⁶.

In astratto la causa della procedura concordataria è favorire il superamento della crisi mediante procedure concordate di composizione degli interessi creditori e debitori, rimettendo la valutazione circa i tempi e le modalità di adempimento ai creditori stessi. Presupposto per la genuinità del consenso prestato dai creditori è che esso si basi su elementi veritieri e corretti, ed è tale aspetto che il tribunale garantisce in sede di controllo di ammissibilità della domanda.

Date queste premesse il perimetro del controllo del tribunale in sede di ammissibilità non è suscettibile di una regola generale ed astratta, considerando anche la mancanza di un'espressa previsione in tal senso, perciò i limiti del controllo dovranno essere modellati di volta in volta in base ai contenuti stessi del piano.

Ad ogni modo occorre tenere in considerazione che la dottrina ha accolto con alcune perplessità la suddetta pronuncia delle Sezioni Unite. Alcuni commentatori hanno sottolineato delle contraddizioni nella tesi che partendo dall'art. 179 l. fall., il quale prevede che in caso di mutamento delle condizioni di fattibilità del piano venga dato avviso ai creditori e non al

¹⁴⁶ Sez. Un. Cass., sentenza del 23 gennaio 2013, n. 1521. Con nota di: G. FAUCEGLIA, *La Cassazione e il concordato preventivo*, in *Giurisprudenza italiana*, (2013), 12, p. 2540.

tribunale, da qui la Corte ha ricavato l'indicazione implicita che il Tribunale non se ne sia occupato in precedenza.

Quest'ultima tesi non è conciliabile con alcune premesse che le Sezioni Unite esplicitano nel provvedimento ossia «i) *la veridicità dei dati indicati e la fattibilità del piano rientrano fra i presupposti per l'ammissione alla procedura, la cui esistenza va verificata, ai sensi dell'art. 162, comma 2, l. fall., dal tribunale;* ii) *il controllo del giudice non è di secondo grado e non concerne solo la completezza e la congruità logica dell'attestazione del professionista, le cui funzioni sono assimilate a quelle di un ausiliario del giudice, che quindi, si può discostare dal suo giudizio*»¹⁴⁷.

Altri commentatori hanno censurato il ricorso dell'organo giudicante al concetto di causa concreta ritenendo che «*il giudizio sulla fattibilità, sotto un profilo di legalità sostanziale e quindi di correttezza, è pur sempre un giudizio di ragionevolezza della prognosi, di attendibilità della previsione prospettica, di fondatezza della verificabilità del programma di recupero dell'impresa*»¹⁴⁸. Dunque sarebbe stato preferibile al concetto generale di ragionevolezza impiegato dal legislatore, da ultimo, in materia di *leveraged buy-out* (art. 2501-bis c.c.) e di prospetto d'offerta al pubblico di strumenti finanziari (art. 94 D.lgs. n. 58 del 1998).

Al fine di completare il commento all'art. 162 l. fall. occorre analizzare gli effetti dell'inammissibilità della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo. In tale ipotesi su istanza del creditore o del pubblico ministero e accertati i presupposti di cui agli artt. 1 e 5 l. fall. il tribunale dichiara il fallimento del debitore.

Anche tale disposizione è stata modificata per effetto del D.lgs. n. 169 del 2007, in quanto la versione originaria della disposizione prevedeva la dichiarazione d'ufficio del fallimento. Perciò si è passati da una dichiarazione automatica e d'ufficio del fallimento a quella su istanza di parte, verificati i presupposti per il fallimento. Inoltre il terzo comma dell'art. 162 dispone che «*contro la sentenza che dichiara il fallimento è proponibile reclamo a norma dell'articolo 18. Con il reclamo possono farsi valere anche motivi attinenti all'ammissibilità della proposta di concordato*».

Vi è quindi l'assorbimento dei motivi di reclamo, relativi all'inammissibilità della proposta, in motivi di impugnazione contro il provvedimento che dichiara il fallimento.

¹⁴⁷ R. SACCHI, *Fattibilità del concordato: la prevalenza della tesi privatistica*, (Relazione al seminario sulla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite del 23 gennaio 2013 n. 1521, Roma, 8 marzo 2013), a cura di: V. CALANDRA BUONAVURA, in *Giurisprudenza commerciale*, (2014), 1, p. 226.

¹⁴⁸ P. MONTALENTI, *Fattibilità del concordato: la prevalenza della tesi privatistica*, a cura di: V. CALANDRA BUONAVURA, in *Giurisprudenza commerciale*, (2014), cit., p. 233.

Infine la norma impone che prima della dichiarazione di inammissibilità della proposta di concordato il debitore venga sentito in camera di consiglio. Tale inciso è effetto della sentenza additiva di accoglimento della Corte Costituzionale del 20 giugno 1972, n. 110, nella quale la Corte Cost. dichiarò *«l'illegittimità costituzionale dell'art. 162, comma primo, del citato r.d. 16 marzo 1942, n. 267, nella parte in cui non prevede che il tribunale, prima di pronunciarsi sulla domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, debba ordinare la comparizione in camera di consiglio del debitore per l'esercizio del diritto di difesa»*.

i. L'ammissione alla procedura e le proposte concorrenti

Ai sensi dell'articolo 163 l. fall. il tribunale, qualora non dichiari l'inammissibilità ex art. 162, dichiara con decreto l'apertura della procedura di concordato preventivo. Lo stesso articolo fissa il contenuto del decreto, il giudice dovrà indicare: un giudice delegato alla procedura; la convocazione dei creditori entro centoventi giorni dalla data del provvedimento; il commissario giudiziale rispettando le prescrizioni degli artt. 27 e 28 l. fall.

Il decreto di ammissione alla procedura non è reclamabile, e si ritiene neanche ricorribile in Cassazione ai sensi dell'art. 111 della Costituzione, in quanto non si tratta di un provvedimento definitivo dato che le valutazioni contenute potranno essere riesaminate in sede di giudizio di omologazione.

Inoltre il decreto ai sensi del n. 4) del secondo comma dell'art. 163 il decreto *«stabilisce il termine non superiore a quindici giorni entro il quale il ricorrente deve depositare nella cancelleria del tribunale la somma pari al 50 per cento delle spese che si presumono necessarie per l'intera procedura, ovvero la diversa minor somma, non inferiore al 20 per cento di tali spese, che sia determinata dal giudice»*.

In merito a quest'ultimo frammento di norma sono nati dei dubbi interpretativi relativamente alla natura del termine di quindici giorni ed al soggetto cui spetta la corretta quantificazione delle spese di procedura.

Relativamente alla natura del termine di quindici giorni per il deposito di una parte delle spese di procedura, ha avuto modo di pronunciarsi la Corte di Cassazione, con sentenza del 20 novembre 2012, n. 20667, in cui la Suprema Corte ha stabilito che *«il termine fissato dal tribunale, ai sensi dell'art. 163 legge fall., per il deposito della somma che si presume necessaria per l'intera procedura ha carattere perentorio, atteso che la prosecuzione di quest'ultima richiede la piena disponibilità, da parte del commissario, dell'importo a tal fine destinato e questa esigenza può essere soddisfatta soltanto con la preventiva costituzione del*

fondo nel rispetto del predetto termine, da considerarsi quindi improrogabile, con conseguente inefficacia del deposito tardivamente effettuato»¹⁴⁹.

Per quanto riguarda, invece, il potere di quantificare le spese occorrenti per la procedura, la dottrina maggioritaria ritiene che tale determinazione spetti al giudice in quanto esso è competente per la determinazione degli onorari giudiziali ed inoltre potrebbe essere “pericoloso” lasciar determinare l’entità delle spese di procedura al debitore stesso.

Chi invece sostiene che la quantificazione delle spese non spetti al giudice argomenta sostenendo che l’art. 163 l. fall. quando richiede l’intervento del giudice delegato lo fa espressamente, come nel caso in cui il deposito delle spese sia stabilito in misura inferiore del cinquanta per cento.

L’articolo 163 ha subito importanti innovazioni con il D.L. del 27 giugno 2015 (convertito con modificazioni dalla L. del 6 agosto 2015 n. 132), il quale con l’art. 3 ha introdotto commi quarto e seguenti che prevedono la possibilità per i creditori qualificati di presentare proposte concorrenti rispetto a quella del debitore.

La *ratio* della nuova disciplina, come rinvenibile nella relazione illustrativa al decreto, era quella di «*offrire ai creditori la possibilità di impedire che il debitore presenti proposte che non rispecchiano il reale valore dell’azienda*».

La novella del 2015 mette, in un certo senso, in discussione la ricostruzione della procedura di concordato preventivo quale accordo tra il debitore e i creditori, in quanto in caso di approvazione della proposta concorrente in realtà l’accordo è raggiunto dal creditore proponente e la massa degli altri creditori. Inoltre non si può non notare come l’accordo venga concluso da un soggetto che non ha alcun diritto di proprietario sulla res oggetto dell’accordo, in quanto esso ha meramente un diritto di credito, configurandosi quasi come una vendita di cosa altrui.

Parte della dottrina ha accolto con freddezza la novella normativa paventando possibili effettivi espropriativi in violazione dell’art. 41 della Costituzione.

A ben vedere però i dubbi di costituzionalità non sembrano fondati in quanto «*è ormai opinione condivisa che, allorquando l’impresa non sia in condizioni di normale esercizio e l’adempimento dei debiti sia in pericolo, il controllo della stessa spetta ai creditori, che sono coloro i quali forniscono l’effettivo capitale di rischio e che, per effetto di ciò, ne diventano i “proprietari”; l’attribuzione ai fornitori di capitale di rischio (i creditori) della facoltà di porsi in concorrenza con il proprietario formale, nel caso in cui questi decida di far ricorso*

¹⁴⁹ Cass., sentenza del 20 novembre 2012, in *Il Fallimento*, (2013), 8, p. 999.

alla procedura concordataria, rappresenta, quindi, un modo per raccordare il profilo sostanziale (la sopportazione del rischio) con il profilo formale (la facoltà di avanzare - a determinate condizioni - una proposta di concordato)»¹⁵⁰.

La possibilità di presentare le proposte concorrenti è subordinata al verificarsi di due presupposti uno di natura soggettiva e l'altro di natura oggettiva.

In merito al presupposto di natura soggettiva il comma quarto dell'art. 163 dispone che *«uno o più creditori che, anche per effetto di acquisti successivi alla presentazione della domanda di cui all'articolo 161, rappresentano almeno il dieci per cento dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale depositata ai sensi dell'articolo 161, secondo comma, lettera a), possono presentare una proposta concorrente di concordato preventivo»*.

Dunque non tutti i creditori potranno presentare una proposta concorrente ma soltanto quelli che rappresentino almeno il dieci per cento delle passività delle imprese in crisi. Sono inoltre esclusi i soggetti terzi, cioè coloro che non sono legati da rapporti di credito con l'imprenditore in stato di crisi, al fine di evitare la presentazione di proposte "civetta" ossia presentate solo al fine di ottenere una qualche utilità da parte del debitore o proposte di *competitors* volte ad eliminare l'impresa dal mercato.

Particolare interesse riveste l'inciso che si riferisce a chi abbia acquisito la richiesta percentuale di crediti in forza di acquisti successivi. Tale frammento cerca di promuovere l'intervento di operatori specializzati, in genere intermediari finanziari, e di creare un mercato dei crediti in sofferenza.

Per quanto riguarda invece il presupposto oggettivo, ai sensi del comma quinto dell'art. 163, le proposte concorrenti non sono ammissibili se *«la proposta di concordato del debitore assicura il pagamento di almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari o, nel caso di concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis, di almeno il trenta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari»*.

Dalla disposizione emerge una residua preferenza per il risanamento dell'impresa ad opera dello stesso debitore, infatti è di sua esclusiva competenza la scelta di ricorrere alla procedura concordataria ed esso può porsi al riparo dalle proposte concorrenti promettendo una soddisfazione dei creditori superiore a quanto prescritto dalla suddetta norma. Perciò in buona sostanza si è detto che è lo stesso debitore a esporsi alla contendibilità dell'impresa prevedendo percentuali inferiori rispetto a quanto prescritto dall'art. 163 co. 5.

¹⁵⁰ G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Il Fallimento*, (2015), 11, p.1164.

Il trattamento differenziato tra concordato liquidatorio e quello in continuità, per il quale è sufficiente una soddisfazione del venti per cento dei creditori chirografari per inibire le proposte concorrenti, si giustifica dato il maggior rischio di comportamenti opportunistici da parte dei *competitors*; da qui la necessità di requisiti più rigorosi per le offerte concorrenti in ipotesi di concordato in continuità.

Il contenuto e le condizioni del piano sono i medesimi di quelli prescritti per la domanda di ammissione da parte del debitore. Cosciente della necessità dei creditori di conoscere i dati aziendali al fine di presentare una proposta concorrente con cognizione di causa, il legislatore con il decreto legge del 2015 ha emendato anche l'art. 165.

Infatti nell'attuale formulazione il comma terzo dell'art. 165 impone che *«il commissario giudiziale fornisce ai creditori che ne fanno richiesta, valutata la congruità della richiesta medesima e previa assunzione di opportuni obblighi di riservatezza, le informazioni utili per la presentazione di proposte concorrenti, sulla base delle scritture contabili e fiscali obbligatorie del debitore, nonché ogni altra informazione rilevante in suo possesso»*. Dunque la norma garantisce ai creditori il reperimento del patrimonio informativo necessario alla formulazione di proposte concorrenti.

A ben vedere la posizione dei creditori è migliore rispetto al debitore infatti l'ultima parte del comma quarto dell'art. 163 dispone che la relazione del professionista possa essere limitata alla fattibilità del piano o eventualmente ad elementi che non siano stati oggetto di verifica da parte del commissario giudiziale. La norma è di semplice comprensione dato che gli ulteriori documenti allegati alla domanda di ammissione, quali la situazione economica e finanziaria l'elenco nominativo dei creditori e delle cause legittime di prelazione, costituiscono patrimonio comune delle proposte e sono già a disposizione della procedura.

Un'ulteriore differenza, tra la domanda di concordato presentata dal debitore e la proposta concorrente presentata dai creditori, è costituita dal disposto dell'ultimo periodo del quinto comma dell'art. 163, il quale prevede che *«se il debitore ha la forma di società per azioni o a responsabilità limitata, - la proposta concorrente - può prevedere un aumento di capitale della società con esclusione o limitazione del diritto d'opzione»*. La norma consente, in ipotesi di proposta concorrente, la sostanziale ablazione delle quote di partecipazione sociale.

Il legislatore, con il decreto del 2015, sembra dunque aver superato il limite in merito agli interventi sulle partecipazioni sociali in caso di procedure concorsuali, limite che derivava dalla tesi che le procedure concorsuali riguardassero il patrimonio dell'impresa al momento dell'apertura della procedura, sicché non erano ritenute ammissibili proposte di concordato che prevedessero aumenti di capitale con esclusione del diritto di opzione. Ulteriore

argomento a favore dell'impossibilità di interventi sul capitale sociale in sede concorsuale è che i soci non hanno diritto di voto in sede di omologazione, dunque essi avrebbero visto modificati i propri diritti patrimoniali senza poter esprimere la loro volontà in tal senso.

Occorre tener presente però che il legislatore ha ammesso espressamente tale possibilità solo nelle proposte concorrenti, dunque per la domanda presentata dal debitore resta valido il divieto di operazioni sul capitale. Nella pratica le somme dovute a titolo di conferimento saranno compensate dai crediti vantati dal proponente, dunque si assisterà ad una modificazione forzata della compagine sociale.

La nuova disciplina lascia aperto un interrogativo: l'aumento di capitale è una conseguenza automatica dell'omologazione della proposta o sono comunque necessari gli adempimenti prescritti dagli artt. 2438 ss. c.c.? Considerazioni di carattere sistemico spingono a ritenere che sia corretta la seconda ipotesi, perciò ai fini dell'aumento di capitale sarà necessaria la deliberazione dell'assemblea, o del Consiglio di amministrazione se delegato ai sensi dell'art. 2443 c.c.

Nel caso di comportamenti ostruzionistici da parte degli organi sociali potrà trovare applicazione il sesto comma dell'art. 185 l. fall., il quale in tema di esecuzione del concordato dispone che il tribunale *«può revocare l'organo amministrativo, se si tratta di società, e nominare un amministratore giudiziario stabilendo la durata del suo incarico e attribuendogli il potere di compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla suddetta proposta, ivi inclusi, qualora tale proposta preveda un aumento del capitale sociale del debitore, la convocazione dell'assemblea straordinaria dei soci avente ad oggetto la delibera di tale aumento di capitale e l'esercizio del voto nella stessa»*.

Dunque l'aumento di capitale previsto dalla proposta concorrente omologata potrà trovare esecuzione coattiva mediante la nomina da parte del tribunale di un commissario ad acta, con la preventiva audizione in camera di consiglio del debitore e del commissario giudiziale.

j. Le offerte concorrenti

Il d.l. n. 83 del 2015 ha previsto un'ulteriore innovazione alla disciplina di ammissione alla procedura di concordato. L'art. 2 del suddetto decreto ha aggiunto l'art. 163-bis alla legge fallimentare che prevede che qualora il piano concordatario preveda *«una offerta da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso dell'azienda*

o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, il tribunale dispone la ricerca di interessati all'acquisto disponendo l'apertura di un procedimento competitivo».

La norma prende in considerazione le ipotesi in cui il piano prevede la cessione dell'azienda o del ramo di azienda, ma anche l'affitto delle stesse come precisato dal quinto comma dello stesso articolo, imponendo che il tribunale si attivi nel ricercare ulteriori offerenti al fine di instaurare una procedura competitiva.

La *ratio* della norma, come esplicitata nella relazione illustrativa al d. l. n. 83 del 2015, è quella di *«massimizzare la recovery dei creditori concordatari e di mettere a disposizione dei creditori concordatari una possibilità ulteriore rispetto a quella di accettare o rifiutare in blocco la proposta del debitore»*. Ciò che il legislatore voleva disincentivare è il ricorso alle cd. proposte chiuse, nelle quali il debitore ha già individuato il terzo acquirente del complesso aziendale o di *asset* strategici dell'impresa senza che vi siano garanzie che tali operazioni perseguano il miglior interesse dei creditori concordatari. In tali ipotesi il rischio di pratiche illecite si acuisce se l'acquirente è un soggetto in qualche modo collegato al debitore.

Onde evitare la distorsione della procedura concordataria il legislatore affida il compito di selezionare il contraente al tribunale, sulla base delle condizioni economiche delle offerte presentate. Tale aspetto costituisce un'evidente compressione della libertà negoziale, che costituisce un elemento distintivo dell'istituto del concordato preventivo, giustificata però dal perseguimento del miglior interesse dei creditori.

Una volta che il tribunale ha accertato che il piano prevede il trasferimento o l'affitto dell'azienda o di beni aziendali, indice con decreto la procedura competitiva. È lo stesso provvedimento giudiziale a contenere le caratteristiche essenziali della procedura, in merito a: i requisiti per la presentazione delle offerte; la data per l'esame delle offerte; le modalità di svolgimento della procedura e l'aumento minimo del corrispettivo da parte degli offerenti.

Il decreto di indizione della procedura competitiva ha anche l'effetto di caducare l'efficacia dell'offerta originaria, in quanto ai sensi del secondo comma dell'art. 163, *«l'offerta di cui al primo comma diviene irrevocabile dal momento in cui viene modificata l'offerta in conformità a quanto previsto dal decreto di cui al presente comma e viene prestata la garanzia stabilita con il medesimo decreto»*. È importante sottolineare come l'offerente originario non è obbligato a conformarsi ai requisiti fissati dal decreto, ma qualora egli non rispetti tali prescrizioni, comprometterà le sue possibilità di aggiudicarsi il bene salvo che l'udienza per lo svolgimento della procedura competitiva vada deserta.

Le offerte concorrenti devono essere comparabili a quella originale, in tale aspetto un ruolo fondamentale è svolto dal tribunale il quale non potrà stravolgere con il decreto i contenuti

dell'offerta originaria. È chiaro come il primo parametro di comparazione delle offerte sarà la percentuale di soddisfazione dei creditori, essendo questo elemento la finalità della procedura di concordato.

L'ultimo capoverso del secondo comma dell'art. 163-*bis*, inoltre, esclude l'ammissibilità di offerte non conformi al decreto del tribunale o che contengono una condizione. Quest'ultima ipotesi era molto frequente nella prassi prima della "miniriforma" del 2015, dato che spesso le offerte di acquisto erano condizionate all'omologazione del concordato.

Se poi all'udienza, fissata dal decreto di cui al co. 2 dell'art. 163-*bis* risultano più offerte migliorative, il giudice dispone la gara tra gli offerenti, nella medesima udienza o rinviando all'udienza immediatamente successiva.

Ad ogni modo nel caso in cui i beni vengano aggiudicati ad un soggetto diverso al primo offerente *«quest'ultimo è liberato dalle obbligazioni eventualmente assunte nei confronti del debitore e in suo favore il commissario dispone il rimborso delle spese e dei costi sostenuti per la formulazione dell'offerta entro il limite massimo del tre per cento del prezzo in essa indicato»*. La dottrina è pressoché concorde che il credito del primo offerente non aggiudicatario abbia natura prededucibile, in quanto il creditore è sorto in occasione della procedura.

Occorre sottolineare come parte della dottrina, valorizzando il tenore letterale del primo comma dell'art. 163, ritiene che nel caso in cui *«l'offerta – originaria – venga formulata successivamente al deposito del piano definitivo, la competitività dovrebbe essere non più quella dell'art. 163-*bis* bensì quella disposta dall'art. 182, comma 5»*¹⁵¹.

Quest'ultima disposizione, modificata anch'essa dall'art. 2 del D.L. n. 83 del 2015, rinvia alle disposizioni di cui agli artt. da 105 a 108-*ter* l. fall. in materia di vendite fallimentare.

Si tratta di una distinzione non priva di risvolti pratici dato che in tale ipotesi le procedure di vendita vengono svolte dal curatore, mentre il giudice delegato mantiene una funzione di controllo su impulso del comitato dei creditori; invece nelle ipotesi di cui all'art. 163 è il tribunale ad occuparsi dello svolgimento della procedura competitiva. Ad ogni modo è indubbio che in entrambe le ipotesi ci si trovi di fronte ad una vendita forzata, perciò in entrambi i casi il trasferimento dei diritti sui beni oggetto della procedura competitiva all'aggiudicatario avverrà in forza di un decreto del tribunale o per atto notarile preventivamente autorizzato dal tribunale.

¹⁵¹ P.G. CECCHINI, *Concordato preventivo: le offerte concorrenti al microscopio*, in *Il diritto fallimentare*, V, (2016), p. 1193.

Così come si ritiene applicabile all'ipotesi di cui all'art. 163-bis, nonostante non vi sia un espresso rinvio, l'ultimo capoverso del quinto comma dell'art. 182 il quale prevede che *«la cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo, sono effettuati su ordine del giudice, salvo diversa disposizione contenuta nel decreto di omologazione per gli atti a questa successivi»*.

Appare inoltre interessante segnalare che il Tribunale di Bergamo con la circolare operativa n. 2 del 2016 ha fornito dei chiarimenti in merito ad alcuni aspetti applicativi del novellato art. 163-bis. Il tribunale lombardo ha precisato che la disciplina delle offerte concorrenti trova applicazione non soltanto nei concordati di natura liquidatoria, ove la cessione del patrimonio aziendale è *in re ipsa*, ma anche nelle ipotesi di concordato misto e di concordato in continuità funzionale alla cessione dell'azienda.

Il tribunale ha ritenuto che *«la norma di cui all'ultima parte del comma primo dell'art 163-bis l.f., integrando un'eccezione al principio della prosecuzione dei contratti pendenti nel concordato – fissato dall'art. 169-bis - va riservata, nella sua applicazione, ai contratti preliminari conclusi dal debitore, prima del momento di apertura del concorso, aventi per oggetto l'azienda, il ramo d'azienda o specifici beni facenti parte dell'azienda»*.

Con tale considerazione è stata chiarita la corretta interpretazione all'ultimo capoverso dell'art 163-bis co.1 il quale estende alla disciplina ai contratti che abbiano le finalità del trasferimento non immediato dei beni aziendali, di cui il contratto preliminare costituisce fulgido esempio.

La medesima circolare illustrativa ha precisato che la procedura competitiva deve concludersi entro il termine di quarantacinque giorni prima l'adunanza dei creditori, termine fissato per il deposito da parte del commissario della relazione di cui all'art. 172 della legge fallimentare.

Un dubbio interpretativo è sorto in merito all'applicazione della norma di cui all'art. 47 della legge 428 del 1990, la quale impone una serie di obblighi in caso di trasferimento d'azienda come disciplinato dall'art. 2112 c.c., che disciplina il trasferimento d'azienda.

L'imprenditore che intenda trasferire l'azienda deve darne comunicazione alla rappresentanza sindacale aziendale almeno quindi giorni prima della conclusione dell'accordo, su istanza sindacale si procede all'esame congiunto dei contenuti dell'accordo. La conclusione di un accordo tra rappresentanza sindacale cedente consente la deroga della responsabilità solidale del cessionario per i crediti da lavoro.

Quest'ultima previsione potrebbe rendere più attrattiva l'azienda anche in sede di vendita all'interno della procedura concordataria. *«Tuttavia nel caso di procedimenti competitivi di*

vendita di azienda la possibilità di accordi preventivi che disattivino parzialmente l'art. 2112 cod. civ. è sostanzialmente preclusa»¹⁵². In quanto l'esame congiunto con le rappresentanze sindacali coinvolge sia cedente che cessionario, ma il cessionario verrà identificato solo al termine della procedura competitiva, così come non potrebbero essere ammissibili offerte sospensivamente condizionate alla conclusione dell'accordo con la rappresentanza sindacale.

2. Gli effetti dell'ammissione al concordato preventivo

A seguito dell'emanazione da parte del tribunale del decreto di apertura della procedura ai sensi dell'art. 163 l. fall., il provvedimento è sottoposto agli oneri pubblicitari previsti dall'art. 166: il decreto dovrà essere pubblicato a cura del cancelliere nelle forme previste dall'art. 7, per la sentenza dichiarativa di fallimento. Qualora il debitore possieda beni immobili o soggetti a pubblica registrazione il decreto verrà notificato per estratto anche agli uffici competenti ai fini della trascrizione.

Il legislatore ha previsto la divaricazione, dal punto di vista temporale, degli effetti dell'ammissione della domanda. Per ciò che attiene alle norme sull'amministrazione dei beni in corso di procedura (art. 167) gli effetti decorrono dal deposito del decreto di ammissione in cancelleria. Per quanto riguarda invece il divieto di azioni esecutive e cautelari e il divieto di acquisto di diritti di prelazione (art. 168) gli effetti nei confronti dei creditori decorrono *«dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese»*. Dunque si può affermare, con accettabile grado di certezza, che gli oneri di trascrizione del decreto di ammissione hanno natura di pubblicità notizia.

Nei successivi paragrafi verranno analizzati i principali effetti dell'ammissione alla procedura concordato. Da un primo sguardo la disciplina si muove lungo due direttrici. In primo luogo, essa vuole tutelare le ragioni dei creditori da possibili attività fraudolente dell'imprenditore, il quale mantiene l'amministrazione dei beni dell'impresa in corso di procedura. In secondo luogo è il debitore è posto al riparo dalle azioni esecutive e cautelari e viene impedito a lui e ai creditori di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione. Infine vi è la norma sulla sorte dei contratti pendenti, che esprime il sincero interesse del legislatore per le prospettive di continuità aziendale dell'impresa in crisi.

¹⁵² P.G. CECCHINI, *Concordato preventivo: le offerte concorrenti al microscopio*, in *Il Diritto fallimentare*, (2016), cit., p. 1192.

a. *L'amministrazione dei beni durante la procedura*

Il primo fra gli effetti del decreto di ammissione alla procedura concordato preventivo attiene all'amministrazione dei beni oggetto della procedura; la capacità del debitore di disporre di detti beni è in parte limitata.

L'art. 167 l. fall. innanzitutto si occupa di precisare che *«il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale»*. Dunque l'ammissione al concordato non pregiudica la capacità giuridica dell'imprenditore in crisi a differenza di quanto avviene con la sentenza dichiarativa del fallimento, ai sensi dell'art. 42, che comporta la perdita dell'amministrazione dei beni del fallito.

Il debitore inoltre mantiene intatta la legittimazione processuale, mancando il rinvio all'art. 44 l. fall. il quale prevede, in caso di fallimento, la sostituzione del curatore nelle controversie e nei rapporti giuridici patrimoniali, con l'eventuale intervento del debitore solo se dalla causa può dipendere una condanna per bancarotta a suo carico. Viceversa nel concordato preventivo il debitore mantiene intatta la propria legittimazione processuale.

Un dubbio sul mantenimento della capacità giuridica del debitore era sorto in merito alla fattispecie di concordato con cessione di beni, il quale prevede la nomina di uno o più liquidatori. Ci si chiedeva quale potessero essere i rapporti tra l'ufficio privato del liquidatore e la capacità giuridica del debitore successivamente all'apertura della procedura.

Tale interrogativo ha ricevuto risposta dalla sentenza della Corte di Cassazione del 3 aprile 2013, n. 8102. Nel caso di specie la Suprema Corte doveva decidere un ricorso proposto dalla società di capitali, sottoposta a concordato e successivamente a fallimento, per l'annullamento di alcuni contratti con la Zecca Poligrafica dello Stato. Nel giudizio di primo grado era intervenuto, nella forma dell'intervento adesivo dipendente, il liquidatore della procedura concordataria rimasto poi contumacie in grado d'appello.

La Corte ha preliminarmente osservato che l'ammissione al concordato comporta uno "spossessamento attenuato del debitore" che mantiene la legittimazione processuale durante la procedura. Nella specifica fattispecie di concordato con cessioni di beni ai creditori il potere del liquidatore *«è da intendere conferito nell'ambito del suo mandato e perciò limitato ai rapporti obbligatori sorti nel corso ed in funzione delle operazioni di liquidazione»*.

Inoltre il liquidatore non riveste la qualifica di successore nel diritto controverso, in quanto *«subentra soltanto nella gestione dei beni ceduti e più in generale nelle questioni attinenti alla liquidazione ed al carattere concorsuale del credito»*. Perciò la Corte ha valutato

correttamente l'intervento adesivo dipendente in primo grado del liquidatore, dato che l'annullamento dei contratti poteva produrre effetti indiretti sulle operazioni di liquidazione.

Oltre a ritenere legittimo l'intervento la Corte ha precisando che una volta avvenuto l'intervento il litisconsorzio processuale deve essere mantenuto nei successivi gradi di giudizio *«non esaurendosi in un solo grado l'interesse dell'interventore ad influire con la propria difesa sull'esito della lite e configurandosi, diversamente, la possibilità di un conflitto di giudicati per il passaggio in giudicato della sentenza nei confronti dell'interventore rimasto estraneo ai successivi gradi di giudizio»*. Correttamente al liquidatore era stata notificata l'impugnazione in appello ma quest'ultimo era rimasto contumace.

La Corte ha comunque ritenuto inammissibile il ricorso in Cassazione del liquidatore dato che *«l'interventore adesivo non ha un'autonoma legittimazione ad impugnare (salvo che l'impugnazione sia limitata alle questioni specificamente attinenti la qualificazione dell'intervento o la condanna alle spese imposte a suo carico), sicché la sua impugnazione è inammissibile, laddove la parte adiuvata non abbia esercitato il proprio diritto di proporre impugnazione ovvero abbia fatto acquiescenza alla decisione ad essa sfavorevole»*¹⁵³.

In mancanza del ricorso in Cassazione da parte della società debitrice, l'impugnazione del liquidatore, in qualità di interventore adesivo dipendente, non è stata ritenuta ammissibile.

In tempi più recenti la stessa Corte di Cassazione ha ribadito tale orientamento con la sentenza del 4 settembre 2015, n. 17606, considerando che *«in caso di concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori, il liquidatore ha legittimazione processuale nelle sole controversie relative a questioni liquidatorie e distributive, e non anche in quelle di accertamento delle ragioni di credito e pagamento dei relativi debiti, ancorché influenti sul riparto che segue le operazioni di liquidazione, atteso che, in queste ultime può, ove esperite nei confronti del debitore cedente, spiegare intervento senza essere litisconsorte necessario»*¹⁵⁴.

Chiarita l'esclusiva legittimazione processuale del debitore, occorre definire meglio i contorni dello "spossessamento attenuato" effetto dell'ammissione alla procedura di concordato. Il secondo comma dell'art. 167 precisa che gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione debbano essere autorizzati per iscritto dal giudice delegato. Inoltre vengono elencati, in via esemplificativa, gli atti che debbono essere autorizzati, quali *«i mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili, le concessioni di*

¹⁵³ Cass., sentenza del 3 aprile 2013, n. 8102. Con nota di: P. BOSTICCO, *Evoluzione del concordato preventivo dopo il Decreto Sviluppo*, in *Il Fallimento*, (2014), 6, p. 715.

¹⁵⁴ Cass., sentenza del 4 settembre 2015, n. 17606, in *Foro Italiano*, *Concordato preventivo*, n. 273.

ipoteche o di pegno, le fideiussioni, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, le cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni».

La capacità negoziale del debitore è quindi limitata nei suddetti atti, la mancata autorizzazione comporta l'inefficacia relativa degli atti posti in essere dal creditore. È interessante notare che il legislatore abbia previsto conseguenze diverse, in ipotesi di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione carenti di autorizzazione, in base al momento temporale in cui gli stessi si verificano.

Nel caso in cui si verificano nella fase preconcordataria, prima del decreto di ammissione alla procedura, la violazione del regime di autorizzazione di cui all'art. 161 potrebbe comportare l'inammissibilità della domanda di concordato. Se invece tale violazione si verificasse successivamente all'ammissione alla procedura ma prima del decreto di omologazione, gli atti sarebbero inefficaci. Successivamente al decreto di omologazione *«vengono altresì meno gli effetti connessi all'ammissione al concordato preventivo di cui agli artt. 167-169 l. fall., compresi i limiti al compimento degli atti di disposizione del proprio patrimonio da parte del debitore»*¹⁵⁵.

Dunque dopo l'omologazione del concordato la condotta del debitore sarà regolata dall'art. 185 l. fall., il quale in sede di esecuzione del concordato consente al commissario giudiziale e al comitato dei creditori di denunciare le condotte fraudolente o dilatorie del debitore.

Ritornando alla disposizione di cui all'art. 167, occorre inoltre considerare che il provvedimento del giudice delegato che neghi il compimento di un atto di straordinaria amministrazione è reclamabile in tribunale o in Corte d'appello nel termine di dieci giorni dalla sua emissione, in forza del rinvio che l'art. 164 opera all'art. 28 l. fall., il quale prevede un procedimento accelerato per il reclamo dei provvedimenti del giudice delegato destinato a concludersi entro trenta giorni.

L'elenco di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, compiuto dall'art. 167 comma secondo, ha carattere meramente esemplificativo, la straordinarietà degli atti compiuti dal debitore in pendenza della procedura concordataria deve essere valutata secondo i criteri di pertinenza, idoneità e proporzionalità dell'atto stesso ai fini del risanamento della procedura.

¹⁵⁵ D. BOGGIALI, *I limiti all'attività negoziale del debitore sottoposto a procedure concorsuali*, in *Studi e materiali*, (2013), 1, p. 186

b. Il divieto di azioni esecutive

L'articolo 168 della legge fallimentare sanziona con la nullità le azioni esecutive iniziate o proseguite successivamente alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese fino al passaggio in giudicato dell'omologazione del concordato. La cristallizzazione delle azioni esecutive costituisce uno degli interessi centrali del debitore per l'accesso alle procedure alternative alla dichiarazione di fallimento, in quanto consente di preservare il patrimonio aziendale da azioni esecutive individuali al fine di trovare una soluzione che persegua il miglior soddisfacimento dei creditori.

Non sorprende perciò che se ne trovino tracce anche nel Codice del Commercio del 1882, il quale prevedeva all'art. 825 la convenzione moratoria, istituto che consentiva al debitore divenuto insolvente a causa di eventi straordinari e imprevedibili, di congelare le procedure esecutive per un periodo non superiore ai sei mesi.

La convenzione moratoria non ebbe particolare successo dati i rigidi requisiti cui era sottoposta; comunque il legislatore intese rivitalizzare l'istituto con la prima legge organica del concordato preventivo (L. del 26 marzo 1903 n. 197). L'art. 7 prevedeva che dalla data di presentazione del ricorso «*fino a che la sentenza d' omologazione sia definitivamente esecutiva, nessun creditore per causa o titolo anteriore al decreto può, sotto pena di nullità, intraprendere o proseguire atti d'esecuzione forzata*».

Il R.D. n. 267 del 1942 recepì pedissequamente la disciplina nell'art. 168, e il cui contenuto è rimasto fondamentalmente lo stesso anche successivamente alla riforma degli anni 2005 e 2007, salvo le esigenze di coordinamento con le modifiche di altre parti della disciplina, dato che il termine ultimo del divieto di azioni esecutive era fissato “fino alla sentenza d'omologazione” ma nell'attuale versione il provvedimento che dichiara l'omologazione del concordato preventivo è un decreto.

Analizzata l'origine storica della disposizione sembra opportuno fornire qualche chiarimento in merito all'ambito di applicazione oggettivo della disposizione. L'art. 168 pone al riparo da azioni esecutive “il patrimonio del debitore”, dunque ai creditori sarà inibita la tutela esecutiva su tutti i rapporti giuridici facenti parte del patrimonio dell'imprenditore al momento della pubblicazione della domanda di accesso alla procedura di concordato. Di conseguenza ci si è chiesti se all'interno di essi rientrassero i beni di proprietà di terzi concessi in godimento al debitore.

Sul tema ha avuto modo di pronunciarsi il Tribunale di Milano, con sentenza del 19 agosto 2015, relativamente ad un contratto di *leasing* risolto dal concedente prima della presentazione della domanda di concordato. Il concedente aveva agito in via esecutiva per il rilascio del bene oggetto del contratto mentre il debitore si era opposto all'esecuzione adducendo l'inibitoria di cui all'art. 168.

Il tribunale ha accolto l'opposizione del debitore ritenendo che il concetto di patrimonio del debitore «*non deve essere inteso alla stregua di singoli beni oggetto di diritti, bensì di tutte le situazioni giuridiche attive e passive facenti capo ad un soggetto, compreso pertanto anche le aspettative e i diritti di obbligazione*»¹⁵⁶.

La pronuncia, accolta con alcune perplessità dalla dottrina, accoglie una nozione allargata di "patrimonio del debitore" fino a comprendere i beni di terzi comunque funzionali allo scopo di risanamento della procedura, rischiando però al contempo di estendere a dismisura l'ambito di applicazione degli effetti moratori della domanda di concordato preventivo.

In merito all'ambito di applicazione oggettivo, invece, l'art. 168 l. fall. precisa come le azioni esecutive siano inibite ai creditori aventi titolo o causa anteriore alla pubblicazione della domanda. Analizzando il dato testuale della disposizione, non dovrebbero rientrarvi i crediti prededucibili, cioè quelli sorti in occasione e in funzione della procedura (art. 111 l. fall.).

Tuttavia parte della dottrina¹⁵⁷ estende anche ai creditori aventi diritto alla prededuzione gli effetti di cui all'art. 168, a favore di questa tesi viene addotto l'argomento teleologico secondo il quale la ratio della norma è quella di preservare il patrimonio dalle azioni esecutive individuali e ad ogni modo, la disciplina del concordato preventivo porrebbe altri strumenti a tutela dei creditori con diritto di prededuzione, i quali potrebbero ad esempio attivare il procedimento di revoca dell'ammissione ai sensi dell'art. 173 l. fall.

Suddetta argomentazione non appare convincente alla luce del preciso tenore letterale della disposizione e della circostanza che il legislatore, qualora avesse voluto estendere la moratoria delle azioni esecutive anche ai crediti sorti in occasione della procedura, l'avrebbe fatto espressamente, come avvenuto nel fallimento con la previsione di cui all'art. 51 (sostituito dal D.lgs. n. 5 del 2006).

Un ulteriore interrogativo, nel silenzio testuale della norma, riguarda la distinzione tra esecuzione per equivalente, mediante il pignoramento, ed esecuzione per consegna e rilascio (art. 605 cod. proc. civ.). Le ricostruzioni interpretative più risalenti ritenevano applicabili gli

¹⁵⁶ Tribunale di Milano, sentenza del 19 agosto 2015, con nota di: N. ROCCO DI TORREPADULA, *Il destino dei beni in leasing nel concordato preventivo*, in *Il diritto fallimentare*, (2016), 2, p. 540.

¹⁵⁷ In questo senso ad esempio: M. SANDULLI – G. D'ATTORRE, *Manuale delle procedure concorsuali*, Torino, (2016), p. 236.

effetti moratori alle sole azioni esecutive per espropriazione e non anche a quelle per consegna e rilascio.

Le tesi più recenti tendono, invece, ad estendere l'impossibilità di promuovere e proseguire azioni esecutive in pendenza di concordato ad entrambe le fattispecie, infatti al fine di smentire la tesi che limita la moratoria alle sole esecuzioni per espropriazione *«può bastare la notazione per la quale il debitore, oltre all'elenco dei creditori, deve allegare anche un elenco che racchiuda i titolari di diritti reali e personali sui beni del debitore e ciò proprio perché queste pretese debbono essere fatte valere nel concorso, non diversamente da quanto accade nel fallimento con le azioni di restituzione e di rivendicazione ex art. 103 l. fall.»*¹⁵⁸.

Si può notare come l'art. 33 del D.L. n. 83 del 2012 (convertito con modificazioni dalla L. n. 134 del 2012) ha aggiunto alle azioni inibite ai creditori in costanza della procedura di concordato preventivo anche le azioni cautelari.

Sulla novella legislativa ha avuto modo di pronunciarsi il Tribunale di Frosinone con decreto del 24 ottobre 2014, in merito all'inibitoria del provvedimento di sequestro giudiziario, successivo alla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di concordato preventivo, avente ad oggetto l'azienda.

Il giudice dopo aver ricostruito la ratio dell'art. 168, cioè quella di conservare il patrimonio del debitore al fine di garantire la *par condicio creditorum* e di assicurare all'imprenditore strumenti idonei a rendere fattibile il piano, ha ritenuto estendibile al sequestro giudiziario il divieto contenuto nel suddetto articolo *«in particolare quando, come nel caso in specie, lo stesso ha per oggetto l'azienda gestita dall'imprenditore - porrebbe a rischio la fattibilità del piano concordatario, frustrando la ratio del concordato preventivo (di evitare il fallimento, favorendo una gestione negoziata della crisi, con l'obiettivo ultimo, ove possibile, di tutelare la continuità aziendale all'esito della parentesi concordataria)»*¹⁵⁹.

Il provvedimento, come larga parte della giurisprudenza di merito, aderisce alla tesi estensiva del concetto di "patrimonio del debitore" includendovi tutti quei beni sui quali il debitore vanta un diritto, tanto reale che obbligatorio, funzionale allo scopo di risanamento della procedura di concordato.

Altro interrogativo degno di nota attiene alle conseguenze in caso di violazione delle prescrizioni di cui all'art. 168 l. fall. dunque nel caso in cui il creditore non ottemperi al divieto di intraprendere azioni esecutive individuali. La norma sanziona con la nullità le

¹⁵⁸ M. MONTANARI, *Recenti sviluppi del dibattito in tema di effetti protettivi del patrimonio nel concordato preventivo*, in *Il diritto fallimentare*, (2017), 2, p. 446.

¹⁵⁹ Tribunale di Frosinone, decreto del 24 ottobre 2014, con nota di: R. CONTE, *Concordato preventivo e azioni cautelari*, in *Il Fallimento*, (2015), 7, p. 836.

procedure esecutive iniziate dalla data di pubblicazione della domanda concordataria nel registro delle imprese fino al deposito del decreto di omologazione. L'azione esecutiva dovrebbe, per ciò, essere dichiarata nulla anche d'ufficio dal giudice dell'esecuzione o su istanza del debitore mediante l'opposizione all'esecuzione (art. 615 cod. pro. civ.).

Il dato testuale della norma, però, risente del decorso del tempo, dato che la sua formulazione ha resistito intatta per più di un secolo. Occorre tenere presente che prima dell'emanazione del Codice civile del 1942, il diritto positivo tutelava le garanzie patrimoniali del creditore comminando generalmente la nullità degli atti volti a distrarre il patrimonio del debitore da tali finalità, come avveniva ad esempio nel caso di alienazione di beni pignorati. Tuttavia, come osservato, *«in considerazione dello scopo del divieto, la dottrina era arrivata a superare questa lettura delle norme allora vigenti ed aveva affermato che, per garantire la destinazione dei beni pignorati allo scopo di soddisfare i creditori, fosse sufficiente riconoscere l'inefficacia, o l'inopponibilità delle alienazioni rispetto ai creditori»*¹⁶⁰.

Il legislatore ha recepito gli spunti della dottrina sia con l'emanazione del Codice civile del 1942, con le previsioni di cui agli artt. 2915 ss. c.c., sia con il R.D. n. 267 del 1942, che per quanto riguarda il fallimento sanziona, all'art. 44, gli atti compiuti dal fallito successivamente alla dichiarazione di fallimento con l'inefficacia relativa ai creditori concorsuali.

Occorre inoltre tenere presente che, quando il testo dell'art. 168 l. fall. è stato formulato, i possibili esiti della procedura di concordato erano soltanto due; o l'omologazione, la quale faceva cessare l'inibitoria alle procedure esecutive, oppure il fallimento automatico d'ufficio, in questo caso avrebbe operato l'inefficacia ex art. 44. Però alla luce dell'attuale art. 162, modificato dalla L. n. 169 del 2007, il fallimento, in caso di inammissibilità della proposta di concordato, non è più automatica essendo necessari l'istanza dei creditori o del pubblico ministero e l'accertamento dei requisiti previsti per il fallimento.

In caso di concordato preventivo con riserva, a mente dell'art. 161 co. 6, la procedura può concludersi anche con un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-*bis* l. fall. Con il progredire della legislazione si è spezzata, quindi, la rigida alternatività tra omologazione del concordato o dichiarazione di fallimento all'esito della procedura.

È proprio analizzando i possibili effetti della violazione del divieto di atti esecutivi, in ipotesi in cui la procedura di concordato non si chiude con l'omologazione o con la dichiarazione di fallimento, che emerge l'importanza della corretta qualificazione della sanzione comminata

¹⁶⁰ S. ZIINO, *Domanda di ammissione al concordato preventivo e "divieto" di azioni esecutive*, in *Il Diritto fallimentare*, (2014), 6, p. 745.

dall'art. 168 in termini di nullità o di inefficacia relativa degli atti. Infatti, se si volesse sostenere la nullità degli atti esecutivi abusivamente compiuti, la domanda del creditore sarebbe dichiarata inammissibile e dunque il medesimo sarebbe costretto a ripresentarla.

Se si ritiene, invece, che gli atti esecutivi compiuti in pendenza di concordato siano inefficaci nei confronti dei soli creditori ammessi alla procedura, vi sarebbe una causa atipica di sospensione del procedimento esecutivo, con possibile riassunzione (entro il termine generale di sei mesi ex art. 627 cod. proc. civ.) della causa nell'ipotesi in cui il concordato non dovesse concludersi con il decreto di omologazione o con la sentenza dichiarativa del fallimento.

Per i suddetti motivi, e anche in quanto garantisce una migliore tutela dei creditori il cui miglior soddisfacimento rappresenta la causa principale del concordato preventivo, appare preferibile quella tesi che ritiene che le azioni esecutive compiute in violazione delle disposizioni di cui all'art. 168 siano affette da semplice inefficacia relativa.

Infine il secondo comma dell'art. 168 l. fall. impone l'inefficacia nei confronti dei creditori concorsuali degli atti di acquisto di diritti di prelazione, salvo che vi sia approvazione del giudice delegato, così come sono inefficaci le ipoteche iscritte nei novanta giorni precedenti alla pubblicazione del ricorso per l'ammissione alla procedura. Il tenore di quest'ultima disposizione è completamente diverso, e data la possibilità che detti atti vengano autorizzati dal giudice delegato rientra nell'alveo della disciplina dell'art. 167 relativamente agli atti di straordinaria amministrazione.

c. La disciplina dei contratti pendenti

Il tema dei contratti pendenti durante le procedure concorsuali ha assunto rilevanza centrale, data l'attuale conformazione economica delle imprese quali società di servizi. Spesso nella fase fisiologica dell'impresa alcuni processi produttivi vengono esternalizzati e la massiccia esternalizzazione di funzioni aziendali impone di prendere in considerazione i terzi contraenti in caso di crisi dell'imprenditore. La disciplina deve quindi controbilanciare gli interessi dell'imprenditore, che ha interesse alla conservazione del patrimonio aziendale ai fini del risanamento dell'impresa, dei creditori i quali hanno il contrapposto interesse a ridurre al minimo la nascita di crediti prededucibili e infine quello dei terzi contraenti i quali mirano al rispetto degli accordi negoziali assunti con l'imprenditore.

Il legislatore con le riforme del XXI secolo si è mosso lungo tre direttrici: in caso di fallimento l'esecuzione dei contratti pendenti resta sospesa fin quando il curatore, autorizzato dal comitato dei creditori, non si pronuncia in merito al subentro o alla risoluzione del contratto

(art. 72 l. fall.); invece in ipotesi di esercizio provvisorio dell'impresa l'art. 104 prevede la continuazione dei contratti pendenti salvo diverse determinazione del curatore.

Anche nel caso di concordato preventivo la regola generale è la prosecuzione dei contratti pendenti in corso di procedura. Infatti art. 169-bis, aggiunto dal d.l. n. 83 del 2012 convertito con modificazioni dalla l. n. 134 del 2012, prevede che il debitore *«può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso»*. Allo stesso modo il debitore può chiedere *«la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta»*.

La regola generale è la continuità dei contratti pendenti ma il debitore può essere autorizzato, dal tribunale o dal giudice delegato, a sciogliere o sospendere tali contratti. Analizzando la disposizione occorre in primo luogo chiarire l'ambito di applicazione del presupposto oggettivo, cioè la corretta qualificazione di contratto pendente.

Il legislatore non ha fornito, nella norma in commento, una precisa definizione di contratti pendenti, ma tale definizione può essere comodamente mutuata dall'art. 72 in tema di fallimento, il quale definisce contratto pendente quello *«ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti»*.

Da tale definizione si ricavano implicitamente due caratteristiche: non può trattarsi di un contratto unilaterale, che preveda obblighi a carico di una sola parte, dato che la norma descrive un contratto a prestazioni corrispettive; inoltre le prestazioni devono essere rimaste ineseguite o non eseguite del tutto da entrambe le parti. Perciò non sarebbe possibile la risoluzione di un contratto nel quale il contraente *in bonis* abbia compiutamente adempiuto alle proprie obbligazioni mentre solo l'imprenditore sottoposto a concordato sia rimasto in difetto.

Occorre inoltre tenere distinte le figure del creditore concorsuale, il quale è titolare di un diritto di credito in forza di un rapporto giuridico che non può più essere modificato sul piano del sinallagma; mentre il contraente, nonostante possa anch'esso vantare un diritto di credito per le prestazioni eseguite o eseguite parzialmente, continua ad essere onerato della prestazione contrattualmente prevista.

Sempre relativamente all'ambito di applicazione oggettivo bisogna notare come lo stesso art. 169-bis autolimita la propria efficacia: infatti lo scioglimento del contratto non sarà possibile relativamente alla clausola compromissoria e ai contratti elencati nel quarto comma del medesimo articolo.

Il quarto comma dell'art. 169-*bis*, mediante il rinvio ad altre norme della legge fallimentare, esclude che possano essere oggetto di scioglimento: i finanziamenti destinati ai sensi dell'art. 2447-*bis* lett. b) c.c.; i contratti di locazione; i contratti preliminari aventi ad oggetto «*un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado ovvero un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente*».

Quest'ultima fattispecie, inclusa nei contratti non risolvibili in forza del rinvio dell'art. 169-*bis* co. 4 all'art. 72 co. 8, ha causato alcune perplessità. I dubbi attengono al coordinamento con la disciplina delle offerte concorrenti (art. 163-*bis*) che trova applicazione anche nel caso in cui «*il debitore ha stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni*». Per un verso il contratto preliminare avente ad oggetto la vendita della sede principale dell'impresa, stipulato prima della domanda di ammissione al concordato, non potrebbe essere risolto ai sensi dell'art. 169-*bis*, ma verrebbe comunque travolto con l'istaurarsi della procedura competitiva.

La dicotomia tra le norme è evidente ed ha stimolato l'impeto creativo della dottrina. Parte dei commentatori risolve in conflitto applicando il criterio di specialità, ritenendo prevalente la disciplina dei contratti pendenti con la conseguenza che nell'ipotesi di specie non sussisterebbe l'obbligo della procedura competitiva. Altra parte della dottrina è giunta ad affermare l'inammissibilità della domanda di concordato cui sia preceduto un preliminare di vendita del complesso aziendale.

Infine più moderato argomento ritiene che le due disposizioni non siano incompatibili, dato che la ratio dell'art 163-*bis* è quella di prevenire che il prezzo dei beni aziendali sia determinato arbitrariamente dal debitore. Perciò la domanda di concordato produrrebbe esclusivamente una sospensione *ex lege* del contratto preliminare, volto a rivivere nel caso in cui la procedura competitiva non si concretizzasse ad esempio in mancanza di offerte concorrenti.

Altra fattispecie spinosa collegata al contratto preliminare avente ad oggetto beni del debitore concordatario, attiene all'esercizio dell'azione di cui all'art. 2932 c.c. che consente l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre. Nel caso in cui il giudice accolga la domanda del promissario acquirente gli effetti della sentenza, il trasferimento del bene oggetto di preliminare, retroagiscono fino al momento della trascrizione della domanda, dunque qualora essa sia stata trascritta prima delle formalità pubblicitarie relative al ricorso per l'ammissione al concordato, essa sarà destinata a produrre effetti nei confronti dei creditori concorsuali.

Altro dubbio interpretativo attiene alla sorte dei contratti bancari pendenti, soprattutto relativamente alle cc.dd. linee di credito autoliquidanti. Si tratta di fattispecie contrattuali complesse riconducibili a due schemi negoziali di base aventi in comune un'apertura di credito da parte della banca. Il primo schema prevede l'anticipazione di fatture o titoli di credito all'imprenditore con contestuale mandato a riscuotere *in rem propria* e compensazione delle partite tra banca e debitore, con tale accordo la banca può compensare con le somme riscosse dalle fatture gli affidamenti in favore dell'imprenditore. L'altro schema invece prevede la cessione dei crediti, *pro solvendo*, alla banca.

Relativamente al possibile scioglimento di tali contratti ai sensi dell'art. 169-*bis*, si è detto che nella seconda forma negoziale non vi potrebbe essere applicazione in quanto il contratto non sarebbe pendente, perfezionandosi quest'ultimo, quale contratto ad esecuzione istantanea, con la cessione dei crediti da parte dell'imprenditore. Lo scioglimento sarebbe invece possibile in caso di anticipazione di fatture con mandato a riscuotere, trattandosi di contratto di durata.

Sulla questione ha avuto modo di pronunciarsi il Tribunale di Prato, con decreto del 23 settembre 2015, sul ricorso di una s.r.l. la quale chiedeva l'autorizzazione a sciogliersi dai contratti relativi all'anticipazione di somme relative ad ordini e fatture con annesso mandato irrevocabile a riscuotere e patto di compensazione oppure mediante cessioni di credito *pro solvendo*.

In merito alla fattispecie di anticipazione con mandato a riscuotere, il giudice fiorentino ha precisato che *«non è necessaria la richiesta di autorizzazione ex art. 169 bis l.fall. per lo scioglimento dei contratti bancari di anticipazione con annesso mandato irrevocabile all'incasso e patto di compensazione, in quanto è comunque precluso alla banca di compensare il proprio credito per anticipazioni con le somme versate dai terzi dopo la pubblicazione della domanda di concordato, in ragione della cristallizzazione del passivo che si produce con la domanda medesima, ai sensi degli artt. 168 e 169 l.fall., con richiamo agli artt. 45 e 56 l.fall.»*.

All'istituto di credito per rientrare degli affidamenti eseguiti a favore dell'imprenditore, che abbia presentato ricorso di ammissione alla procedura di concordato preventivo, non resta dunque che insinuarsi al passivo concorsuale stante l'impossibilità di poter operare le compensazioni.

Relativamente all'anticipazione bancaria collegata alla cessione *pro solvendo* di crediti commerciali, il collegio ha ritenuto che *«non occorre l'autorizzazione allo scioglimento dei contratti di anticipazione con cessioni di credito pro solvendo poiché se non sono opponibili alla procedura - in quanto sottoscritti successivamente alla pubblicazione del ricorso per*

l'ammissione alla procedura di concordato -, *non si pone un'esigenza di ottenerne lo scioglimento, mentre se sono opponibili devono considerarsi a garanzia delle anticipazioni concesse e, in quanto tali, non possono essere escusse pendente la procedura di concordato*»¹⁶¹.

Il collegio ha quindi ritenuto che, la cessione di crediti *pro solvendo*, quale garanzia delle somme anticipate dalla banca, rientrava nel divieto di azioni esecutive di cui all'art. 168 l. fall. Si rammenta però che, qualora l'accordo avesse previsto la garanzia di cui all'art. 4 del D.lgs. n. 170 del 2004, garanzia su attività finanziarie, la cui escussione è possibile anche in caso di procedure di liquidazione o risanamento, l'esito della pronuncia sarebbe stato diverso.

Occorre notare infine che il legislatore con il d. l. n. 83 del 2015, convertito con modificazioni dalla L. n. 132 del 2015, si sia preoccupato di disciplinare gli effetti dello scioglimento di una specifica fattispecie contrattuale, il leasing finanziario. Il comma quinto dell'art. 169-*bis* l. fall. prevede che il concedente riacquisti la disponibilità del bene ma contestualmente sia tenuto a versare alla procedura *«l'eventuale differenza fra la maggiore somma ricavata dalla vendita o da altra collocazione del bene stesso avvenute a valori di mercato rispetto al credito residuo in linea capitale»*.

Qualora invece il valore di cessione del bene non sia sufficiente a coprire il credito, determinando una perdita per il concedente, tale credito potrà essere fatto valere all'interno della procedura concordataria, dunque come credito con concorsuale e non in prededuzione.

La norma riprende pedissequamente il contenuto dei commi secondo e terzo dell'art. 72-*quater* l. fall. i quali dettano la disciplina della locazione finanziaria in sede fallimentare. Avendo il medesimo contenuto, la nuova previsione porta con sé le criticità già evidenziate dalla dottrina in merito alla disciplina relativa al fallimento. Infatti tali previsioni non assicurano al concedente *«sufficienti incentivi a collocare il bene a pieno valore di mercato ogni qual volta il proprio credito residuo sia significativamente inferiore rispetto al valore venale del bene»*¹⁶².

Il concedente essendo comunque tenuto a versare alla procedura l'eventuale surplus realizzato tra il valore di cessione del bene rispetto al credito residuo, sarà propenso a prediligere la celerità della cessione rispetto a massimizzare del ricavato dell'alienazione.

¹⁶¹ Tribunale di Prato, decreto del 23 settembre 2015, con nota di: V. CEDERLE, *La controversa applicazione dell'art 169 bis l. fall. ai contratti bancari*, in *Il Fallimento*, (2016), 5, p. 587.

¹⁶² M AMORESE, *I contratti pendenti nel concordato preventivo alla luce della riforma estiva*, *Il Diritto fallimentare*, (2016), 1, p. 98.

Analizzato compiutamente l'ambito di applicazione oggettivo della disciplina dei contratti pendenti occorre ripercorrere i passaggi procedurali che sfociano nello scioglimento, o nella sospensione dei contratti pendenti.

Innanzitutto il debitore deve proporre la soluzione e lo scioglimento con ricorso, sul quale si pronuncerà il Tribunale, o il giudice delegato in base al momento della presentazione del ricorso, con decreto motivato previa audizione dell'altro contraente.

In questo caso la garanzia del contraddittorio accordata al contraente *in bonis* è funzionale ad accertare la corretta qualificazione del rapporto dedotto in giudizio quale contratto pendente. Non è escluso però che il giudice, nell'esercizio dei propri poteri discrezionali, cerchi di contemperare gli interessi confliggenti delle parti.

A seguito dell'emanazione del decreto gli effetti di sospensione e scioglimento del contratto si producono dalla comunicazione del provvedimento all'altro contraente a cura del debitore.

Un primo dubbio interpretativo attiene al termine ultimo per la presentazione del ricorso per lo scioglimento del contratto. È ormai acclamato che il ricorso possa essere presentato anche successivamente al decreto di ammissione alla procedura concordatario; in questo senso dirimente è la competenza anche del giudice delegato, mentre l'art. 169-*bis* nulla dice invece in merito al termine ultimo. In mancanza di un'espressa previsione si ritiene applicabile il termine di quindici giorni prima dell'adunanza dei creditori previsto dall'art. 172 co. 2 per la modificazione delle proposte.

Altro dubbio attiene all'applicabilità della disciplina dei contratti pendenti alla fattispecie di cd. concordato in bianco ai sensi del sesto comma dell'art. 161 l. fall. Tenuto presente che non vi è alcuna esplicita limitazione allo scioglimento dei contratti nell'ipotesi di concordato in bianco - che costituisce è bene ricordarlo solo una modalità alternativa di presentazione della proposta - sarebbe preferibile, *de iure condendo*, limitare a questa fase solo la sospensione dei contratti pendenti, dato che gli effetti irrevocabili dello scioglimento mal si conciliano con una fase della procedura ove non è chiaro se essa si concluda con l'omologazione del concordato.

È incontestabile come l'eventuale scioglimento o sospensione dei contratti pregiudichi in modo rilevante gli interessi patrimoniali dell'altro contraente, tale sacrificio è bilanciato dalla previsione di «*un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento*». Tale indennizzo assume la qualificazione di credito anteriore alla procedura, dunque attribuisce al creditore il diritto di voto in sede di adunanza dei creditori.

Particolari effetti si hanno nel caso in cui il vi siano state ulteriori prestazioni, eseguite in conformità agli accordi, successivamente alla pubblicazione della domanda di ammissione al

concordato. In tale ipotesi si assiste alla divaricazione delle ragioni di credito: il credito di natura indennitaria avrà natura concorsuale mentre quello per le prestazioni successive alla domanda di concordato saranno soddisfatte in prededuzione.

Altra garanzia per il terzo contraente è la possibilità di proporre reclamo (ai sensi dell'art. 164) avverso il decreto che dispone lo scioglimento o la risoluzione del contratto, di fronte al Tribunale se emanato dal giudice delegato o in Corte d'appello se emesso dal Tribunale.

Di recente la Corte di Cassazione, con sentenza del 3 settembre 2015, n. 17520, ha avuto modo di pronunciarsi sulla possibilità di ricorso in Cassazione, ai sensi dell'art. 111 cost., del decreto della Corte d'appello pronunciatisi a sua volta in merito al reclamo dell'autorizzazione alla sospensione di alcuni contratti. La Suprema Corte innanzitutto ricostruisce le caratteristiche dei provvedimenti con contenuto decisorio, cui è applicabile il ricorso straordinario, affermando che essi devono essere definitivi, non revocabili e non reiterabili. Date tali premesse *«deve escludersi che siano impugnabili i provvedimenti assunti a norma della L. Fall., art. 169 bis, sulla richiesta del debitore di essere autorizzato alla sospensione o allo scioglimento dei contratti in corso, trattandosi di richieste proponibili sia prima sia dopo il decreto di ammissione al concordato e reiterabili nel corso della procedura»*¹⁶³.

3. I provvedimenti immediati

Il decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo, emanato ai sensi dell'art. 163 della legge fallimentare, contiene la nomina del commissario giudiziale. Questo organo della procedura riveste un ruolo fondamentale nella fase del procedimento che va dalla pubblicazione del decreto di ammissione fino all'adunanza dei creditori.

La sua funzione è principalmente di controllo, che si aggiunge e non si sostituisce al controllo preliminare di fattibilità del piano, effettuata dal professionista incaricato dal debitore in sede di formulazione della proposta e al controllo di legittimità sostanziale che il Tribunale compie ai fini della valutazione di ammissibilità della proposta.

Il ruolo del commissario giudiziale è cambiato con le riforme dell'ultimo decennio. Prima degli interventi normativi il commissario giudiziale era l'anello di congiunzione tra il debitore e l'autorità giudiziaria, che è bene ribadirlo resta sullo sfondo nel concordato preventivo,

¹⁶³ Cass., sentenza del 3 settembre 2015, n. 17520. Con nota di: V. SALVATO, *Non è ricorribile per Cassazione il provvedimento del tribunale che decide l'istanza di scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, (2016), 3, p. 294.

avendo il compito di costituire il patrimonio informativo in base al quale il Tribunale avrebbe valutato la completezza e la regolarità della documentazione.

Il D.lgs. n. 169 del 2007 ha espunto dall'art. 163 i riferimenti al controllo di merito del tribunale sulla proposta concordataria «*i creditori, quindi, non godono più della protezione che assicurava l'intervento del giudice, ma sanno che, nel concludere o meno, attraverso il voto, l'accordo con il loro debitore, dispongono di due elementi valutativi: la relazione del professionista incaricato dal debitore e quella del commissario, lo scopo delle quali è quello di consentire una valutazione quanto più possibile consapevole da parte dei creditori chiamati a votare la proposta di concordato*»¹⁶⁴.

La funzione del commissario giudiziale, così come quella esercitata in via preliminare dal professionista designato dal debitore, è controllare che il consenso dei creditori venga espresso sulla base di un patrimonio informativo quanto più chiaro, completo e corretto possibile.

Perciò è comprensibile che, conclusasi la fase di ammissione alla procedura, la successiva fase del concordato venga condotta in via principale del commissario nominato dal giudice, il quale dovrà provvedere: alla convocazione dei creditori, alla redazione dell'inventario e di una relazione illustrativa. Inoltre il commissario, qualora accerti comportamenti fraudolenti da parte del debitore, avrà l'onore di attivare la procedura di revoca dell'ammissione al concordato di fronte al tribunale. Il contenuto delle operazioni del commissario in questa fase della procedura sarà meglio delineato nei paragrafi che seguono.

a. La convocazione dei creditori

Ai sensi dell'art. 171 l. fall. spetta al commissario giudiziale la convocazione ai fini dell'adunanza di cui all'art. 174, mediante un avviso il cui contenuto principale è costituito da: la data di convocazione dei creditori, la proposta del debitore e il decreto di ammissione alla procedura. L'avviso di convocazione presuppone, ad opera del medesimo commissario, la verifica «*dell'elenco dei creditori e dei debitori con la scorta delle scritture contabili presentate a norma dell'art. 161, apportando le necessarie rettifiche*».

Le scritture contabili immediatamente dopo il decreto di ammissione vengono restituite al debitore, ma quest'ultimo, ai sensi del secondo comma dell'art. 170, deve tenerle a disposizione del giudice delegato e del commissario giudiziale.

¹⁶⁴ G. BOZZA, *Il vecchio, l'attuale e il (forse) prossimo art. 173 ult. parte della legge fallimentare*, in *Il Fallimento*, (2007), 6, p. 697

Una prima questione interpretativa attiene alla natura e agli effetti della verifica che il commissario compie sui crediti concorsuali, soprattutto ove egli apporti delle rettifiche rispetto all'elenco presentato dal debitore ai sensi dell'art. 161, co. 2, lett. b).

In merito a tale questione ha avuto modo di pronunciarsi la Corte di Cassazione con sentenza del 14 febbraio 2002, n. 2104. La Suprema Corte ha precisato che *«qualora si renda necessario, in seno al giudizio di omologazione, un accertamento sull'entità e sulla natura dei crediti ammessi, non può in alcun modo ritenersi preclusa l'istituzione di un successivo ordinario giudizio cognizione funzionale alla verifica dell'importo e del rango (privilegiato o chirografario) dei predetti crediti, avendo l'accertamento "de quo" natura esclusivamente deliberativa, onde consentire il necessario calcolo delle maggioranze»*¹⁶⁵.

Dunque appare chiaro che la verifica, e l'eventuale rettifica, dei crediti compiuta dal commissario ha natura meramente endo-concorsuale al fine dell'attribuzione dei diritti di voto ai creditori e non preclude in alcun modo l'esperimento di una successiva azione di accertamento in sede civile in merito all'entità del credito o di cause legittime di prelazione.

Giudizio di cognizione che vedrà come unico legittimato passivo il debitore, il quale mantiene la legittimazione processuale durante il concordato preventivo, ammettendosi per il commissario unicamente l'intervento adesivo dipendente, ai sensi dell'art. 105, co. 2, cod. proc. civ., in quanto la controversia sarebbe destinata a produrre effetti indiretti sulla procedura concorsuale¹⁶⁶.

Una volta conclusasi la verifica dei crediti ammessi alla procedura il commissario giudiziale procede alla comunicazione dell'avviso di convocazione. Il d. l. del 18 ottobre 2012 n. 179, convertito dalla legge del 17 dicembre 2012 n. 221, ha introdotto come regola generale che l'avviso di convocazione venga inviato mediante Posta Elettronica Certificata (PEC), e solo ove non sia possibile mediante lettera raccomandata. Inoltre qualora non si sia stato possibile consegnare l'avviso di convocazione per cause imputabili al destinatario le successive comunicazioni si eseguiranno mediante il deposito in cancelleria.

Inoltre *«quando la comunicazione prevista dal comma precedente è sommamente difficile per il rilevante numero dei creditori o per la difficoltà di identificarli tutti»* il tribunale, sentito il commissario, può autorizzare la pubblicazione integrale dell'avviso su uno o più quotidiani a diffusione nazionale o locale, ai sensi dell'art. 126 l. fall.

¹⁶⁵ Cass., sentenza del 14 febbraio 2002, n. 2104. Con nota di: C. TRENTINI, *Accertamento sull'entità ed il rango dei crediti ammessi in concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, (2003), 1, p. 25.

¹⁶⁶ Per ulteriori approfondimenti in merito alla legittimazione processuale in sede di concordato si rinvia alle considerazioni svolte nel Cap. II, Par. 2, lett. a.

I commi quarto e quinto dell'art. 171 prendono in considerazione la fattispecie in cui il debitore abbia precedentemente fatto ricorso al mercato del capitale di debito mediante l'emissione di titoli obbligazionari. La ratio delle specifiche previsioni è facilmente comprensibile, dato che la presenza di obbligazionisti complica gli obblighi di comunicazione del commissario, anche solo per la difficoltà di identificare i titolari di tali strumenti finanziari. Perciò il quarto comma dell'art. 171 l. fall. prevede il raddoppio del termine di centoventi giorni per la convocazione dei creditori, mentre il quinto comma dispone che *«in ogni caso l'avviso di convocazione per gli obbligazionisti è comunicato al loro rappresentante comune»*.

È chiaro che il legislatore abbia voluto snellire gli oneri informativi in presenza di una platea molto ampia di creditori. Occorre inoltre tenere presente che, qualora l'assemblea degli obbligazionisti non abbia nominato il rappresentante comune, l'art. 2417, co. 2 c.c., consente che quest'ultimo venga *«nominato con decreto dal tribunale su domanda di uno o più obbligazionisti o dagli amministratori della società»*.

Il rinvio dell'ultimo comma dell'art. 171 al r. d. l. n. 136 del 1924, provvedimento in materia di concordato preventivo degli di credito consentiva in particolari ipotesi di prescindere alla convocazione e adunanza di tutti i creditori mediante la nomina di un comitato ristretto, deve ritenersi un anacronismo normativo in quanto gli istituti di credito non sono più sottoponibili alla procedura concordataria.

b. L'inventario e la relazione del commissario

Il commissario deve inoltre provvedere, ai sensi dell'art. 172 l. fall., alla redazione dell'inventario. Si tratta di un documento analitico estimativo del patrimonio aziendale fondamentale, che consente l'accertamento della consistenza e del valore del patrimonio del debitore ed è la base informativa su cui generalmente si fonda la valutazione in merito alla convenienza economica e la fattibilità del piano.

Occorre tenere presente che in base al contenuto del piano concordatario i criteri di valutazione del patrimonio aziendale potranno subire delle variazioni: in ipotesi di concordato liquidatorio il commissario prenderà in considerazione il valore di mercato dei beni oggetto di futura cessione, invece nell'ipotesi di concordato in continuità la stima dei beni dovrà tenere conto della fase della procedura in cui l'inventario si inserisce ed eventualmente di commesse ancora da completare e degli effetti del risanamento. Ai sensi del terzo comma dell'art. 172

nelle operazioni di stima, il commissario giudiziale potrà essere coadiuvato da uno stimatore nominato dal giudice delegato.

Oltre all'inventario il commissario deve redigere «una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori». La relazione quindi è un atto complesso formato da un *excursus* storico in merito alle cause che hanno causato la crisi dell'impresa e della relativa condotta del debitore e d'altra parte un giudizio prognostico sulla proposta concordataria. Il d.l. n. 83 del 2015 ha inoltre uniformato la relazione ai sensi dell'art. 172 con quella prevista dall'art. 125 per il concordato fallimentare, richiedendo che nella relazione il commissario faccia riferimento ai possibili esiti alternativi in caso di fallimento.

La relazione ha assunto un valore fondamentale nel processo decisionale dei creditori, venuto progressivamente meno, a causa degli interventi legislativi e delle pronunce della giurisprudenza di legittimità, il potere del Tribunale di sindacare nel merito la proposta del debitore. «In tal senso la relazione è anche una prognosi circa la fattibilità del piano comparando la consistenza del patrimonio con il fabbisogno concordatario soffermandosi inoltre sulla congruità delle spese di procedura così come quantificate dal debitore»¹⁶⁷.

La relazione del commissario deve essere depositata in cancelleria almeno quarantacinque giorni prima dell'adunanza dei creditori, in modo che essi possano prenderne attenta visione. La disposizione in commento è stata modificata per recepire l'introduzione delle proposte concorrenti. Qualora nei termini indicati dall'art. 163 vengano presentate proposte concorrenti il commissario dovrà redigere una relazione integrativa.

Ai sensi del secondo comma dell'art. 172 «la relazione integrativa contiene, di regola, una particolareggiata comparazione tra tutte le proposte depositate». Tale ultima disposizione testimonia, unitamente alla previsione dell'art. 163-bis in tema di offerte concorrenti, la preoccupazione del legislatore che le proposte, o le offerte, concorrenti siano comparabili in modo che i creditori possano emettere un consenso ragionevole è informato. Analoga relazione integrativa dovrà essere depositata qualora vi siano delle modificazioni alle proposte, ammissibili entro quindici giorni prima dell'adunanza dei creditori, nel caso in cui esse prendano in considerazione elementi precedentemente non considerati.

Sembra opportuno precisare che i compiti valutativi del commissario non si esauriscono con l'adunanza dei creditori, in quanto l'art. 180 l. fall. prevede che entro dieci giorni dall'udienza fissata per l'omologazione, che altro non è che il termine per la costituzione dei creditori, il

¹⁶⁷ S. PACCHI, *La valutazione del piano nel concordato preventivo: i poteri del tribunale e la relazione del commissario giudiziale*, in *Il Diritto fallimentare*, (2011), 2, p. 99.

commissario debba depositare il proprio parere motivato. È inutile dire che il parere non può essere considerato come la mera ripetizione di quanto affermato dall'organo della procedura nella relazione prevista dall'art. 172, in quanto risulterebbe del tutto ridondante. Viceversa il parere ex art. 180 si concreta in un esame dinamico della procedura nel momento in cui la stessa si accinge a concludersi e dovrebbe contenere una valutazione sullo stato di realizzazione del piano e sulle sue prospettive future.

c. La revoca dell'ammissione al concordato

L'articolo 173 l. fall. disciplina la revoca dell'ammissione al concordato, procedimento che si attiva su impulso del commissario giudiziale qualora il debitore abbia compiuto atti in frode ai creditori. Nell'impianto originario della disciplina del concordato preventivo, la norma assicurava che il Tribunale potesse vagliare, anche successivamente al decreto di ammissione, la condotta del debitore censurando tutti i comportamenti che ledevano gli interessi dei creditori, ponendo dunque in rilievo l'interesse di ordine pubblico della tutela dei creditori. Con le riforme del 2005 e del 2007 gli aspetti pubblicistici del concordato sono stati ridimensionati avvalorando la libertà negoziale dei contraenti, debitore e creditori, ma la norma è rimasta impregiudicata.

L'art. 173 dispone, infatti, che *«il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omissso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori»*.

La norma è chiaramente una soluzione di compromesso tra la teoria pubblicistica, che nonostante le riforme ritiene che l'esito della procedura non possa essere esclusivamente lasciato alla libertà negoziale delle parti ritenendo che il Tribunale debba comunque assicurare il rispetto delle norme di ordine pubblico, fra le quali rientra la tutela dei creditori. Mentre la teoria contrattualistica sostiene che con le riforme il legislatore abbia compiuto un cambiamento irreversibile lasciando il risanamento dell'impresa in crisi al potere negoziale delle parti coinvolte. Come si diceva il legislatore ha compiuto un bilanciamento delle due tesi interpretative, consentendo un vaglio straordinario da parte del Tribunale, al fine di tutelare gli interessi dei creditori, ma limitando tale intervento ad una serie determinata di casi.

Dal dato letterale della norma si ricava, infatti, che la revoca della procedura potrà essere attività dal commissario in caso di occultamento o dissimulazione degli elementi attivi dell'impresa, manomissioni materiali nel primo caso e giuridiche nel secondo volte a far apparire deteriore la situazione economica dell'impresa agli occhi dei creditori. Così come legittimeranno il ricorso alla revoca dell'ammissione l'omissione di alcune posizioni debitorie, al fine di mostrare un concordato "più fattibile", o l'inclusione di passività insussistenti, per aggravare artificialmente lo stato di crisi dell'impresa.

La norma inoltre contiene una clausola residuale che consente di attivare il procedimento di revoca dell'ammissione in caso di altri atti di frode, dunque una condotta che comprende atti di frode atipici rispetto all'elencazione dello stesso articolo, elencazione che pertanto deve ritenersi meramente esemplificativa.

È necessario inoltre segnalare che legittimano la revoca dell'ammissione al concordato, ai sensi del terzo comma dell'art. 173, anche gli «*atti non autorizzati a norma dell'articolo 167 o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato*».

Per quanto riguarda la seconda fattispecie della sopravvenuta mancanza delle condizioni di ammissibilità della domanda varranno le considerazioni svolte (Cap. II Par. 1, lett. g) in merito ai limiti del sindacato del Tribunale in sede di giudizio di ammissibilità della proposta. Dunque tenuto conto delle indicazioni fornite dalle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza n. 1521 del 2013 il Tribunale potrà sindacare in merito alla legittimità sostanziale della proposta ma non in merito alla convenienza economica e alla fattibilità del piano, aspetti che rientrano nei rischi che i creditori valutano con la manifestazione del diritto di voto.

Una questione, su cui si spesso confrontata la giurisprudenza, tanto di merito quanto di legittimità, riguarda la corretta qualificazione dell'elemento soggettivo della condotta del debitore, l'aver agito in via fraudolenta. La disputa risente della contrapposizione tra teoria contrattualistica e pubblicistica relativa ai caratteri distintivi del concordato preventivo.

La teoria contrattualistica ritiene che vadano sanzionate con la revoca dell'ammissione unicamente le condotte del debitore scientemente volte a deformare il patrimonio informativo a disposizione dei creditori, al fine di coartarne la manifestazione di volontà in sede di omologazione. La teoria, che avvalorata l'immanente caratteristica processualistica del concordato preventivo, ritiene invece che qualsiasi condotta del debitore integrante un illecito civile o penale legittimi la revoca dell'ammissione al concordato, con la conseguente riesumazione della ricostruzione del concordato come beneficio da concedere all'imprenditore "onesto ma in crisi".

Per un'applicazione della teoria contrattualistica, sostenuta da larga parte della giurisprudenza di merito, si può citare, *ex multis*, il decreto del Tribunale di Bari del 9 giugno 2010, il quale ha avuto modo di pronunciarsi incidentalmente in merito alla corretta qualificazione degli atti in frode ai creditori valutando l'ammissibilità di una nuova proposta di concordato in pendenza del procedimento per la dichiarazione di fallimento derivante dall'avvenuta revoca della prima proposta. Il Tribunale di Bari ha premesso in primo luogo «*come risulta evidente dagli atti di frode "tipici", gli "altri atti di frode" rilevanti ex art. 173 l. fall. non debbano intendersi né atti che siano tali da un punto di vista civilistico - quali contratti in frode alla legge, con causa o motivo illecito, simulati ovvero soggetti a revocatoria - né che lo siano da un punto di vista penalistico*». Dunque dalle premesse appare chiara la confutazione da parte del collegio della teoria processualistica, la finalità dell'art. 173 non è quella di assicurare il rispetto di qualunque norma di diritto positivo.

A giudizio del Tribunale rientrano nella fattispecie di cui all'art. 173 «*solo quegli atti di frode che abbiano una rilevanza interna propria alla procedura concorsuale di cui trattasi, che siano finalizzati a frodare le ragioni del ceto creditorio, ragioni proprie e interne, anch'esse, alla procedura concorsuale minore medesima, e cioè quegli atti che siano suscettibili, indipendentemente dall'idoneità dei medesimi, di inficiare il percorso formativo del consenso che il ceto creditorio deve esprimere sulla proposta concordataria, nel senso di rappresentare, al fine di carpirne il consenso, una falsata o errata rappresentazione della situazione economica, patrimoniale e/o finanziaria dell'impresa debitrice*»¹⁶⁸.

Da tale affermazione emerge come la *ratio* della suddetta norma sia esclusivamente quella di tutelare la correttezza e la genuinità del patrimonio informativo che costituisce il presupposto per la determinazione negoziale dei creditori in sede di adunanza. Perciò la corte ha ritenuto ammissibile l'ulteriore domanda di ammissione al concordato preventivo, in quanto nella sua formulazione il debitore aveva provveduto ad espungere i vizi che avevano comportato la revoca della prima proposta.

In senso conforme a tale pronuncia, da ultimo, si è espresso il Tribunale di Milano con decreto del 10 novembre 2016, confermando la propria monolitica posizione in merito alla prevalenza degli elementi privatistici rispetto a quelli privatistici relativamente al concordato preventivo. Nel caso di specie su sollecitazione del commissario giudiziale il debitore aveva comunicato l'esecuzione di operazioni straordinarie compiute prima della presentazione del ricorso e non segnalate nella documentazione a corredo della domanda. Tali omissioni non

¹⁶⁸ Tribunale di Bari, decreto del 9 giugno 2010, con nota di: M VACCHIANO, *Revoca e modifica della proposta di concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2011, 1, p. 68.

erano sfociate nel procedimento di revoca ai sensi dell'art. 173 ma erano state fatte valere in sede di omologazione della proposta.

Il Tribunale ha ammesso l'effetto di assorbimento dei presupposti per la revoca, il compimento di atti in frode ai creditori, come motivi ostativi dell'omologazione del concordato. Ha inoltre evidenziato che la fattispecie di atti in frode ai creditori «è *integrata dal comportamento del debitore contrario a correttezza e potenzialmente idoneo a violare il principio del consenso informato, anche nell'ipotesi in cui, con condotte successive anteriori alla votazione, il debitore abbia fornito ai creditori le informazioni necessarie e questi abbiano approvato la proposta*»¹⁶⁹.

In questo provvedimento emerge come il presupposto per la revoca dell'ammissione al concordato preventivo sia l'alterazione del patrimonio conoscitivo che sta alla base della determinazione dei creditori, perciò coerentemente con tali premesse il Tribunale di Milano ha negato l'omologazione del concordato.

A differenza della giurisprudenza di merito, univocamente orientata verso la tesi contrattualistica, le pronunce della giurisprudenza di legittimità risultano più oscillanti in merito alla corretta qualificazione degli atti in frode ai creditori. Sembra aderire alla tesi contrattualistica la sentenza della Suprema Corte del 23 giugno 2011, n. 13817. Nel caso di specie la Corte era chiamata a valutare il ricorso del debitore avverso il provvedimento della Corte d'appello di Cagliari che aveva revocato l'ammissione al concordato preventivo ritenendo atto in frode ai creditori la stipula di contratti di godimento su beni immobili i quali per la loro durata temporale rendevano meno appetibile la cessione della proprietà di detti beni, come prevista dal piano.

La Corte di Cassazione innanzitutto ha censurato la pronuncia di merito in quanto il giudice *a quo* ha considerato in frode ai creditori, atti che erano stati palesati nella presentazione del piano. Dato che il tenore letterale dell'art. 163 impone che il commissario "accerti" gli atti fraudolenti, non si possono ritenere compresi gli atti già resi manifesti nella proposta concordataria in quanto non vi è niente da accertare.

Nel ricostruire la *ratio* unificante delle fattispecie tipiche previste dall'art. 163 e di quella atipica degli altri atti in frode ai creditori, la Corte ritiene che «*non può non rilevarsi che gli atti elencati non sono accomunati, ad esempio, dall'attitudine a creare un danno al*

¹⁶⁹ Tribunale di Milano, decreto del 10 novembre 2016, con nota di: G. RICCI, *Il coordinamento tra il procedimento di revoca del concordato preventivo ed il giudizio di omologazione, e la funzione general preventiva degli atti in frode ai creditori. Rilievi processuali*, in *Il Diritto fallimentare*, (2017), 2, p. 628.

patrimonio, posto che tale attitudine non ha l'esposizione di passività inesistenti, mentre invece un minimo comune denominatore è dato dalla loro attitudine ad ingannare i creditori sulla reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione, sottacendo l'esistenza di parte dell'attivo o aumentando artatamente il passivo in modo da far apparire la proposta maggiormente conveniente rispetto alla liquidazione fallimentare. In altri termini, si tratta di comportamenti volti a pregiudicare la possibilità che i creditori possano compiere le valutazioni di competenza avendo presente l'effettiva consistenza e la reale situazione giuridica degli elementi attivi e passivi del patrimonio dell'impresa»¹⁷⁰.

In tale pronuncia la Cassazione accoglie la ricostruzione sostenuta dalla giurisprudenza di merito, secondo cui costituiscono atti in frode ai creditori esclusivamente quelli diretti a fornire una rappresentazione mendace della situazione patrimoniale dell'impresa idonei ad inquinare la formazione della volontà negoziale dei creditori, i quali sono chiamati a valutare la bontà della proposta concordataria.

In contrapposizione con i suddetti argomenti appare la più recente pronuncia della Cassazione del 26 giugno 2014, n. 14552. Nel caso di specie il debitore aveva concluso una transazione con effetti pregiudizievoli sul patrimonio aziendale, omettendo di indicare nella situazione patrimoniale crediti rilevanti vantati da altre società e aveva deliberato la distribuzione dei dividendi nonostante versasse in una situazione finanziaria critica. La censura rispetto alla revoca dell'ammissione era incentrata sull'argomento che, data la preminente natura negoziale del concordato preventivo, è escluso qualsiasi controllo dirigitico da parte del Tribunale rilevando esclusivamente il consenso dei creditori.

La Corte innanzitutto riconosce che il legislatore con le riforme degli anni duemila abbia inteso valorizzare il contenuto negoziale del concordato preventivo, ma esso comunque si inserisce in un contesto procedimentalizzato e sottoposto al controllo pubblico del giudice, il quale presidia il rispetto delle finalità dell'istituto. A parere della Suprema Corte ciò che è davvero rilevante, al fine dei presupposti di cui all'art. 173, è la condotta fraudolenta del debitore, senza che essa possa essere superata dalla volontà dei creditori successivamente edotti della frode. Ciò in quanto *«il legislatore ricollega invece immediatamente alla scoperta degli atti in frode il potere-dovere del giudice di revocare l'ammissione al concordato. E ciò senza la necessità di alcuna presa di posizione sul punto dei creditori, ormai resi edotti della*

¹⁷⁰ Cass., sentenza del 23 giugno 2011, n. 13817. Con nota di: S. AMBROSINI, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Il Fallimento*, (2011), 8, p. 937.

realtà della situazione venuta alla luce, e senza dare spazio alcuno a possibili successive loro valutazioni in proposito»¹⁷¹.

Appare chiaro come in tale ultima pronuncia il giudice di legittimità abbia dato ampio rilievo al complesso di controlli pubblici esistenti nel concordato preventivo, volti ad impedirne un uso distorto, rispetto all'autonomia negoziale dei creditori.

Conclusosi l'iter giurisprudenziale si può notare come non si sia raggiunta una definizione univoca degli atti in frode ai creditori, ma volendo tentare di ricondurre ad unità le molteplici ricostruzioni degli interpreti si può affermare con ragionevole certezza che il presupposto di cui all'art. 173 può ritenersi integrato *«nella mera consapevolezza – da parte del debitore – dei comportamenti e della loro attitudine a trarre in inganno i creditori, indipendentemente dall'eventuale fine ingannevole preordinato a conseguire ingiusti vantaggi mediante la procedura concordataria»¹⁷².*

Chiariti, per quanto possibile, i presupposti occorre dedicare qualche riga alla descrizione del procedimento di revoca. A norma del secondo comma dell'art. 173 che rinvia all'art. 15 l. fall. il procedimento si svolge in camera di consiglio di fronte al Tribunale in composizione collegiale. Accertati i presupposti per la revoca, su istanza dei creditori o del pubblico ministero, e accertati i requisiti di cui agli artt. 1 e 5 l. fall. sarà dichiarato il fallimento del debitore, con evidente similitudine di quanto avviene ai sensi del riformulato art. 162 co. 2 in sede di giudizio di ammissibilità.

Di recente la Corte di Cassazione ha avuto di pronunciarsi in merito all'avviso che, ai sensi dell'ultima parte del primo comma dell'art. 173, deve essere dato ai creditori in caso di avvio del subprocedimento di revoca dell'ammissione al concordato.

La Suprema Corte, con sentenza del 19 febbraio 2016 n. 3324, ha precisato che tale comunicazione *«non costituisce una vera e propria vocatio in jus – dunque i creditori non assumono il ruolo di litisconsorti necessari - , ma assolve alla funzione di semplice litis denuntiatio, vale a dire di atto informativo finalizzato a consentire la volontaria partecipazione degli stessi all'udienza, in contrapposizione o in adesione alla posizione del debitore, onde provocarne il fallimento od apportare, comunque, elementi utili alla decisione. Di conseguenza, l'omissione di tale comunicazione non determina la nullità assoluta ed*

¹⁷¹ Cass., sentenza del 26 giugno 2014, n. 14552. Con nota di: G. LA CROCE, *La “confessio” salvifica degli atti in frode ai creditori. Un equivoco pericoloso, denso di antinomie, contrasti costituzionali e violazioni Cedu*, in *Il Fallimento*, (2015), 3, p. 301.

¹⁷² G. BERSANI, *La rilevanza degli atti di frode nel concordato preventivo nell'ambito del sub-procedimento previsto dall'art. 173 legge fallim.*, in *Il Diritto fallimentare*, (2015), 1 p. 60.

insanabile della prima fase del sub-procedimento, ma comporta una nullità relativa che, non ripercuotendosi sull'eventuale fase successiva, non è causa di invalidità della sentenza»¹⁷³.

4. La deliberazione del concordato preventivo

Una volta che il commissario giudiziale abbia depositato la relazione di cui all'art. 172 l. fall., almeno quarantacinque giorni prima dell'adunanza, ed eventualmente la relazione integrativa, nel termine di quindici giorni dall'adunanza dei creditori, il procedimento per l'approvazione del concordato preventivo procede con l'adunanza dei creditori nella data stabilita dal decreto di cui all'art. 163 l. fall. L'adunanza prevede la partecipazione di tutti gli attori coinvolti nella procedura di concordato: il debitore, i creditori, il commissario giudiziale, il giudice delegato ma eventualmente anche la presenza di soggetti esterni.

In merito alla partecipazione del debitore l'art. 174 precisa che *«il debitore o chi ne ha la legale rappresentanza deve intervenire personalmente. Solo in caso di assoluto impedimento, accertato dal giudice delegato, può farsi rappresentare da un mandatario speciale»*. Dal tenore letterale della norma emerge che la rappresentanza processuale del debitore in adunanza si configura come eccezionale, dovendo intervenire di regola personalmente.

Non vi sono opinioni concordi in merito alle conseguenze della mancata comparizione del debitore in adunanza: parte della dottrina, valorizzando l'aspetto pubblicistico della procedura concordataria, ritiene che la mancata comparizione del debitore produca l'improcedibilità della domanda. Invece coloro che sono sostenitori dell'aspetto contrattualistico del concordato, ricostruiscono le conseguenze della mancata comparizione del debitore in termini di mera invalidità dell'adunanza e dell'eventuale accordo raggiunto in tale sede. I creditori invece possono farsi rappresentare da un mandatario speciale, mediante una procura rilasciata senza formalità direttamente sull'avviso di convocazione.

La ricostruzione interpretativa prevalente suole tenere distinti la legittimazione a partecipare all'adunanza e l'attribuzione del diritto di voto. In tale ottica si comprende il disposto del terzo comma dell'art. 174, il quale attribuisce la legittimazione ad intervenire all'adunanza anche a *«i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso»*.

Così come potranno intervenire in adunanza i creditori muniti di privilegio, pegno, ipoteca, ai quali (ai sensi del co. 2 dell'art. 177) cui non spetta il diritto di voto qualora non rinuncino, anche in parte al proprio diritto di prelazione. Il terzo comma dell'art. 174 è espressione di un

¹⁷³ Cass., sentenza del 19 febbraio 2016, n. 3324. Con nota di: F. DE SANTIS, *Procedimento di revoca del concordato preventivo e pagamenti non autorizzati dei debiti concordatari*, in *Il Fallimento*, (2016), 7, p. 789.

principio più generale che consente l'intervento in adunanza a chiunque sia portatore di un interesse qualificato all'approvazione o alla reiezione della proposta *«per tale pacificamente intendendosi chiunque sia portatore di un interesse giuridico che possa ricevere pregiudizio per effetto della omologazione»*¹⁷⁴.

IL successivo art. 175 l. fall. disciplina invece le modalità di svolgimento dell'adunanza dei creditori. L'adunanza si apre con l'intervento del commissario giudiziale, il quale *«illustra la sua relazione e le proposte definitive del debitore e quelle eventualmente presentate dai creditori ai sensi dell'articolo 163, comma quarto»*.

Segue poi la fase dialettica, con la possibilità di ciascun creditore di intervenire al fine di illustrare le cause di inammissibilità delle proposte o contestare le ragioni dei creditori concorrenti. Dunque una discussione che non assume i connotati di un dialogo tra creditore e debitore ma può vedere coinvolti reciprocamente i creditori.

Anche il debitore ha diritto di intervento, potendo eccepire argomenti in merito all'inammissibilità o infattibilità delle proposte concorrenti. Egli può inoltre controbattere alle contestazioni ricevute e contestare a sua volta i rapporti di credito. La discussione viene condotta dal giudice delegato in quale ha il potere di chiedere chiarimenti.

Degne di nota sono le modifiche apportate alla disposizione dal d. l. n. 83 del 2015, convertito con legge n. 139 del 2015. L'intervento normativo ha innanzitutto abrogato il comma secondo dell'art. 175, il quale prevedeva la possibilità di modificare la proposta fino all'inizio delle operazioni di voto. Tale intervento è coerente con la norma di cui al secondo comma ultima parte dell'art. 172, modificato dal medesimo decreto, che fissa il termine ultimo per la modificazione delle proposte in quindici giorni prima della data fissata per l'adunanza.

Ulteriore aggiornamento significativo è quello formulato dal d. l. del 3 maggio 2016 n. 59, convertito con modificazioni dalla legge del 30 giugno 2016 n. 119, il quale ha introdotto la possibilità che l'adunanza venga svolta in via telematica, il cui svolgimento verrà disciplinato da un decreto del giudice delegato, non soggetto a reclamo, emanato almeno dieci giorni prima dell'adunanza.

Conclusasi la fase di discussione si procede alla votazione delle proposte, vengono sottoposte ai creditori tutte le proposte iniziando da quella presentata dal debitore, seguita da quelle concorrenti in ordine temporale della loro presentazione.

¹⁷⁴ A. PETTARUTTI, *Commento all'art 174 l. fall.*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di: A. CAIAFA, Roma, (2017), p. 786.

a. *L'ammissione provvisoria dei crediti contestati*

L'articolo 176 della legge fallimentare consente al giudice delegato di disporre l'ammissione dei crediti contestati. L'ammissione è definita provvisoria in quanto è valida solo ai fini del calcolo delle maggioranze per l'approvazione del concordato, senza che essa impedisca l'istaurazione di un giudizio di cognizione in merito alla consistenza e il rango del credito.

L'accertamento del giudice delegato è valido, quindi, solo ai fini della procedura concorsuale e non produce effetti di giudicato. Sulla questione ha avuto modo di pronunciarsi anche il giudice di legittimità con sentenza del 22 dicembre 2006, n. 27489.

La Corte di Cassazione ha precisato come l'accertamento compiuto dal giudice delegato in sede di ammissione provvisoria *«non preclude al creditore l'accertamento dell'esistenza e entità del credito nell'ambito di un autonomo giudizio di cognizione, anteriore alla procedura o instaurato nel corso di essa, e la quantificazione dell'importo originariamente dovuto, contenuto nella sentenza che lo conclude, costituisce la base su cui deve operarsi la c.d. falcidia concordataria. Pertanto, al fine di calcolare - in sede di opposizione all'esecuzione - l'esatta entità del credito è necessario tener conto del capitale, degli interessi, del maggior danno ex art. 1224 c.c. e delle spese come accertati in detta sentenza, applicando su tale importo complessivo la falcidia concordataria»*¹⁷⁵.

In caso di ammissione provvisoria dei crediti contestati anche il piano di riparto dell'attivo sarà provvisorio, in quanto relativamente ai crediti contestati la falcidia concordataria sarà applicata su quanto effettivamente accertato nell'autonomo giudizio di merito, che renderà dunque il piano di riparto definitivo.

Si può notare come le considerazioni svolte dalla giurisprudenza di legittimità in merito all'ammissione provvisoria dei crediti contestati siano del tutto simili a quelle relative alla verifica del passivo compiuta dal commissario giudiziale ai fini della relazione di cui all'art. 172 (*ex multis* Cass. 14 febbraio 2002 n. 2104).

Analizzando dal punto di vista sistematico il controllo sui crediti ammessi al concordato predisposto dal legislatore emerge come sia stato messo a punto un sistema di controlli multilivello. In prima battuta la ricognizione dei diritti di credito è affidata allo stesso creditore il quale deve allegare alla domanda, ai sensi dell'art. 161 co. 2 lett. b), l'elenco nominativo dei creditori e delle eventuali cause legittime di prelazione. Successivamente interviene il commissario giudiziale che verifica la corrispondenza dell'elenco dei creditori

¹⁷⁵ Cass., sentenza del 22 dicembre 2006, n. 27849, in *Il Fallimento*, (2007), 4, p. 466.

con quanto esposto nelle scritture contabili. L'intervento da parte del giudice si svolge nella fase conclusiva del procedimento ed è meramente eventuale, in quanto è attivato solo qualora sorgano delle contestazioni, con una innegabile valorizzazione dell'autonomia negoziale delle parti in sede concordatari.

Appare interessante segnalare il provvedimento di merito del Tribunale di Milano, decreto del 13 gennaio 2010, il quale nonostante non vi fossero espliciti riferimenti normativi in tal senso, mediante interpretazione estensiva, ha ritenuto «*quantomeno meritevole di approfondimento la prospettiva che, scindendo il profilo del voto da quello del trattamento economico, preveda un potere del giudice in sede di adunanza, ai sensi dell'art. 176 l.fall., di espunzione di creditori da classi già formate, in quanto disomogenei sotto il profilo di posizione giuridica o economica, e il loro inserimento in una o più nuove classi ai soli fini del voto, fermo restando per essi il trattamento economico stabilito nella proposta concordataria*».

A parere del Tribunale di Milano, nella valutazione di cui all'art. 176, il giudice delegato dovrebbe controllare anche il corretto classamento dei creditori anche alla luce delle eventuali contestazioni emerse in sede di adunanza.

Il Collegio ha ricavato tale potere del giudice delegato argomentando che «*se ai sensi dell'art. 176 l.fall. il giudice può far votare il creditore contestato, quando il concordato è strutturato per classi l'ammissione del creditore contestato al voto implica necessariamente il suo inserimento in una delle classi, previa però in ogni caso, la verifica del presupposto dell'omogeneità di posizione giuridica e di posizione economica*»¹⁷⁶. Coerentemente con tali premesse, il tribunale pronunciandosi sul reclamo proposto da un creditore avverso al decreto del giudice delegato che aveva modificato la classe di appartenenza del ricorrente stesso in sede di adunanza, ha ritenuto di dover rigettare il reclamo confermando l'operato del giudice delegato.

Il secondo e ultimo comma dell'art. 176 l. fall. consente al creditore escluso di sindacare l'esclusione in sede di omologazione del concordato, vincendo la cd. prova di resistenza, dimostrando cioè che qualora ammesso il suo voto avrebbe influito sulla formazione delle maggioranze.

¹⁷⁶ Tribunale di Milano, decreto del 13 gennaio 2010, A.M. PERRINO, *I limiti del controllo giudiziale tra classamento e voto*, in *Il Fallimento*, (2010), 11, pp. 1288-1289.

b. Le maggioranze per l'approvazione del piano

L'articolo 177 della legge fallimentare prevede le maggioranze necessarie per l'approvazione del piano. La disposizione ha subito nel corso delle riforme degli anni Duemila, una profonda revisione. Il testo originario prevedeva, ai fini dell'approvazione della proposta di concordato, una doppia maggioranza: la maggioranza numerica dei creditori votanti e la maggioranza dei due terzi dei creditori ammessi al voto.

Il d.l. n. 35 del 2005 aveva ridotto il quorum di approvazione alla maggioranza dei crediti ammessi al voto, e richiedeva inoltre, in caso di diversi classi di creditori, la maggioranza in ciascuna classe. Particolare era il meccanismo previsto dal comma secondo dell'art. 177, il quale prevedeva, in caso di classi di creditori dissenzienti, che il giudice potesse ugualmente approvare il piano qualora ritenesse *«che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili»*.

Data la formulazione molto ampia del dato normativo sembrava che il legislatore avesse inserito, in sede di approvazione del concordato, mediante il meccanismo cd. *cram down*, la possibilità del giudice di sindacare sulla convenienza economica e sulla fattibilità del piano, giudizio che alla luce della successiva giurisprudenza è di competenza esclusiva dei creditori. Tale inciso, che comportava non trascurabili difetti di coordinamento con il resto della disciplina, è stato abrogato dal decreto correttivo n. 169 del 2007, dunque attualmente *«il concordato è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se tale maggioranza si verifica inoltre nel maggior numero delle classi»*. Dunque affinché una proposta possa dirsi approvata sarà necessaria l'approvazione della maggioranza dei creditori aventi diritto di voto nel maggior numero di classi.

Dato che il quorum deliberativo è calcolato sul totale degli aventi diritto al voto è importante identificare con precisione i soggetti cui appartiene tale diritto. Senza dubbio vi rientrano i creditori chirografari con titolo o causa anteriore alla presentazione del ricorso per l'ammissione alla procedura.

In merito alla legittimazione al voto in sede di adunanza dei creditori è interessante segnalare il decreto del Tribunale di Bergamo del 20 febbraio 2014, il quale era stato chiamato a valutare la legittimazione al voto di colui che abbia prestato fideiussione nei confronti del debitore. Premettendo che l'obbligazione del fideiussore è credito diverso per titolo rispetto a quello del debitore principale, il giudice ha stabilito che *«i fideiussori del debitore in*

concordato preventivo, anche se non ancora escussi, possono essere ammessi al voto ai fini del calcolo della maggioranza ex art. 177 l.fall., in quanto il loro credito da rivalsa nei confronti del debitore principale sorge contestualmente alla nascita dell'obbligazione solidale»¹⁷⁷.

Il secondo comma dell'art. 177 detta una disciplina peculiare per ciò che attiene i creditori titolari di cause legittime di prelazione, provocando una vistosa divaricazione normativa dipendente dalla natura chirografaria o privilegiata dei crediti. La norma infatti prevede che *«i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, ancorché la garanzia sia contestata, dei quali la proposta di concordato prevede l'integrale pagamento, non hanno diritto al voto se non rinunciano in tutto od in parte al diritto di prelazione»*.

Se la proposta di concordato prevede, dunque, l'integrale soddisfazione dei creditori privilegiati, a questi ultimi sarà precluso l'esercizio del voto. Tale disposizione risente delle tesi interpretative sviluppatesi successivamente alla riforma del 2005, le quali ritenevano che la proposta di concordato per essere ammissibile dovesse prevedere l'integrale pagamento dei creditori privilegiati.

Considerazioni, queste, sovvertite dal decreto correttivo n. 169 del 2007 il quale, all'art. 160 co. 2, ha ammesso la decurtazione delle ragioni dei creditori sottoponendola a due condizioni: i) la soddisfazione non deve essere inferiore a quella conseguibile tramite il riparto del risultato di liquidazione tenuto conto del valore di mercato del bene sul quale la causa di prelazione insiste; ii) la falcidia dei creditori privilegiati non può comportare l'alterazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione.

Sul tema ha avuto modo di intervenire anche la giurisprudenza di legittimità, con sentenza del 6 novembre 2013, n. 24970. Nel caso di specie la Corte di Cassazione era chiamata a pronunciarsi sul ricorso relativo alla falcidia di un credito assistito dal privilegio di cui all'art. 2758 c.c., il quale prevede il privilegio generale dello Stato sui beni mobili del debitore per i crediti derivanti da tributi indiretti.

La Suprema Corte ha stabilito che *«anche nel concordato preventivo, come riformato dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, vale la regola generale, secondo cui, a differenza che nel fallimento, la mancanza nel compendio patrimoniale del debitore del bene gravato da privilegio non impedisce l'esercizio del diritto di prelazione, con la conseguenza che il credito*

¹⁷⁷ Tribunale di Bergamo, decreto del 20 febbraio 2014, con nota di: G. MILANO, *Sul voto del fideiussore nel concordato preventivo, Il Fallimento*, (2015), 2, p. 224. Nel medesimo scritto è segnalata la pronuncia del Tribunale di Padova, decreto del 03 luglio 2014, il quale ha precisato che *«Il fideiussore del debitore proponente il concordato preventivo, che non abbia adempiuto anche in parte all'obbligazione prima del deposito della domanda della procedura è escluso dal diritto di voto»*.

va soddisfatto integralmente; ciò a condizione, però, che il proponente non si sia avvalso della facoltà, introdotta dal novellato art. 160, terzo comma, legge fall., di limitare la soddisfazione dei creditori privilegiati alla sola parte del loro credito, che troverebbe capienza nell'ipotesi di liquidazione del bene gravato»¹⁷⁸.

In base al contenuto della proposta, i creditori privilegiati avranno diritto di voto se non è previsto l'integrale soddisfacimento delle proprie ragioni o se essi stessi rinunceranno al proprio diritto di prelazione. Coerentemente con il disposto del terzo comma dell'art. 177 l. fall. la parte insoddisfatta del credito privilegiato assumerà il rango di credito chirografario.

Alcuni dubbi interpretativi erano sorti in merito alla legittimazione al voto dei creditori privilegiati, in caso di concordato meramente dilatorio, ove la proposta non prevedesse una decurtazione nominale dei crediti privilegiati ma soltanto un pagamento dilazionato.

Sul punto è intervenuta la Corte di Cassazione, con sentenza del 9 maggio 2014, n. 10112. La Suprema Corte ha innanzitutto premesso che *«in materia di concordato preventivo, la regola generale è quella del pagamento non dilazionato dei creditori privilegiati, sicché l'adempimento con una tempistica superiore a quella imposta dai tempi tecnici della procedura equivale a soddisfazione non integrale degli stessi in ragione della perdita economica conseguente al ritardo, rispetto ai tempi "normali", con il quale i creditori conseguono la disponibilità delle somme ad essi spettanti»*. Dunque data l'equiparazione del pagamento dilazionato, oltre i tempi tecnici per la conclusione della procedura, al pagamento parziale i creditori privilegiati sono legittimati al voto in sede di approvazione della proposta.

Per quanto riguarda la quantificazione del credito, che assume rango concordatario, ai fini dell'esercizio del voto, il giudice deve tenere conto *«degli eventuali interessi offerti ai creditori e dei tempi tecnici di realizzo dei beni gravati in ipotesi di soluzione alternativa al concordato, oltre che del contenuto concreto della proposta nonché della disciplina degli interessi di cui agli artt. 54 e 55 legge fallim.»¹⁷⁹.*

Chiarite le questioni attinenti i creditori privilegiati non resta che segnalare i limiti all'esercizio del voto previsti dal quarto comma dell'art. 177, il quale inibisce il voto in sede di approvazione per una schiera di soggetti vicini al debitore, quali il coniuge e i parenti e affini entro il quarto grado comprese società controllate e collegate, al fine di evitare il coinvolgimento di soggetti in potenziale conflitto di interessi che potrebbe influire sul risultato della votazione.

¹⁷⁸ Cass., sentenza del 6 novembre 2013, n. 24970. Con nota di: R. CONTE, *Tributo indiretto, tassa di scopo e privilegi concorsuali*, in *Il Fallimento*, (2014), 6, p. 662.

¹⁷⁹ Cass., sentenza del 9 maggio 2014, n. 10112. Con nota di: L. VECCHIONE, *Brevi cenni sull'ammissibilità di un pagamento dilazionato nel concordato liquidatorio*, in *Il Diritto fallimentare*, (2015), 5, p. 553.

Il d.l. n. 83 del 2015 ha aggiornato l'art. 177 al fine di coordinarlo con la disciplina delle proposte concorrenti. In caso di proposte concorrenti è approvata quella che raggiunge la maggioranza più elevata dei crediti ammessi al voto: in caso di parità prevale la proposta del debitore, ma se la parità si verifica tra proposte presentate dai creditori prevale quella presentata per prima.

Qualora nessuna delle proposte raggiunga le maggioranze prescritte, il giudice delegato, con decreto, ripropone ai creditori la proposta che ha raggiunto la maggioranza relativa dei crediti, fissando il termine da cui decorrono i venti giorni entro cui i creditori possono manifestare la propria adesione.

L'adunanza dei creditori si chiude, ai sensi dell'art. 178, con il processo verbale che dà conto dei voti favorevoli e contrari, dell'elenco nominativo dei votanti e del rispettivo ammontare dei crediti e l'indicazione dei creditori che non hanno esercitato il diritto al voto. Il verbale è sottoscritto dal commissario giudiziale, dal cancelliere e dal giudice delegato, solo la mancata sottoscrizione di quest'ultimo produce la nullità del verbale.

L'elencazione dei creditori astenuti è necessaria in quanto con la chiusura dell'adunanza non è loro precluso di esercitare il voto successivamente. Infatti il terzo comma dell'art. 178 l. fall. prevede che essi *«possono far pervenire lo stesso per telegramma o per lettera o per telefax o per posta elettronica nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale»*. La disposizione, emendata dal d.l. n. 83 del 2015 ha sconfessato le modifiche compiute dal d.l. n. 83 del 2012, con cui era stato inserito un meccanismo di silenzio assenso, infatti nel termine di venti giorni i creditori astenuti dovevano manifestare apertamente il proprio dissenso.

5. L'omologazione e l'esecuzione del concordato

Una volta decorso il termine di venti giorni, previsto dal terzo comma dell'art.178 della legge fallimentare, che consente ai creditori di esprimere il proprio voto qualora non lo abbiano manifestato in adunanza, il giudice delegato controlla il raggiungimento delle maggioranze prescritte dai primi due commi dell'art. 177 e ne riferisce al tribunale.

Da questo momento il procedimento subisce una biforcazione: se risulta che la maggioranza non è stata raggiunta, il Tribunale, ai sensi dell'art. 179 co. 1, *«deve provvedere a norma dell'art. 162, secondo comma»*. Se la proposta non ha raggiunto il quorum della maggioranza degli aventi diritto al voto, congiuntamente al voto favorevole della maggioranza delle classi, il concordato è dichiarato inammissibile con decreto non soggetto a gravame e su istanza dei

creditori o del pubblico ministero, ed al verificarsi dei presupposti, vi è la contestuale dichiarazione di fallimento.

Se invece le prescritte maggioranze risultano raggiunte, il Tribunale, ai sensi del primo comma dell'art. 180, il Tribunale *«fissa un'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale, disponendo che il provvedimento venga pubblicato a norma dell'articolo 17 e notificato, a cura del debitore, al commissario giudiziale e agli eventuali creditori dissenzienti»*.

Si apre così il giudizio di omologazione, il debitore e i creditori dissenzienti devono costituirsi almeno dieci giorni prima della data dell'udienza in camera di consiglio, nel medesimo termine il commissario giudiziale deve provvedere al deposito di un parere motivato.

La costituzione dei creditori consente, mediante il deposito di una memoria scritta, ai medesimi di proporre opposizione alla proposta di concordato. La presentazione o meno di opposizioni all'omologazione costituisce una circostanza importante dal punto di vista procedimentale, in quanto incide sull'ampiezza del controllo del tribunale in sede di omologazione.

Se non sono state presentate opposizioni, ai sensi del terzo comma dell'art. 180 *«il tribunale, verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame»*. Questa è la cd. procedura semplificata, in mancanza di opposizioni, il legislatore ha inteso avvalorare la natura negoziale del concordato preventivo, dunque eccetto il controllo dei requisiti formali il Tribunale non compirà nessun ulteriore valutazione.

Qualora invece dovessero essere presentate opposizioni il Tribunale disporrà l'acquisizione dei mezzi istruttori richiesti dalle parti o necessari d'ufficio, e nella particolare circostanza in cui *«un creditore appartenente ad una classe dissenziente ovvero, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, i creditori dissenzienti che rappresentano il 20 per cento dei crediti ammessi al voto, contestano la convenienza della proposta, il tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili»*.

È indiscutibile come nell'ipotesi di cui al comma quarto dell'art. 180 il potere di cognizione del giudice risulta più ampio che nella procedura semplificata.

Il procedimento di omologazione termina con decreto motivato, novità introdotta dalla riforma del 2005 infatti in precedenza il provvedimento di omologazione assumeva la forma della sentenza.

Il decreto può avere, alternativamente, un duplice contenuto: accoglie l'omologazione oppure la respinge ed in quest'ultimo caso, ai sensi del settimo comma dell'art. 180, «*accertati i presupposti di cui gli articoli 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore, con separata sentenza, emessa contestualmente al decreto*». Quale che sia il contenuto del decreto di omologazione esso è suscettibile di reclamo di fronte alla Corte d'appello in ossequio alle disposizioni di cui all'art 183 l. fall.

a. I poteri di controllo del tribunale in sede di omologazione

Una delle questioni interpretative più interessanti, che attiene al generale tema delle funzioni giurisdizionali riguardo all'istituto del concordato preventivo, attiene al potere di controllo del giudice in sede di giudizio di omologazione. Un potere che già dal dato testuale dell'art. 180 si presenta in modo diversificato, infatti è minimo nel caso in cui non vengano presentate opposizioni, mentre qualora sorgano delle opposizioni in merito alla convenienza economica della proposta, da parte di creditori qualificati, il Tribunale potrà estendere il proprio giudizio sulla convenienza economica dell'operazione.

Per ciò che attiene l'ipotesi prevista dal terzo comma dell'art. 180, omologazione senza che vi siano opposizioni, nel silenzio del dato normativo varranno le considerazioni generali svolte in merito ai poteri di cognizione del giudice nella procedura di concordato preventivo.

In tale prospettiva viene in aiuto la già citata sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 23 gennaio 2013, n. 1521, ove la Suprema Corte ha precisato che il controllo del giudice nel concordato preventivo si concreta come un controllo di legittimità, circa il rispetto delle norme del diritto positivo.

Il controllo giudiziale può estendersi al massimo in un controllo di legittimità sostanziale in merito alla realizzazione della causa concreta assegnata al legislatore all'istituto concordatario, cioè il risanamento dell'impresa a fronte di un sacrificio patrimoniale dei creditori.

L'ambito di cognizione del giudice si arresta ove inizia la valutazione della convenienza economica della proposta, quest'ultimo giudizio, contenendo marcati elementi di carattere prognostico, è affidata esclusivamente ai creditori i quali ne sopportano il rischio.

Perciò anche in sede di omologazione il sindacato del giudice non comprende la valutazione della convenienza economica del piano. Supporta tale argomento anche il disposto del secondo comma dell'art. 179 l. fall., il quale prevede che in caso di mutamento delle condizioni di fattibilità del piano il commissario ne dia avviso ai creditori «*i quali possono*

costituirsì nel giudizio di omologazione fino all'udienza di cui all'articolo 180 per modificare il voto».

In caso di mutamento delle condizioni di fattibilità, l'organo giurisdizionale resta estraneo alle conseguenze di tale circostanza, in quanto la modifica del voto, che è espresso *rebus sic stantibus*, è nell'esclusiva disponibilità dei creditori. Ancora una volta a testimoniare la preferenza accordata dal legislatore ad una autotutela informata dei creditori rispetto ad un'etero tutela giudiziale.

In senso conforme a tali considerazioni viene in rilievo la sentenza della Corte di Cassazione del 6 novembre 2013, n. 24970, nella quale la Suprema Corte ha precisato che *«in sede di giudizio di omologazione del concordato preventivo, il sindacato del giudice è limitato alla verifica della sussistenza o meno di un'assoluta e manifesta non attitudine del piano di concordato a raggiungere gli obiettivi prefissati. Pertanto il sindacato del giudice non si estende alla fattibilità economica quando la sua analisi comporti rilievi di carattere prognostico, per loro natura opinabili e suscettibili di errore. È dunque di esclusiva competenza dei creditori la valutazione circa la probabilità che si realizzino o meno eventi determinanti per il successo del piano di soluzione della crisi»*¹⁸⁰.

Tali considerazioni di carattere generale restano valide anche se in sede di omologazione vengano proposte delle opposizioni, in quanto analizzando il dato testuale dell'art. 180 la presenza di opposizioni all'omologazione non è condizione di per sé sufficiente a legittimare il giudice ad una valutazione in merito alla convenienza economica della proposta.

Affinché ciò avvenga è necessario che sia mossa una precisa contestazione, da parte di un creditore di una delle classi dissenzienti o dal venti per cento degli aventi diritto di voto in caso di concordato senza classi, in merito alla convenienza economica della proposta soggetta al giudizio di omologazione. Solo in tali ipotesi *«il tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili».*

Il legislatore ha inteso senza dubbio valorizzare il potere dispositivo dei creditori, i quali contestando la convenienza economica della proposta, attivano il potere di controllo del Tribunale, che non è dunque officioso.

La valutazione economica del tribunale dovrà comparare la proposta con le alternative in concreto praticabili. In questo caso il Tribunale compie certamente un giudizio prognostico, in contrasto con quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità nella precedente sentenza,

¹⁸⁰ Cass., sentenza del 6 novembre 2013, n. 24970. Con nota di: G. CIERVO, *Ancora sul giudizio di fattibilità del piano di concordato preventivo*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2015), 1, p. 53.

che comparerà le condizioni della proposta oggetto di omologazione, verosimilmente, assumendo come termine di comparazione le utilità rinvenibili in caso di procedura liquidatoria in sede fallimentare.

Suddetta soluzione di compromesso, tra le diverse ricostruzioni interpretative del ruolo del giudice in sede di concordato preventivo, lascia insoddisfatte alcune categorie di creditori. Infatti non potranno attivare il controllo sulla fattibilità e la convenienza economica della proposta oggetto di omologazione, il creditore dissenziente appartenente ad una classe consenziente e il creditore dissenziente che non rappresenti almeno il venti per cento dei crediti nel concordato senza classi.

Ad ogni modo la discriminazione tra i creditori concorsuali è ridimensionata in quanto i soggetti non legittimati ad attivare il controllo di merito del Tribunale potranno far valere le proprie ragioni in sede di reclamo ai sensi dell'art. 183 l. fall.

b. Le impugnazioni avverso il decreto di omologazione

Ai sensi dell'art. 181 della legge fallimentare la procedura di concordato preventivo è destinata a chiudersi con il decreto di omologazione, che deve essere emanato entro nove mesi dalla data di presentazione del ricorso prorogabili per una sola volta dal Tribunale per sessanta giorni. Il termine di conclusione del procedimento è ritenuto ordinario quindi il decreto di omologazione emanato oltre i termini prescritti non è affetto da invalidità.

Avverso il decreto del tribunale è possibile proporre reclamo, ai sensi dell'art. 183 l. fall., in Corte d'appello che decide in camera di consiglio. Con lo stesso reclamo è possibile contestare la sentenza dichiarativa di fallimento emessa, in caso di rigetto dell'omologazione ai sensi del settimo comma dell'art. 180.

La norma risulta influenzata dalla struttura del giudizio di omologazione prevista dalla riforma del D.lgs. del 9 gennaio 2006, n. 5, il quale prevedeva che il giudizio di omologazione terminasse con sentenza, e all'art. 183 prevedeva la possibilità di impugnare il provvedimento con ricorso alla Corte d'appello.

Nonostante a seguito del D.lgs. n. 169 del 2007 l'omologazione del concordato si chiuda con decreto e l'impugnazione avvenga nella forma del reclamo con rito camerale, è rimasta impregiudicata la competenza giurisdizionale della Corte d'appello.

Il dato normativo non spicca in capacità descrittiva, in quanto non fornisce indicazioni in merito al rito da seguire in sede di reclamo, limitandosi a prevedere la forma camerale. Gli interpreti si sono domandati se il procedimento di reclamo dovesse essere regolato dalle

disposizioni di cui all'art. 18 l. fall., il quale disciplina il reclamo avverso la sentenza dichiarativa del fallimento, oppure se dovessero trovare applicazione le norme generali previste dagli artt. 739 ss. del codice di procedura civile. Una distinzione di non poco conto in quanto tra le due discipline vi è ad esempio differenza nel termine per la presentazione del reclamo, trenta giorni nel primo caso, soltanto dieci nel secondo.

A favore dell'applicazione delle disposizioni generali del codice di procedura civile milita la giurisprudenza di merito, dunque il reclamo dovrebbe essere proposto entro dieci giorni dalla notificazione del decreto, dato che il provvedimento è reso tra più parti. «*Di opposto avviso sembra essersi orientata la giurisprudenza della Cassazione – pronunciata con sentenza del 19 marzo 2012, n. 4304 - la quale, muovendo dalla contemporanea impugnabilità della sentenza dichiarativa di fallimento unitamente al decreto che pronuncia sull'omologazione del concordato preventivo, ha ritenuto applicabile anche nella materia che ci occupa, in virtù della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 183 legge fallim., il medesimo termine di trenta giorni previsto dall'art.18 legge fallim., in tema di reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento*»¹⁸¹.

Altra questione interpretativa degna di nota è l'ambito di applicazione oggettivo del reclamo di cui all'art. 183, in quanto il decreto con cui si chiude la procedura di concordato può avere il contenuto più vario. È sicuramente escluso che possa essere proposto reclamo avverso il decreto che omologa il concordato qualora non siano state proposte opposizioni.

Sostiene questa tesi il dato letterale del terzo comma dell'art. 180, il quale dispone che in mancanza di opposizioni il decreto non è soggetto a gravame e un dato teleologico in quanto mancando le opposizioni non è possibile attribuire la soccombenza ad alcuna delle parti.

Così come non è soggetto a gravame il provvedimento di cui all'art. 179 che rimanda al dettato dell'art. 162, in caso di mancato raggiungimento delle maggioranze prescritte. Date queste considerazioni potrebbe essere esperito l'appello solo avverso il decreto che rigettasse l'omologazione del concordato o quello che lo approvasse nonostante le opposizioni.

Vista l'impossibilità di esperire il rimedio specificatamente previsto dall'art. 183 l. fall., in caso di concordato omologato in assenza di opposizioni la dottrina si è interrogata circa i possibili strumenti esperibili per sottoporre a riesame le conclusioni del Tribunale in sede di omologazione, anche in mancanza di opposizioni dei creditori. Alcuni commentatori hanno aperto alla possibilità di esperire *l'actio nullitatis*; altri ritengono che il provvedimento sia revocabile ai sensi dell'art. 742 del codice di procedura civile; infine altra parte della dottrina

¹⁸¹ S. AMBROSINI, *L'omologazione del concordato*, in *Il Diritto Fallimentare*, (2014), 5, p. 520

ritiene che il decreto emanato ai sensi del comma terzo dell'art. 180 l. fall. sia ricorribile in Cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. stante la sua idoneità ad incidere su diritti soggettivi e la sua definitività.

Sul tema ha avuto modo di pronunciarsi la giurisprudenza di legittimità, con sentenza del 15 luglio 2015, n. 15699. La Corte di Cassazione ha stabilito che *«nel caso di assenza di opposizioni, come quello di specie, nessun gravame è ammesso ma ciò non toglie che contro il decreto possa sempre proporsi ricorso per cassazione ex art. 111 Cost. se, come nel caso di specie, il provvedimento impugnabile riveste carattere decisorio. A tale proposito occorre osservare che la pronuncia di omologazione riveste senza ombra di dubbio carattere decisorio in quanto obbligatorio per i creditori di cui determina una riduzione delle rispettive posizioni creditorie»*¹⁸².

Volendo sintetizzare, il creditore, a fronte del decreto che chiude la procedura concordataria, ha diversi strumenti per attivare un riesame delle valutazioni del Tribunale che dipendono dal contenuto stesso del provvedimento. Se il decreto respinge l'omologazione del concordato, ed eventualmente dichiara il fallimento con separata sentenza, o l'approva nonostante la presentazione di opposizioni il provvedimento sarà reclamabile ai sensi dell'art. 183 della legge fallimentare, residuando dubbi solo sull'applicazione del rito di cui all'art. 18 l. fall. o quello previsto dal codice di procedura civile.

Invece il decreto che omologhi la proposta di concordato in mancanza di opposizioni dei creditori sarà esclusivamente ricorribile in Cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., stante la sua natura sostanzialmente decisoria in quanto è idoneo ad incidere unilateralmente sulle posizioni giuridiche dei creditori.

c. Gli effetti del concordato per i creditori

Il principale effetto nei confronti dei creditori dell'omologazione del concordato preventivo è la remissione dell'ulteriore quota di credito rispetto alla percentuale di soddisfazione prevista dal piano regolarmente approvato. L'art. 184 della legge fallimentare dispone, infatti, che *«il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso di cui all'articolo 161»*. Inoltre l'effetto remissorio dei crediti, eccedenti la percentuale di soddisfazione prevista dalla domanda omologata, si

¹⁸² Cass., sentenza del 15 luglio 2011, n. 15699. Con nota di: N. NISIVOCCIA, *Impugnazione dei decreti resi nel giudizio di omologazione: autonomia privata e poteri del giudice*, in *Il Fallimento*, (2011), 11, p. 1292

estende, salvo patto contrario, nel caso in cui il debitore proponente sia una società anche ai soci illimitatamente responsabili come previsto dal secondo comma dell'art. 184.

Data la natura, prevalentemente, negoziale del concordato preventivo la falcidia concordataria ha effetto tra le parti, dunque tra il debitore e i creditori con titolo o causa anteriore alla pubblicazione della domanda. In ossequio a tali premesse i creditori «*conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso*». I creditori concorsuali potranno far valere, quindi, per intero le proprie spettanze nei confronti dei coobbligati, dei fideiussori o degli obbligati in via di regresso, in quanto la riduzione dovuta all'omologazione della proposta non produce effetti nei loro confronti.

Un dubbio interpretativo che ha impegnato per lungo tempo la giurisprudenza riguarda le possibili relazioni tra l'estensione dell'effetto remissorio al socio illimitatamente responsabile e il disposto del secondo capoverso del primo comma dell'art. 184.

Per inquadrare meglio la problematica è sufficiente fare un esempio: si pensi al caso in cui il socio illimitatamente responsabile presti un'ulteriore garanzia, prima della pubblicazione della domanda di concordato, e successivamente la proposta venga omologata. In tale ipotesi *quid ius?* Nel caso di specie i due commi dell'art. 184 si contraddicono vistosamente, o l'effetto remissorio vale anche per il socio illimitatamente responsabile, anche relativamente alle garanzie prestate, oppure si lasciano intatti i diritti dei creditori nei confronti di fideiussori, coobbligati e obbligati in via di regresso. Si tratta di una antinomia tra disposizioni che non può essere risolta con il mero ricorso al dato letterale.

Dell'iter interpretativo compiuto dalla giurisprudenza di legittimità in merito alle possibili inferenze tra i due commi dell'art. 184, si trovano tracce ben prima della riforma organica del 2005, la quale è bene ricordarlo non ha modificata detta disposizione.

Ad esempio si può citare la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 24 agosto 1989, n. 3749, pronunciata relativamente alla fideiussione (ex art. 1936 c.c.) rilasciata dal socio di una società in nome collettivo in favore di un istituto di credito per l'adempimento delle obbligazioni della società stessa. La società si era successivamente trovata in stato di crisi e aveva presentato domanda di concordato preventivo, poi regolarmente omologato. Sennonché l'istituto di credito aveva agito mediante procedimento per ingiunzione nei confronti del socio al fine di ottenere il pagamento della società.

Il socio opponente aveva eccepito la norma di cui all'art 184 co.2 l. fall., eccezione ritenuta valida dal giudice di prime cure ma ripudiata dal giudice d'appello, il quale ribaltando la sentenza di primo grado aveva condannato il socio al pagamento nei confronti della banca. Dunque il socio aveva proposto ricorso in Cassazione richiedendo che la questione venisse

affrontata dalle Sezioni Unite in quanto la questione constatava precedenti difformi delle sezioni semplici.

Le Sezioni Unite ritennero che la presenza di pronunce difformi delle sezioni semplici era dovuta al fatto che la questione fosse stata risolta alla luce di argomenti di diritto societario e non della disciplina speciale delle procedure concorsuali. Il dibattito si era incentrato, perciò, sulla soggettività giuridica della società di persone.

Parte dei giudici di legittimità, che riteneva che la società di persone avesse propria autonomia patrimoniale, sosteneva che la fideiussione rilasciata dal socio illimitatamente responsabile rientrasse nell'ambito di applicazione del primo comma dell'art. 184 l. fall., in quanto costituiva un'obbligazione personale del socio, mentre l'effetto esdebitatorio previsto dal secondo comma dello stesso articolo si riferisce alle obbligazioni sociali (così ad esempio Cass. 8 novembre 1984 n. 5642). Altra parte della giurisprudenza di legittimità riteneva che la compenetrazione tra socio illimitatamente responsabile da non consentire la distinzione tra obbligazioni sociali e obbligazioni personali del socio, estendendosi così il disposto dell'art. 184 co. 2 alla fideiussione rilasciata dal socio per l'adempimento delle obbligazioni sociali (così Cass. 6 febbraio 1984 n. 905 e 907).

A giudizio delle Sezioni Unite il dubbio interpretativo andava invece risolto facendo esclusiva applicazione della disciplina delle procedure concorsuali e non del diritto societario. A giudizio della Sezioni Unite la norma di riferimento era l'art. 147 l. fall. il quale prevede il fallimento del socio illimitatamente responsabile in caso di dichiarazione di fallimento della società. Il creditore sociale potrà far valere l'intero credito nella procedura di fallimento del socio, perciò egli avrà un doppio patrimonio a garanzia del proprio credito ma non potrà soddisfarsi due volte nei confronti del medesimo debitore.

La Suprema Corte inoltre rilevò come l'applicazione del primo comma dell'art. 184 alla fideiussione rilasciata dal socio illimitatamente responsabile avrebbe avuto l'effetto di alterare la *par condicio creditorum*, in quanto soltanto i creditori muniti della garanzia personale del socio a responsabilità illimitata avrebbero visto le proprie ragioni di credito insensibili alla falce concordataria.

Date tali premesse la Corte stabilì che l'effetto remissorio previsto ai sensi del comma 2 dell'art. 184 *«ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, ancorché questi abbiano prestato fideiussione a favore di taluni dei creditori per le obbligazioni sociali, in quanto il comma 1 dell'articolo citato, nello stabilire che i creditori anteriori al decreto di apertura del concordato conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori*

dei debitori e gli obbligati in via di regresso, si riferisce ai terzi garanti o coobbligati che non siano soci»¹⁸³.

A giudizio delle Sezioni Unite, dunque, vi era un diverso ambito di applicazione soggettivo fra le due fattispecie previste dall'art. 184 l. fall. applicandosi l'inefficacia della falcidia concordataria nei confronti di garanti e coobbligati, solo agli obblighi contratti da terzi non soci.

In senso conforme, più di recente, hanno avuto modo di pronunciarsi sempre le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza del 16 febbraio 2015, n. 3022, in merito degli effetti dell'omologazione del concordato preventivo rispetto alla garanzia ipotecaria contratta dal socio illimitatamente responsabile per l'adempimento delle obbligazioni della società. Le Sezioni Unite hanno precisato che la garanzia reale rilasciata dal socio di una società in nome collettivo si configura come garanzia per debito proprio e non per debito altrui.

Alla luce di tali premesse la Suprema Corte ha stabilito che *«poiché l'esclusione dell'effetto esdebitatorio – previsto dall'ultimo capoverso del primo comma dell'art. 184 l. fall. – opera in modo identico sia per i rapporti di coobbligazione e le garanzie personali sia per le garanzie reali, rientra senz'altro nell'ambito applicativo della menzionata disposizione il terzo datore di ipoteca, ma non anche il socio illimitatamente responsabile di una società di persone che ha prestato ipoteca per un debito sociale, non potendo questi considerarsi terzo rispetto alla medesima società»¹⁸⁴.*

Volendo sintetizzare gli spunti interpretativi, forniti dalla giurisprudenza di legittimità nel corso del tempo, il discrimine tra i due commi dell'art. 184 attiene al titolo in forza del quale l'obbligazione di garanzia, solidale o di regresso si instaura: se essa si inserisce all'interno di un preesistente contratto sociale troverà applicazione il secondo comma, quindi con l'estensione dell'effetto remissorio del concordato concluso dalla società; se invece l'obbligazione ha come fonte un autonomo titolo negoziale i diritti dei creditori resteranno impregiudicati dall'omologazione del concordato.

¹⁸³ Cass., sentenza del 24 agosto 1989, n. 3749. Con nota di: G. LO CASCIO, *Concordato preventivo delle società di persone ed effetti nei confronti dei soci fideiussori delle obbligazioni sociali*, in *Giustizia Civile*, (1990), 2, p. 384.

¹⁸⁴ Cass., sentenza del 16 febbraio 2015, n. 3022. Con nota di: G. LO CASCIO, *Concordato preventivo e soci illimitatamente responsabili*, in *Il Fallimento*, (2015), 5, p. 519.

d. *L'esecuzione del concordato*

Una volta che il decreto di omologazione del concordato passa in giudicato inizia la fase di esecuzione del piano. A causa di un difetto di coordinamento l'art. 185 l. fall. fa ancora riferimento alla sentenza di omologazione, provvedimento che nella disciplina originaria chiudeva la procedura concordataria.

Nonostante la procedura si concluda con il passaggio in giudicato del decreto di omologazione, gli organi della procedura sopravvivono. Nella fase esecutiva assume nuovamente un ruolo fondamentale il commissario giudiziale il quale ha il dovere di riferire al giudice ogni fatto dal quale possa derivare un pregiudizio ai creditori.

In merito al ruolo del commissario giudiziale in sede esecutiva ha avuto modo di pronunciarsi anche la giurisprudenza di legittimità, con sentenza del 7 luglio 2015, n. 14052. La Corte di Cassazione ha precisato che al commissario giudiziale «*sono attribuite funzioni di vigilanza, di informazione, consulenza ed impulso, complessivamente tese al controllo della regolarità del comportamento del debitore ed alla tutela dell'effettiva informazione dei creditori, ma non anche di amministrazione o gestione, né di rappresentanza del debitore o del ceto creditorio*»¹⁸⁵.

Il d.l. n. 83 del 2015 ha profondamente modificato l'art. 185 per coordinarlo con la nuova disciplina delle proposte concorrenti. Nel caso in cui sia stata la proposta presentata dai creditori ad essere omologata, il debitore è tenuto a compiere ogni atto necessario a darne esecuzione. Qualora il debitore stia contravvenendo a tale obbligo, ai sensi del quarto comma dell'art. 185, il commissario deve riferirlo al tribunale. Il Tribunale, sentito il debitore, può attribuire al commissario giudiziale i poteri necessari a provvedere in luogo del debitore per il compimento degli atti previsti dal piano.

Inoltre il Tribunale nel caso in cui il debitore sia una società, sentito il debitore e il commissario, ha il potere di revocare l'organo amministrativo e nominare un amministratore giudiziario attribuendogli il potere di compiere tutti gli atti necessari all'esecuzione della proposta, inclusa la convocazione dell'assemblea straordinaria ai fini della deliberazione dell'aumento di capitale se eventualmente previsto dal piano.

Ciò che lascia perplessi della nuova disciplina è che l'obbligo di cooperazione ai fini dell'esecuzione del piano, si configuri solo in capo al debitore, prevedendo delle conseguenze esclusivamente per il proprio inadempimento. La disciplina non sembra tenere conto che in

¹⁸⁵ Cass., sentenza del 7 luglio 2015, n. 14052, in *Il Fallimento*, (2016), 3, p. 372.

alcuni casi, come ad esempio la cessione dei beni ad un assuntore, l'esecuzione del piano dipende sostanzialmente dalla cooperazione di soggetti terzi, terzi che la disciplina non tiene in considerazione prevedendo il potere surrogatorio del commissario giudiziale, o dell'amministratore giudiziario, solo in caso di inadempimento del debitore.

La disciplina dell'esecuzione del concordato subisce delle modifiche nel caso in cui la proposta omologata preveda l'integrale liquidazione dei beni dell'imprenditore al fine del soddisfacimento dei creditori. In tal caso, l'art. 182 della legge fallimentare prevede che *«il tribunale nomina nel decreto di omologazione uno o più liquidatori e un comitato di tre o cinque creditori per assistere alla liquidazione e determina le altre modalità della liquidazione»*. Dunque in ipotesi di concordato liquidatorio, in sede di esecuzione, vi è la presenza di due ulteriori organi della procedura: il liquidatore e il comitato dei creditori.

In mancanza di un espresso rinvio all'art. 30 l. fall. si può ritenere con ragionevole certezza che il liquidatore non assume la qualifica di pubblico ufficiale, perciò il suo ruolo è riconducibile a quello di un ufficio privato.

Lo stesso primo comma dell'art. 182 che delle procedure di liquidazione venga data notizia nelle forme di cui all'art. 490 cod. proc. civ., il quale prevede il deposito di un avviso nel "portale delle vendite pubbliche" tenuto a cura del Ministero della giustizia. In mancanza di un esplicito rinvio all'art. 104-ter si ritiene ammissibile ma non obbligatoria la presentazione di un piano di liquidazione.

Il comitato dei creditori svolge per lo più una funzione di controllo dovendo quest'ultimo autorizzare, ai sensi del quinto comma dell'art. 182, *«le vendite di aziende e rami di aziende, beni immobili e altri beni iscritti in pubblici registri, nonché le cessioni di attività e passività dell'azienda e di beni o rapporti giuridici individuali in blocco»*.

Per quanto riguarda la procedura di liquidazione la disciplina del concordato preventivo si limita a rinviare alla disciplina prevista dal fallimento dagli artt. 105-108 della legge fallimentare. Perciò anche in caso di concordato preventivo la liquidazione dei beni avverrà con il ricorso a procedure competitive come previsto dall'art. 107.

Si ritiene ammissibile anche l'affitto dell'azienda o di ramo d'azienda, e nonostante manchi un espresso rinvio all'art. 104-bis si ritengono applicabili le norme da questo dettate. Ai sensi del secondo comma dell'art. 104-bis, la scelta dell'affittuario avverrà mediante procedura competitiva tenendo conto *«oltre che dell'ammontare del canone offerto, delle garanzie prestate e della attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali»*.

Occorre tenere presente che l'affitto d'azienda costituisce, nel concordato liquidatorio, esclusivamente un atto prodromico alla futura alienazione, appare perciò comprensibile l'esclusione, operata dalla giurisprudenza di merito, del contratto di godimento in funzione di successiva alienazione di immobili, cd. *rent to buy*, introdotto dall'art. 23 del d.l. n. 133 del 2014, in quanto è stato ritenuto compatibile esclusivamente con l'ipotesi di concordato in continuità, dato che la regola generale in sede di concordato liquidatorio è l'immediata cessione dei beni del debitore.

La disciplina della liquidazione prevede un ultimo ed eventuale intervento del giudice delegato, infatti il secondo periodo dell'art. 182 co. 5, prevede che *«la cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo, sono effettuati su ordine del giudice, salvo diversa disposizione contenuta nel decreto di omologazione per gli atti a questa successivi»*.

La disposizione introdotta dal d.l. n. 83 del 2015 ha posto rimedio ad un inconveniente della precedente disciplina, in quanto in mancanza di un'espressa norma sulla sorte dei diritti di prelazione o dei provvedimenti cautelari, già contenuta per il fallimento dall'art. 107, il terzo acquirente del bene sottoposto a vincolo aveva l'onere di attivare un autonomo giudizio di cognizione al fine di ottenere l'effetto purgativo. Con la nuova norma dell'art. 182 co. 5 la cancellazione dei vincoli sui beni immobili può essere autorizzata direttamente dal giudice delegato, sollevando il terzo acquirente da tale onere e rendendo la vendita stessa più appetibile.

e. La risoluzione e l'annullamento del concordato

L'art 186 della legge fallimentare disciplina la risoluzione e l'annullamento del concordato successivamente al passaggio in giudicato della sua omologazione. La norma prende in considerazione l'ipotesi di un andamento patologico della fase di esecuzione della procedura concordataria. Data la natura prevalentemente contrattuale dell'istituto concordatario, l'art. 186 dispone che *«ciascuno dei creditori può richiedere la risoluzione del concordato per inadempimento»*. Non qualsiasi inadempimento però giustifica la risoluzione del concordato; infatti non legittima la risoluzione del concordato l'inadempimento di scarsa importanza.

Si può notare che così come il legislatore lascia liberi i creditori di disporre dei propri diritti di credito in sede di omologazione del concordato, così condiziona la risoluzione e l'annullamento all'impulso processuale di ciascun creditore.

La norma non precisa quando l'inadempimento possa dirsi rilevante ai fini della risoluzione, certamente comporterà la risoluzione la violazione dei requisiti minimi di ammissibilità, perciò dovrà essere dichiarato ad esempio il concordato liquidatorio che dimostri di non poter soddisfare la quota minima del venti per cento dei creditori chirografari, prevista dal quarto comma dell'art. 160 l. fall.

Le norme in tema di risoluzione e annullamento non si applicano se la domanda di concordato prevede l'accollo liberatorio dei debiti da parte di un assuntore. In tali ipotesi i creditori potranno far valere l'inadempimento del piano direttamente nei confronti dell'assuntore in autonomo giudizio civile. Il ricorso per la risoluzione del concordato è sottoposta, ex art. 186 co. 3 l. fall., al termine di decadenza di un anno dalla scadenza del termine per il compimento dell'ultimo atto previsto dal concordato.

La disciplina dettata per il concordato preventivo è affine a quella prevista per il concordato fallimentare dall'art 137, cui espressamente rinvia, in quanto compatibile, per gli aspetti procedurali. Dunque il procedimento per la risoluzione avverrà in camera di consiglio, alla presenza del debitore e dei creditori, il decreto che conclude la procedura potrà essere proposto reclamo in Corte d'appello ai sensi dell'art 18 l. fall.

Sempre il quinto comma dell'art. 186, mediante il rinvio all'art. 138 l. fall., introduce la fattispecie di annullamento del concordato. Nonostante la previsione della medesima procedura sia per la risoluzione che per l'annullamento, le due fattispecie divergono per i presupposti in quanto l'annullamento è possibile *«quando si scopre che è stato dolosamente esagerato il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo»*. L'inadempimento rilevante ai fini della risoluzione, invece, può anche derivare dalla condotta colposa del debitore o ad una causa a lui non imputabile. . Ai fini dell'annullamento del concordato, quindi, è necessaria la condotta del debitore, consapevolmente diretta a provocare gli effetti espressamente previsti dal medesimo articolo, secondo un'elencazione di ipotesi, che la giurisprudenza quantomeno in tema di concordato fallimentare ritiene tassativa. In merito all'identificazione dei presupposti che legittimano l'annullamento del concordato preventivo ha avuto modo di esprimersi la Corte di Cassazione con sentenza del 14 settembre 2016, n. 18090. La Suprema Corte era chiamata a valutare se il sequestro dovuto all'utilizzo di false fatture ai fini di evasione integrasse il presupposto per l'annullamento di sottrazione e dissimulazione dell'attivo, soluzione rinnegata dalla Corte d'appello. La Suprema Corte per risolvere suddetta questione di diritto ha fatto applicazione all'interpretazione analogica, ritenendo che l'elencazione dell'art 138 abbia carattere meramente esemplificativo potendo

essere integrata dalle disposizioni di cui all'art. 173 che in tema di revoca dell'ammissione al concordato prevede la fattispecie residuale degli "altri atti in frode ai creditori".

Sussistendo tra le due norme la *eadem ratio*, cioè quella di censurare le condotte volte ad influenzare il consenso informato dei creditori, la Cassazione ha stabilito che «*l'annullamento del concordato preventivo omologato, ex articolo 186 l.f., nel testo novellato dal Decreto Legislativo n. 169 del 2007, è un rimedio concesso ai creditori nei casi in cui la rappresentazione dell'effettiva situazione patrimoniale della società proponente, in base alla quale il concordato è stato approvato dai creditori ed omologato dal tribunale, sia risultata falsata per effetto della dolosa esagerazione del passivo, dell'omessa denuncia di uno o più crediti, ovvero della dissimulazione di tale orientamento, o di altri atti di frode, idonei ad indurre in errore i creditori sulla fattibilità e sulla convenienza del concordato proposto*»¹⁸⁶.

La pronuncia seppur basata su premesse condivisibili ha ricevuto lo scetticismo della dottrina. Parte degli interpreti hanno sottolineato come la continua revisione del concordato anche successivamente al passaggio in giudicato del provvedimento di omologazione porta con sé l'incertezza delle relazioni e dei rapporti giuridici, soprattutto ove si accogliesse l'interpretazione estensiva delle fattispecie di annullamento fornita dalla Cassazione. A ben vedere le disposizioni non hanno una ratio completamente coincidente «*infatti, se per un verso l'atipicità e l'indeterminatezza delle fattispecie costituenti la generica categoria degli "altri atti di frode" può avere un senso allorché si tratta di provocare l'interruzione di una procedura ancora in corso, per un altro verso molto meno ne avrebbe allorché si tratti di intervenire nella fase di esecuzione di un accordo oramai accettato dai creditori e giudizialmente omologato con provvedimento non più impugnabile*»¹⁸⁷.

Relativamente invece agli effetti della dichiarazione di risoluzione o annullamento del concordato preventivo si assiste ad una divaricazione della sorte degli effetti esdebitatori del concordato rispetto all'efficacia degli atti compiuti in sede di esecuzione del concordato. Per ciò che attiene la remissione del debito derivante dall'omologazione del concordato, gli effetti dell'annullamento (o risoluzione) retroagiscono fino al momento di presentazione della domanda e i creditori vedono ripristinato per l'intero il loro diritto di credito.

Invece «*i creditori anteriori conservano le garanzie per le somme tuttora ad essi dovute in base al concordato risolto o annullato e non sono tenuti a restituire quanto hanno già riscosso*», trovando applicazione la disposizione di cui all'art. 140 terzo comma l. fall. in tema

¹⁸⁶ Cass., sentenza del 14 settembre 2016, n. 18090. Con nota di: G. VIGNA TAGLIANTI, *Riflessioni sulle ipotesi di annullamento del concordato preventivo*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, (2016), 4, p. 668.

¹⁸⁷ P. F. CENSONI, *L'annullamento del concordato preventivo e la riscrittura dell'art. 186 l. fall. ad opera della Suprema Corte: verso un diritto senza certezze*, in *Il Fallimento*, (2017), 1, p. 32.

di concordato preventivo. L'annullamento non produce, quindi, effetti revocatori su gli atti compiuti in esecuzione del concordato.

La Corte di Cassazione ha avuto modo di pronunciarsi, con sentenza del 23 luglio 2014 n. 16738, in merito ai pagamenti illegittimamente compiuti in favore dei creditori chirografari e a scapito di quelli privilegiati in sede di esecuzione di un concordato successivamente risolto ai sensi dell'art. 186 l. fall. La Suprema Corte ha stabilito che *«in caso di risoluzione del concordato preventivo e di conseguente dichiarazione di fallimento, in applicazione analogica del principio sancito dall'art 140, terzo comma, legge fall., in tema di concordato fallimentare - secondo cui i creditori anteriori alla riapertura della procedura fallimentare sono esonerati dalla restituzione di quanto hanno riscosso in base al concordato risolto o annullato, sempre che si tratti di riscossioni valide ed efficaci e non di riscossioni cui essi non avevano diritto - sono privi di efficacia quegli atti che, pur trovando la loro ragione d'essere nella procedura concordataria, siano divenuti estranei alle finalità dell'istituto, in quanto eseguiti al di là dei limiti stabiliti nella sentenza di omologazione o in violazione del principio della "par condicio creditorum" e dell'ordine delle prelazioni»*¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Cass., sentenza del 23 luglio 2014, n. 16738, in *Il Fallimento*, (2015), 7, p. 85

III. IL CONCORDATO PREVENTIVO DI GRUPPO

1. La sentenza della Corte di Cassazione del 13 ottobre 2015, n. 20559

L'esercizio dell'impresa mediante l'organizzazione di gruppo rappresenta ormai una consuetudine dell'agire economico, tanto della grande impresa multinazionale quanto della piccola media impresa, trattandosi di uno schema organizzativo che favorisce le economie di scala e assicura benefici derivanti dalla programmazione, finanziaria e commerciale, accentrata.

Nonostante l'attività di direzione e coordinamento trovi specifica disciplina nel diritto societario lo stesso non si può dire nel sistema delle procedure concorsuali, ove non vi sono specifiche disposizioni volte a governare la crisi e l'insolvenza di gruppo. Le riforme delle procedure concorsuali degli anni Duemila, attuate con i decreti legislativi n. 5 del 9 gennaio 2006 e n. 169 del 12 settembre 2007, non hanno affrontato il tema della crisi del gruppo di imprese, nonostante dalla Relazione generale della Commissione ministeriale per la riforma delle procedure concorsuali (Commissione Trevisanato) avesse raggiunto in merito un consenso diffuso.

La Commissione ministeriale riteneva che al fine di garantire un'efficiente gestione della crisi del gruppo di imprese fosse necessaria *«la preposizione alle procedure degli stessi organi di gestione e di controllo, nonché la possibile integrazione del consiglio dei creditori, ferma restando l'autonomia delle singole masse attive e passive»*¹⁸⁹.

Il legislatore non ha inteso cogliere i suggerimenti della commissione di studio, serbando il silenzio in merito alla gestione della crisi di gruppo; di conseguenza hanno cercato di porre rimedio a tale lacuna la giurisprudenza di merito e la dottrina. I commentatori si sono concentrati soprattutto sul concordato preventivo, in quanto esso costituisce lo strumento di risanamento dell'impresa, che lascia la maggior autonomia negoziale alle parti coinvolte nella crisi, il debitore e i creditori.

L'insieme di principi identificati dal susseguirsi di pronunce di merito (cui verrà dato ampio spazio nel par. 2 di questo capitolo) ha però subito una battuta d'arresto con la pronuncia della Corte di Cassazione del 13 ottobre 2015, n. 20559.

La Suprema Corte ha stabilito che *«il concordato c.d. di gruppo non è proponibile, innanzi al medesimo tribunale, in assenza di una disciplina positiva che si occupi di regolarne la*

¹⁸⁹ Commissione ministeriale per la riforma delle procedure concorsuali, *Relazione generale*, in www.ilfallimento.it, p. 32.

competenza, le forme del ricorso, la nomina degli organi, nonché la formazione delle classi e delle masse, sicché, in base alla disciplina vigente, il concordato preventivo può essere proposto unicamente da ciascuna delle società appartenenti al gruppo davanti al tribunale territorialmente competente per ogni singola procedura, senza possibilità di confusione delle masse attive e passive, per essere, quindi, approvato da maggioranze calcolate con riferimento alle posizioni debitorie di ogni singola impresa»¹⁹⁰.

L'intervento del Supremo Collegio ha dunque smentito la maggior parte delle conclusioni cui la giurisprudenza di merito era approdata, ritenendo che in mancanza di una disciplina positiva la crisi del gruppo debba essere gestita applicando le ordinarie regole previste dagli artt. 160 e ss. della legge fallimentare, dovendo perciò ogni singola impresa presentare un'autonoma domanda di concordato preventivo.

Dati gli effetti dirompenti della pronuncia della Suprema Corte, che è destinata ad essere lo spartiacque in materia di coordinamento delle procedure concorsuali di più imprese fra di loro legate da rapporti di gruppo, sembra opportuno ripercorre l'intero iter processuale che ha condotto la Corte di Cassazione a pronunciarsi in tal senso.

a. La proposta concordataria e le opposizioni dei creditori

Il caso affrontato dalla Suprema corte trae origine dalla domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo presentata dalla società Baglietto s.n.c., costituita mediante il conferimento pressoché totalitario dei patrimoni di quattro società facenti parte dello stesso gruppo: Cantieri Navali Baglietto s.r.l. con socio unico, Gruppo Baglietto s.p.a., Cantieri di Pisa s.r.l., Speziayachting s.r.l., le quali assumevano perciò il ruolo di soci illimitatamente responsabili.

La costituzione della società in nome collettivo era risolutivamente condizionata alla mancata omologazione del concordato preventivo, cui chiedevano di aderire anche i soci illimitatamente responsabili, per tale motivo era stato predisposto un impianto contabile che consentiva la rilevazione separata dei fatti attinenti alle singole società del gruppo, al fine di evitare la irreversibile commistione di patrimoni che avrebbe potuto comportare effetti dannosi in caso di mancata omologazione della domanda.

Il piano concordatario prevedeva la continuità aziendale indiretta ed il pagamento dell'onere concordatario, quantificato in € 43.793.000,00, entro centoventi giorni dall'omologazione con

¹⁹⁰ Cass., sentenza del 13 ottobre 2015, n. 20559. Con nota di: A. DI MAJO, *Il fenomeno del concordato c.d. di gruppo e il diniego espresso dalla Corte di Cassazione*, in *Giurisprudenza italiana*, (2016), 2, p. 395.

il pagamento integrale delle spese di giustizia, delle spese di accesso alla procedura e dei compensi dovuti al professionista attestatore così come era garantito il pagamento integrale dei creditori muniti di cause legittime di prelazione.

Per quanto riguarda invece i creditori chirografari la proposta prevedeva la suddivisione in sei classi con il pagamento di percentuali diverse (per maggiori informazioni si veda la tabella riassuntiva).

CLASSI	COMPONENTI	ADEMPIMENTO	VOTI FAVOREVOLI
n. 1	Creditori chirografari Baglietto s.n.c.	6,5 %	73,11%
n. 2	Creditori chirografari società operative	18 %	72,85 %
n. 3	Armatori commesse	10 %	67,48 %
n. 4	Finanziamenti soci	1,00 €	100 %
n. 5	Crediti commerciali soci	2,00 €	100 %
n. 6	Banca (parte chirografaria)	2 %	100 %

Il piano presentato dal debitore prevedeva la garanzia di Ineco s.r.l., la quale costituitasi quale assuntore si impegnava ad assolvere l'intero onere concordatario mediante la cessione della quasi totalità dei beni mobili e immobili di proprietà di Baglietto s.n.c. a Effebi Holding S.p.A. quest'ultima avrebbe versato alla società proponente € 30.500.000,00 con l'accollo dell'assuntore delle residue somme da versare ai creditori concorsuali.

Dato che la proposta aveva raggiunto il voto favorevole della maggioranza dei creditori in ciascuna classe di creditori chirografari, in conformità a quanto prescritto dall'art. 177 della legge fallimentare, il concordato era stato omologato con decreto del Tribunale della Spezia del 27 aprile 2011.

All'omologazione del concordato si opponevano i creditori adducendo argomenti sia di rito che di merito. Innanzitutto i creditori eccepivano l'incompetenza del tribunale della Spezia a favore del Tribunale di Milano in quanto in tale luogo avevano sede alcune delle società operative aderenti alla procedura, gli oppositori perciò lamentavano la violazione dell'art. 161 l. fall. nella parte in cui sancisce l'irrelevanza del trasferimento di sede sociale nell'anno precedente al deposito del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo.

Il Tribunale della Spezia riteneva l'eccezione di incompetenza infondata in quanto da tempo le società poi conferite nella Baglietto s.n.c. avevano quale centro propulsivo degli affari la città di La Spezia essendo il luogo ove venivano assunte le commesse e conclusi i contratti. Il Tribunale di La Spezia, inoltre, precisava, che *«più specificamente può dirsi che sia la stessa*

vicenda che ha condotto alla costituzione della società Baglietto s.n.c. che esclude ogni rilevanza della norma invocata dagli opposenti: è la costituzione di tale nuova società, avente sede in La Spezia, che non può essere considerata uno strumento utilizzato per eludere le norme sulla competenza territoriale, giacché senza di essa neppure avrebbe potuto essere formulata una proposta concordataria che prevedesse la continuazione delle imprese sotto un'unica direzione».

Ulteriormente i creditori eccepivano l'inammissibilità della proposta concordataria in quanto realizzava la commistione dei patrimoni delle singole società finalizzata al soddisfacimento di masse indistinte di creditori in violazione delle norme concorsuali e in danno ai creditori stessi.

Il Tribunale, contrariamente a quanto affermato dai creditori, riteneva del tutto legittimo il conferimento dei complessi aziendali in una società in nome collettivo, in quanto tale operazione rientrava nelle operazioni straordinarie, cui il creditore può fare ricorso, ai sensi dell'art. 160 comma 1 lett. a) l. fall., al fine di assicurare il soddisfacimento dei creditori.

Il giudice ha rilevato, inoltre, che *«l'operazione posta a fondamento della proposta concordataria qui esaminata non può essere qualificata come un concordato di gruppo mascherato e quindi vietato in quanto tale, non solo perché formalmente non si tratta di un concordato di gruppo ma soprattutto perché è la legge fallimentare riformata che consente una gestione della crisi dell'impresa in tal modo articolata e che in nessun caso appare riconducibile addirittura a fatti di rilievo penale, come invece ipotizzato in taluni atti di opposizione».*

I creditori inoltre sostenevano la sussistenza del conflitto di interessi (artt. 2391 2629 c.c.) del soggetto che aveva agito quale rappresentante sia delle società conferenti che della società conferitaria. Il Tribunale della Spezia respingeva anche tale argomento, ritenendo che il soggetto rappresentante, sia delle società conferenti che di quella conferitaria, avesse agito quale mero esecutore della volontà delle parti, regolarmente formatasi in seno agli organi sociali competenti.

Gli opposenti inoltre denunciavano la violazione dell'art. 160 comma 1 lett. c) della legge fallimentare in quanto le classi non erano state formate secondo posizioni giuridiche ed interessi economici omogenei, avendo il proponente inserito nella classe seconda indistintamente tutti i creditori chirografari delle società operative alterando la *par condicio creditorum* a scapito dei creditori delle società più capienti. Così come non erano state rispettate le prescrizioni della lett. c) dell'art. 160 avendo il debitore inserito nella medesima classe banche e fornitori.

Relativamente a tale motivo di opposizione il giudice di merito ha ritenuto l'eccezione astrattamente fondata, ma irrilevante nel caso di specie, in quanto «*l'analisi del voto resa possibile dalla relazione prodotta in proposito dai commissari giudiziali comprova che la proposta concordataria sarebbe stata approvata con distinte maggioranze anche qualora i fornitori delle società operative (cui appartengono gli opposenti) fossero stati collocati in una classe separata dalle banche*»¹⁹¹.

Dato che la formulazione delle classi prevista dal piano concordatario non aveva l'effetto di modificare le maggioranze prescritte per la sua approvazione, la censura relativa all'inclusione di tutti i creditori delle società operative in un'unica classe costituiva un'eccezione relativa alla convenienza economica della proposta. Eccezione che i creditori oppositori non erano legittimati a proporre, ai sensi del co. 7 dell'art. 180 l.fall., in quanto essi non appartenevano ad una delle classi dissenzienti.

Questione che non era possibile esaminare in quanto l'opposizione proveniva da creditori appartenenti ad una classe consenziente in sede di omologazione, mentre solo i creditori appartenenti ad una classe dissenziente sono legittimati ad attivare il controllo del tribunale in merito alla convenienza economica del piano ai sensi del comma quarto dell'art. 180 l. fall.

Sempre in merito ai criteri di formazione delle classi dei creditori, erano considerati illegittimi l'accorpamento in un'unica classe dei creditori postergati e l'attribuzione ai medesimi del diritto di voto. Il giudice, riconosciuta la delicatezza della questione dal punto di vista interpretativo, non essendovi soluzioni univoche da parte di dottrina e giurisprudenza, riteneva irrilevante l'eccezione in quanto una diversa formazione delle classi non avrebbe modificato i risultati della votazione in sede di adunanza.

Ritenute infondate tutte le opposizioni proposte dai creditori conseguentemente il Tribunale della Spezia omologava, con decreto del 2 maggio 2011, il concordato preventivo presentato da Baglietto s.n.c.

b. La decisione della Corte d'appello in sede di reclamo

Contro il decreto di omologazione del concordato emesso dal Tribunale della Spezia i creditori proponevano reclamo, ai sensi dell'art. 183 l. fall., di fronte alla Corte d'appello di Genova riproponendo buona parte degli argomenti che erano stati oggetto di opposizione nel giudizio di omologazione.

¹⁹¹ Tribunale della Spezia, decreto del 02 maggio 2011, in www.ilcaso.it, (2011).

Il collegio genovese innanzitutto si preoccupava di specificare il termine per il reclamo, in quanto l'art. 183 non fornisce alcuna indicazione in merito. Dottrina e giurisprudenza sono divise nel ritenere applicabile: il termine di trenta giorni previsto dall'art. 18 della legge fallimentare, per il reclamo della sentenza dichiarativa del fallimento; oppure il termine generale di 10 giorni prescritto in via generale dall'art. 739 cod. proc. civ. per il reclamo dei provvedimenti emessi in camera di consiglio.

La Corte d'appello di Genova aderiva alla seconda tesi, secondo cui il reclamo deve essere proposto nel termine di dieci giorni dalla notifica, effettuata ad istanza di parte, del decreto di omologazione. Si legge nella sentenza della Corte: *«in tal senso Cass. 4 novembre 2011, n. 22931 che, dopo aver evidenziato come debba escludersi un'applicazione analogica al concordato preventivo della particolare disciplina del concordato fallimentare di cui all'art. 131 l.fall., avendo il legislatore dettato una specifica disposizione per il concordato preventivo e come, quindi, il procedimento di omologazione del concordato preventivo si svolga secondo il comune rito camerale ex art. 737 e ss. c.p.c.»*¹⁹².

Successivamente il giudice d'appello affrontava un'ulteriore questione di rito relativa all'ammissibilità del reclamo proposto dall'Agenzia delle Entrate, la quale non aveva fatto opposizione avverso il decreto di omologazione.

La Corte rilevava come l'art. 183 della legge fallimentare non preclude il reclamo al creditore rimasto silente in sede di opposizione, ma affermava comunque l'inammissibilità del reclamo facendo applicazione dei principi generali in materia di reclamo ai provvedimenti camerale.

Ex multis, la sentenza della Corte di Cassazione del 24 maggio 1991, n. 5877, ha stabilito che *«l'art. 739, comma 2° c.p.c. ha inteso riservare la possibilità di reclamare ai soggetti nei confronti dei quali si svolge il procedimento di primo grado onde coloro che rimasero estranei al procedimento stesso possono impugnare in sede contenziosa ordinaria, per ragioni di legittimità, il provvedimento camerale emesso inter alios»*¹⁹³.

Nei provvedimenti camerale, dunque, la legittimazione al reclamo si determina per *relationem* rispetto alla qualità di parte nel primo grado di giudizio: in materia di concordato preventivo saranno legittimati al reclamo unicamente i soggetti che manifestarono la volontà contraria all'omologazione ovvero costituitisi, ai sensi dell'art. 180 l. fall., nel giudizio di omologazione per sostenere la stessa o per opporsi.

¹⁹² Corte d'appello di Genova, decreto del 23 dicembre 2011, con nota di: L. SALVATO, *Profili della disciplina del concordato preventivo e contenuto del controllo giudiziario*, in *Il Fallimento*, (2012), 4, p. 438.

¹⁹³ Cass. sentenza del 24 maggio 1991, n. 5877. Con nota di: P. DELLA VEDOVA, *Principio del contraddittorio e poteri del litisconsorte necessario nel procedimento camerale*, in *Rivista del notariato*, (1992), 4, p. 952.

Coerentemente con tali premesse la Corte d'appello di Genova dichiarava inammissibile il reclamo dell'Agencia dell'Entrata non costituitasi nel giudizio di omologazione.

Sempre relativamente ai motivi di reclamo attinenti alle questioni di rito, il giudice del reclamo era chiamato a valutare l'eccezione di incompetenza, già decisa dal Tribunale della Spezia in sede di omologazione ma riproposta tra i motivi di reclamo, e la mancata applicazione dell'art. 161 co. 1 ultima parte, il quale pone una presunzione assoluta di simulazione in merito al trasferimento della sede principale compiuto entro un anno dalla presentazione del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo.

Tre delle società operative conferenti, infatti, avevano sede a Milano, la quarta a Pisa, mentre la Baglietto s.n.c., proponente la domanda di concordato preventivo, era stata costituita con sede a La Spezia al fine, secondo quanto sostenuto dai creditori, di spostare in modo artificioso il foro competente per la procedura.

Il giudice di primo grado aveva valutato insussistente l'eccezione non sussistendo la fattispecie di cui all'art. 161 l. fall. dato che Baglietto s.n.c. era stata direttamente costituita con sede alla Spezia, senza che perciò vi fosse un trasferimento di sede. A fugare ogni dubbio vi era la circostanza che La Spezia risultava essere il centro propulsivo dell'attività imprenditoriale del gruppo.

La Corte d'appello accoglieva la prospettazione del giudice di prime cure, ritenendo che nel caso di specie non potesse trovare applicazione la disposizione di cui all'art. 161, non essendovi stato alcun trasferimento di sede. Lo stesso collegio giudicava sussistente il contrasto tra sede legale e sede effettiva per quanto riguardava le società operative, soci illimitatamente responsabili della Baglietto s.n.c. ed aderenti al concordato. Tale contrasto era risolto mediante l'applicazione dei principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità, con sentenza del 16 giugno 2000 n. 8237, in merito alla competenza per la dichiarazione di fallimento.

La Suprema Corte aveva stabilito che *«la competenza a dichiarare il fallimento spetta, a norma dell'art. 9 l.fall., al tribunale del luogo in cui l'impresa ha la sua sede principale, dove cioè promuove sul piano organizzativo i suoi affari, luogo che coincide di regola con la sede legale; la presunzione di coincidenza della sede effettiva con la sede legale può essere vinta dalla prova del carattere meramente fittizio e formale della sede legale, restando irrilevante il trasferimento di quest'ultima non accompagnato dal reale trasferimento del centro propulsore quando la crisi economica dell'impresa si è già manifestata»*¹⁹⁴.

¹⁹⁴ Cass., sentenza del 16 giugno 2000, n. 8237, in *Repertorio de Il Foro Italiano*, (2000), [2880], n. 265.

Dato che la presunzione della coincidenza tra sede legale e sede effettiva ammette prova contraria, il giudice di merito aveva correttamente valutato la propria competenza relativamente alle società operative aderenti al concordato, in quanto il centro propulsore degli interessi economici delle società operative poteva identificarsi nella città ligure ben prima della manifestazione della crisi.

Passando alle censure di merito i creditori lamentavano l'errata applicazione dell'art. 184 secondo comma della legge fallimentare, in quanto l'effetto esdebitatorio del concordato preventivo, a favore dei soci illimitatamente responsabili, era stato esteso anche ai creditori particolari delle società operative, socie illimitatamente responsabili di Baglietto s.n.c.

L'interpretazione prevalente, degli effetti dell'omologazione del concordato nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, ricostruisce il fenomeno in termini di effetto esdebitatorio parziale, cioè limitato esclusivamente ai crediti di natura sociale (in questo senso Cass. del 6 marzo 2010 n. 7273).

Nel caso di specie, a parere dell'organo giudicante, le società operative non si erano limitate ad invocare l'effetto di cui all'art 184 l. fall. ma *«hanno dichiarato di agire anche “in proprio” e non solo nella qualità di soci illimitatamente responsabili ed hanno concluso chiedendo di essere “tutte” ammesse alla procedura di concordato preventivo, istanza accolta nel decreto reclamato»*. Corollario di tale argomento è la legittimità dell'estensione della falcidia concordataria ai creditori particolari delle società operative.

Analizzando il merito della proposta di concordato omologata, la Corte d'appello si discostava notevolmente dalla valutazione del giudice di primo grado, il quale non aveva ritenuto sussistente nel caso di specie la fattispecie di concordato preventivo di gruppo, trattandosi a suo giudizio di una fattispecie di operazione straordinaria, attuata mediante il conferimento dei patrimoni delle società operative in una società in nome collettivo, pienamente legittimata dalla lettera dell'art. 160 co. 1 lett. a) l. fall. quale possibile forma di ristrutturazione dei debiti e soddisfazione dei creditori.

Viceversa il collegio genovese riteneva sussistente la fattispecie di concordato preventivo di gruppo, nonostante mancando un espresso riconoscimento legislativo, la legittimità di tale istituto risultasse contestata. A parere del giudice del reclamo la scelta di autonomia privata del concordato preventivo riferito al gruppo *«non può che ritenersi legittima consentendo l'art. 1322 c.c. di affermare detta possibilità esplicativa in quanto meritevole di tutela*

essendo riferita ad una realtà economica di primaria rilevanza nell'attuale contesto di mercato qual è l'impresa di gruppo»¹⁹⁵.

Secondo tale ricostruzione il concordato preventivo di gruppo supera il vaglio di meritevolezza prescritta dall'art. 1322 c.c. in quanto strumento di autonomia privata volto a perseguire la causa concreta del concordato preventivo, che risulta essere il risanamento dell'impresa, per quanto possibile, ai fini della permanenza dell'impresa sul mercato mediante la rinuncia proveniente dai creditori di una parte delle loro ragioni di credito.

Relativamente al giudizio di meritevolezza della presentazione di un concordato preventivo di gruppo la Corte di Genova sembrava accogliere l'interpretazione compiuta dal Tribunale di Roma, contenuta nel decreto del 7 marzo 2011. Il giudice romano aveva stabilito che «*devono ritenersi sussistere la necessità pratica e la meritevolezza giuridica del concordato preventivo basato sopra un piano aziendale riferito all'impresa di gruppo e non a ciascun settore di quella impresa, particolarmente riferito ad una determinata società commerciale. Ne consegue che un singolo ricorso può certamente contenere la posizione di più società commerciali e richiedere, in un'unica adunanza, singole votazioni e separate deliberazioni in ragione di ciascuna organizzazione societaria e del gruppo di creditori ad essa riferibili*»¹⁹⁶.

Ulteriore motivo di reclamo avverso il decreto di omologazione del Tribunale della Spezia si riferiva alla scorrettezza dei criteri di formazione delle classi, che ai sensi dell'art. 160 co. 1 lett. c) l. fall. devono essere formate tenendo in considerazione posizione giuridica ed interessi economici omogenei.

Veniva, in primo luogo, contestata la modalità di soddisfacimento dei creditori di classe n. 3 (armatori e commesse) per i quali la proposta prevedeva una promessa di adempimento del dieci per cento dei loro crediti o, alternativamente, la *datio in solutum* di un'imbarcazione non ancora completata. Tale modalità di adempimento, a giudizio dei creditori, comportava una situazione di incertezza giuridica per i creditori appartenenti a tale classe.

Il giudice d'appello riteneva che la censura relativa alla modalità di soddisfazione prevista dal piano «*incide sulla valutazione della convenienza del piano concordatario rimessa alla classe stessa (sindacabile dal giudice solo in presenza dei presupposti di cui al comma quarto dell'art. 180 l.fall.) e non affatto sulla correttezza o meno della formazione delle classi*»¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Corte d'appello di Genova, decreto del 23 dicembre 2011, con nota di: L. SALVATO, *Profili della disciplina del concordato preventivo e contenuto del controllo giudiziario*, in *Il Fallimento*, (2012), cit., p. 440.

¹⁹⁶ Tribunale di Roma, decreto del 7 marzo 2011, con nota di: D. FRACCHIA, *Impresa in forma di gruppo e accesso al concordato preventivo*, in *Nuovo notiziario giuridico*, I, (2011), 1, p. 89

¹⁹⁷ Corte d'appello di Genova, decreto del 23 dicembre 2011, con nota di: L. SALVATO, *Profili della disciplina del concordato preventivo e contenuto del controllo giudiziario*, in *Il Fallimento*, (2012), cit., p. 441

La Corte d'appello in sede di reclamo non poté valutare la convenienza economica della proposta, in quanto i creditori in sede di opposizione all'omologazione non avevano contestato la convenienza economica della proposta, come espressamente richiesto dal secondo periodo dell'art. 180 comma quarto l. fall.

Veniva inoltre contestata l'inclusione nella classe n. 2 di tutti i creditori delle società operative, nonostante gli stessi appartenessero alle categorie di soggetti fornitori e banche, rispettivamente inclusi nella classe quinta e sesta. La Corte d'appello riteneva irrilevante la questione in quanto dalla relazione dei commissari poteva essere desunto che il piano sarebbe stato comunque approvato anche in una diversa suddivisione dei creditori in classi.

Sempre relativamente ai criteri di formazione delle classi, i creditori contestavano l'inserimento in un'unica classe dei soci in qualità di creditori postergati, ai sensi dell'art. 2467 c.c., per i finanziamenti dagli stessi erogati a favore della società. Nel decidere tale eccezione, che coinvolge l'annosa questione in merito al trattamento dei finanziamenti dei soci in sede di concordato preventivo, il giudice dell'impugnazione richiamava la pronuncia della Corte di Cassazione del 4 febbraio 2009, n. 2706.

Nel provvedimento la Suprema Corte aveva affermato che ai fini della formazione del piano concordatario *«i soci finanziatori non possono essere inseriti nel piano del quale facciano parte anche altri creditori chirografari, sia per la loro diversa posizione nei confronti della società rispetto ai terzi sia, e soprattutto, in applicazione dell'art. 2467, comma 1, cod. civ., che ha introdotto il principio della postergazione delle loro ragioni creditorie rispetto a quelle degli altri creditori, principio derogabile soltanto con il consenso della maggioranza di ciascuna classe di creditori»*¹⁹⁸.

Nel caso di specie la suddivisione operata dalla proponente Baglietto s.n.c. era considerata legittima in ragione del fatto che i finanziamenti dei soci non erano stati confusi con i diritti di credito di soggetti terzi, essendo stati inseriti in apposita classe; inoltre la circostanza era ininfluyente, ai fini dell'approvazione del piano, dato che eliminando i voti dei creditori postergati il concordato sarebbe stato comunque approvato.

La Corte d'appello di Genova riteneva inoltre infondate le censure relative alla completezza dei documenti da allegare al piano (ex art. 161 co. 2) e della relazione del commissario giudiziale (ex art. 172 l. fall.), avendo, il debitore e il commissario giudiziale, fornito tutto il

¹⁹⁸ Cass., sentenza del 4 febbraio 2009, n. 2706. Con nota di: M. C. DI MARTINO, *Alcune questioni in tema di limiti all'autonomia privata nella predisposizione del piano di concordato: formazione obbligatoria delle classi e crediti postergati*, in *Banca borsa e titoli di credito*, I, (2012), 1, p. 10

patrimonio informativo richiesto dalla legge necessario per una manifestazione informata di volontà da parte dei creditori.

Infine quale argomento di merito i creditori contestavano la concreta fattibilità della proposta concordataria. La Corte d'appello di Genova ricordava come la sentenza della Cassazione del 25 ottobre 2010, n. 21860, valorizzando il dato testuale del comma terzo dell'art 180 l. fall., avesse ritenuto non condivisibile l'orientamento di dottrina e giurisprudenza volto ad estendere il controllo del Tribunale in sede di omologazione alla concreta fattibilità della proposta. La Corte di Cassazione aveva ritenuto inammissibile il controllo del Tribunale in sede di omologazione relativamente alla concreta fattibilità della proposta, in quanto il medesimo controllo era «*in contrasto con il dettato normativo dal quale si ricava che il legislatore ha inteso dare una netta prevalenza alla natura contrattuale, privatistica del concordato, che da decisivo rilievo al consenso dei creditori*»¹⁹⁹.

Alla luce di tale sentenza di legittimità al Tribunale in sede di omologazione, e conseguentemente alla Corte d'appello in sede di reclamo, spetterebbe esclusivamente il controllo di regolarità formale.

Contrariamente la Corte d'Appello di Genova affermava l'estensione del sindacato da parte del Tribunale in sede di omologazione, rivenendo a sostegno di tale ultima tesi il precedente della Suprema Corte del 15 settembre 2011 n. 18864²⁰⁰.

La Corte d'Appello di Genova aveva valutato positivamente la proposta concordataria relativamente alla correttezza e veridicità del patrimonio informativo, in quanto la relazione del perito, facente parte integrante della relazione dei commissari ai sensi dell'art. 172 l. fall., aveva correttamente evidenziato come il piano concordatario assicurava ai creditori un miglior soddisfacimento rispetto all'alternativa fallimentare.

Così come la proposta era stata valutata positivamente sul piano della legittimità sostanziale, essendo garantito l'onere concordatario: per circa due terzi dalla cessione del patrimonio di Baglietto s.n.c. ad un assuntore per un valore di € 30.500.000,00 (proposta irrevocabile d'acquisto accompagnata da fideiussione bancaria a prima richiesta per € 6.250.000,00 e con

¹⁹⁹ FABIANI M., *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Il Fallimento*, (2011), cit., p. 170.

²⁰⁰ Cass., sentenza del 15 settembre 2011, n. 18864. Tale pronuncia aveva esteso il controllo del Tribunale in sede di omologazione alla legittimità sostanziale del piano concordatario, a parere della Corte il Collegio in sede di omologazione doveva controllare la veridicità e correttezza dei dati contabili e la realizzabilità dell'oggetto dal punto di vista giuridico «*non dovendo – però – essere confusa con la normale alea inscindibilmente connessa con la valutazione di fattibilità di qualsiasi iniziativa economica*». La valutazione di quest'ultimo aspetto era di esclusiva competenza dei creditori, i quali la rendevano palese con l'esercizio del voto in adunanza. Con nota di: L. SALVATO, *Puntualizzazioni della Corte di Cassazione sul potere di controllo del Tribunale nel concordato preventivo*, in *Il Corriere giuridico*, (2012), 1, p. 41.

l'impegno dell'investitore a rilasciare un'ulteriore fideiussione bancaria all'atto di trasferimento dei beni per € 27.000.000,00); per il residuo terzo dalla liquidazione dei restanti beni di Baglietto s.n.c. e con risorse dello stesso assuntore (impegno dell'assuntore garantito da fideiussione bancaria per € 1.000.000,00).

La Corte d'appello di Genova dunque, con decreto del 23 dicembre 2011, respingeva tutti i motivi di reclamo proposti dall'Agenzia dell'Entrate e dai creditori avverso il decreto di omologazione emesso dal Tribunale della Spezia con decreto 27/04 - 2/5/2011 e condannava i reclamanti alle spese.

c. I motivi di ricorso e la decisione del giudice di legittimità

Contro il decreto della Corte d'Appello di Genova del 23 dicembre 2011, che in sede di reclamo aveva respinto tutte le censure dei ricorrenti e conformato l'omologazione del concordato preventivo della società Baglietto s.n.c. e dei suoi quattro soci illimitatamente responsabili, i creditori, fra i quali vi era anche l'Agenzia dell'Entrate, proposero ricorso in Cassazione.

Contro il provvedimento della Corte d'appello di Genova, vennero presentati ben dieci motivi di impugnazione: tre da parte dell'Agenzia dell'Entrate e sette da parte degli altri creditori.

L'Erario lamentava, in primo luogo, la violazione degli artt. 180 e 183 l. fall., avendo l'organo decidente escluso la legittimazione al reclamo del ricorrente in quanto non aveva proposto opposizione all'omologazione del concordato. Viceversa il ricorrente sosteneva la legittimazione al reclamo anche del creditore che non avesse proposto opposizione in sede di omologazione.

Ulteriormente l'Agenzia dell'Entrate denunciava la falsa applicazione dell'art. 182-ter l. fall. in quanto il piano concordatario prevedeva il pagamento dei debiti tributari, non nel termine previsto per il pagamento dei crediti non contestati, ma nella misura accertata all'esito dei ricorsi tributari.

Infine l'Erario denunciava la violazione e la falsa applicazione degli artt. 182-ter e 183 l. fall., avendo il decreto che aveva deciso il reclamo violato il principio di effettività del diritto comunitario e di tutela degli interessi della comunità, data l'esistenza di un credito IVA il cui pagamento non era previsto nel termine per il pagamento dei crediti non contestati.

Per quanto riguarda i creditori essi eccepivano innanzitutto l'incompetenza del Tribunale della Spezia a favore del Tribunale di Milano, ove avevano sede al momento di presentazione della domanda di ammissione tre delle quattro società illimitatamente responsabili per le

obbligazioni di Baglietto s.n.c. mentre l'ultima aveva sede a Pisa, con la conseguente violazione degli artt. 28 e 137 cod. proc. civ.; artt. 2196 e 2197 c.c. e dell'art. 161 l. fall. Mentre con il secondo motivo si denunciava l'insufficiente o contraddittoria motivazione sul punto.

In via subordinata i creditori lamentavano la violazione degli artt. 160, 161, 171, l. fall. e 1427 ss. c.c. in quanto le modifiche alla proposta non erano state comunicate tempestivamente ai creditori ma rese in udienza, con la conseguenza che solo i creditori presenti in tale udienza ne avevano avuto notizia.

Sempre in via subordinata i creditori censuravano i criteri di formazione delle classi (specificamente classi n. 2 e n. 3) in quanto erano stati accorpati creditori con interessi economici e posizione giuridica eterogeni, con conseguente violazione dell'art. 160 co1 lett. c), da cui derivava un indebito vantaggio per i creditori delle società meno capienti rispetto a quelle più capienti.

In via ulteriormente subordinata i ricorrenti denunciavano carenze informative in merito alla situazione patrimoniale economica e finanziaria del proponente e dello stato analitico ed estimativo dei beni appartenenti ai soci illimitatamente responsabili, da cui la violazione degli artt. 152, 161 e 172 l. fall.

Con il sesto subordinato motivo i creditori denunciavano la violazione degli artt. 1322 c.c.; 160 e 184 l. fall. avendo il concordato preventivo esteso gli effetti esdebitatori a favore dei soci illimitatamente responsabili anche ai loro creditori particolari con alterazione della *pars condicio creditorum*.

Veniva infine denunciata la mancanza di fattibilità del piano con conseguente violazione degli artt. 163 e 180 l. fall. Come di seguito si vedrà la decisione della Suprema Corte ruota intorno al primo e secondo motivo presentati dai creditori, relativamente alla competenza del Tribunale della Spezia a disporre l'omologazione del concordato, e sul sesto motivo in merito agli effetti remissori del concordato preventivo nei confronti dei creditori particolari dei soci illimitatamente responsabili.

La Suprema Corte innanzitutto si occupa di precisare che «*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*». Allo stesso tempo però la Corte riconosce che «*nella pratica si è assistito, con modalità variegata, a tentativi*

empirici di coordinamento delle procedure afferenti le diverse società del gruppo alla ricerca di una gestione unitaria dell'insolvenza»²⁰¹.

In tale inciso la Cassazione riconosce la lacuna normativa in merito al concordato preventivo di gruppo e i tentativi empirici di coordinamento delle procedure concorsuali relative ad imprese appartenenti al medesimo gruppo, fenomeno che gli studiosi del cd. concordato preventivo di gruppo definiscono come *procedural consolidation*, afferma implicitamente che gli strumenti adottati nella pratica per una gestione unitaria della crisi di gruppo sono legittimi fintantoché rispettano le norme prescritte dalla vigente legge fallimentare.

Alla luce di tale premessa la Suprema Corte valuta la prima delle eccezioni di rito proposte dai creditori: l'asserita incompetenza del Tribunale della Spezia per l'omologazione del concordato preventivo. Il motivo di ricorso poneva a fondamento la circostanza che la proponente Baglietto s.n.c. fosse stata costituita con sede legale in La Spezia, e conseguentemente in tale Tribunale avesse depositato il ricorso per l'ammissione alla procedura concordataria. Ma i soci illimitatamente responsabili, aderenti in proprio alla domanda di concordato, avevano sede in Milano per la maggior parte (mentre una aveva sede a Pisa) e solo dopo la presentazione della domanda la loro sede era stata trasferita a Pisa.

Per tali motivi i creditori denunciavano la mancata applicazione dell'ultima parte del primo comma dell'art. 161 l. fall., il quale ritiene irrilevante il trasferimento della sede principale intervenuto entro l'anno precedente alla data di deposito del ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato.

Al fine di identificare correttamente la competenza, la Suprema Corte ripercorre le principali pronunce di legittimità relative alla competenza ad accertare lo stato di insolvenza (art. 5) e a dichiarare il fallimento (art. 9 l. fall.) in quanto anche in tali ipotesi, come nell'art. 161, il legislatore ha fatto uso del concetto di "sede principale dell'impresa".

In primo luogo viene in rilievo l'ordinanza della Corte di Cassazione del 31 agosto 2011, n. 17907, nella quale il giudice di legittimità aveva stabilito che «*la competenza ad accertare lo stato d'insolvenza di una grande impresa commerciale appartiene al tribunale del luogo in cui l'impresa ha la sede principale, senza che a tale criterio possa derogarsi per ragione di connessione con altre procedure relative a società diverse facenti parte di un gruppo*»²⁰².

²⁰¹ Cass., sentenza del 13 ottobre 2015, n. 20559. Con nota di: A. DI MAJO, *Il fenomeno del concordato c.d. di gruppo e il diniego espresso dalla Corte di Cassazione*, in *Giurisprudenza italiana*, (2016), cit., p. 396.

²⁰² Cass., ordinanza del 31 agosto 2011, n. 17907, in *Il Fallimento*, (2012), 6, p. 741.

Dunque la competenza ad accertare lo stato di insolvenza, così come ai fini dell'ammissione al concordato preventivo, appartiene inderogabilmente al Tribunale ove l'impresa ha la propria sede principale senza che rilevino ragioni di connessione dovute a rapporti di gruppo. A sostegno di tale tesi e con argomenti di più ampio contenuto si era pronunciata la sentenza della Cassazione del 18 novembre 2010, n. 23344, nella quale il giudice di legittimità era chiamato a pronunciarsi sul fallimento di tre società di capitali e di una società di fatto, composta da due soggetti che detenevano partecipazioni nelle suddette società e ricoprivano gli incarichi di amministrazione²⁰³.

La Suprema Corte, nel provvedimento n. 23344 del 2010, accogliendo il ricorso, aveva stabilito che *«l'accertamento dello stato d'insolvenza dev'essere effettuato con esclusivo riferimento alla situazione economica della società medesima, anche quando essa sia inserita in un gruppo, cioè in una pluralità di società collegate o controllate da un'unica società holding, giacché, nonostante tale collegamento o controllo, ciascuna di dette società conserva distinta la propria personalità giuridica ed autonoma qualità d'imprenditore, rispondendo, con il proprio patrimonio, soltanto dei propri debiti»*²⁰⁴.

Perciò, data la distinta personalità giuridica delle società appartenenti al gruppo e il necessario autonomo accertamento dello stato di insolvenza, non si vede perché ai fini della competenza, per accertare l'insolvenza o per presentare domanda di concordato preventivo, debba essere dato rilievo all'esistenza del gruppo soprattutto in mancanza di una disciplina positiva che regoli il fenomeno.

Accertata la natura inderogabile della competenza territoriale nelle procedure concorsuali e della conseguente irrilevanza di rapporti connessione dovuti all'esistenza di rapporti di gruppo, la Suprema Corte, nella sentenza n. 20559 del 2015, passa all'analisi del concetto di "sede principale dell'impresa", presupposto che determina il radicamento della competenza in un determinato circondario. Anche relativamente alla corretta qualificazione di sede principale dell'impresa vengono in rilievo le soluzioni adottate dalla giurisprudenza di legittimità per radicare la competenza giurisdizionale per la dichiarazione di fallimento.

Prima fra tutte la pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 25 giugno 2013 n. 15872; in tale provvedimento la Suprema Corte ha precisato che la sede principale dell'impresa si identifica con il luogo in cui *«vengono individuate e decise le scelte*

²⁰³ Nel caso di specie la Corte d'Appello di Messina aveva ritenuto che, accertato lo stato di insolvenza per la società di fatto holding, esso si estendesse automaticamente a tutte le società del gruppo.

²⁰⁴ Cass., sentenza del 18 novembre 2010, n. 23344. Con nota di: F. SIGNORELLI, *Società di fatto, holding e fallimento*, in *Il Fallimento*, (2011), 5, p. 567.

strategiche cui dare seguito, e coincide, di regola, con la sede legale, salvo che non emergano prove univoche tali da smentire la presunzione suddetta»²⁰⁵.

Dunque in merito alla dichiarazione di fallimento, il legislatore pone una presunzione *iuris tantum*, ribadita da ultimo nell'ordinanza della Cassazione n. 23719 del 6 novembre 2014, in merito alla coincidenza della sede principale con la sede legale dell'impresa che può essere vinta solo dalla prova contraria diretta a dimostrare che la sede principale sia altrove e la sede legale sia meramente fittizia.

Una definizione più precisa si vede nella sede principale dell'impresa può essere rinvenuta nell'ordinanza della Suprema Corte del 7 maggio 2012, n. 6886, ove il giudice di legittimità ha precisato che *«per sede effettiva deve intendersi il centro dell'attività direttiva, amministrativa od organizzativa dell'impresa e di coordinamento dei fattori produttivi, senza che rilevi il luogo in cui l'impresa svolge l'attività di produzione, qualora non coincida con quello in cui svolge l'attività organizzativa»²⁰⁶.*

In questo provvedimento la Corte ha fornito una definizione di sede principale che si avvicina molto a quella di COMI (*Centre of main interests*) adottata dal Regolamento europeo relativo alle procedure di insolvenza 1346/2000 (Considerando n. 13) poi confluita nel nuovo Regolamento n. 848/2015.

Altra interessante pronuncia di legittimità, che prende in considerazione gli effetti sulla competenza, ai fini della dichiarazione di fallimento, dell'esistenza di un gruppo di imprese, è la sentenza del 19 luglio 2012, n. 12257. In tale pronuncia la Corte ha ritenuto che, ai fini della prova contraria relativa alla presunzione della coincidenza tra sede principale e sede legale dell'impresa, *«non è sufficiente allegare che la sede effettiva della società fallenda si trovi nel luogo in cui è il centro direttivo di gruppo del quale la società medesima fa parte, atteso che il collegamento societario, se non mette capo a una direzione unitaria delle singole imprese, non sposta l'attività direttiva, amministrativa e organizzativa di ciascuna impresa partecipante»²⁰⁷.*

Alla luce delle suddette pronunce di legittimità, relative alla competenza per la dichiarazione di fallimento, e in mancanza di una disciplina positiva del concordato preventivo di gruppo, la Suprema Corte nel decidere la competenza ai fini dell'omologazione della domanda di concordato presentata da Baglietto s.n.c., ha ritenuto che *«il concordato preventivo avrebbe*

²⁰⁵ Cass. Sez. Un., sentenza del 25 giugno 2013, n. 15872. Con nota di: V. PAPAGNI, *Trasferimento fittizio della sede sociale all'estero: la giurisdizione è del giudice nazionale*, in *Diritto e Giustizia*, (2013), 5 settembre.

²⁰⁶ Cass., ordinanza del 7 maggio 2012, n. 6886, in *Il Fallimento*, (2013), 5, p. 620.

²⁰⁷ Cass., sentenza del 19 luglio 2012 n. 12257, in *Giustizia Civile Massimario*, (2012), 7-8, p. 936.

dovuto riguardare individualmente le singole società del gruppo, non la società personale e le società di quella specie, non ammettendosi un unico giudizio omologatorio»²⁰⁸.

A parere del Collegio, nel caso di specie, dovevano essere presentati separati ricorsi di ammissione alla procedura concordataria per ciascuna società appartenente al gruppo, presso gli uffici giudiziari nel cui circondario le singole società avevano la loro sede legale, salvo la prova che la sede legale non coincidesse con la sede effettiva.

La decisione della Corte sul punto, oltre a smentire la ricostruzione sia del giudice di primo grado che di quello del reclamo, che avevano ritenuto quale sede effettiva del gruppo La Spezia in quanto lì si trovava il centro propulsivo degli affari delle imprese di gruppo, ha l'effetto di impedire, nel caso di specie, ma con conseguenze in tutte le ipotesi in cui si renda necessario una gestione unitaria della crisi d'impresa, un coordinamento quanto meno dal punto di vista processuale delle procedure concorsuali cui siano sottoposte imprese appartenenti allo stesso gruppo.

Risolta l'eccezione di incompetenza il Supremo Collegio passa all'analisi delle censure relative alla legittimità del contenuto del concordato preventivo di Baglietto s.n.c. omologato con decreto del Tribunale della Spezia del 02 maggio 2011. La Corte si è concentrata soprattutto sul sesto motivo di ricorso, con il quale i creditori lamentavano la violazione degli art. 1322 c.c., 160 e 184 l. fall., in quanto le modalità di realizzazione della proposta, cioè la partecipazione in proprio alla procedura dei soci illimitatamente responsabili di Baglietto s.n.c., avrebbe avuto la conseguenza di estendere l'effetto remissorio, ex secondo comma dell'art. 184 l. fall., ai creditori particolari delle società del gruppo, penalizzando così i creditori di quelle più capienti.

A ben vedere il fulcro della proposta concordataria poggia sulla disposizione di cui al secondo comma dell'art. 184 legge fallimentare, la quale prevede che *«salvo patto contrario, il concordato della società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili»*.

Sfruttando la disposizione che prevede l'estensione degli effetti del concordato ai soci illimitatamente responsabili, il proponente ha cercato di attuare una forma di coordinamento delle procedure delle società del gruppo, preordinando a tale scopo la costituzione della società in nome collettivo, in qualità di proponente. Effetti che a loro volta venivano estesi ai creditori delle singole società del gruppo, avendo queste ultime aderito in proprio alla proposta concordataria.

²⁰⁸ Cass., sentenza del 13 ottobre 2015, n. 20559. Con nota di: A. DI MAJO, *Il fenomeno del concordato c.d. di gruppo e il diniego espresso dalla Corte di Cassazione*, in *Giurisprudenza italiana*, (2016), cit., p. 396

Al fine di valutare la legittimità del concordato sotto questo punto di vista la Suprema Corte ripercorre i principi identificati dalla giurisprudenza di legittimità relativamente agli effetti del concordato nei confronti dei soci illimitatamente responsabili.

Sul punto viene in primo luogo in rilievo la pronuncia della Cassazione del 30 agosto 2001, n. 11343. In tale pronuncia il Supremo Collegio ha precisato che *«la disposizione contenuta nell'art. 184 comma 2 l. fall., che estende ai soci illimitatamente responsabili di società di persone l'efficacia remissoria del concordato preventivo, si riferisce ai debiti sociali, nel senso che il pagamento della percentuale concordataria ha effetto liberatorio anche nei loro confronti, senza con ciò determinare l'estensione della procedura al patrimonio dei soci, che resta estraneo ad esso»*²⁰⁹.

È evidente che nel concordato di Baglietto s.n.c. vi fossero effetti ulteriori in quanto l'intero patrimonio delle società del gruppo era stato conferito nella società proponente e l'adesione in proprio delle società del gruppo, quale socie illimitatamente responsabili, provocava la sottoposizione alla procedura di risanamento dell'intero loro patrimonio con effetti remissori anche nei confronti dei propri creditori "personali", effetto che si evince altrettanto chiaramente dalla formulazione della classe concordataria n. 2, la quale conteneva in modo indistinto tutti i creditori chirografari delle società operative.

Più di recente, in senso parzialmente opposto, la sentenza delle Sezioni Unite del 16 febbraio 2015, n. 3022, nel quale la Cassazione era chiamata a valutare le possibili interferenze tra i due commi dell'art. 184 l. fall., il quale prevede che i creditori *«conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso»*.

Perciò *quid iuris* se una garanzia ipotecaria viene rilasciata da un socio illimitatamente irresponsabile? I creditori manterranno inalterati i propri diritti, ai sensi dell'art.184 co.1 l. fall., o anche per tali ragioni di credito varrà l'effetto remissorio previsto dal secondo comma? Le Sezioni Unite hanno ritenuto che *«la responsabilità illimitata del socio illimitatamente responsabile di una società di persone per le obbligazioni sociali trae origine dalla sua qualità di socio e si configura come personale e diretta, anche se con carattere di sussidiarietà in relazione al preventivo obbligo di escussione del patrimonio sociale. Pertanto, l'atto con cui il socio illimitatamente responsabile di una società in nome collettivo*

²⁰⁹ Cass., sentenza del 30 agosto 2001, n. 11343, Con nota di: G. LO CASCIO, *Inammissibilità dell'estensione del concordato preventivo ai soci illimitatamente responsabili: una decisione sofferta della Cassazione*, in *Corriere Giuridico*, (2002), 1, p. 47.

rilascia garanzia ipotecaria per un debito della società non può considerarsi costitutivo di garanzia per un'obbligazione altrui, ma per un'obbligazione propria»²¹⁰.

In questo caso la distinzione tra patrimonio sociale, sottoposto al concordato preventivo, e patrimonio “personale” del socio illimitatamente responsabile è più labile rispetto alla pronuncia del 2001, in quanto gli effetti remissori del concordato preventivo sono estesi al diritto reale di garanzia, che il socio ha concesso sul proprio patrimonio, in quanto dato che la sua responsabilità è immediata e diretta la garanzia deve essere identificata come a garanzia di un debito proprio e non altrui.

Tra i due filoni giurisprudenziali, nella pronuncia in commento, il Supremo Collegio ha aderito alla più rigida, che limita gli effetti esdebitatori del concordato preventivo per i soci illimitatamente responsabili, solo con riferimento alle obbligazioni sociali, restando il patrimonio del socio illimitatamente responsabile avulso dalla procedura di risanamento.

Per tali ragioni *«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»*.

È evidente come nel caso di specie il conferimento dell'intero patrimonio delle società operative aveva causato nei fatti una commistione dei patrimoni medesimi nonostante il formale rispetto del principio di destinazione, con un iniquo trattamento dei creditori particolari delle società più capienti.

Ulteriore corollario, dell'obbligatoria distinzione delle masse attive e passive delle società di gruppo sottoposte ad una procedura di risanamento, è che le maggioranze prescritte dall'art. 177 l. fall. per l'approvazione del piano avrebbero dovuto essere calcolate con riferimento alle singole imprese del gruppo, mentre nel caso di specie non vi erano state adunanze e votazioni separate per ogni singola società.

Date tali premesse *«la descritta operazione ha forzato il dato normativo – in particolare, gli art. 161 l.f. e 2740 c.c. – oltre i 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*

²¹⁰ Cass. Sez. Un., 16 febbraio 2015, n. 3022. Con nota di: A. CARON, *Efficacia esdebitatoria del concordato preventivo nei confronti dei soci illimitatamente responsabili*, in *Il Fallimento*, (2015), 11, p. 1204.

competenza, le forme del ricorso, la nomina degli organi, la formazione – delle classi e delle masse), esso poteva ragionevolmente tollerare»²¹¹.

Per questi motivi la Suprema Corte ha cassato senza rinvio, ai sensi dell'art 382 comma terzo cod. proc. civ., il decreto di omologazione emesso dal Tribunale della Spezia il 2 maggio 2011 e il provvedimento impugnato (Decreto della Corte d'appello di Genova del 23 dicembre 2011) in quanto l'azione non poteva essere intrapresa e restando assorbiti gli ulteriori motivi di ricorso.

d. Alcuni rilievi critici

Come detto la sentenza della Cassazione n. 20559 del 2015 costituisce la prima pronuncia di legittimità sul tema del cd. concordato preventivo di gruppo, un metodo di gestione della crisi di impresa affermatosi in via di prassi con le pronunce della giurisprudenza di merito e nel silenzio della legge fallimentare.

Dall'esame complessivo della sentenza viene fuori un giudizio fortemente critico rispetto all'ammissibilità del concordato preventivo di gruppo, che rischia di ribaltare i risultati raggiunti dalla giurisprudenza di merito negli ultimi decenni.

Innanzitutto si può notare che in realtà il caso di specie non rientra esattamente nel perimetro di concordato preventivo di gruppo, in quanto si tratta specificatamente di un'operazione straordinaria, la costituzione di una società in nome collettivo, che aveva poi presentato il ricorso di ammissione al concordato preventivo ratificato poi dalle società operative diventate socie illimitatamente responsabili della preponente, ai fini di godere dell'effetto esdebitatorio ex art. 184 co. 2 l. fall.

Trattasi dunque di una fattispecie a metà strada tra un concordato preventivo di gruppo e un'operazione di fusione con successiva proposizione della domanda concordataria. La Cassazione, però, tenendo in considerazione gli effetti sostanziali della proposta ha risolto il caso mediante delle riflessioni relative al concordato preventivo di gruppo.

La Suprema Corte ha esordito contestando la legittimità causale del concordato preventivo di gruppo in quanto manca una disciplina positiva che lo disciplina. È chiaro come l'affermazione della Corte non brilli per completezza argomentativa.

Ritenendo che la causa concreta del concordato preventivo sia identificabile nel risanamento dell'impresa con un soddisfacimento migliore dei creditori rispetto alle alternative liquidatorie

²¹¹ Cass., sentenza del 13 ottobre 2015, n. 20559. Con nota di: A. DI MAJO, *Il fenomeno del concordato c.d. di gruppo e il diniego espresso dalla Corte di Cassazione*, in *Giurisprudenza italiana*, (2016), cit., p. 397.

in sede fallimentare (come affermato dalle Sezioni Unite con sentenza del 23 gennaio 2013 n. 1521) non si vede come si possa negare la meritevolezza della sottoposizione delle imprese di gruppo ad una gestione unitaria della crisi.

Infatti i vantaggi di una gestione accentrata della crisi di impresa si apprezzano non tanto nelle fattispecie liquidatorie quanto in quelle in continuità: «*i vantaggi che ne potrebbero derivare sono evidenti sia sul piano contenutistico, laddove la formazione di un'unica massa attiva e di un'unica massa passiva, consente l'eliminazione di poste inter company: sia sul piano valutativo, laddove il presupposto dello stato di crisi andrebbe esaminato non già in maniera atomistica per ogni singola società ma con criteri unitari*»²¹².

Le considerazioni della Suprema Corte su tale aspetto devono essere ridimensionate in quanto attengono alla configurazione della causa che le è stata sottoposta, perciò la Corte ha ritenuto illegittima la modalità adottata nel caso di specie per sottoporre le imprese di gruppo ad una procedura unitaria, e non astrattamente tutte le modalità di coordinamento delle procedure concorsuali afferenti a più società del gruppo.

Un ulteriore profilo affrontato dalla Cassazione attiene alla ammissibilità causale di una domanda di concordato preventivo di gruppo: relativamente all'accertamento dei presupposti, alla giurisdizione e alla competenza aspetti che possono essere sintetizzati con il termine anglosassone di *procedural consolidation*.

La giurisprudenza di merito sul punto ha fornito soluzioni oscillanti: in un primo tempo si era affermata la necessità di un consolidamento forte delle procedure se non addirittura di un'unificazione delle medesime (*ex multis* Tribunale di Pavia 26 maggio 2004 nel concordato Yomo). Successivamente era stata accordata la preferenza verso forme di consolidamento forte rispetto all'unificazione delle procedure (es. Tribunale di Parma 10 luglio 2010 nel concordato divenuto poi fallimento del gruppo Jam Session).

In un secondo momento, invece, la giurisprudenza di merito si è consolidata verso posizioni più caute ritenendo ammissibili solo forme di coordinamento debole di un fascio di procedure che rimangono autonome (in questo senso il Tribunale di Bologna 8 ottobre 2008 nel caso Fincar).

Il giudice di legittimità ha aderito alla più rigida delle ricostruzioni ermeneutiche, dalla quale si ricava la qualificazione del concordato di gruppo come «*un fascio di procedure collegate*,

²¹² G. FAUCEGLIA, *Uno, nessuno, centomila: il concordato preventivo di gruppo*, in *Giurisprudenza Commerciale*, (2016), 1, p. 125.

che rimangono distinte, ancorché al servizio del medesimo piano e della medesima domanda (ovvero di domande e piani collegati)»²¹³.

Da tale ricostruzione discendono due corollari fondamentali: i presupposti per l'accesso alla procedura concordataria, vale a dire lo stato di crisi e la qualifica di imprenditore commerciale, così come la competenza per la presentazione del ricorso, devono essere accertati atomisticamente per ogni singola società del gruppo. Tale linea interpretativa è coerente con quella giurisprudenza di legittimità, che in merito alla dichiarazione di fallimento, ritiene la competenza territoriale inderogabile per ragioni di connessione dovute a rapporti di gruppo.

Date queste premesse il Supremo Collegio ha correttamente incentrato il proprio giudizio sull'eccezione di incompetenza, in quanto alcune delle società operative aderenti al concordato avevano sede legale in un circondario diverso rispetto a quello del Tribunale della Spezia. È opportuno però segnalare che la diversa sede legale delle società di gruppo non è vista dalla giurisprudenza di merito quale motivo ostativo per il coordinamento delle procedure concorsuali afferenti a diverse società del gruppo.

In tali casi, infatti, è possibile ricondurre ad unità procedimentale i ricorsi, sulla base del concetto di sede principale, che può non coincidere con la sede legale dell'impresa. Si tratta di un principio ben chiaro anche al legislatore europeo in materia di procedure di insolvenza transfrontaliere. Infatti ai sensi dell'art. 3 del Regolamento Europeo 1346/2000 (ora rifiuto nel Regolamento 848/2015), il COMI (*Centre of main interests*) vale a radicare la competenza per la dichiarazione di insolvenza purché vi sia la dimostrazione della mancata coincidenza tra la sede legale e la sede effettiva dell'impresa.

In effetti nei gradi merito del caso *de quo*, tanto il Tribunale quanto la Corte d'appello avevano ritenuto correttamente declinata la competenza, essendo la città di La Spezia l'effettivo centro propulsore degli affari del gruppo Baglietto. Il giudice di legittimità ha invece ignorato tali considerazioni ritenendo inderogabile la competenza territoriale accertata in base alla sede legale, da cui è derivata l'incompetenza per l'omologazione del concordato per quelle società del gruppo che avevano sede in Milano e Pisa.

La portata della sentenza della Cassazione, relativamente alla declinazione della competenza in caso di concordato preventivo di gruppo, rischia però di essere dirompente in quanto *«in tal modo si finisce per frammentare una sistemazione complessiva, sia pure non unitaria, delle crisi involgenti le diverse società, dando luogo a possibili discrasie interpretative, con effetti*

²¹³ S. POLI, *Ammissibilità e tecniche di proposizione del “concordato di gruppo” dopo l'intervento della S.C.*, in *Il Fallimento*, (2016), 2, p. 150

a catena sulle diverse domande proposte “sia pure in senso debole”, attribuendo la competenza a diversi tribunali, che possono adottare le più disparate opinioni e prassi»²¹⁴.

Altra censura mossa dalla Cassazione al concordato di Baglietto s.n.c. attiene al contenuto del piano concordatario, avendo il concordato violato gli artt. 160 l. fall. e 2740 c.c. provocando la sostanziale commistione dei patrimoni delle società del gruppo partecipanti alla procedura di risanamento causando pertanto pregiudizio ai creditori delle società più capienti.

È necessario segnalare come la confusione delle masse attive e passive delle diverse società di un gruppo ai fini del concordato preventivo, descritta anche con il termine di *substantial consolidation*, è generalmente ritenuta inammissibile anche dalla giurisprudenza di merito, se si eccettuano alcune pronunce isolate.

Il confluire indistinto delle masse attive e passive nella procedura di concordato relativa al gruppo, non mette in crisi soltanto la disposizione di cui all'art. 2740 c.c. il quale sancisce l'universale responsabilità del debitore per le proprie obbligazioni, ma l'intera ricostruzione ermeneutica del fenomeno dell'attività di direzione e coordinamento, la quale ritiene che l'interesse di gruppo non possa pregiudicare l'interesse della singola impresa aderente al gruppo.

Alcuni commentatori hanno però segnalato come «*lo stesso meccanismo esdebitatorio del concordato in virtù del quale i creditori rinunciano al maggior credito a fronte dei beni ceduti e della percentuale di soddisfacimento promessa (c.d. falcidia) costituisce in sé una deroga al principio dettato dall'art. 2740 cod. civ.*». Dunque volendo aderire a tale ricostruzione in ogni proposta di concordato preventivo vi è, implicitamente, una deroga al principio dell'universalità della responsabilità patrimoniale del debitore.

Perciò la valutazione del giudice di legittimità non avrebbe dovuto incentrarsi sulla violazione dell'art. 2740 c.c., che è per certi versi insita in ogni concordato preventivo e ritenuta accettabile dal legislatore quale forma di esercizio dell'autonomia privata ai sensi dell'art. 1322 c.c. La Cassazione invece «*avrebbe dovuto farsi carico di verificare l'eventuale sussistenza, nel caso concreto, degli estremi della frode alla legge (art. 1344 cod. civ.) nell'utilizzo della tecnica in questione*»²¹⁵.

Nonostante la pronuncia del Supremo Collegio rappresenti un punto di rottura con il precedente patrimonio argomentativo elaborato dalla giurisprudenza di merito (cui verrà dato ampio spazio nel paragrafo successivo ripercorrendo le caratteristiche e le criticità dei cd.

²¹⁴ G. FAUCEGLIA, *Uno, nessuno, centomila: il concordato preventivo di gruppo*, in *Giurisprudenza Commerciale*, (2016), cit., p. 128

²¹⁵ R. SANTAGATA, *Sulla ristrutturazione del gruppo mediante costituzione di una società in nome collettivo funzionale al concordato preventivo*, in *Il Diritto Fallimentare*, (2015), 6, p. 649.

concordati di gruppo) la sua importanza sembra destinata a ridimensionarsi. Nel frattempo, infatti, vi è stata l'approvazione della legge “*Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*” (l. 19 ottobre 2017 n. 155), risultato dei lavori della Commissione presieduta dal Prof. Renato Rordorf, in cui il concordato preventivo di gruppo trova finalmente una disciplina positiva (quest'ultima sarà oggetto di trattazione nel terzo paragrafo).

2. Il concordato di gruppo nell'attuale sistema giuridico

Come rilevato in precedenza, la sentenza della Corte di Cassazione n. 20559 del 2015 si è posta in netta rottura con la ricostruzione, prevalentemente giurisprudenziale, del concordato preventivo di gruppo.

Infatti, dato il silenzio del legislatore in materia, se si eccettuano alcuni interventi estemporanei all'interno della legislazione speciale (che si avrà modo di approfondire nel prossimo sotto paragrafo), la giurisprudenza di merito si è assunta l'onere di colmare la lacuna normativa, al fine di trovare degli strumenti che consentissero una gestione unitaria, o quanto meno coordinata, della crisi di gruppo.

L'iter logico compiuto negli anni dai giudici di merito può essere ricostruito seguendo tre direttrici inevitabilmente collegate tra loro. In primo luogo la giurisprudenza di merito si è interrogata circa la meritevolezza in astratto del concordato preventivo di gruppo, ai fini della valutazione di ammissibilità della domanda di ammissione ai sensi dell'art. 162 l. fall.

Superato il dubbio sull'astratta ammissibilità di una domanda di concordato riferita a più imprese appartenenti allo stesso gruppo, vengono in rilievo i risvolti procedurali del concordato preventivo di gruppo. L'analisi di tali aspetti, definiti anche *procedural consolidation*, è volta ad approfondire le conseguenze processuali del concordato di gruppo, relativamente a: la corretta delimitazione della competenza, ma anche della giurisdizione in caso di crisi di gruppi transfrontalieri; l'accertamento dei presupposti processuali, soggettivi e oggettivi, richiesti dalla legge fallimentare per accedere al concordato.

Infine l'exkursus interpretativo ha analizzato il merito delle proposte concordatarie di gruppo: il dibattito, su la *substantial consolidation*, riguarda in via pressoché esclusiva la possibile confusione, tanto dal lato attivo quanto da quello passivo, delle masse patrimoniali delle società appartenenti al gruppo, ai fini di un miglior risanamento dell'impresa di gruppo.

Al fine di contestualizzare meglio la pronuncia del Supremo Collegio sulla domanda di concordato preventivo presentata dalla Baglietto s.n.c. e sembra opportuno ripercorrere gli

spunti attinenti al concordato preventivo di gruppo presenti nell'attuale sistema giuridico. Si procederà all'analisi degli sparuti riferimenti presenti nella legislazione relativi all'argomento in questione. Successivamente verrà dato ampio spazio alle pronunce rese dalla giurisprudenza di merito relativamente alle tre questioni interpretative essenziali del concordato di gruppo: la meritevolezza di una domanda di concordato presentata da più imprese; i problemi relativi all'accertamento della competenza e dei requisiti per l'accesso alla procedura; la legittimità della confusione dei patrimoni delle società appartenenti al gruppo ai fini del risanamento dell'impresa di gruppo.

Infine verranno presi in considerazione gli spunti di riflessione forniti dal diritto dell'Unione Europea, soprattutto in merito alle procedure *cross-border*; le soluzioni fornite in via di *soft law* dall'UNCITRAL e la comparazione con alcune esperienze di altri Stati, quali per esempio gli Stati Uniti.

a. Le norme della legislazione speciale

Gli interventi legislativi in materia di gestione della crisi di gruppo sono stati spesso frutto di situazioni di emergenza, nelle quali il legislatore aveva l'esigenza di adattare le norme generali della legge fallimentare all'insolvenza di imprese di grandi dimensioni, che dunque coinvolgeva una pluralità di imprese sottoposte alla medesima direzione unitaria.

È possibile rinvenire tracce di tale tecnica legislativa fin dagli anni Ottanta, periodo in cui venne messa in liquidazione la S.I.R., Società Italiana Resine, gruppo operante nel settore chimico composto da 163 società di cui 47 estere. Ai fini della liquidazione del gruppo S.I.R. venne costituito il Consorzio Bancario S.I.R. S.p.a., formato dalle banche creditrici del gruppo.

Il ruolo del consorzio, in ossequio alle direttive del C.I.P.I. e dell'E.N.I. era quello di garantire «*il risanamento industriale ed il riequilibrio finanziario delle imprese del gruppo SIR ed a tal fine promuove in particolare: 1) il controllo della gestione amministrativa e finanziaria delle predette imprese ed il rinnovo dei relativi organi sociali; 2) la puntualità ed economicità dell'esecuzione del programma di risanamento formulato ai sensi del precedente art. 4; 3) la riorganizzazione strutturale e finanziaria del gruppo; 4) gli investimenti anche immediatamente necessari ai fini del recupero e dello sviluppo della produttività; 5) la messa in liquidazione delle imprese non risanabili*»²¹⁶.

²¹⁶ Legge del 28 novembre 1980, n. 784, in materia di «*Norme per la ricapitalizzazione della gepi, per la razionalizzazione e il potenziamento dell'industria chimica, per la salvaguardia dell'unità funzionale, della*

Pochi anni dopo la liquidazione della S.I.R. vi fu la crisi di un altro gruppo di rilevanza nazionale facente capo all' E.F.I.M. (Ente partecipazioni e Finanziamento Industrie manifatturiere). Si trattava di un conglomerato composto da 116 società operante nei settori più disparati, dalla lavorazione dell'alluminio al settore alimentare, al cui capo vi era l'E.F.I.M. una holding in forma di ente pubblico economico.

Anche in questo caso il legislatore dettò norme speciali al fine di garantire una liquidazione coordinata dalle imprese del gruppo. Il legislatore pose particolare attenzione alla redazione di un piano liquidatorio di gruppo, infatti il commissario liquidatore dovette presentare, al Ministro del tesoro, *«un programma diretto: a) al trasferimento a terzi, anche in temporanea gestione fiduciaria, delle società, ovvero degli stabilimenti, aziende o parti di aziende sani o risanabili; b) alla liquidazione delle società, aziende, rami o parti di aziende non risanabili, nonché beni mobili e immobili, cespiti attivi o passivi; c) a definire il fabbisogno finanziario occorrente, detratti i prevedibili introiti dei trasferimenti, per la liquidazione dei rapporti attivi e passivi dell'Ente soppresso e delle società non trasferite»*²¹⁷.

Dagli interventi del legislatore appariva chiaro come la disciplina comune delle procedure concorsuali non si adattasse bene all'insolvenza del gruppo di imprese. Ciò portò il legislatore a riformare l'originaria disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese, introdotta con la legge n. 95 del 1979 (legge Prodi).

Il decreto legislativo n. 270 del 8 luglio 1999, (legge Prodi-bis), introdusse gli artt. 80 e ss. i quali dettano delle regole particolari in caso di amministrazione straordinaria di gruppi di imprese.

Il presupposto per l'applicazione dell'amministrazione straordinaria al gruppo di imprese è l'apertura di una "procedura madre" da parte di un'impresa che possieda i requisiti dimensionali di cui all'art. 2 dello stesso decreto. La disciplina in commento prevede l'estensione dell'amministrazione straordinaria alle altre imprese di gruppo, infatti l'art. 81 prevede 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»*.

Ulteriore presupposto per l'estensione dell'amministrazione straordinaria alle imprese di gruppo è che le stesse *«presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico*

continuità della produzione e della gestione degli impianti del gruppo liquigas - liquichimica e per la realizzazione del progetto di metanizzazione», art. 5.

²¹⁷ Decreto legge del 18 luglio 1992 n. 340, in materia di "Soppressione dell'Ente partecipazioni e finanziamento industria manifatturiera - EFIM", art. 2

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».

I successivi artt. 85 e 86 prevedono la nomina degli stessi organi della procedura madre anche per le società del gruppo, così come è prevista la redazione di un programma di gruppo per la gestione della crisi; inoltre gli artt. 84 e 87 disciplinano rispettivamente la conversione del fallimento in amministrazione straordinaria e la conversione dell'amministrazione straordinaria in fallimento.

Ai fini dell'applicazione di tale disciplina sono considerate imprese del gruppo, ex art. 80: le imprese che controllano l'impresa sottoposta alla "procedura madre"; le imprese da questa controllate e le imprese che per la composizione degli organi amministrativi, o in base ad altri concordanti elementi, risultano sottoposte alla direzione unitaria della società sottoposta alla procedura madre.

Inoltre l'art. 90 prevede che nei casi di direzione unitaria, gli amministratori che abbiano abusato di tale direzione rispondano, in solido con gli amministratori della società dichiarata insolvente, per i danni causati alla medesima società in ragione delle direttive impartite. Responsabilità che si aggiunge e non si sostituisce a quella prevista dall'art. 2497 c.c., in quanto precedente alla riforma del diritto societario del 2003.

Le finalità sottese al Titolo IV del D.lgs. n. 270 del 1999, furono quelle «a) di sottrarre le imprese del gruppo alla procedura ordinaria d'insolvenza per assoggettarle alla procedura di amministrazione straordinaria; b) di assicurare una gestione comune o comunque coordinata tramite la nomina di un unico amministratore, la predisposizione di piani coordinati od integrati, la sottoposizione di tutte le procedure ad un'unica autorità di vigilanza costituita dal Ministero competente»²¹⁸.

La disciplina per molti versi ha ripreso le disposizioni dettate dagli artt. 100 e ss. del D.lgs. del 1 settembre 1993, n. 385 (Testo Unico Bancario) in materia di gestione dell'insolvenza dei gruppi bancari.

Ulteriori disposizioni speciali in materia di gestione della crisi di gruppo della grande impresa vennero dettate dal D. l. n. 347 del 23 dicembre 2003, il quale disciplina la cd. amministrazione straordinaria speciale, emanata in via emergenziale per far fronte alla crisi dei gruppi Cirio e Parmalat. Il terzo comma dell'art. 3 del suddetto decreto legge dispone che

²¹⁸ L. PANZANI, *Il gruppo di imprese nelle soluzioni giudiziali della crisi*, in *Le Società.*, (2013), 12, p. 1360.

«il commissario straordinario può richiedere al Ministro delle attività produttive l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria di altre imprese del gruppo».

In tali casi la competenza per la dichiarazione di insolvenza delle società del gruppo appartiene al Tribunale che ha dichiarato l'insolvenza della società capogruppo. Inoltre il successivo comma 3-bis prevede che le procedure relative alle imprese di gruppo possono attuarsi unitariamente a quella della capogruppo oppure in via autonoma, mediante un apposito programma di cessione o di ristrutturazione.

Successivamente il legislatore rimase insensibile alle istanze proposte dalla Commissione ministeriale per la riforma delle procedure concorsuali (cd. Commissione Trevisanato) la quale aveva ritenuto auspicabile una disciplina generale del concordato preventivo di gruppo, la quale prevedesse delle forme di coordinamento per la domanda di ammissione alla procedura concordataria e relativamente agli organi della procedura, fermo restando la distinzione delle masse attive e passive delle società appartenenti al gruppo.

Come detto il legislatore non colse tale suggerimenti e nei provvedimenti di riforma intercorsi nel biennio 2005 - 2007 non dettò una disciplina positiva del concordato preventivo di gruppo. Pochi anni dopo però fu necessario emanare ulteriori disposizioni speciali per far fronte alla crisi del gruppo Alitalia, il d. l. n. 134 del 28 agosto 2008, estese la definizione di imprese di gruppo ai fini dell'amministrazione straordinaria speciale. In particolare l'art. 1 quinto comma del decreto legge 134 aggiunse, all'art. 3 co. 3 del D. l. n. 347 del 2003, il seguente inciso: *«per "imprese del gruppo" si intendono anche le imprese partecipate che intrattengono, in via sostanzialmente esclusiva, rapporti contrattuali con l'impresa sottoposta alle procedure previste dal presente decreto, per la fornitura di servizi necessari allo svolgimento dell'attività».*

Come si può notare, il legislatore, lungi dal fornire una disciplina organica in merito alla gestione della crisi di gruppo, ha sempre preferito interventi nella legislazione speciale di carattere emergenziale, interventi che avevano quale fattispecie di riferimento l'impresa di grandi dimensioni.

È ormai assodato però che l'organizzazione di gruppo trova applicazione anche in realtà imprenditoriali di modeste dimensioni, ciò ha condotto la giurisprudenza di merito ad esercitare un'attività di supplenza giudiziaria al fine di colmare la lacuna presente nella disciplina generale delle procedure concorsuali, al fine di consentire una gestione coordinata della crisi di una pluralità di imprese appartenenti al medesimo gruppo. Nei paragrafi successivi verranno analizzati, i precedenti di merito sui quali si era costruito in via giurisprudenziale, l'istituto del concordato preventivo di gruppo, ricostruzione per molti versi

superata dalla giurisprudenza di legittimità nella pronuncia che costituisce il nucleo fondamentale del presente scritto.

b. L'ammissibilità causale del concordato preventivo di gruppo

L'analisi relativa all'istituto del concordato preventivo di gruppo non può che iniziare dalla valutazione in merito all'ammissibilità, in astratto, di una proposta concordataria afferente a più imprese appartenenti allo stesso gruppo. È un tema che coinvolge indirettamente gli aspetti del diritto societario e delle procedure concorsuali, incentrandosi soprattutto sul tema dell'autonomia negoziale delle parti, in quanto si può considerare il concordato preventivo come un accordo di natura patrimoniale tra il debitore e i creditori, ove l'intervento giurisdizionale è limitato al controllo sul rispetto delle norme imperative poste a tutela dei creditori.

Trattandosi di un accordo non specificatamente disciplinato dal diritto positivo, l'analisi in merito alla legittimità causale del concordato di gruppo dovrà essere condotta ai sensi del secondo comma dell'art. 1322 c.c. il quale dispone che *«le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico»*. Dunque l'oggetto principale dell'indagine sarà la valutazione di meritevolezza causale di una proposta concordataria che coinvolga più imprese di gruppo.

De iure condendo, la meritevolezza causale del concordato di gruppo appare indubbia, in quanto esso consente la realizzazione di economie di scala, tanto dal lato attivo, in quanto consente la cessione in blocco del patrimonio sovente "spezzettato" tra le imprese di gruppo, tanto dal lato passivo ove permette l'elisione delle poste *intercompany* con conseguente riduzione dell'onere concordatario.

Per tali ragioni la giurisprudenza di merito è stata sempre concorde nel ritenere astrattamente legittimo il concordato di gruppo.

Al fine di una valutazione positiva dell'ammissibilità del concordato di gruppo la giurisprudenza richiedeva congiuntamente *«la verifica della sussistenza effettiva di un legame di gruppo – nonostante una definizione positiva del gruppo di imprese interverrà solo a seguito della riforma del diritto societario del 2003 –; l'accertamento della maggiore efficienza della gestione unitaria della crisi di gruppo»*²¹⁹. Al ricorrere di tali presupposti il

²¹⁹ S. POLI, *Il concordato preventivo di gruppo*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2014), 5, p. 745.

concordato preventivo di gruppo veniva ritenuto, dalla giurisprudenza di merito pienamente ammissibile.

L'unico precedente discorde sul tema è rinvenibile nella pronuncia del Tribunale di Perugia del 3 marzo 1995. Nel caso di specie il giudice umbro era chiamato a valutare l'ammissibilità di una proposta di concordato relativa alla società capogruppo e alle società del gruppo, avendo l'amministratore della holding agito quale mandatario di quest'ultime. Successivamente erano stati presentati ulteriori ricorsi di ammissione al concordato preventivo relativi a ciascuna delle società del gruppo, secondo uno schema che come si vedrà viene definito consolidamento debole delle procedure.

Il Tribunale di Perugia aveva ritenuto che *«l'autonomia propria di ogni società appartenente ad un gruppo di imprese impedisce l'apertura di una procedura concorsuale del "gruppo", ma non esclude che, se per tutte le società sono presenti i presupposti di ammissione al concordato preventivo, nella valutazione del tribunale un ruolo rilevante sia rappresentato dal riscontro dell'esistenza di una aggregazione societaria cui fanno capo distinti interessi»*²²⁰.

Il giudice di merito, prendendo spunto dalla distinta soggettività giuridica delle imprese di gruppo e dai distinti interessi di cui le stesse sono portatrici, aveva ritenuto inammissibile l'apertura di una procedura concorsuale di gruppo.

È necessario segnalare che la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di approfondire il tema della causa concreta del concordato preventivo, parametro alla luce del quale dovrà essere valutata la legittimità della proposta concordataria relativa a più imprese del gruppo. L'indagine è culminata con la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 23 gennaio 2013, n. 1521.

Il Supremo Collegio ha precisato che *«il menzionato controllo di legittimità si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo, e si attua verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta intesa quale superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, dall'altro»*²²¹.

Ai fini del controllo di legittimità del concordato preventivo di gruppo il giudice dovrà valutare l'idoneità della proposta ad assicurare il superamento della crisi dell'imprenditore e a

²²⁰ Tribunale di Perugia, 3 marzo 1995, in *Foro Italiano*, (1995), 1, 1952.

²²¹ Sez. Un. Cass., sentenza del 23 gennaio 2013, n. 1521. Con nota di: G. FAUCEGLIA, *La Cassazione e il concordato preventivo*, in *Giurisprudenza italiana*, (2013), cit., p. 2539.

garantire il soddisfacimento, seppur parziale dei creditori. Perciò dati i vantaggi conseguibili con una gestione unitaria della crisi di gruppo, dovuti principalmente ad una valutazione economicamente più vantaggiosa dell'impresa "di gruppo" dal lato attivo e una riduzione dell'onere concordatario dal lato passivo dovuta all'elisione delle poste infragruppo, la domanda di concordato preventivo di gruppo sembrerebbe idonea alla realizzazione della causa concreta del concordato preventivo di gruppo.

Di converso però il giudice di legittimità, nella sentenza oggetto principale della tesi, non ha ritenuto ammissibile la proposizione di una domanda di concordato preventivo di gruppo «*in assenza di una disciplina positiva che si occupi di regolarne la competenza, le forme del ricorso, la nomina degli organi, nonché la formazione delle classi e delle masse*»²²².

Con una interpretazione rigida del dato letterale il Supremo Collegio, nel caso *de quo*, ha smentito le conclusioni della giurisprudenza di merito, tralasciando probabilmente le considerazioni di carattere generale svolte dalle Sezioni Unite della medesima corte, in merito alla corretta individuazione della causa concreta del concordato preventivo.

c. Gli esempi di *procedural consolidation*

Ritenuta ammissibile in via astratta una procedura di concordato preventivo che coinvolga più imprese appartenenti al medesimo gruppo, con i distinguo precedentemente individuati, occorre adesso valutare le caratteristiche concrete affinché una domanda di concordato preventivo di gruppo possa ritenersi ammissibile.

Vengono in rilievo in via preliminare le questioni attinenti ai requisiti formali di siffatta domanda, relativamente: alla possibilità di instaurare la procedura con unico ricorso; alla competenza territoriale e all'accertamento, unitario o separato, dei presupposti oggettivi e soggettivi per l'ammissione alla procedura. Tali aspetti vengono riassunti, con il termine anglosassone di *procedural consolidation*.

In merito alle modalità di presentazione del concordato preventivo di gruppo, con un unico ricorso oppure con separati ricorsi per ciascuna società del gruppo, la soluzione di tale questione risente dell'inquadramento teorico che si dà all'istituto del concordato di gruppo.

Se si aderisce alla tesi del coordinamento forte, se non addirittura dell'unificazione delle procedure, appare preferibile la presentazione di un unico ricorso, o la successiva riunione dei

²²² Cass., sentenza del 13 ottobre 2015, n. 20559. Con nota di: A. DI MAJO, *Il fenomeno del concordato c.d. di gruppo e il diniego espresso dalla Corte di Cassazione*, in *Giurisprudenza italiana*, (2016), cit., p. 396.

ricorsi già presentati. Se si preferisce invece la tesi del concordato di gruppo quale fascio di procedure collegate, coordinamento debole, non resta che ritenere necessaria la presentazione di tanti ricorsi quante siano le società del gruppo, così come si avranno tanti decreti di omologazione quante sono le imprese di gruppo.

Sembra aderire alla prima tesi la sentenza del Tribunale di Ivrea del 21 febbraio 1995 nella quale venne adottato un unico decreto di ammissione, con la nomina di unico giudice delegato e commissario giudiziale e conseguentemente il concordato fu omologato con un unico decreto. Ma nel caso di specie *«questa soluzione è stata resa possibile sia per il fatto che tutte le imprese erano situate in località appartenenti alla competenza del medesimo tribunale, sia per il fatto che per ciascuna società ricorrevano le condizioni soggettive di ammissibilità»*²²³.

Data la coincidenza del circondario ai fini della competenza territoriale e la sussistenza per ciascuna società del gruppo, il giudice di merito non ebbe modo di analizzare le possibili conseguenze sulle questioni di rito che una domanda di concordato di gruppo poteva provocare.

In senso opposto, successivamente alla riforma del diritto fallimentare intervenuta nel biennio 2005/2007, si è pronunciato il Tribunale di Bologna con il decreto emanato nel caso Fincar. Nel caso di specie il gruppo operante nel settore automobilistico aveva presentato sei ricorsi distinti, i quali contenevano clausole di collegamento negoziale che esplicitavano le interazioni reciproche tra le distinte procedure e prevedevano l'utilizzo di un apporto di liquidità esterna a seconda delle esigenze delle singole procedure. *«I Giudici bolognesi hanno escluso, sia la possibilità di introdurre il concordato di gruppo con un unico ricorso e la speculare possibilità di ammetterlo con unico provvedimento, sia quella di prevedere il deposito di un'unica somma per le spese di procedura»*²²⁴.

È evidente come nel caso di specie il Tribunale di Bologna abbia optato per un coordinamento debole delle procedure, nominando ad esempio lo stesso giudice delegato ma commissari giudiziali parzialmente diversi per le società del gruppo sottoposte al fascio di procedure concordatarie.

Ulteriore questione di rito, attinente alla presentazione di una domanda di concordato preventivo di gruppo, riguarda il possibile conflitto di competenza nei casi in cui le società del gruppo abbiano sede legale in diversi circondari. L'art. 161 della legge fallimentare,

²²³ Tribunale di Ivrea, 21 febbraio 1995, con nota di: M. FABIANI, *Riunione dei procedimenti nei gruppi di imprese*, in *Il Fallimento*, (1995), 9, p. 970.

²²⁴ Tribunale di Bologna, decreto del 8 ottobre 2009, con commento di: S. POLI, *Il "concordato di gruppo": i profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplezza giurisprudenziale*, in *Contratto e Impresa*, (2014), 6, p. 1369.

richiamando il dispositivo dell'art. 9 l. fall. in materia di competenza per la dichiarazione di fallimento, identifica la competenza territoriale per la presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo nel Tribunale ove l'impresa ha la propria sede principale.

È opportuno segnalare che la diversa sede legale delle società del gruppo, non è stata generalmente ritenuta motivo ostativo per la presentazione di una domanda di concordato preventivo di gruppo, essendo la presunzione di corrispondenza tra sede legale e sede effettiva una presunzione semplice dunque superabile mediante prova contraria. Invece relativamente al contenuto della prova relativa alla non corrispondenza tra sede legale e sede effettiva, le soluzioni adottate dalla giurisprudenza di merito divergono.

Viene in primo luogo in rilievo la sentenza del Tribunale di Roma del 16 dicembre 1997, ove il giudice capitolino aveva risolto, senza troppe remore il conflitto di competenza ritenendo che *«nel caso in cui sussista un rapporto di gruppo tra più società, la competenza a decidere per l'ammissione del concordato preventivo di tali società appartiene al tribunale del luogo in cui è posta la sede della società capogruppo, ancorché taluna delle società abbia sede legale in un luogo diverso»*²²⁵.

Il giudice di merito aveva ritenuto, quindi, che la competenza territoriale, per l'ammissione alla procedura concordataria, della capogruppo producesse un effetto di assorbimento nei confronti della competenza territoriale per il ricorso delle altre società del gruppo.

Di opposto avviso il Tribunale di Bologna, nel già citato caso Fincar, il quale, seppur con valore di *obiter dictum* avendo le società proponenti sede legale ed effettiva nel medesimo circondario, ha esplicitato *«da un lato, la necessità di attenersi al rispetto dei criteri di competenza territoriale previsti dall'art. 9 l.f, con l'esclusione dell'attrazione tout court nel Foro della holding, che potrebbe dar luogo a fenomeni di parziale forum shopping; dall'altro lato, quella di verificare i presupposti, oggettivo e soggettivo, di accesso al concordato con riferimento ad ogni singola società coinvolta»*²²⁶.

Più di recente e in senso parzialmente diverso si è espresso più di recente il Tribunale di Roma, con decreto del 7 marzo 2011, il giudice capitolino ha ritenuto *«ammissibile la presentazione di un'unica domanda per società tra cui esista un rapporto di controllo, e ciò*

²²⁵ Tribunale di Roma, sentenza del 16 dicembre 1997, con nota di: D. DI GRAVIO, *Procedura unica per i concordati delle società del gruppo?* In *Il Diritto fallimentare*, (1998), 4, p. 778.

²²⁶ Tribunale di Bologna, decreto del 8 ottobre 2009, con commento di: S. POLI, *Il "concordato di gruppo": i profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplezza giurisprudenziale*, in *Contratto e Impresa*, (2014), cit., p. 1369.

sulla scorta di un'evidente interdipendenza funzionale, amministrativa e finanziaria tra le stesse»²²⁷.

È interessante rilevare come anche nel caso oggetto principale di questa tesi, tanto il giudice di prime cure quanto la Corte d'appello, avevano ritenuto ammissibile la domanda di concordato preventivo presentata dalla società in nome collettivo holding a cui avevano poi aderito le società operative del gruppo, nonché socie illimitatamente responsabili della preponente.

Il conflitto di competenza, sorto in quanto alcune delle società operative avevano sede legale in un circondario diverso rispetto a quella della società capogruppo, era stato risolto mediante il superamento della presunzione semplice di coincidenza tra sede legale e sede effettiva dell'impresa, identificando in La Spezia la sede effettiva delle imprese del gruppo, dato che in tale sede venivano sottoscritte la stragrande maggioranza dei contratti, funzionali all'esercizio dell'impresa e generate le commesse.

La Cassazione, con la sentenza n. 20559 del 2015, ha smentito tale ricostruzione, per quanto riguarda la competenza per l'ammissione al concordato preventivo, richiamando la copiosa giurisprudenza di legittimità in materia di competenza per la dichiarazione di fallimento, tra cui l'ordinanza del 31 agosto 2011, n. 17907, in cui il Supremo Collegio ha escluso la deroga alla competenza per la dichiarazione di fallimento dovuta a ragioni di connessione in forza di rapporti di gruppo.

La Cassazione nel caso Baglietto s.n.c. non ha ritenuto i fatti allegati dal ricorrente, idonei a superare la presunzione semplice in merito alla corrispondenza tra sede legale e sede effettiva dell'impresa.

È necessario rilevare che qualora facciano parte del gruppo in crisi anche società estere, l'ipotesi introduce ulteriori questioni in tema di giurisdizione. Data la rilevanza e l'attualità dell'argomento tale aspetto verrà trattato separatamente nell'ultimo sotto paragrafo dedicato alla disciplina della crisi di gruppo nelle fonti internazionali.

d. I limiti alla “substantial consolidation”

Un'ulteriore questione attinente il contenuto della proposta concordataria, riferita a più imprese appartenenti allo stesso gruppo, riguarda la possibilità o il divieto di confusione delle masse attive e passive delle singole società. Si tratta di una questione spesso ricorrente nei

²²⁷ Tribunale di Roma, decreto del 7 marzo 2011, con nota di: G. FAUCEGLIA, *Sul fenomeno del gruppo nel concordato preventivo*, in *Il Diritto fallimentare*, (2011), 3-4, p. 251.

concordati preventivi di gruppo, in quanto soprattutto la confusione dal lato attivo, spesso accompagnata dalla cessione del complesso aziendale ad un acquirente, consente in genere il conseguimento di un ricavato maggiore rispetto alla vendita parcellizzata degli attivi afferenti alle singole società.

La commistione dei patrimoni delle società del gruppo, se da un lato sembrerebbe legittimata dall'autonomia negoziale delle parti (art. 1322 c.c.), cui è stato dato ampio rilievo nel concordato preventivo con la riforma delle procedure concorsuali del biennio 2005 – 2007, d'altra parte rischia di incrinare la distinta personalità giuridica di ciascuna società del gruppo con conseguente violazione dell'art. 2740 c.c., il quale afferma la responsabilità patrimoniale del debitore per le proprie obbligazioni.

La risposta a tale dubbio interpretativo coinvolge anche aspetti di carattere processuale, in merito alla formazione delle maggioranze ai fini dell'approvazione della proposta concordataria previste dall'art. 177 l. fall. Se si ritiene inammissibile la confusione dei patrimoni delle società del gruppo, le maggioranze per l'approvazione del piano dovranno essere calcolate con riferimento alle singole imprese partecipanti alla procedura. Se invece si considera ammissibile la confusione delle masse patrimoniali, il concordato potrà essere approvato con la maggioranza riferita al gruppo nel suo complesso. Si segnala fin da adesso come la giurisprudenza di merito non abbia fornito soluzioni univoche sul punto.

Tra le pronunce più risalenti merita di essere accennata, anche per le ampie aperture verso la *substantial consolidation* (intendendosi come tale la confusione, in sede concordataria, delle masse attive e passive di più società appartenenti al medesimo gruppo) la sentenza del Tribunale di Crotona del 28 maggio 1999 resa sulla domanda di ammissione al concordato preventivo, introdotta con unico ricorso dal gruppo Ninnarello, al cui vertice era posto il sig. Ninnarello quale amministratore e socio di tutte le società del gruppo operanti nel settore delle concessionarie di autoveicoli.

Il giudice calabrese aveva ritenuto ammissibile «*la proposizione di un unico ricorso per l'ammissione al concordato preventivo da parte di società od imprese individuali costituenti un gruppo, con conseguente unitarietà di procedura anche in relazione all'adunanza dei creditori. Le maggioranze imposte dall'art. 177 l. fall. per l'approvazione del concordato possono essere calcolate con riferimento non a ogni singola impresa ma al gruppo. Qualora per una delle imprese non sia raggiunta la maggioranza dei crediti, essa può ritenersi*

egualmente conseguita in relazione all'intero gruppo laddove ciò non comporti un apprezzabile sacrificio per i creditori dissenzienti»²²⁸.

Nel caso di specie il giudice aveva dato particolare rilievo all'ottica di gruppo, essendo stata sottoposta ai creditori un'unica proposta riferita al gruppo nel suo complesso, ed avendola approvata i creditori avevano espresso la volontà di essere considerati come creditori del gruppo unitariamente considerato. A parere del giudice rendeva legittima una siffatta soluzione l'assenza di un apprezzabile sacrificio per i creditori dissenzienti. È indubbio come tale pronuncia aderisse alla tesi dell'unitarietà della procedura concordataria presentata dal gruppo.

In senso opposto, successivamente alla riforma delle procedure concorsuali del 2005, il decreto del Tribunale di Parma del 10 luglio 2008, relativo alla proposta di concordato preventivo presentato dal gruppo Jem Session, titolare del marchio di abbigliamento Guru. Nel caso di specie era stata presentata un'unica domanda di ammissione al concordato che prevedeva l'affitto ponte del marchio ad una società controllata dal gruppo indiano Bombay Rayon Fashion ai fini della futura cessione, il cui ricavato sarebbe stato utilizzato per il pagamento, indistinto, di tutte le società del gruppo coinvolte nella procedura.

Il Tribunale di Parma dichiarando inammissibile la domanda di concordato preventivo, cui poi seguirà il fallimento del gruppo Jem Session e la responsabilità, in sede penale, degli amministratori che avevano fraudolentemente depauperato il patrimonio aziendale, aveva sottolineato che *«nei piani e nelle proposte concordatarie di gruppo ciascuna società deve rispondere dei propri debiti esclusivamente con il proprio patrimonio, argomentando dal principio generale sulla responsabilità patrimoniale ex art. 2740 c.c., dall'alterità soggettiva delle diverse società e dell'irrilevanza delle nuove norme in tema di gruppo, declinate, essenzialmente, in chiave di responsabilità»²²⁹.*

Il provvedimento del giudice emiliano precludeva, dunque, la confusione delle masse attive e passive delle società partecipanti alla procedura concordataria di gruppo, ritenendo invalicabile il limite della responsabilità patrimoniale del debitore sancito dall'art. 2740 c.c.

Nonostante il tenore assoluto della preclusione, il dibattito in tema di *substantial consolidation* rimase vivo, e non tutti i giudici di merito aderirono alle conclusioni operate dal Tribunale di Parma nel caso Jem Session.

²²⁸ Tribunale di Crotone, sentenza del 28 maggio 1999, con nota di: E. COLOGNESI, *Ancora in tema di concordato preventivo di gruppo*, in *Giustizia civile*, (2000), 5, p. 1533.

²²⁹ Tribunale di Parma, decreto del 10 luglio 2008, con nota di: S. POLI, *Il "concordato di gruppo": i profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplezza giurisprudenziale*, in *Contratto e Impresa*, (2014), cit., p. 1368

In senso contrario si è espresso ad esempio il Tribunale di Benevento, con decreto del 18 gennaio 2011, il quale ha ritenuto *«ammissibile la proposta di concordato presentata da un gruppo di società che preveda la riunione in un'unica massa attiva e in un'unica massa passiva dei patrimoni delle singole società del gruppo»*²³⁰.

Più di recente, sempre a favore dell'ammissibilità di una proposta concordataria di gruppo che preveda la commistione dei patrimoni attivi e passivi delle società partecipanti, si è espresso il decreto del Tribunale di Palermo del 4 maggio 2014. Nel caso affrontato dal giudice siciliano la proposta di concordato preventivo di gruppo era stata posta in essere mediante una serie di operazioni straordinarie, consistenti nel conferimento dei patrimoni delle società operative in una società in accomandita semplice, e successiva trasformazione della stessa in una società in nome collettivo. Tanto i conferimenti quanto la trasformazione erano risolutivamente condizionate all'omologazione del concordato.

Il Tribunale di Palermo ha considerato ammissibile siffatta domanda, ritenendo che nonostante la mancanza di una disciplina positiva del concordato preventivo di gruppo, *«può senz'altro condividersi l'orientamento interpretativo favorevole a riconoscere la legittimità ed ammissibilità di siffatto concordato, fondato su un piano aziendale riferito all'impresa di gruppo, e ciò almeno laddove, come nel caso di specie, il piano stesso risponda all'interesse dei creditori, favorendo un'attività liquidatoria unitaria in virtù delle strette connessioni esistenti tra le società e/o imprese facenti parte del gruppo e prevedendo l'abbattimento dell'esposizione debitoria infragruppo, sì da rendere possibile la prosecuzione dell'attività aziendale nel suo complesso, attraverso l'intervento di un assuntore appositamente costituito»*²³¹.

Le recenti pronunce che hanno ritenuto ammissibile la confusione dei patrimoni delle singole società in ipotesi di concordato preventivo di gruppo, non devono trarre in inganno il lettore in quanto altrettanti provvedimenti di merito nel medesimo periodo hanno ritenuto inammissibili proposte concordatarie da cui derivava il suddetto effetto. Particolarmente critica su tale ricostruzione è la giurisprudenza del Tribunale di Roma, la quale ritiene la prescrizione dell'art 2740 c.c. un limite invalicabile all'autonomia privata in sede di proposta concordataria.

È il caso ad esempio del decreto del 25 luglio 2012, ove il Tribunale di Roma ha ritenuto inammissibile le proposte concordatarie, presentate separatamente, da due società dello stesso

²³⁰ Tribunale di Benevento, decreto del 18 gennaio 2011, con nota di: D. VATTERMOLI, *Concorso ed autonomia privata nel concordato di gruppo*, in *Diritto della Banca e del mercato finanziario*, (2012), 2, p. 378.

²³¹ Tribunale di Palermo, decreto del 4 maggio 2014, con nota di: G. MILANO, *La proposta di concordato preventivo con percentuale irrisoria*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2015), 4, p. 837.

gruppo le quali prevedevano la cessione di entrambi i patrimoni aziendali ad unico assuntore, il cui ricavato sarebbe stato utilizzato per l'adempimento dell'onere concordatario di entrambe le società.

Tale decisione è stata confermata anche dal Giudice d'appello in sede di reclamo, con decreto del 5 marzo 2013, ove la Corte d'appello capitolina ha dichiarato inammissibile «*per violazione dell'art. 2740 c.c. la proposta di concordato preventivo liquidatorio con cessione parziale di beni, e ciò anche quando, nell'ambito di concordato di gruppo, si destini l'eccedente della cessione parziale al soddisfacimento dei creditori di altre società del gruppo*»²³².

A ben vedere il conflitto giurisprudenziale tra coloro che ritengono ammissibile la deroga all'art. 2740 c.c. in sede di presentazione della proposta concordataria di gruppo, e coloro invece che considerano la disposizione un limite invalicabile all'autonomia negoziale dei creditori e del debitore, è chiaramente presente nel caso Baglietto s.n.c. Il piano *de quo* prevedeva infatti la confusione dei patrimoni delle società del gruppo, diventate soci illimitatamente responsabili della società proponente, ed era stato approvato con il calcolo delle maggioranze considerato il gruppo nel suo complesso.

Sia il Tribunale della Spezia quanto la Corte d'appello di Genova avevano considerato ammissibili siffatti effetti, ritenendo che le censure sul punto, presentate dai creditori, attenessero alla convenienza economica della proposta, non valutabile dal giudice in quanto non vi era stata apposta censura sul punto da parte dei creditori dissenzienti, come richiesto dall'art. 180 quarto comma l. fall.

Il Supremo Collegio invece, nella sentenza 20559 del 2015, ha ritenuto che, in mancanza di una disciplina positiva del concordato di gruppo, la proposta di concordato riferita a più società legate da rapporti di gruppo debba tenere distinte le posizioni debitorie e creditorie relative a ciascuna impresa, in quanto le stesse mantengono, inalterata, la propria personalità giuridica. Da tale premessa deriva il corollario che la proposta deve essere approvata con distinte maggioranze relative a ciascuna impresa, seppur nella medesima adunanza. Invece la proposta di Baglietto s.n.c. aveva forzato il dato normativo di cui all'art. 2740 c.c., oltre quanto tollerabile per un'interpretazione estensiva.

²³² Corte d'appello di Roma, decreto del 5 marzo 2013, con nota di: P. FILIPPI, *Sull'iniziativa del P.M. se la proposta di concordato diventa notitia decoctionis qualificata e sui vantaggi compensativi nel concordato di gruppo*, in *Giurisprudenza di merito*, (2013), 9, p. 1817.

La pronuncia del Supremo Collegio sembra aver posto un punto conclusivo in merito al divieto di *substantial consolidation*, con conseguente obbligo di sottoporre, separatamente per ciascuna impresa del gruppo, il piano all'approvazione dei rispettivi creditori.

e. Il concordato preventivo di gruppo nelle fonti internazionali

Una delle principali funzionalità del gruppo di imprese, quale forma di organizzazione dell'attività di impresa, è la possibilità operare in uno Stato estero godendo, nel caso di impiego di una società di capitali, della distinta soggettività giuridica della controllata estera. Perciò spesso l'impresa multinazionale si presenta come gruppo di imprese, con le società operative incorporate in diversi Stati, all'interno e all'esterno dell'Unione Europea.

Dato il frequente intrecciarsi dei rapporti partecipativi e gestionali tra gli Stati Membri dell'Unione Europea, il legislatore comunitario sentì l'esigenza, con il Regolamento del 29 maggio 2000 n. 1346, di dettare una disciplina comune in materia di crisi di impresa.

Uno dei problemi che potrebbe presentarsi in gruppo di imprese multinazionale è il possibile conflitto di giurisdizione tra la procedura di insolvenza "madre" e la procedura "figlia", intendendosi per procedura madre quella che per prima è stata attivata.

L'art. 3 del Regolamento 1346/2000 risolveva il problema prevedendo che «*sono competenti ad aprire la procedura di insolvenza i giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore. Per le società e le persone le procedure concorsuali di cui giuridiche si presume che il centro degli interessi principali sia, fino a prova contraria il luogo in cui si trova la sede statutaria*».

Il legislatore comunitario aveva introdotto il C.O.M.I. ovvero sia il *centre of main interest*, quale discrimine ai fini dell'attribuzione della competenza giurisdizionale per l'apertura della procedura di liquidazione, e la presunzione relativa di corrispondenza tra sede statutaria e centro di interessi principali.

La giurisdizione competente, come identificata dal C.O.M.I., apriva la procedura di insolvenza principale, mentre le procedure secondarie, esclusivamente liquidatorie, potevano essere aperte negli altri Stati Membri in cui, l'impresa assoggettata alla procedura madre, aveva una "dipendenza", vale a dire una stabile organizzazione.

Il Regolamento 1346/2000 sanciva inoltre all'art. 16 il principio di mutuo riconoscimento tra procedure concorsuali aperte in applicazione dell'art. 3, così come gli Stati Membri si impegnavano a rinascere gli effetti delle procedure di insolvenza adottate in applicazione del Regolamento. Particolare interesse, in materia di procedure negoziate di risanamento,

suscitava la disposizione di cui all'art. 17 secondo comma del Regolamento, la quale prevedeva che *«qualsiasi limitazione dei diritti dei creditori, in particolare una dilazione di pagamento o la remissione di un debito risultante da tale procedura, può essere fatta valere per i beni situati nel territorio di un altro Stato membro soltanto nei confronti dei creditori che vi hanno acconsentito»*.

Sul tema delle procedure di insolvenza con riflessi transfrontalieri ebbe modo di occuparsi, successivamente all'entrata in vigore del Regolamento, anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea in due precedenti particolarmente interessanti: il caso Eurofood IFSC Ltd (C – 341/04) e il caso Interedil s.r.l. (C- 396/09).

Nel caso Eurofood IFSC Ltd (C – 341/04) la Corte di Giustizia U. E. era stata investita di un caso riguardante una società irlandese, controllata interamente da Parmalat S.p.a. Ora il D.l. n. 347 del 2003 aveva sottoposto Parmalat ad amministrazione straordinaria, mentre in Irlanda su impulso di una banca creditrice era stata aperta una procedura di liquidazione coatta *“compulsory winding up”* per la società Eurofood, controllata irlandese di Parmalat. Successivamente la medesima Eurofood era stata ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria in Italia. Era evidente che vi fosse un conflitto di giurisdizione dunque la *High Court* Irlandese aveva deferito la questione alla Corte di Giustizia europea.

La Corte con sentenza del 2 maggio 2006 ha stabilito che *«Quando un debitore è una società controllata la cui sede statutaria è situata in uno Stato membro diverso da quello in cui ha sede la sua società madre, la presunzione contenuta nell'art. 3, n. 1, seconda frase, del regolamento (CE) del Consiglio 29 maggio 2000, n. 1346, relativo alle procedure di insolvenza, secondo la quale il centro degli interessi principali di tale controllata è collocato nello Stato membro in cui si trova la sua sede statutaria, 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 nella detta sede statutaria»*.

In forza all'applicazione del centro degli interessi principali quale criterio per determinare la competenza territoriale, la Corte europea ha ammesso astrattamente la possibilità di dimostrare che la controllata irlandese avesse solo sede fittizia in Irlanda, mentre il centro degli interessi principali si trovava in Italia, assoggettando così Eurofood Ltd. alla procedura di amministrazione straordinaria nei confronti di Parmalat.

Ma nel caso di specie i fatti volti a contraddire la presunzione relativa posta dall'art. 3 del Regolamento 1346/2000, non sono stati ritenuti sufficientemente provati in quanto *«il fatto che le sue scelte gestionali – di Eurofood Ltd. – siano o possano essere controllate da una*

società madre stabilita in un altro Stato membro non è sufficiente per superare la presunzione stabilita dal detto regolamento»²³³.

Sempre in merito alla corretta qualificazione si centro di interessi principali, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ebbe modo di pronunciarsi con la sentenza del 20 ottobre 2011 nel caso Interedil s.r.l. (C- 396/09).

Il caso di specie riguardava una società con sede a Monopoli che aveva trasferito la sua sede statutaria nel Regno Unito e successivamente aveva concluso degli accordi di cessione d'azienda con altra società britannica. Uno dei creditori di Interedil aveva chiesto il fallimento della stessa di fronte al giudice italiano, ma la società convenuta aveva opposto il difetto di giurisdizione, in quanto essa aveva il suo centro di interessi principali nel Regno Unito.

L'eccezione relativa al difetto di giurisdizione, ritenuta infondata del giudice di merito, era stata deferita alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea dalla Cassazione in sede di regolamento di giurisdizione.

La Corte di Giustizia ha stabilito che qualora *«il luogo dell'amministrazione principale di una società non si trovi presso la sua sede statutaria, la presenza di attivi sociali nonché l'esistenza di contratti relativi alla loro gestione finanziaria in uno Stato membro diverso da quello della sede statutaria di tale società possono essere considerate elementi sufficienti a superare tale presunzione solo a condizione che una valutazione globale di tutti gli elementi rilevanti consenta di stabilire che, in maniera riconoscibile dai terzi, il centro effettivo di direzione e di controllo della società stessa, nonché della gestione dei suoi interessi, è situato in tale altro Stato membro»²³⁴.*

Dunque secondo il diritto dell'Unione Europea con il Regolamento 1346/2000 e alla luce delle pronunce della Corte di giustizia europea, era possibile risolvere, mediante l'applicazione del C.O.M.I., i conflitti di giurisdizione tra procedure concorsuali che si potevano creare in presenza di gruppi di imprese aventi società operative in più Stati membri. Sul punto è rinvenibile anche un precedente della giurisprudenza di merito italiana, resa dal Tribunale di Lucca con decreto del 12 febbraio 2010 nel caso Kartogroup s.r.l. La società Kartogroup s.r.l., capogruppo, aveva presentato domanda di concordato preventivo, cui avevano poi aderito le società operative due delle quali avevano sede statutaria rispettivamente in Francia e in Germania. Uno dei creditori della società francese aveva

²³³ Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Grande Sezione), 2 maggio 2006 (C- 341/2004), *Eurofood IFSC Ltd.* Con nota di: P. CATALLOZZI, *Il Regolamento europeo e il criterio del COMI (centre of main interests): la parola alla Corte*, in *Il Fallimento*, (2006), 11, p. 1249.

²³⁴ Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Sez. I), 20 ottobre 2011 (C- 396/09), *Interedil s.r.l. in liquidazione*. Con commento di: P. DE CESARI, *Procedura principale e procedure territoriali. Nuovi spunti interpretativi forniti dalla Corte di giustizia*, in *Il Fallimento*, (2012), 5, p. 535.

eccepito l'incompetenza giurisdizionale del giudice italiano per la procedura relativa alla controllata francese.

Il Tribunale di Lucca ha ritenuto che *«nei casi di gruppi di imprese, la competenza giurisdizionale spetta a quello stato ove sono ubicati gli interessi principali della società capogruppo, sul presupposto dell'esistenza di una situazione di fatto che evidenzi come la società controllata, pur svolgendo la propria attività in altri stati membri, di fatto si limiti a recepire ed a eseguire pedissequamente le strategie e le direttive elaborate in termini vincolanti e impartite dalla società capogruppo»*²³⁵.

Nel caso di specie il Giudice toscano ha valutato idonei a superare la presunzione relativa fissata dall'art 3. del Reg. 1346/2000 i fatti che: nessun altro creditore estero avesse contestato la giurisdizione italiana; la controllata francese fornisse semilavorati alla capogruppo italiana che si occupava della lavorazione finale; la totalità dei soci fosse italiana dunque tanto le strategie aziendali quanto la concreta operatività della controllata francese fossero decise in Italia. Tali circostanze sono state ritenute sufficienti a spostare il centro degli interessi principali in Italia così da consentire l'omologazione del concordato preventivo di gruppo anche nei confronti della controllata francese.

Di recente il Regolamento Europeo 1346/2000 ha subito un processo di modifica e aggiornamento, come d'altronde lo stesso prevedeva dopo dieci anni dalla sua entrata in vigore. Data l'entità degli interventi di modifica si è preferito emanare un Regolamento di rifusione, il n. 848 del 20 maggio 2015, che ha abrogato il precedente provvedimento.

Il Regolamento 848/2015 ha esteso, in primo luogo, l'ambito di applicazione (art. 1) della disciplina europea in materia di procedure di insolvenza anche alle procedure di risanamento alternative alla liquidazione, purché abbiano le seguenti caratteristiche: a) prevedano lo spossessamento, anche parziale, dei beni del debitore; b) l'amministrazione dei beni spossessati sia affidata all'autorità giudiziaria; c) vi sia un blocco temporaneo delle azioni esecutive individuali al fine di consentire le trattative tra debitore e creditori.

È indubbio che tale definizione comprenda il concordato preventivo, come disciplinato dall'ordinamento italiano, in quanto lo spossamento attenuato e il divieto di azioni esecutive individuali, costituiscono effetti fisiologici del concordato, previsti rispettivamente dagli artt. 167 e 168 l. fall.

Il nuovo regolamento in materia di procedure di insolvenza ha lasciato inalterato il C.O.M.I. quale criterio per determinare la competenza giurisdizionale, ai fini dell'apertura di delle

²³⁵ Tribunale di Lucca, decreto del 12 febbraio 2010, con nota di: G. MINUTOLI, *L'insolvenza transnazionale nei gruppi di imprese: il punto in dottrina e in giurisprudenza*, in *Giurisprudenza di merito*, (2010), 6, p. 1566.

procedure principali e secondarie, tant'è che l'art. 3 riprende completamente il vecchio testo previsto dal Regolamento 1346/2000.

La nuova disciplina ha però introdotto la possibilità di utilizzare una procedura abbreviata “*undertaking*”, nel caso in cui sia necessario aprire una procedura secondaria. Infatti l'art. 36 dispone che *«al fine di evitare l'apertura della procedura secondaria di insolvenza, l'amministratore della procedura principale di insolvenza può contrarre un impegno unilaterale, relativamente ai beni situati nello Stato membro in cui potrebbe essere aperta la procedura secondaria di insolvenza, in base al quale, nel ripartire tali beni o il ricavato del loro realizzo, rispetterà i diritti nella ripartizione dei beni e i diritti di prelazione previsti dal diritto nazionale di cui avrebbero goduto i creditori se fosse stata aperta una procedura secondaria di insolvenza in quello Stato membro»*.

È chiaro come la previsione dell'art. 36 costituisca uno strumento di semplificazione e possa evitare la duplicazione delle procedure, purché l'amministratore della procedura principale rispetti i diritti nella ripartizione dei beni e i diritti di prelazione previsti nello Stato membro, ove i beni si trovano.

Ai fini della gestione della crisi di gruppo, assumono fondamentale importanza le disposizioni di cui al Capo V del Regolamento 848/2015, il quale agli artt. 56 ss. disciplina le procedure di insolvenza delle società facenti parte di un gruppo di società.

La disciplina è divisa in due sezioni: una relativa alla cooperazione tra le autorità degli Stati membri e l'altra relativa al coordinamento delle procedure.

Ai fini dell'applicazione della suddetta disciplina, il gruppo di società è composto, ai sensi dell'art. 2 n. 13), dall'impresa e da tutte le sue figlie, intendendosi per impresa madre *«l'impresa che controlla, direttamente o indirettamente, una o più imprese figlie»*. Sono inoltre considerate “*imprese madri*” quelle che redigono il bilancio consolidato ai sensi della Direttiva 2013/34/UE.

Per quanto riguarda la cooperazione tra autorità di diversi Stati membri, il Regolamento 848/2015 prevede tre livelli di cooperazione. Il primo livello è tra gli organi incaricati della gestione della procedura, che nel testo in inglese vengono definiti con l'appellativo di “*insolvency practitioners*”.

L'art. 56 infatti prevede che *«se la procedura d'insolvenza riguarda due o più società facenti parte di un gruppo di società, l'amministratore delle procedure di insolvenza nominato nella procedura relativa a una società del gruppo coopera con l'amministratore delle procedure di insolvenza nominato nella procedura relativa ad un'altra società dello stesso gruppo, nella*

misura in cui tale cooperazione serva a facilitare la gestione efficace di tale procedura, non sia incompatibile con le norme ad essa applicabili e non comporti conflitto d'interessi».

La cooperazione tra amministratori delle procedure relative allo stesso gruppo di società può essere attuata mediante la sottoscrizione di protocolli o accordi. La cooperazione tra amministratori è funzionale: allo scambio di informazioni relative alle diverse procedure; ad una gestione e ad una sorveglianza coordinata dei beni del debitore; a valutare se sia possibile il risanamento dell'intero gruppo, e in caso positivo, all'adozione di un piano di risanamento coordinato.

Gli altri due livelli di cooperazione sono fissati rispettivamente dall' articolo 57, che disciplina la cooperazione tra autorità giudiziarie dei diversi Stati membri, e dall'articolo 58, che invece disciplina la cooperazione tra amministratori delle procedure e organi giurisdizionali.

La funzione principale della disciplina in tema di cooperazione tra organi delle procedure è quella di valutare se vi siano margini di risanamento del gruppo, e in tal caso *«coordinarsi in funzione di una proposta e della negoziazione di un piano di ristrutturazione. In questo caso, tutti o alcuni degli IP – insolvency practitioners – nominati nelle singole procedure delle società del gruppo possono accordarsi per attribuire poteri aggiuntivi ad un IP nominato in una delle procedure»*²³⁶.

Viene così introdotto il ruolo del coordinatore, il quale si occupa appunto delle procedure di coordinamento previste dalla seconda Sezione del Capo V del Regolamento 848/2015, dedicato alla gestione della crisi di gruppo transfrontaliera.

La domanda di coordinamento deve essere presentata, ex art. 61, da uno degli amministratori della procedura, ad uno dei giudici competenti per una procedura che si riferisce ad una delle società del gruppo. La domanda di coordinamento deve contenere: la proposta di nomina di un coordinatore delle procedure; le linee generali di coordinamento del gruppo; un elenco degli amministratori nominati per le singole società del gruppo; i costi stimati della procedura di coordinamento ed il loro riparto tra le singole società del gruppo.

Nel caso in cui più istanze di coordinamento vengano presentati di fronte ad autorità giudiziarie diverse, il conflitto si risolve mediante l'applicazione del criterio di priorità, previsto dall'art. 62, con conseguente diniego del giudice adito successivamente. Il criterio di priorità può essere derogato con l'accordo della maggioranza dei due terzi degli amministratori giudiziali (art. 66).

²³⁶ C. GARLATTI, *Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle procedure di insolvenza (rifusione)*, in *Il Fallimento*, (2015), 5, p. 513.

Gli amministratori, nominati per le singole procedure relative a società del gruppo, conservano, ai sensi dell'art. 64, lo *ius ponitendi*, in quanto essi possono opporsi tanto all'inclusione della propria procedura tra le procedure oggetto di coordinamento, quanto alla nomina del coordinatore. La contestazione deve avvenire entro trenta giorni dalla notifica della domanda di apertura della procedura di coordinamento, qualora venga contestata l'inclusione della singola procedura fra quelle da coordinare ciò produce l'esclusione dal coordinamento della medesima procedura.

Attivata la procedura di coordinamento, il soggetto nominato coordinatore assume un ruolo fondamentale nella gestione della crisi di gruppo unitariamente considerata. Ai sensi dell'art. 72 egli dovrà elaborare le raccomandazioni destinate agli amministratori delle procedure relative alle imprese di gruppo e formulare un piano di coordinamento di gruppo.

In particolare il piano di coordinamento di gruppo dovrà concentrarsi su: le misure da adottare per ripristinare la redditività e la solidità finanziaria, anche parziale, del gruppo; la composizione delle controversie infragruppo e le azioni revocatorie; gli accordi tra gli amministratori delle procedure di insolvenza delle società insolventi del gruppo.

Particolarmente incisivo è il potere attribuito dal coordinatore dalla lett. e) dell'art. 72 co. 2, il quale consente al coordinatore di «*chiedere una sospensione delle procedure aperte nei confronti di qualunque società del gruppo per un periodo non superiore a sei mesi, a condizione che tale sospensione sia necessaria per garantire la corretta applicazione del piano e sia a vantaggio dei creditori nell'ambito della procedura per la quale è stata richiesta, oppure chiedere la revoca di eventuali sospensioni esistenti*».

Dalla lettura complessiva del nuovo Regolamento europeo in materia di procedure concorsuali 848/2015, appare chiaro come il diritto comunitario abbia interpretato la gestione della crisi di gruppo, esclusivamente in chiave di *procedural consolidation*. La cooperazione tra le autorità coinvolte nelle procedure afferenti le singole società appartenenti al gruppo, così come le disposizioni in tema di coordinamento, chiariscono come il Regolamento abbia aderito alla teoria che vede la gestione della crisi di gruppo, attuabile esclusivamente mediante un fascio di procedure riferite ciascuna alla singola società, seppur coordinate tra di loro. Coerentemente con tale interpretazione non vi è spazio per la confusione delle masse attive e passive al fine di una gestione più efficiente del gruppo, tant'è che a fronte della pluralità di norme di carattere procedurale nel nuovo Regolamento non vi è alcun riferimento alla *substantial consolidation*.

Tale ultimo aspetto non deve sorprendere in quanto nelle fonti internazionali gli argomenti a favore della *substantial consolidation*, cioè la confusione delle masse attive e passive delle società del gruppo nel corso della procedura concorsuale, sono senza dubbio recessivi.

Nello stesso senso si esprimono le fonti internazionali di *soft law*. Così ad esempio la *Legislative Guide on Insolvency Law* curata dall' UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*), cui per molti versi si è ispirato il Regolamento 848/2015/UE. Ai fini della discussione interessa la parte terza denominata appunto *Treatment of enterprise groups insolvency*.

Le linee guida UNCITRAL ricostruiscono l'ipotesi di *substantial consolidation* quale evento eccezionale in una procedura concorsuale di gruppo, così come emerge dalla raccomandazione n. 220, la quale precisa come il giudice possa ordinare l'unificazione sostanziale delle procedure in due circostanze specifiche: «(a) *Where the court is satisfied that the assets or liabilities of the enterprise group members are intermingled to such an extent that the ownership of assets and responsibility for liabilities cannot be identified without disproportionate expense or delay; or (b) Where the court is satisfied that the enterprise group members are engaged in a fraudulent scheme or activity with no legitimate business purpose and that substantive consolidation is essential to rectify that scheme or activity*»²³⁷.

Gli standard internazionali ritengono, quindi, il ricorso all'unificazione sostanziale delle procedure, meramente eccezionale, identificando due fattispecie tipiche: il caso in cui le imprese del gruppo abbiano un'integrazione tale che ricostruire separatamente diritti e obblighi per ciascuna società del gruppo sarebbe eccessivamente costoso; oppure quando i membri del gruppo rientrano in un'attività fraudolenta senza legittime finalità d'impresa e il consolidamento sostanziale è essenziale per evitare tale abuso.

In tema di *substantial consolidation* risulta essere più permissiva la procedura di *Reorganization* prevista dal *Chapter 11 del Bankruptcy Code* degli Stati Uniti, in cui «*le forme di aggregazione patrimoniale nei piani di riorganizzazione di gruppo, pur in assenza di disciplina positiva, sono riconosciute e ritenute legittime, quale equitable remedy, dalla giurisprudenza statunitense e, all'atto pratico, sono molto diffuse, soprattutto nelle società di maggiori dimensioni*»²³⁸.

²³⁷ UNCITRAL, *Working Group V (Insolvency Law), Legislative Guide on Insolvency Law. Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency*, United Nations, New York, (2012), p. 72.

²³⁸ S. POLI, *Il concordato di gruppo: ii) verifica critica degli approdi giurisprudenziali con tentativo di ricavare dal sistema le chiavi per un parziale superamento del dogma della separazione delle masse (attive)*, in *Contratto e Impresa*, (2015), 1, p.124.

Le linee guida UNCITRAL contengono ulteriori spunti interessanti (Raccomandazioni n. 253-254) in merito ai “*cross-border insolvency agreements*”, cioè degli accordi tra gli organi delle procedure di insolvenza di diversi Stati, volti a garantire la cooperazione in caso di procedure di insolvenza transfrontaliere che coinvolgano più imprese del medesimo gruppo. Tale concetto è stato riproposto nel Regolamento 848/2015/UE, che del resto si è ampiamente ispirato alle linee guida UNCITRAL, al considerando n. 49, il quale prevede che al fine di garantire la cooperazione, gli amministratori delle procedure di insolvenza e i giudici dovrebbero poter concludere accordi e protocolli, volti a facilitare la cooperazione transfrontaliera, in caso di procedure d’insolvenza multiple in Stati membri diversi riguardanti società facenti parte dello stesso gruppo di società.

Un esempio di “*cross-border insolvency agreements*” è costituito dalle «*Guidelines for Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases elaborate dell’American Law Institute e sviluppate dall’International Insolvency Institute, che prevedono rapporti diretti tra i giudici di Paesi membri diversi e tra i curatori nominati nelle diverse procedure*»²³⁹.

3. Le prospettive di riforma alla luce dei lavori della Commissione Rordorf

Il diritto fallimentare italiano è stato di recente attraversato da istanze di riforma pervenute principalmente dalle fonti internazionali. Sul punto fondamentale è risultato il lavoro svolto dalle Istituzioni europee, che è culminato nell’emanazione del Regolamento 2015/848/UE. Il Regolamento sulle procedure di insolvenza transfrontaliere non è che l’apice dell’iter di discussione che ha coinvolto le Istituzioni europee nella riforma della precedente disciplina dettata dal Regolamento 2000/1346/UE.

Il procedimento di riforma ha preso origine dalla Raccomandazione della Commissione europea del 12 dicembre 2012 COM (2012) 744, il cui obiettivo generale era quello di «*migliorare l’efficienza del quadro europeo per la risoluzione dei casi transfrontalieri d’insolvenza, in modo da garantire il buon funzionamento del mercato interno e la sua resilienza in tempi di crisi economica*».

La riforma delle procedure concorsuali è parte del Piano di azione imprenditorialità 2020, adottato dalla Commissione europea con la Comunicazione (2012) 795, in cui gli Stati vengono esortati a trasformare il fallimento in successo, garantendo una seconda opportunità agli imprenditori onesti che falliscono, mediante un’auspicabile riduzione dei tempi di

²³⁹ L. PANZANI, *Il gruppo di imprese nelle soluzioni giudiziali della crisi*, in *Le Società*, (2013), cit., p. 1369.

riabilitazione ed estinzione del debito e mettendo a disposizione degli strumenti di ristrutturazione precoce.

I contenuti del progetto di riforma europeo sulle procedure concorsuali sono stati precisati nella Raccomandazione della Commissione 2014/135/UE, la quale ha rilevato un'evidente eterogeneità, tra gli Stati membri, relativamente alla gamma di procedure cui possono usufruire i debitori in difficoltà finanziaria per ristrutturare la propria impresa.

Nel considerando n. 4 la Commissione ha rilevato come *«la disparità tra i quadri nazionali in materia di ristrutturazione e la diversità delle norme nazionali che danno una seconda opportunità agli imprenditori onesti sono causa di costi aggiuntivi e fonte di incertezza nella valutazione dei rischi connessi agli investimenti in un altro Stato membro; frammentano le condizioni di accesso al credito e danno luogo a tassi di recupero del credito diversi; impediscono ai gruppi transfrontalieri di imprese di elaborare e adottare piani di ristrutturazione coerenti. Più in generale, possono costituire un disincentivo per le imprese che intendono stabilirsi in Stati membri diversi»*.

Il progetto di riforma non si limita, dunque, a prevedere un quadro comune per le procedure di insolvenza transfrontaliere, come effettivamente avvenuto con l'emanazione del Regolamento 2015/848/UE, ma ritiene ulteriormente necessario incoraggiare una maggiore coerenza tra le discipline nazionali sull'insolvenza, ai fini di una maggiore efficienza delle procedure concorsuali e della massimizzazione dei risultati conseguibili dal debitore e dai creditori. Processo di armonizzazione di cui si gioverà indirettamente anche la libera circolazione dei capitali, con un procedimento più agevole per il risanamento dei gruppi transfrontalieri, a prescindere dal luogo geografico in cui la procedura viene attivata.

Il governo italiano non è rimasto insensibile agli spunti di riforma provenienti dalle Istituzioni europee, perciò il Ministro della Giustizia con il decreto del 28 gennaio 2015 ha istituito, presso l'Ufficio Legislativo del Ministero, la Commissione per la riforma delle procedure concorsuali, presieduta dal dott. Renato Rordorf, presidente della I Sezione Civile della Corte di Cassazione.

La commissione Rordorf ha pubblicato il risultato dei lavori l'11 marzo 2016, presentando il disegno di legge in materia di *“Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza”*. Il disegno di legge è stato definitivamente approvato con la legge n. 155 del 19 ottobre 2017 (G. U. n. 254 del 30 ottobre 2017).

Ai fini della discussione in merito al trattamento della crisi di impresa riferita ai gruppi, le disposizioni che più rilevano, e che conseguentemente saranno analizzate, sono: le norme

relative ai principi generali (art. 2); le nuove regole in materia di concordato preventivo (art. 6) e la specifica disciplina dedicata ai gruppi di imprese (art. 3).

Tra i principi generali, fissati dalla legge n. 155 del 2017, riveste primaria importanza la disposizione di cui all'art. 1 co. 2 lett. a), la quale impone la sostituzione del termine "fallimento" e i suoi derivati con "liquidazione giudiziale".

La norma, nonostante sembri occuparsi di temi esclusivamente lessicali, non deve essere sottovalutata nel contenuto, in quanto la sua funzione è quella di «evitare l'aura di negatività e di discredito, anche personale, che storicamente a quella parola – vale a dire il termine fallimento – 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»²⁴⁰.

Appare chiaro come i lavori della commissione di riforma sul punto abbiano preso ispirazione dalle linee guida fissate dalla Commissione europea che considerano il ricorso alle procedure concorsuali come strumento volto ad attribuire una seconda possibilità all'imprenditore "sfortunato ma onesto".

Ulteriore disposizione dal carattere innovativo è la lett. d) del medesimo art. 2 co. 1, la quale impone di adottare un unico procedimento per l'accertamento dell'insolvenza o della crisi del debitore, in conformità alle disposizioni di cui all'art. 15 l. fall. Procedimento che sarà valido per qualsiasi categoria di debitore: sia esso persona fisica o giuridica, ente collettivo, consumatore, professionista o imprenditore esercente un'attività commerciale, agricola o artigianale, con esclusione dei soli enti pubblici.

Ulteriore novità è l'esplicito riconoscimento, ex art. 2 co.1 lett. f), del C.O.M.I. (centro degli interessi principali) ai fini della determinazione della competenza territoriale, secondo la disciplina attualmente contenuta nell'art. 3 del Regolamento 2015/848/UE.

La legge n. 155 del 2017 ha introdotto importanti modifiche anche alla disciplina del concordato preventivo. In via preliminare nelle disposizioni di carattere generale, ex art. 2 co. 1 lett. c), vi è la precisazione in merito al presupposto oggettivo ai fini dell'ammissione alla procedura concordataria, dovendosi intendere lo stato di crisi quale probabilità di futura insolvenza, essendo stati recepiti gli apporti dottrinari e giurisprudenziali sul punto.

La legge delega, nella originaria versione presentata al Parlamento ai fini dell'approvazione, chiedeva al Governo, ai sensi dell'art. 6 co.1 lett. a), di disporre «l'inammissibilità di proposte che, in considerazione del loro contenuto sostanziale, abbiano natura essenzialmente

²⁴⁰ XVII Legislatura, Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, N. 3671-bis, p. 2.

liquidatoria». Si trattava di una disposizione dalle finalità indubbe di semplificazione ma che rischiava di essere avulsa dal concreto contesto in cui è chiamata ad operare. Infatti dalla stessa Relazione di accompagnamento al disegno di legge per la riforma organica delle procedure concorsuali (p. 40) emerge come, attualmente, il novanta per cento dei concordati proposti ha natura sostanzialmente liquidatoria.

Per tali ragioni il testo definitivo dell'art. 6 co.1 lett. a) contiene una formulazione meno rigida, ritenendo ammissibili i concordati di matrice liquidatoria *«esclusivamente quando è previsto l'apporto di risorse esterne che aumentino in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori; è assicurato, in ogni caso, il pagamento di almeno il 20 per cento dell'ammontare complessivo dei crediti chirografari»*.

La successiva lett. b) dell'art. 6 estende la legittimazione attiva alla domanda di concordato anche ai terzi, subordinandola al rispetto del principio del contraddittorio e all'adozione di strumenti a tutela del debitore in caso di successivo inadempimento del terzo. Sul punto si segnalano le perplessità espresse dalla Confindustria in sede di consultazione.

In merito ai contenuti della proposta concordataria la lett. e) dell'art. 6 prescrive di *«individuare i casi in cui la suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, è obbligatoria, prevedendo, in ogni caso, che tale obbligo sussiste in presenza di creditori assistiti da garanzie esterni»*.

La norma costituisce un ritorno al passato rispetto agli approdi più recenti della giurisprudenza di legittimità (Cass. 10 febbraio 2011 n. 3274), la quale aveva ritenuto la suddivisione dei creditori in classi, ex art. 160 lett. c) l. fall., una scelta discrezionale del debitore, rispetto all'opzione alternativa della sola suddivisione in creditori chirografari e creditori muniti di privilegio.

Alla successiva lett. e) dell'art. 6 il Governo è delegato a precisare i poteri del Tribunale nelle more della procedura concordataria, in particolare in merito alla fattibilità del piano e alla realizzabilità economica dello stesso. Anche tale disposizione sembra smentire la ricostruzione della giurisprudenza di legittimità relativamente ai poteri del Tribunale durante in concordato.

La norma traccia un confine ben diverso da quello espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza del 23 gennaio 2013, n. 1521, ove il Supremo Collegio aveva delineato il ruolo del Tribunale, sia in sede di ammissione, di revoca, che di omologazione, in termini di controllo sul rispetto della causa concreta del concordato preventivo, intendendosi come tale il superamento della crisi da parte del debitore e un soddisfacimento seppur parziale dei creditori, potendo il Tribunale conoscere della convenienza del piano solo quando

espressamente eccepito dai creditori qualificati in sede di opposizione all'omologazione del concordato, ex art. 180 co. 4 l. fall.

Ulteriore elemento innovativo è dato dalla lettera n) dell'art. 6 che disciplina *«l'estensione degli effetti esdebitatori ai soci illimitatamente responsabili che siano garanti della società, con eventuale distinzione tra garanzie personali e reali»*. La norma impone delle modifiche all'art. 184 della l. fall. il quale disciplina appunto gli effetti esdebitatori del concordato preventivo per i soci illimitatamente responsabili, facendo salvi gli obblighi dei terzi in quanto coobbligati o garanti.

Anche in questo caso la riforma si pone in discontinuità con il panorama interpretativo attuale, che riteneva, in ipotesi di garanzie reali o personali rilasciate dal socio illimitatamente responsabile in favore della società (poi sottoposta alla procedura concordataria), trovasse applicazione il comma secondo dell'art. 184 l. fall., con la conseguente insensibilità delle obbligazioni dovute a diritti di garanzia, alla falcidia concordataria.

La disposizione più interessante ai fini della presente trattazione è rappresentata dall'art. 3 della legge n. 155 del 2017, ove il Governo è delegato a disporre una disciplina positiva in merito alla crisi dei gruppi di imprese. La norma può essere scomposta in tre sezioni tematiche: la prima detta delle disposizioni comuni; la seconda si occupa del concordato preventivo mentre la terza fa riferimento alla procedura di liquidazione giudiziale, o volendo utilizzare il termine antecedente la riforma al fallimento.

Tra le disposizioni di carattere generale l'art. 3 co. 1 lett. a) delega il Governo ad adottare una definizione di gruppo di imprese in ossequio alle prescrizioni di cui agli artt. 2497 e 2545-*septies* c.c. (quest'ultimo disciplina il gruppo cooperativo paritetico) e un'ulteriore presunzione semplice in merito alla sussistenza dell'attività di direzione e coordinamento al ricorrere del rapporto di controllo ex art. 2359 c.c.

Inoltre la lett. d) del medesimo articolo accorda la facoltà ai gruppi di imprese di *«proporre con unico ricorso domanda di omologazione di un accordo unitario di ristrutturazione dei debiti, di ammissione al concordato preventivo o di liquidazione giudiziale, ferma restando in ogni caso l'autonomia delle rispettive masse attive e passive, con predeterminazione del criterio attributivo della competenza»*.

La legge delega, frutto dei lavori della commissione Rordorf, ha accordato la propria preferenza ad un consolidamento forte delle procedure, consentendo l'accesso alle procedure concorsuali al gruppo mediante un unico ricorso, sconfessando la tesi, seppur minoritaria nelle pronunce della giurisprudenza di merito, che riteneva necessaria la presentazione di

separati ricorsi, delineando la gestione della crisi di gruppo quale fascio di procedure collegate (consolidamento debole).

La norma, inoltre, delega il Governo a dettare una disciplina della competenza in caso di crisi di gruppo, al fine di risolvere, una volta per tutte, i conflitti di competenza che in passato sorgevano frequentemente nei casi in cui le società del gruppo avevano sedi statutarie distribuite in circondari diversi.

Nonostante l'enfasi posta sulla portata riformatrice del provvedimento, in cui la disciplina dei gruppi rappresenta sicuramente un punto centrale, il contenuto delle disposizioni in materia di crisi dei gruppi di impresa sembra avere una natura conservativa, limitandosi a consolidare i percorsi ermeneutici raggiunti da tempo dalla giurisprudenza di merito. Tale aspetto emerge indubbiamente nella parte in cui resta fermo il principio di separazione delle masse attive e passive delle società del gruppo, e del conseguente divieto di *substantial consolidation*, costituendo il principio di cui all'art. 2740 c.c. «un criterio forse invalicabile e che ciò nondimeno avrebbe potuto essere almeno in parte attenuato con il rinvio alle teorie sui vantaggi compensativi»²⁴¹.

La successiva lett. e) dell'art. 3 invece auspica che vengano previsti degli obblighi di informazione e di collaborazione nel caso in cui una pluralità di procedure, in quanto la presentazione di un unico ricorso è una mera facoltà del proponente, penda di fonte ad un giudice italiano o all'estero. In questo caso è evidente il richiamo agli obblighi di cooperazione transfrontaliera fissati dagli artt. 56 e ss. del Regolamento 2015/848/UE.

Passando alle norme sul concordato preventivo di gruppo la lett. a) del comma secondo dell'art. 3 impone la nomina del medesimo giudice delegato e del medesimo commissario giudiziale e di un unico fondo per le spese di procedura. Per ciò che attiene l'approvazione della proposta concordataria la lett. b) prescrive «*la contemporanea e separata votazione dei creditori di ciascuna impresa*».

Con tale inciso, che sembra quasi un controsenso, il legislatore ha precisato che la votazione dei creditori dovrà avvenire nella stessa adunanza ma con votazioni separate relative ai creditori di ciascuna impresa del gruppo, corollario dal punto di vista processuale della necessaria separazione tra le masse attive e passive delle società appartenenti al gruppo.

Le legge delega inoltre pone l'attenzione su un ulteriore aspetto particolarmente delicato dei concordati di gruppo, gli effetti in caso di revoca, annullamento, risoluzione, della proposta

²⁴¹ M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, in *Il Fallimento*, (2016), 3, p. 268.

unitaria: sarà compito del Governo prevedere la disciplina specifica in merito a tali circostanze.

La lett. f) fa invece riferimento al piano concordatario unitario, il quale potrà prevedere operazioni contrattuali e riorganizzative infragruppo al fine di consentire la continuità aziendale o il miglior soddisfacimento dei creditori, ferma restando «*la tutela in sede concorsuale per i soci e i creditori delle singole imprese nonché per ogni altro interessato*».

Il terzo comma dell'art. 3 si occupa, come anticipato, delle disposizioni relative alla procedura di liquidazione giudiziale in caso di gruppi di imprese. Anche in tali ipotesi sarà possibile la nomina dei medesimi organi per la procedura e dovrà essere stabilito un criterio per l'imputazione dei costi della procedura alle singole imprese.

La norma attribuisce poteri speciali al curatore in caso di liquidazione di gruppo: egli potrà esperire le azioni revocatorie per operazione infragruppo dirette a trasferire risorse, in danno ai creditori, da un'impresa all'altra del gruppo; avrà la legittimazione attiva ad esperire l'azione di responsabilità di cui all'art. 2497 c.c. (in realtà non vi è nulla di nuovo in quanto la legittimazione processuale del curatore era già prevista dal quarto comma dello stesso art. 2497). Infine il curatore potrà denunciare gravi irregolarità gestionali degli organi delle imprese di gruppo esterne alla procedura, così come potrà attivare il procedimento per la dichiarazione dello stato di insolvenza.

In conclusione la riforma delle procedure concorsuali, fondata sui lavori della commissione Rordorf, contiene senza dubbio degli spunti innovativi, quali ad esempio: il passaggio, non solo semantico, dal fallimento alla procedura di liquidazione giudiziale; l'abrogazione dei concordati preventivi a contenuto prevalentemente liquidatorio; l'introduzione della procedura di allerta (art. 4) rispondente all'obiettivo, molto caro alle Istituzioni europee, di anticipare il più possibile le misure di superamento della crisi di impresa.

Per quanto riguarda la disciplina della crisi dei gruppi di imprese, l'approccio è maggiormente conservativo, mediante un'ordinata compilazione delle regole via via affermate dalla giurisprudenza di merito. Un contributo che, ad ogni modo, si apprezza dal punto di vista della certezza del diritto, in quanto consentirà un'applicazione uniforme delle regole di coordinamento processuale della crisi di gruppo, senza che vi siano discrepanze applicative derivanti dall'opinione della corte territoriale di volta in volta chiamata a decidere.

Forse il provvedimento di riforma avrebbe potuto essere più coraggioso in merito alla legittimità della confusione delle masse attive e passive delle società del gruppo sottoposte alla medesima procedura concorsuale (o *substantial consolidation*).

Relativamente a tale ultima questione la riforma si è limitata a recepire l'orientamento prevalente delle corti di merito. Se per un verso è innegabile che l'art. 2740 c.c. rappresenti uno dei pilastri fondamentali del diritto delle obbligazioni, si può lecitamente argomentare che qualsiasi proposta concordataria costituisca una deroga implicita a tale precetto. Di frequente i piani concordatari prevedono degli effetti remissori, cd. *falcidia concordataria*, i quali costituiscono una deroga evidente al principio della responsabilità patrimoniale del debitore per le proprie obbligazioni. Dunque la l. del 19 ottobre 2017 n. 155 avrebbe potuto essere l'occasione per introdurre una deroga espressa all'art. 2740 c.c. e conseguentemente rendere legittima la confusione delle masse attive e passive delle società del gruppo sottoposte ad una procedura concorsuale.

Nonostante le delicate conseguenze sul piano della responsabilità patrimoniale del debitore e della tutela del legittimo affidamento dei creditori, il consolidamento sostanziale dei patrimoni delle società del gruppo in sede concorsuale, è astrattamente riconducibile alla causa del concordato preventivo, consistente nel superamento dello stato di crisi dell'imprenditore e del soddisfacimento seppur parziale dei creditori, e per questo meritevole di tutela. Con siffatta ricostruzione, inoltre, sarebbe possibile compensare il sacrificio patito da una delle società del gruppo in ragione dell'esecuzione di un piano concordatario di gruppo, mutuando dal diritto societario il meccanismo dei vantaggi compensativi.

In conclusione è evidente l'attualità del fenomeno dei gruppi di imprese all'interno del sistema giuridico. Lo testimoniano gli interventi normativi succedutisi negli ultimi due decenni, i quali hanno riconosciuto un fenomeno precedentemente relegato alla prassi aziendalistica. Attualmente ci si trova di fronte ad un impianto normativo compiuto, che prende in considerazione il gruppo di imprese tanto dal punto di vista societario quanto da quello della crisi di impresa.

Un iter normativo che non può però dirsi concluso, in quanto sarà necessario valutare come l'esecutivo intenderà attuare le disposizioni generali della legge n. 155 del 2017, in sede di esercizio della delega ed infine monitorare i contributi interpretativi degli operatori del diritto, con particolare attenzione alla giurisprudenza di merito, la quale ha contribuito, in passato, in modo fondamentale alla determinazione dei principi e dei confini della disciplina dei gruppi di imprese.

BIBLIOGRAFIA

- N. ABRIANI**, *Finanziamenti “anomali” e postergazione: sui presupposti di applicazione dell’art. 2467*, in *Il Fallimento*, (2011), 11, pp. 1353-1363.
- S. AMBROSINI**, *L’omologazione del concordato*, in *Il Diritto fallimentare*, (2014), 5, pp. 504-531.
- S. AMBROSINI**, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Il Fallimento*, 2011, 8, pp. 941-948.
- S. AMBROSINI**, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, XI, Padova; (2008), pp. 23 e ss.
- S. AMBROSINI – P. G. DE MARCHI**, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, (2005).
- C. ANGELICI**, *La riforma delle società di capitali*, in *Lezioni di diritto commerciale*, II ed., Padova (2006).
- F. ANNUNZIATA**, *Commento all’art. 2497-quater c.c.*, in *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. SBISÀ, I, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da: P. MARCHETTI E L.A. BIANCHI F. GHEZZI E M. NOTARI, I ed., Milano, (2012), pp. 267-287.
- A. BADINI CONFALONIERI**, *Commento all’art.2497-septies*, in *Commentario* G. COTTINO, Bologna, (2004), pp. 2218 e ss.
- G. BALP**, *I finanziamenti infragruppo: direzione e coordinamento e postergazione*, in *Rivista di diritto civile*, (2012), 4, pp. 329-365.
- G. BALP**, *Questioni in tema di postergazione ex art. 2467 e 2497-quinquies c.c.*, in *Banca borsa e titoli di credito*, (2012), 2, pp. 246-268.
- G. BALP**, *Commento all’articolo 2497-quinquies c.c.*, in *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. SBISÀ, I, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da: P. MARCHETTI E L.A. BIANCHI F. GHEZZI E M. NOTARI, I ed., Milano, (2012), pp. 287-345.
- L. BENEDETTI**, *Invalidità per conflitto di interessi e per estraneità all’oggetto sociale della fideiussione prestata da una società a favore di un’altra*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2011), 6, pp. 1351-1386.
- L. BENEDETTI**, *La disciplina dei finanziamenti up-stream della società eterodiretta alla capogruppo in situazione di difficoltà finanziaria*, in *Rivista delle società*, (2014), 4, pp. 747-784.

- G. BERSANI**, *La rilevanza degli atti di frode nel concordato preventivo nell'ambito del sub-procedimento previsto dall'art. 173 legge fallim*, in *Il Diritto fallimentare*, (2015), 1, pp. 41-60.
- A. BLANDINI**, *Commento all'art. 2497-ter*, in *Codice commentato delle società*, a cura di: ABRIANI – STELLA RICHTER, Milano, p. 2195 e ss
- D. BOGGIALI**, *I limiti all'attività negoziale del debitore sottoposto a procedure concorsuali*, in *Studi e materiali*, (2013), 1, pp. 171-195.
- P. BOSTICCO**, *Evoluzione del concordato preventivo dopo il Decreto Sviluppo*, in *Il Fallimento*, (2014), 6, pp. 706-717.
- G. BOZZA**, *Il vecchio, l'attuale e il (forse) prossimo art. 173 ult. parte della legge fallimentare*, in *Il Fallimento*, (2007), 6, pp. 689-700.
- M. T. BRODASCA**, *Commento all'art. 2497-bis*, in *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. SBISÀ, I, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da: P. MARCHETTI E L.A. BIANCHI F. GHEZZI E M. NOTARI, I ed., Milano, (2012), pp. 173-225.
- M. T. BRODASCA**, *Commenti agli artt. 2497-quinquies; 2497-sexies; 2497-septies*, in *Codice commentato*, a cura di: FAUCEGLIA – SCHIANO DI PEPE, Torino, (2007), pp. 1665 ss.
- M. BUSSOLETTI - E. LA MARCA**, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, (2010), 1, pp. 65-148.
- P. BUTTURINI**, *Invalidità del bilancio di esercizio in caso di vizi della relazione sulla gestione (con postilla sul prospetto riepilogativo ex art. 2497-bis c.c.)*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2011), 4, pp. 954-962.
- G. V. CALIFANO**, *Brevi note alle ipotesi di recesso previste dall'art. 2497 quater lett. a, c.c.*, in *Le Società*, (2010), 3, pp. 269-276.
- G. F. CAMPOBASSO**, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, a cura di M. CAMPOBASSO, Torino, VIII ed., (2012)
- V. CARIELLO**, *Commento agli artt. 2497-sexies e 2497-septies*, in *Commentario*, a cura di: NICCOLINI – STAGNO D'ALCONTRES, III, Napoli, 2004, pp. 1894 ss.
- A. CARON**, *Efficacia esdebitatoria del concordato preventivo nei confronti dei soci illimitatamente responsabili*, in *Il Fallimento*, (2015), 11, pp. 1206-1217.
- P. CATALLOZZI**, *Il Regolamento europeo e il criterio del COMI (centre of main interests): la parola alla Corte*, in *Il Fallimento*, (2006), 11, pp. 1256-1262.
- M. CAVANNA**, *L'attuazione di concordato preventivo in parziale continuità aziendale mediante scissione societaria*, in *Il Fallimento*, (2016), 3, pp. 353-361.

- P. G. CECCHINI**, *Concordato preventivo: le offerte concorrenti al microscopio*, in *Il diritto fallimentare*, (2016), 5, pp. 1179-1203.
- V. CEDERLE**, *La controversa applicazione dell'art 169 bis l. fall. ai contratti bancari*, in *Il Fallimento*, (2016), 5, pp. 590-599.
- P. F. CENSONI**, *L'annullamento del concordato preventivo e la riscrittura dell'art. 186 l. fall. ad opera della Suprema Corte: verso un diritto senza certezze*, in *Il Fallimento*, (2017), 1, pp. 29-37.
- P. F. CENSONI**, *Il "nuovo" concordato preventivo*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2005), 5, pp. 723-748.
- G. CIAMPOLI**, *I "vantaggi compensativi" nei gruppi di società*, in *Le Società*, (2005), 2, pp. 168-180.
- G. CIERVO**, *Ancora sul giudizio di fattibilità del piano di concordato preventivo*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2015), 1, pp. 58-72.
- E. COLOGNESI**, *Ancora in tema di concordato preventivo di gruppo*, in *Giustizia civile*, (2000), 5, pp. 1539-1546.
- F. COLOMBO**, *I presupposti applicativi dell'art 2497-quater, comma 1, lettera c), c.c. ed il rapporto tra recesso ed offerta pubblica di acquisto (Nota a Trib. Milano sez. spec. Impresa 21 luglio 2015, n. 8902)*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2016), 3, pp. 660-675.
- G. E. COLOMBO**, *Il bilancio di esercizio*, in *Trattato Colombo – Portale*, Torino, (1994)
- R. CONTE**, *Concordato preventivo e azioni cautelari*, in *Il Fallimento*, (2015), 7, pp. 837-841.
- R. CONTE**, *Tributo indiretto, tassa di scopo e privilegi concorsuali*, in *Il Fallimento*, (2014), 6, pp. 663-666.
- M.R. COVELLI**, *Direzione e coordinamento di società*, in *Codice commentato delle società*, a cura di BONFANTE - CORAPI - MARZIALE, RORDORF - SALAFIA, Milano, (2007), pp. 137 e ss.
- G. D'ATTORRE**, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Il Fallimento*, (2015), 11, pp. 1163-1180.
- A. DACCÒ**, *Osservazioni a Cass. 11 marzo 1996, n. 2001*, in *Giurisprudenza commerciale*, (1996), 5, pp. 643-650.
- P. DE CESARI**, *Procedura principale e procedure territoriali. Nuovi spunti interpretativi forniti dalla Corte di giustizia*, in *Il Fallimento*, (2012), 5, pp. 545-551.
- S. DE MATTEIS**, *Questioni vecchie e nuove in materia di concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, (2005), 12, pp.1408-1412.

- F. DE SANTIS**, *Procedimento di revoca del concordato preventivo e pagamenti non autorizzati dei debiti concordatari*, in *Il Fallimento*, (2016), 7, pp. 792-801.
- P. DELLA VEDOVA**, *Principio del contraddittorio e poteri del litisconsorte necessario nel procedimento camerale*, in *Rivista del notariato*, (1992), 4, pp. 954-958.
- F. DENOZZA**, *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni "virtuali"*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2000), 3, pp. 327-338.
- D. DI GRAVIO**, *Procedura unica per i concordati delle società del gruppo?* In *Il Diritto fallimentare*, (1998), 4, pp. 778-788.
- A. DI MAJO**, *Il fenomeno del concordato c.d. di gruppo e il diniego espresso dalla Corte di Cassazione*, in *Giurisprudenza italiana*, (2016), 2, pp. 395-403.
- M. C. DI MARTINO**, *Alcune questioni in tema di limiti all'autonomia privata nella predisposizione del piano di concordato: formazione obbligatoria delle classi e crediti postergati*, in *Banca borsa e titoli di credito*, (2012), 1, pp. 14-30.
- M. FABIANI**, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Il Fallimento*, (2011), 2, pp. 172-182.
- M. FABIANI**, *Riunione dei procedimenti nei gruppi di imprese*, in *Il Fallimento*, (1995), 9, pp. 167-196
- M. FABIANI**, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, in *Il Fallimento*, (2016), 3, pp. 261-269.
- B. FARSACI**, *Concordato preventivo con continuità aziendale e piano di scissione societaria parziale*, in *Il Diritto fallimentare*, (2016), 3-4, pp. 992-1002.
- G. FAUCEGLIA**, *La Cassazione e il concordato preventivo*, in *Giurisprudenza italiana*, (2013), 12, pp. 2542-2545.
- G. FAUCEGLIA**, *Uno, nessuno, centomila: il concordato preventivo di gruppo*, in *Giurisprudenza Commerciale*, (2016), 1, pp. 118-129.
- G. FAUCEGLIA**, *Sul fenomeno del gruppo nel concordato preventivo*, in *Il Diritto fallimentare*, (2011), 3-4, pp. 247-258.
- G. FERRI**, *Garanzia per debito altrui, pagamento di debito altrui e atti estranei all'oggetto sociale*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, (1978), 2, pp. 220-234.
- P. FILIPPI**, *Sull'iniziativa del P.M. se la proposta di concordato diventa notitia decoctionis qualificata e sui vantaggi compensativi nel concordato di gruppo*, in *Giurisprudenza di merito*, (2013), 9, pp. 1830-1837.

- F. FIMMANÒ**, *La Cassazione “ripudia” il trust concorsuale*, in *Il Fallimento*, (2014), 11, pp. 1156-1172.
- D. FRACCHIA**, *Impresa in forma di gruppo e accesso al concordato preventivo*, in *Nuovo notiziario giuridico*, (2011), 1, pp. 96-107.
- F. GALGANO**, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario Scialoja – Branca, Commento all’art. 2497-ter c.c.*, Bologna – Roma, (2005).
- F. GALGANO**, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale*, ed. III, I, Padova, , (2006).
- F. GALGANO**, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di: GALGANO – GENGHINI, tomo I, Padova, (2004).
- D. GALLETTI**, *Classi obbligatorie? No, grazie!* in *Giurisprudenza commerciale*, (2010), 2, pp. 343-359.
- C. GARLATTI**, *Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle procedure di insolvenza (rifusione)*, in *Il Fallimento*, (2015), 5, pp. 509-515
- P. GENOVIVA**, *La relazione del professionista ex art.160 l.fall. ed il trattamento dei creditori prelatizi nel difficile percorso del nuovo concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, (2011), 3, pp. 352-358.
- A. GIARDINO**, *Commento all’art. 2497-bis, Codice Commentato delle S.p.A.*, a cura di FAUCELIA – SCHIANO DI PEPE, vol. II, Torino, (2006).
- A. GIARDINO**, *La disciplina della pubblicità ex art. 2497 bis c.c.*, in *Le Società*, (2004), 9, pp. 1080-1084.
- M. GRIFFEY**, *La disciplina del concordato preventivo e le soluzioni della giurisprudenza*, in AA.VV., *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di AMBROSINI, Bologna, (2008).
- A. IRACE**, *Commento all’art. 2497-sexies*, in *Commentario Sandulli – Santoro*, ed. III, Torino, (2003).
- P. G. JAEGER**, *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull’amministrazione straordinaria*, in *Giurisprudenza commerciale*, (1981), 4, pp. 407-424.
- G. LA CROCE**, *La “confessio” salvifica degli atti in frode ai creditori. Un equivoco pericoloso, denso di antinomie, contrasti costituzionali e violazioni Cedu*, in *Il Fallimento*, (2015), 3, pp. 304-317.
- M. LAMANDINI**, *Nuove applicazioni giurisprudenziali in tema di gruppi di società*, in *Banca e borsa e titoli di credito*, (1993), 5, pp. 517-529.

- M. LAMANDINI**, *Il “controllo” nozioni e “tipo” nella legislazione economica*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, (1994).
- G. LO CASCIO**, *Il nuovo concordato preventivo ed altri filoni giurisprudenziali*, in *Il Fallimento*, (2006), 5, pp. 581-586.
- G. LO CASCIO**, *Proposta di concordato preventivo mediante trust*, in *Il Fallimento*, (2009), 3, pp. 336-341.
- G. LO CASCIO**, *Concordato preventivo delle società di persone ed effetti nei confronti dei soci fideiussori delle obbligazioni sociali*, in *Giustizia Civile*, (1990), 2, pp. 392-395.
- G. LO CASCIO**, *Concordato preventivo e soci illimitatamente responsabili*, in *Il Fallimento*, (2015), 5, pp. 525-530.
- G. LO CASCIO**, *Inammissibilità dell'estensione del concordato preventivo ai soci illimitatamente responsabili: una decisione sofferta della Cassazione*, in *Corriere Giuridico*, (2002), 1, pp. 47-54.
- G. LO CASCIO**, *Il concordato preventivo*, Milano, (2007).
- A. LOLLI**, *Commenti agli artt. 2467 e 2497-quinquies*, in *Commentario Maffei Alberti*, vol. III, Padova, (2005), p. 201.
- G. P. MACAGNO**, *Il concordato con continuità aziendale: il confine ultimo di un istituto sotto accusa*, in *Il Fallimento*, (2016), 1, pp. 88-97.
- S. MADDALUNO**, *Dieci anni di giurisprudenza sulla "direzione e coordinamento" di società*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2013), 5, pp. 743-770.
- E. MARCHISIO**, *Note sulle azioni di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Rivista del diritto commerciale*, (2008), p. 225.
- F. MARELLI**, *Transazione fiscale, principi generali del concorso e soddisfazione parziale dei creditori nel concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, (2007), 6, pp. 669-672.
- M. MAUGERI**, *I finanziamenti "anomali" endogrupo (Commento all'art. 2497-quinquies c.c.)*, in *Banca borsa e titoli di credito*, (2014), 6, pp. 726-760.
- G. MEO**, *In tema di continuità aziendale nelle procedure concorsuali (Intervento al seminario “Verso un nuovo diritto della crisi d'impresa”, Roma 13 maggio 2016)*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2016), 5, pp. 936-938.
- R. MICCIO**, *Appunti in tema di poteri del Tribunale nelle fasi di ammissione e di omologazione del concordato preventivo*, in AA. VV., *Il nuovo diritto delle crisi di impresa e del fallimento*, a cura di DI MARZIO, Torino, (2006), pp. 350 e ss.
- G. MILANO**, *Sul voto del fideiussore nel concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, (2015), 2, pp. 225-232

- G. MILANO**, *La proposta di concordato preventivo con percentuale irrisoria*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2015), 4, pp. 839-848.
- G. MINUTOLI**, *L'insolvenza transnazionale nei gruppi di imprese: il punto in dottrina e in giurisprudenza*, in *Giurisprudenza di merito*, (2010), 6, pp. 1570-1575.
- P. MONTALENTI**, *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza (Relazione al Convegno dell'Associazione Disiano Preite e dell'Osservatorio del Diritto Societario della Camera di Commercio di Milano, Milano, 26 novembre 2015)*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2016), 2, pp. 111-121.
- P. MONTALENTI**, *I gruppi di società*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, vol. IV, Padova, (2010).
- P. MONTALENTI**, *Fattibilità del concordato: la prevalenza della tesi privatistica, (Relazione al seminario sulla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite del 23 gennaio 2013 n. 1521, Roma, 8 marzo 2013)*, a cura di: V. CALANDRA BUONAVURA, in *Giurisprudenza commerciale*, (2014), 1, pp. 230-234.
- P. MONTALENTI**, *Conflitto di interessi nei gruppi e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giurisprudenza commerciale*, (1995), 5, pp. 710-736.
- M. MONTANARI**, *Recenti sviluppi del dibattito in tema di effetti protettivi del patrimonio nel concordato preventivo*, in *Il diritto fallimentare*, (2017), 2, pp. 435-462.
- G. MUCCIARELLI**, *Commento all'art. 2497-ter c.c.*, in *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. SBISÀ, I, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da: P. MARCHETTI E L.A. BIANCHI F. GHEZZI E M. NOTARI, I ed., Milano, (2012), pp. 225-267.
- G. MUCCIARELLI**, *Commento all'Art. 2497-septies c.c.*, in *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. SBISÀ, I, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da: P. MARCHETTI E L.A. BIANCHI F. GHEZZI E M. NOTARI, I ed., Milano, (2012), pp. 379-397.
- G. B. NARDECCHIA**, *Le classi e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2011), 1, pp. 80-98.
- G. B. NARDECCHIA**, *Cessione dei beni e liquidazione: la ricerca di un difficile equilibrio tra autonomia privata e controllo giurisdizionale*, in *Il Fallimento*, (2012), 1, pp. 92-102.
- N. NISIVOCCIA**, *Sull'abuso del diritto in ambito concordatario, e su altre questioni*, in *Il Fallimento*, 2011, 4, pp. 403-423.
- N. NISIVOCCIA**, *Impugnazione dei decreti resi nel giudizio di omologazione: autonomia privata e poteri del giudice*, in *Il Fallimento*, (2011), 11, pp. 1294-1298.

- A. NIUTTA**, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497-sexies e 2497-septies c.c.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2004), 4, pp. 983-1006.
- G. OPPO**, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Rivista di diritto civile*, (2003), 5, pp. 471-488.
- S. PACCHI**, *La valutazione del piano nel concordato preventivo: i poteri del tribunale e la relazione del commissario giudiziale*, in *Il diritto fallimentare*, 2011, 2, pp. 95-112.
- A. PALUCHOWSKY**, *I poteri del Tribunale in sede di ammissione e nel corso della procedura di concordato preventivo con particolare riferimento alle ipotesi di conversione della procedura in fallimento*, in *Diritto fallimentare*, (2006), 1, pp. 578 ss.
- L. PANZANI**, *Il gruppo di imprese nelle soluzioni giudiziali della crisi*, in *Le Società*, (2013), 12, pp. 1358-1370.
- V. PAPAGNI**, *Trasferimento fittizio della sede sociale all'estero: la giurisdizione è del giudice nazionale*, in *Diritto e Giustizia*, (2013), 5 settembre.
- A. PAVONE LA ROSA**, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Rivista delle società*, (2003), 4, pp. 765-779
- R. PENNISI**, *La disciplina delle società soggette a direzione e coordinamento ed il recesso nei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società Liber amicorum Gianfranco Campobasso*, III, Milano, (2007).
- A. M. PERRINO**, *Questioni vecchie e nuove in tema di competenza*, in *Il Fallimento*, (2010), 3, pp. 296-301.
- A. M. PERRINO**, *I limiti del controllo giudiziale tra classamento e voto*, in *Il Fallimento*, (2010), 11, pp. 1290-1295.
- A. PETTARUTTI**, *Commento all'art 174 l. fall*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di: A. CAIAFA, Roma, (2017).
- V. PICCININI**, *I poteri del tribunale nella fase di ammissione alla procedura di concordato preventivo dopo il "decreto correttivo"*, in *Il Diritto fallimentare*, (2008), 6, pp. 551-572.
- S. POLI**, *Ammissibilità e tecniche di proposizione del "concordato di gruppo" dopo l'intervento della S.C.*, in *Il Fallimento*, (2016), 2, pp. 144-161.
- S. POLI**, *Il concordato preventivo di gruppo*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2014), 5, pp. 735-761.
- S. POLI**, *Il "concordato di gruppo": i) profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplenza giurisprudenziale*, in *Contratto e Impresa*, (2014), 6, pp. 1345-1379.

- S. POLI**, *Il concordato di gruppo: ii) verifica critica degli approdi giurisprudenziali con tentativo di ricavare dal sistema le chiavi per un parziale superamento del dogma della separazione delle masse (attive)*, in *Contratto e Impresa*, (2015), 1, pp. 100-132.
- C. TRENTINI**, *Accertamento sull'entità ed il rango dei crediti ammessi in concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, (2003), 1, pp. 25.
- G. RICCI**, *Il coordinamento tra il procedimento di revoca del concordato preventivo ed il giudizio di omologazione, e la funzione general preventiva degli atti in frode ai creditori. Rilievi processuali*, in *Il Diritto fallimentare*, (2017), 2, pp. 630-646.
- N. ROCCO DI TORREPADULA**, *Il destino dei beni in leasing nel concordato preventivo*, in *Il diritto fallimentare*, (2016), 2, pp. 539-548
- R. RORDORF**, *Il recesso del socio di società di capitali: prime osservazioni dopo la riforma*, in *Le Società*, 7, (2003), pp. 923-930.
- R. RORDORF**, *I gruppi di società nella recente riforma del diritto societario*, in *Le Società*, (2004), pp. 538 ss.
- S. RONCO**, *Domanda di concordato e poteri del Tribunale*, in *Il Diritto fallimentare*, (2011), 3-4, pp. 298-316.
- R. ROSSOTTO e V. CRESTA**, *Direzione e coordinamento di gruppo nella riforma societaria: prime riflessioni*, in *Corriere Giuridico*, (2003), 6, pp. 821-826.
- R. SACCHI**, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giurisprudenza commerciale*, (2003), 5, pp. 661-677.
- R. SACCHI**, *Fattibilità del concordato: la prevalenza della tesi privatistica, (Relazione al seminario sulla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite del 23 gennaio 2013 n. 1521, Roma, 8 marzo 2013)*, a cura di: V. CALANDRA BUONAVURA, in *Giurisprudenza commerciale*, (2014), 1, pp. 225-229.
- G. SALATINO**, *L'attività di direzione e coordinamento: nozione, "punti di equilibrio", parametri di "liceità" e di "dannosità", e altre questioni inerenti la responsabilità (Relazione presso LMS Studio Legale, Milano, 6 ottobre 2015)*, in *Rivista del notariato*, (2015), 6, pp. 1331-1354.
- L. SALVATO**, *Profili della disciplina del concordato preventivo e contenuto del controllo giudiziario*, in *Il Fallimento*, (2012), 4, pp. 445-449.
- L. SALVATO**, *Puntualizzazioni della Corte di Cassazione sul potere di controllo del Tribunale nel concordato preventivo*, in *Il Corriere giuridico*, (2012), 1, pp. 42-52.

- V. SALVATO**, *Non è ricorribile per Cassazione il provvedimento del tribunale che decide l'istanza di scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, (2016), 3, pp. 295-303.
- M. SANDULLI**, *Commento agli artt. 160, 161, 162*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di NIGRO – SANDULLI, ed. II, Torino, (2006).
- M. SANDULLI – G. D'ATTORRE**, *Manuale delle procedure concorsuali*, Torino, (2016).
- R. SANTAGATA**, *Sulla ristrutturazione del gruppo mediante costituzione di una società in nome collettivo funzionale al concordato preventivo*, in *Il Diritto Fallimentare*, (2015), 6, pp. 639-656.
- G. SBISÀ**, *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. SBISÀ, I, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da: P. MARCHETTI E L.A. BIANCHI F. GHEZZI E M. NOTARI, I ed., Milano, (2012).
- G. SBISÀ**, *Sulla natura della responsabilità da direzione e coordinamento di società*, in *Contratto e impresa*, (2009), 4-5, pp. 807-821.
- G. SCOGNAMIGLIO**, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Rivista di diritto civile*, (2009), 6, pp. 757-783.
- V. SCOGNAMIGLIO**, *Vantaggi compensativi nei gruppi di società*, in *Le Società*, (2009), 4, pp. 498-502.
- F. SIGNORELLI**, *Società di fatto, holding e fallimento*, in *Il Fallimento*, (2011), 5, pp. 567-573.
- S. SILVESTRINI**, *La legittimazione attiva e passiva nell'azione di responsabilità per scorretto esercizio dell'attività di direzione e coordinamento*, in *Le Società*, (2013), 8-9, pp. 931-942.
- H. SIMONETTI**, *Natura e condizioni dell'azione di responsabilità nei confronti della capogruppo*, in *Le Società*, (2012), 3, pp. 263-267.
- M. SPADARO**, *Sequenza di proposte di concordato preventivo del debitore e diritto al contraddittorio nel procedimento di ammissione*, in *Il Fallimento*, (2015), 4, pp. 430-434.
- M. S. SPOLIDORO**, *La tutela dei soci di minoranza e dei creditori della holding nella nuova disciplina della società di capitali*, in *Scritti in onore di V. Buoncuore*, vol. III, tomo III, Milano, (2005).
- E. STASI**, *L'infalciabilità dell'IVA nel concordato preventivo alla luce della pronuncia della Corte Costituzionale*, in *Il Fallimento*, (2015), 1, pp. 41-48.
- G. U. TEDESCHI**, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, (2006).
- U. TOMBARI**, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, (2010).

C. TRENTINI, *Accertamento sull'entità ed il rango dei crediti ammessi in concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, (2003), 1, pp. 25.

D. TURRONI, *Sui rapporti tra concordato preventivo e procedura per dichiarazione di fallimento*, in *Il Diritto fallimentare*, (2016), 1, pp. 199-227.

UNCITRAL, *Working Group V (Insolvency Law), Legislative Guide on Insolvency Law. Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency*, United Nations, New York, (2012).

M. VACCHIANO, *Revoca e modifica della proposta di concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2011, 1, pp. 70-80.

A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società Liber amicorum Gianfranco Campobasso*, a cura di P. ABADESSA e G.B. PORTALE, vol. III, Milano, (2007).

D. VATTERMOLI, *Concorso ed autonomia privata nel concordato di gruppo*, in *Diritto della Banca e del mercato finanziario*, (2012), 2, pp. 378-387.

L. VECCHIONE, *Brevi cenni sull'ammissibilità di un pagamento dilazionato nel concordato liquidatorio*, in *Il Diritto Fallimentare*, (2015), 5, pp. 553-564

M. VENTORUZZO, *Brevi note sul diritto di recesso in caso di direzione e coordinamento di società (art. 2497-quater, c.c.)*, in *Rivista delle Società*, (2008), 5, pp. 1179-1194.

M. VENTORUZZO, *Recesso e valore della partecipazione nella società di capitali*, Milano, (2012).

G. VIGNA TAGLIANTI, *Riflessioni sulle ipotesi di annullamento del concordato preventivo*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, (2016), 4, pp. 668-671.

G. M. ZAMPERETTI, *La responsabilità di amministratori e sindaci per "abuso di direzione unitaria"*, in *Il Fallimento*, (2001), 10, pp. 1156-1166.

S. ZIINO, *Domanda di ammissione al concordato preventivo e "divieto" di azioni esecutive*, in *Il Diritto fallimentare*, (2014), 6, pp. 736-755.