

Dipartimento di Impresa e Management

Cattedra di Diritto Commerciale

**Gruppi di imprese e responsabilità da controllo e
coordinamento**

Relatore

Candidato

Carmine Macrì

Francesca Frangipane 245191

ANNO ACCADEMICO 2021-2022

SOMMARIO

INTRODUZIONE	3
CAPITOLO 1. IL CONTROLLO	5
1.1 Il controllo come fattore qualificante il gruppo di imprese.....	5
1.2 La direzione unitaria come manifestazione concreta del controllo.	10
1.3 Il controllo contrattuale	12
1.4 La nozione di controllo e collegamento di cui all'art 2359 c.c.	14
1.5 La disciplina del controllo	15
CAPITOLO 2. I GRUPPI DI SOCIETA'	18
2.1 Evoluzione storica dei gruppi di imprese: la disciplina normativa fino alla riforma del 2003.	19
2.2 La fattispecie di direzione e coordinamento di società	21
2.3 Le norme c.d. fisiologiche applicabili ai gruppi di società	23
2.4 La responsabilità ex art 2497 c.c.	26
2.5 Cenni sulla disciplina fiscale e contabile dei gruppi di imprese.....	31
CAPITOLO 3. LA RIFORMA DEL DIRITTO FALLIMENTARE.....	35
3.1 La riforma del diritto fallimentare: il gruppo insolvente	35
3.2 La disciplina dell'amministrazione straordinaria (artt. 80-91).....	42
3.3 Differenza dell'amministrazione straordinaria comune con amministrazione straordinaria speciale (c.d. decreto Marzano).....	44
3.4 Un caso concreto: amministrazione straordinaria del gruppo Cirio	49
CONCLUSIONE.....	56
BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA	57

INTRODUZIONE

Al giorno d'oggi il gruppo di società costituisce un fenomeno della realtà giuridica ed economica connotato da un'elevata complessità organizzativa e funzionale, da cui sorgono dubbi e domande non ancora del tutto chiariti¹.

I gruppi di società sono stati definiti come delle forme organizzative nell'ambito delle quali un soggetto, detto capogruppo, esercita attività di direzione e coordinamento nei confronti di altre società, le quali mantengono la loro autonomia giuridica e patrimoniale.

Con l'introduzione della fattispecie di gruppi di società, si assiste ad un passaggio da una situazione, in cui si discuteva di una *possibilità* di esercizio di influenza dominante ad una situazione di *effettività* dell'esercizio di attività di direzione e coordinamento².

Già nel 2006 il fenomeno dell'aggregazione di imprese era ampiamente diffuso. Infatti, nell'analisi condotta dall'Unione delle Camere di commercio nel "Rapporto Italia 2006", elaborato nel centro studi dell'Unioncamere, si rinviene che al tempo erano presenti 71287 gruppi di società, per il mezzo dei quali circa 170.000 imprese svolgevano la loro attività³. Mentre nel 2012, in un rapporto della Banca d'Italia veniva stimato che quasi tutte le imprese con più di mille dipendenti facevano parte di un gruppo, percentuale che scendeva fino all'80% per quelle che avevano tra i 200 e i 1000 lavoratori, per poi diminuire ancora al 69% per le società aventi tra i 100 e i 200 addetti.

Dal rapporto Istat del 2019 "Conti economici delle imprese e dei gruppi di imprese" si rinviene che il numero di gruppi presenti in Italia è aumentato notevolmente fino a 100.405, con ben 6 milioni di addetti e 5,8 milioni di dipendenti. Inoltre, da tale report si comprende anche l'impatto significativo che le imprese organizzate in gruppo hanno sul sistema produttivo, infatti generano il 63,3% del fatturato totale e il 56,6% del valore aggiunto⁴.

Nell'accostarsi allo studio, necessariamente introduttivo e settoriale, di questo complesso fenomeno, in prima battuta sarà condotta un'analisi sul controllo nelle sue diverse declinazioni, con il fine ultimo di capire se la sola esistenza di questo possa essere sufficiente nell'identificazione del fenomeno dei gruppi di società. In particolare, il controllo viene qui inteso non già come strumento della controllante per privare le società controllate della loro capacità gestionale, bensì come attività di coordinamento svolta dalla holding che ha lo scopo di apportare al gruppo, globalmente considerato, buoni risultati.

¹ DI MAJO, A. 2012. *I gruppi di società. Responsabilità e profili concorsuali*. Milano: Giuffrè Editore.

² DACCÒ, A., CIAN, M., 2014. *Manuale di diritto commerciale*. Torino: Giappichelli Editore.

³ DI MAJO, A. 2012. *I gruppi di società. Responsabilità e profili concorsuali*. Milano: Giuffrè Editore.

⁴ ISTAT. *In crescita il valore aggiunto delle imprese industriali e dei servizi*. Statistiche Report. Disponibile su: https://www.istat.it/it/files//2021/11/Report-Conti-economici-imprese-e-gruppi_2019.pdf (accesso effettuato il 20/04/2022)

Successivamente verrà trattata la fattispecie dell'attività di direzione e coordinamento di società, la quale è necessaria ai fini dell'applicazione degli artt. 2497 ss. c.c. aventi ad oggetto la responsabilità della controllante nei confronti di creditori sociali e soci.

Nel dettaglio, l'argomento della "responsabilità" è di vitale importanza nella trattazione dei gruppi di società. Infatti, a seguito della riforma del diritto societario avvenuta nel 2003, è stata introdotta per la prima volta nell'ordinamento la trattazione del fenomeno dei gruppi, con riferimento alla responsabilità, tenendo quindi in considerazione gli effetti patologici che l'attività della capogruppo può produrre sia nei confronti delle società controllate sia nei confronti di soci e creditori sociali.

In ultimo verrà presa in esame la recente riforma del diritto fallimentare in tema di gruppi, successiva al recepimento nell'ordinamento italiano della direttiva 2019/1023, c.d. *Insolvency*, tramite il D. Lgs. n. 83 del 2022 - in vigore da luglio 2022 -, il cui art. 25 fa riferimento alla "*conduzione trattative in caso di gruppo di imprese*". In particolare, con il recepimento di tale direttiva vengono introdotti i c.d. strumenti di allerta precoce, che sono utili per incentivare il debitore a richiedere l'ammissione alle procedure ed alle tecniche di ristrutturazione preventiva in maniera tempestiva prima che lo stato di crisi possa causare danni irreversibili al valore creato dall'azienda.

A conclusione del presente studio, infine, verranno riferite le vicende essenziali di un caso di amministrazione straordinaria che ha per lungo tempo occupato le cronache giudiziarie, quello del gruppo Cirio, ripercorrendo brevemente la storia del gruppo fino all'accertamento dello stato di insolvenza ed all'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria, tenendo in particolare conto del pagamento delle somme spettanti ai creditori ed ai soci.

CAPITOLO 1. IL CONTROLLO

1.1 Il controllo come fattore qualificante il gruppo di imprese

Nell'attuale contesto economico-imprenditoriale, è molto frequente il fenomeno di unione, di collegamento o di aggregazione di più imprese giuridicamente riferibili a soggetti distinti.

Gli interessi sottostanti a tali fenomeni di aggregazione/unione corrispondono sul piano giuridico a diverse fattispecie. Si pensi, ad esempio, al consorzio tra imprenditori (artt. 2602 ss. c.c.), al "raggruppamento temporaneo" (artt. 1 e 6, l. 17 febbraio 1987, n. 80) o ancora alle diverse forme di "join ventures" ed ai "contratti di cooperazione" tra imprese (ad Es. i contratti di rete).

Molti studiosi si sono occupati del fenomeno delle aggregazioni di imprese. Tra questi Giuliana Scognamiglio⁵, la quale ha posto al centro del suo intervento dottrinale il gruppo di società⁶, inteso come fenomeno all'interno del quale alcune società vengono controllate in modo diretto o indiretto da uno stesso soggetto, tramite un vincolo contrattuale oppure tramite la partecipazione dello stesso al capitale sociale.

In tale contesto il controllo è elemento essenziale nello studio della fattispecie di gruppo di società, in quanto rappresenta quello che viene definito un "vital link"⁷, senza il quale le diverse imprese non sarebbero legate da alcun tipo di rapporto e conseguentemente non potrebbero costituire un gruppo.

Tuttavia, "Nulla impedisce o esclude, ..., che lo stesso nome – "gruppo" – venga attribuito a fattispecie di collegamento o associazione fra soggetti esercenti attività economiche, che non presuppongono affatto il controllo dell'uno sull'altro"⁸.

Si tratterebbe, in tal caso, di gruppi definibili paritetici o prioritari, in cui le società partecipanti hanno una stessa finalità economica, ma nessuna delle stesse si trova in una posizione tale da esercitare il controllo sugli altri soggetti giuridici appartenenti al gruppo, vale a dire che nessuna società svolge funzione di holding.

In ogni caso, anche in tali contesti è possibile parlare di politica di gruppo in quanto le società perseguono un fine economico comune in virtù di un accordo contrattuale che, delegando ad un organo terzo la gestione in comune di alcune fasi dei rispettivi cicli produttivi, le assoggetta alla medesima politica di affari. Gli imprenditori, attraverso il contratto, hanno la possibilità di coordinare l'attività di produzione, sottoponendosi a linee di condotta unitarie che possono essere definite da un ufficio comune costituito nel medesimo contratto oppure concordate tra loro.

⁵ SCOGNAMIGLIO, G., 1996. Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società. Torino: Giappichelli Editore.

⁶ Il riferimento che viene qui fatto è al gruppo di società, in quanto forma di aggregazione che maggiormente viene riscontrata nella realtà empirica.

⁷ BLUMERG, PH., 1985. The Law of Corporate Groups. Boston-Toronto: Bankruptcy Law.

⁸ SCOGNAMIGLIO, G., 1996. Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società. Torino: Giappichelli Editore.

Nella legislazione italiana la formazione di un gruppo paritetico avviene, ad esempio, attraverso la stipulazione di un contratto di consorzio ex art 2602 ss. c.c., laddove si stabilisce che più imprenditori danno luogo ad un'organizzazione comune per la disciplina e lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive attività d'impresa.

Nell'accezione più comune il termine "gruppo" viene utilizzato per indicare un'unione tra più soggetti giuridici che trova il suo fondamento in un rapporto di controllo, il quale può manifestarsi attraverso la partecipazione preponderante da parte della controllante nel capitale della controllata o, come precedentemente detto, a mezzo di un vincolo contrattuale.

Ciononostante, esistono diverse modalità attraverso le quali può esplicarsi il controllo. Si pensi ad esempio, ad un soggetto giuridico che possiede partecipazioni di controllo in altre società, il quale può scegliere di non essere semplicemente socio di queste ultime, ma di praticare un'attività di pianificazione, di coordinamento e di indirizzo delle imprese nell'ottica del perseguimento di una politica unitaria di gruppo. In quest'ultimo caso, tale esercizio del controllo identifica il c.d. gruppo "con direzione unitaria".

Fino alla riforma del 2003, all'interno del Codice civile si faceva riferimento al concetto di controllo, ma non vi erano cenni al fenomeno dei gruppi, quasi a significare una mancanza di interesse da parte del legislatore.

A ben vedere, tuttavia, questa affermazione non è del tutto vera.

Ed infatti già nel commento all'articolo 2359 contenuto nella Relazione al Codice civile del Ministro Guardasigilli viene adoperata la locuzione "gruppi di società" per definire "il raggruppamento di varie società attorno ad una che le controlla".⁹

Inoltre, sempre all'interno di tale Relazione, si rinviene un principio, poi trasfuso nell'art. 2364 c.c., che prevede la possibilità, per le società che svolgono funzioni di holding, di derogare al termine di quattro mesi dalla chiusura dell'esercizio per l'approvazione del bilancio da parte dell'assemblea ordinaria, qualora la società capogruppo debba conoscere, prima della redazione finale del suo bilancio, i contenuti di bilancio delle società controllate¹⁰.

Allo stesso modo, sempre prima dell'introduzione della disciplina riguardante i gruppi di imprese, avvenuta con la Riforma codicistica del 2003, anche in altre circostanze si è fatto riferimento al gruppo come insieme di società legate da un rapporto di controllo.

Ad esempio, nel disegno di l. n. 1012, recante "norme per la tutela del mercato" sottoposto all'esame del Senato nel 10 maggio del 1988¹¹; o ancora con la delimitazione della c.d. "area di consolidamento", all'interno

⁹ Cfr. la Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile, n. 963 e 964.

¹⁰ Cfr. la Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile, n. 966.

¹¹ Ove si rinviene all'art. 4 di tale legge recante "Intese tra imprese di gruppo", l'uso della locuzione gruppo. In particolare tale articolo prevede che: le intese, previste dall'art. 1 di tale legge, non sono vietate quando intercorrono tra imprese appartenenti allo stesso gruppo, salvo che comportino per una di esse la liberazione dal vincolo di economicità di gestione e costituiscano un ostacolo per l'ingresso nel mercato di imprese concorrenti o ne comportino addirittura l'esclusione. Nel comma 2 di tale legge, si precisa, inoltre che "ai fini dell'applicazione di tale norma si considerano facenti parte del gruppo l'impresa controllante e tutte le imprese che si trovano sotto l'influenza dominante di quest'ultima in virtù del possesso di azioni, quote o di diritti su componenti significative del loro patrimonio".

dello schema di legge delegata per l'attuazione delle direttive CEE riguardo i conti consolidati e i bilanci di esercizio¹².

Il controllo - nel senso di dominio, influenza preponderante, supremazia – costituisce in ogni caso, un presupposto importante per la creazione di un gruppo di società. Esso può manifestarsi, come detto, in diversi modi suscettibili di una differente rilevanza giuridica, quali: partecipazione al capitale della controllata, sia essa di maggioranza assoluta, relativa o totalitaria; stipulazione di un patto di sindacato, definito come: “ un accordo tra tutti o alcuni dei soci, diverso dallo statuto e dall'atto costitutivo, finalizzato a disciplinare determinati aspetti della vita sociale”¹³; costituzione di un vincolo contrattuale ex art. 2359 c.c. che assume forme e significati diversi a seconda che venga stipulato da un “private shareholder” oppure da un imprenditore e a seconda che quest'ultimo sia imprenditore individuale o collettivo.

Tuttavia, come affermato in dottrina, “*non vi è corrispondenza biunivoca fra controllo e gruppo*”¹⁴, perché non sempre l'esistenza di un rapporto di controllo è indice dell'esistenza di un gruppo. Si pensi, ad esempio, a situazioni in cui manchi un'unità di direzione economica che è caratteristica del fenomeno aggregativo.

La relazione che si instaura tra i concetti di controllo e gruppo è essenzialmente quella di mezzo a fine. Infatti, il controllo, inteso come “momento strumentale”, è il mezzo attraverso il quale una società può esercitare attività di coordinamento su altre, mentre il gruppo ritrae il c.d. “momento finale”, ovvero il legame che si instaura tra le diverse imprese. Secondo un'altra accezione, è possibile intendere il controllo come “direzione statica”, nel senso che si ha controllo tutte le volte che vi è una situazione di fatto che consente l'esercizio di influenza dominante, mentre sul piano dinamico possiamo intendere il gruppo nel senso di “direzione dinamica”, poiché è il risultato dell'esercizio del controllo. In particolare, quest'ultimo, rappresentando la fonte del potere di direzione unitaria, costituisce una possibilità di esercizio di influenza dominante da parte di una società sulle altre, mentre il gruppo rappresenta l'esercizio concreto di tale influenza attraverso l'espletamento dell'attività di direzione e coordinamento.

¹² Si vedano la IV direttiva del consiglio del 25 luglio 1978 basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del trattato e relativa ai conti annuali di taluni tipi di società (78/660/CEE), dove viene affermato che “quando una società fa parte di un gruppo è auspicabile che siano pubblicati i conti del gruppi che diano un quadro fedele delle attività del gruppo nel suo complesso” e la VII direttiva del Consiglio del 13 giugno 1983 basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del trattato e relativa ai conti consolidati (83/349/CEE), ove si fa riferimento a società facenti parte di un insieme, che per fornire informazioni finanziarie ai soci e ai terzi devono redigere conti consolidati, in modo da conseguire gli obiettivi di comparabilità e di equivalenza di tali informazioni.

¹³ BORSA ITALIANA, 2022. Glossario finanziario-Patto di sindacato. Disponibile su:

<https://www.borsaitaliana.it/borsa/glossario/patto-di-sindacato.html#:~:text=Glossario%20finanziario%20%2D%20Patto%20di%20Sindacato&text=Accordo%20tra%20tutti%20o%20alcuni,determinati%20aspetti%20della%20vita%20sociale.>

¹⁴ SCOGNAMIGLIO, G., 1996. Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società. Torino: Giappichelli Editore.

Per meglio descrivere il legame che si instaura tra controllo e gruppo, è utile rifarsi all'interpretazione dottrinale prevalente della normativa vigente. Ciò consente di affermare la sussistenza di una relazione stabile tra direzione e controllo, giacché in presenza di quest'ultimo è possibile presumere l'esercizio del potere di direzione e coordinamento (art. 2497 sexies, c.c.). Bisogna, tuttavia, tenere presente che l'esistenza del controllo non genera sempre un gruppo, poiché ai fini della sua configurazione è necessaria la prova dell'effettivo esercizio del potere di direzione unitaria ed è ammessa la prova contraria relativamente all'esercizio della stessa, anche in presenza di una relazione di controllo. Per questa ragione è possibile parlare di "gruppo", solamente in presenza del concreto esercizio del potere di direzione e coordinamento, sia qualora questo sia generato da una relazione di controllo, sia che provenga da un vincolo negoziale (art. 2497 septies, c.c.).

Risulta fondamentale nello studio del fenomeno qui esaminato la tesi, avanzata negli anni '80 del secolo scorso da un illustre studioso¹⁵, che sostiene la non coincidenza delle nozioni di gruppo e di controllo, pur riconoscendo la necessità di quest'ultimo per delineare l'esistenza di un gruppo. Secondo tale argomentazione, ai fini della configurazione di un gruppo devono essere considerati due elementi, ovvero il controllo c.d. organico (inteso come controllo tramite partecipazione) e l'esistenza di un fondamento giuridico ulteriore, che viene identificato in un accordo contrattuale tra le società facenti parte dell'aggregazione e che legittima l'esercizio del potere di direzione unitaria da parte della capogruppo. Tale rapporto negoziale mira al perseguimento di un fine comune da parte delle imprese mediante l'esercizio di una direzione unitaria, ma non è, da solo, sufficiente a configurare l'esistenza di un gruppo, essendo sempre necessario anche il c.d. controllo organico. In questa ottica, non può considerarsi gruppo l'aggregazione tra imprese che nasce a mezzo del contratto di consorzio (ex art. 2602 c.c.) giacché, se pure è vero che il raggiungimento di interessi comuni è il frutto di un accordo negoziale con il quale le singole imprese delegano ad un soggetto terzo l'esercizio della direzione comune delle proprie attività o di parte delle proprie attività, non è tuttavia ravvisabile l'esistenza di un controllo organico che qualcuno eserciti sulle altre imprese.

In altre parole, il gruppo di società viene considerato quello in cui la controllante, tale per effetto di un controllo organico, esercita un'attività di direzione unitaria (c.d. gruppo con direzione unitaria) finalizzata al perseguimento di un interesse comune alle imprese del gruppo che prevale rispetto a quello della singola impresa. La maggiore rilevanza che ha il perseguimento di un fine comune rispetto ad uno egoistico presuppone che l'aggregazione tra le imprese non sia forzata, ma sia costruita su base volontaria. In particolare, il carattere di volontarietà si rinviene nell'esistenza dell'accordo contrattuale soprammenzionato tra le società del gruppo. Grazie a tale contratto possono essere risolte le diverse problematiche che l'azione coordinata di

¹⁵ FERRI, G., Concetto di controllo e di gruppo, in *Disciplina giuridica del gruppo di imprese*, Atti del Convegno che si è tenuto nel giugno del 1981 a Bellagio. Tali concetti dell'autore vengono ripresi successivamente nel *Manuale di Diritto commerciale*, Torino, 1988.

gruppo può far sorgere, quali ad esempio la determinazione delle eventuali restituzioni, ristori o reintegrazioni a cui le società hanno diritto in seguito a specifici sacrifici sopportati per la prosecuzione del fine di gruppo. Inoltre, se al controllo organico non si affianca un rapporto contrattuale tra le società figlie e il soggetto in posizione di controllo, rimane applicabile il principio fondamentale del diritto societario, secondo il quale non è consentito il compimento di un interesse ulteriore che possa essere lesivo o comunque danneggiare la controllata. In tale evenienza, la questione principale sarebbe solo quella di proteggere la controllata da eventuali comportamenti illeciti compiuti dalla controllante.

Tale tesi inoltre statuisce che al pari di ogni altro contratto, anche per il contratto costitutivo di gruppo deve essere individuata una specifica causa che giustifica e, in qualche modo, qualifica il gruppo stesso e che si identifica nell'interesse delle diverse società all'appartenenza al gruppo. Affinché un interesse di gruppo esista, questo deve poter essere riscontrabile nella omogeneità, nella unitarietà o nella complementarità dell'attività economica che viene svolta dalle società appartenenti al gruppo. Ad esempio, tramite l'esistenza di strategie di integrazione verticale o orizzontale tra imprese.

Se tali elementi qualificanti non fossero rilevabili si parlerebbe solamente di una relazione di controllo, che da sola non basterebbe a spiegare le differenze normative e disciplinari rispetto ai principi del diritto societario comune. In mancanza di un accordo contrattuale formale, tra società madre e figlie si potrebbe parlare di un rapporto di fatto e conseguentemente di un "gruppo di fatto".

In conclusione, l'assunto di tale riflessione è che i diversi componenti di un gruppo sono tenuti insieme da un rapporto di controllo, che però non basta da solo a dare al gruppo unitarietà. Affinché questa sia riscontrabile è necessaria la presenza di un carattere volontario dell'aggregazione tra le imprese e, per effetto di questo, il perseguimento di un interesse comune, senza il quale il fenomeno si risolverebbe solamente in un rapporto di mero controllo.

1.2 La direzione unitaria come manifestazione concreta del controllo.

Esaminando i dati nell'ordinamento italiano si può affermare che la direzione unitaria non è un elemento indispensabile ai fini della configurazione di un gruppo, ma è una particolare "formula organizzativa" dei rapporti tra controllante e controllata.¹⁶

La semplice esistenza di un rapporto di controllo tra due società assume già di per sé rilevanza ai fini giuridici tale da configurare l'esistenza di un gruppo di imprese.

Nel momento in cui venga comprovata anche l'esistenza ulteriore di direzione unitaria nel gruppo, la conseguenza sarebbe solamente quella di nuovi effetti sul piano giuridico rispetto a quelli derivanti dal mero legame di controllo.

Ad esempio, nel contesto della normativa sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, così come in quella della liquidazione coatta amministrativa delle società fiduciarie o di revisione, l'esistenza di un rapporto di controllo rileva ai fini dell'attuazione della procedura concorsuale e dell'inasprimento delle condizioni riguardo la revocabilità degli atti posti in essere tra le società del gruppo. La stessa norma, prevede poi che, in presenza di direzione unitaria, al verificarsi di particolari condizioni, sorge in capo agli amministratori una responsabilità diretta.

In dottrina, la direzione unitaria viene definita "*un particolare modo di essere del controllo*"¹⁷. Pertanto, bisogna chiarire a quali modalità di esercizio del controllo corrisponde quello della direzione unitaria.

Preliminarmente, è opportuno chiarire che, come affermato in dottrina, non è vero che la direzione unitaria si identifica indistintamente nel controllo. Il motivo di tale affermazione è stato già precedentemente chiarito e deriva dal fatto che mentre il controllo viene considerato elemento essenziale per la configurazione di un gruppo di imprese, la direzione unitaria è un elemento soltanto possibile, ma non imprescindibile per l'esistenza del gruppo stesso.

Inoltre, vi sono molteplici tipologie di controllo, per mezzo delle quali può essere identificata l'attività di direzione unitaria, tra cui a titolo esemplificativo, ma non esaustivo, l'imposizione da parte della società controllante di ordini agli organi direttivi delle società controllate; la sottomissione delle diverse società che compongono il gruppo ad una politica comune che tende a prediligere il perseguimento dell'interesse collettivo rispetto a quello dei singoli enti.

Ancora, si può parlare di direzione unitaria, mutuando la definizione di Paolo Montalenti¹⁸ che la identifica in "una pluralità sistematica e costante di atti idonei ad incidere sulle decisioni gestorie delle controllate cioè

¹⁶ ANGELICI, C., 1982. Profili transnazionali della responsabilità degli amministratori nella crisi dei gruppi di società. Riv. dir. civ.

¹⁷ SCOGNAMIGLIO, G., 1996. Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società. Torino: Giappichelli Editore.

¹⁸ MONTALENTI, P., I gruppi di società: dottrina, giurisprudenza e prassi. Disponibile su: <http://www.dirittoeconomiaimpresa.it/gruppi-societa-dottrina-giurisprudenza-e-prassi#3>

sulle scelte strategiche di carattere finanziario, industriale e commerciale pur nell'ambito di una relativa autonomia delle singole società”.

Si parla, in tal caso, di accentramento in capo alla controllante di funzioni che sono vitali per le società figlie. Queste ultime, pur mantenendo la loro autonomia giuridica, sono sottoposte al controllo della holding. Tale controllo, però, non deve essere inteso come mezzo per privare le controllate di capacità gestionale, ma come attività di coordinamento, con il fine ultimo di ottenere un risultato comune e favorevole al gruppo.

A tale riguardo, secondo la dottrina tedesca¹⁹ le funzioni soprammenzionate, il cui esercizio da parte della capogruppo consente di configurare l'esistenza di un gruppo, sono quelle di carattere finanziario. Infatti, giacché l'aspetto finanziario si sostanzia nella pianificazione degli investimenti, nell'allocazione delle risorse ed in molte altre funzioni vitali per le imprese, l'esercizio di una direzione unitaria che abbracci la gestione finanziaria delle controllate, è di per sé sufficiente perché si possa parlare di gruppo di imprese.

Vi è poi da puntualizzare che all'esercizio della direzione unitaria sono associabili anche effetti, per così dire, patologici. Ciò succede, ad esempio, quando l'accentramento delle funzioni di gestione nella controllante integra un modo per privare le società controllate del loro potere decisionale, contrariamente ai sani principi del diritto societario.

In riferimento a ciò si segnala che la normativa in tema di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza (D.LGS. 270/1999) stabilisce che *“nei casi di direzione unitaria delle imprese del gruppo, gli amministratori delle società che hanno abusato di tale direzione rispondono in solido con gli amministratori della società dichiarata insolvente dei danni da questi cagionati alla società stessa in conseguenza delle direttive impartite”*.

Di conseguenza, il semplice fatto che gli amministratori della controllata possano, in talune condizioni, rispondere direttamente del danno cagionato, in solido con quelli della capogruppo, è una dimostrazione di come la direzione unitaria, in realtà, non privi le controllate del potere decisionale su attività di gestione. Affinché, tuttavia, gli amministratori della capogruppo possano essere destinatari di responsabilità per atti gestori della controllata, è necessario che la direzione unitaria si espliciti non già come accentramento nella holding delle attività di controllo sulla gestione, bensì come attività di coordinamento da parte della controllante su tutte o parte delle funzioni delle società figlie.

¹⁹ B., SLONGO, 1980. Der Begriff der einheitlichen Leitung als Bestandteil des Konzernbegriffs: betriebswirtschaftliche Analyse und Folgerungen für einen Konzernbegriff de lege ferenda. Zurigo: Schulthess Editore; Koppensteiner nel Kölner Kommentar zum Aktiengesetz.

1.3 Il controllo contrattuale

Il c.d. controllo contrattuale o esterno consiste nell'acquisizione da parte di un soggetto imprenditore, per effetto di particolari vincoli contrattuali, di una influenza dominante su un altro (art. 2359, n. 2 c.c.).

Per il Codice Civile, come affermato anche da Scognamiglio²⁰, il controllo tramite partecipazione e quello contrattuale sono due fattispecie alternative e reciprocamente autonome.

Infatti sia la partecipazione sia un contratto possono essere fonte di un'influenza dominante, ma bisogna comunque considerare che un contratto, il quale, come detto, può dare vita ad una relazione di controllo, può essere stipulato tra due società delle quali una detenga partecipazioni di controllo nell'altra.

È importante tenere conto di tale autonomia reciproca nell'interpretazione di norme che riguardano le società controllanti e controllate, poiché nonostante il fatto che le fattispecie di controllo siano state definite nella medesima norma del Codice civile, la disciplina applicabile non è sempre uguale.

Ciò significa che non sempre, ogni volta che si parla di società controllate si devono tenere in considerazione tutte le fattispecie contemplate nell'art. 2359 c.c., ma è opportuno effettuare un processo di selezione, analizzando il contesto normativo, per capire a quale tra le diverse sub-fattispecie di volta in volta ci si riferisce, poiché dalle stesse discendono effetti e conseguenze differenti.

Ad esempio, è incerto se le società controllate per effetto di vincolo contrattuale siano sottoposte al divieto, posto dall'articolo 2357 c.c., di acquisto di azioni della controllante, qualora venisse condivisa l'ipotesi secondo cui il motivo di tale divieto consiste nell'evitare l'"annacquamento" dei capitali che consegue all'incrocio di partecipazioni tra la società madre e le figlie.

O ancora non si è certi dell'applicabilità delle norme in tema di amministrazione straordinaria delle imprese in crisi anche in caso di controllo contrattuale o se le stesse trovano applicazione solo in caso di controllo partecipativo (o interno).

La diversità e la reciproca autonomia delle sub-fattispecie di controllo (interno o esterno) causano la nascita di interessi e problematiche differenti che trovano differenti soluzioni.

Nonostante la diversità delle sub-fattispecie di controllo, bisogna comunque considerare che l'elemento cardine che le accomuna ed è alla base della nozione di controllo è l'influenza dominante.

In particolare, quest'ultima trova il suo elemento fondamentale nella relazione giuridica tra due soggetti, come sottolineato da Pasteris,²¹ e consiste nel potere giuridico di influire in modo decisivo sui processi decisionali interni e sui comportamenti esterni del soggetto passivo del controllo.

Nel caso di controllo interno affinché si possa parlare di influenza dominante è necessario che un determinato soggetto sia titolare di un pacchetto azionario sufficientemente qualificato della controllata e dei collegati

²⁰ SCOGNAMIGLIO, G., 1996. Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società. Torino: Giappichelli Editore.

²¹ PASTERIS, C., 1957. Il "controllo" nelle società collegate e le partecipazioni reciproche. Milano: Giuffrè Editore.

diritti di voto, verificando, in taluni casi, la sussistenza di altre circostanze quali la polverizzazione del capitale, l'assenteismo dei piccoli azionisti nelle assemblee, la stipula di un patto di sindacato.

Anche nel caso di controllo c.d. esterno o contrattuale è necessario compiere la stessa indagine. Ad esempio, è da escludere che l'influenza dominante possa discendere, in assenza di rapporto partecipativo e/o contrattuale, dalla diversa misura di potere esercitabile da un'impresa rispetto ad un'altra, al solo scopo di conseguire un esclusivo vantaggio economico. Allo stesso modo un'impresa non può ricoprire una posizione dominante nei confronti di un'altra solamente in virtù dell'ampiezza del suo fatturato, del rilievo dei suoi marchi o del livello di diffusione dei suoi prodotti. Questa accezione di controllo può avere rilievo sotto il profilo della tutela della concorrenza e del mercato e della disciplina Antitrust, ma non dal punto di vista del controllo contrattuale, come definito nell'art. 2359 c.c.

Ai sensi dell'art. 2359 n.3, si può parlare di controllo esterno quando due imprese sono legate tra loro da un rapporto contrattuale in virtù del quale una società è legittimata ad influenzare l'attività e la gestione di un'altra.

Tali particolari tipi di contratto sono ad esempio: contratti di agenzia, di somministrazione, di fornitura, di vendita, di franchising, di factoring e molti altri.

Quello che realmente importa non è il tipo di contratto, ma l'idoneità di questo a generare, come suggerito in dottrina²², "una situazione di dipendenza economica dell'un contraente nei confronti dell'altro". Dipendenza economica che, poiché esiste ancora prima della sua rappresentazione giuridica e indipendentemente da essa, può rafforzare il vincolo contrattuale, rendendo la sanzione da violazione di quest'ultimo più gravosa.

Secondo altri studiosi²³, si può parlare di controllo esterno, quando si è in presenza di un accordo contrattuale in virtù del quale una delle due società contraenti è capace di imporre dei limiti all'attività dell'altra ed anche di influenzarne la gestione. Nel rapporto contrattuale summenzionato saranno, quindi, presenti delle clausole per le quali il business della società passiva al controllo sarà condizionato per tutta la durata del vincolo dall'altro contraente.

Esempi di tali clausole negoziali potrebbero essere quelle che condizionano la società passiva al controllo a seguire particolari strategie di mercato o di produzione, ad esempio tramite l'impiego di particolari tecniche di produzione o di materiali sostenibili. Altri tipi di clausole sono: quelle che impongono l'uso di particolari marchi e insegne; quelle che impongono un limite massimo o minimo di produzione e vendita di determinati prodotti; quelle che impongono di localizzare gli stabilimenti di produzione in determinati luoghi; quelle che condizionano la permanenza del rapporto contrattuale ad una certa composizione dell'organo amministrativo e della compagine sociale e via di seguito.

Queste clausole hanno un carattere obbligatorio, con la conseguenza che, a differenza di ciò che avviene in caso di controllo interno, una società può decidere di sottrarsi all'influenza dominante di un'altra, accollandosi le responsabilità derivanti dall'inadempimento del contratto o dal recesso anticipato rispetto alle scadenze

²² SCOGNAMIGLIO, G., 1996. Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società. Torino: Giappichelli Editore.

²³ FRÈ, G., 1972. Società per azioni. Bologna: Zanichelli Editore.

convenute, anche se, realisticamente, sarà improbabile che ciò accada qualora l'accordo contrattuale risulti vitale per la continuazione della sua attività.

1.4 La nozione di controllo e collegamento di cui all'art 2359 c.c.

In Italia, a differenza di molti altri paesi, specie quelli di matrice anglosassone dove è frequente la presenza delle c.d. public companies, la proprietà del capitale sociale è spesso concentrata in capo a pochi soggetti, i c.d. soci di controllo.

Il semplice controllo comporta l'applicazione di una specifica disciplina volta a regolare i rapporti tra controllata e controllante ed a fornire un'adeguata informazione a soggetti terzi interessati.

Nell'ordinamento italiano è possibile rinvenire diverse definizioni di controllo, tra queste ritroviamo quella dell'articolo 2359 c.c. che distingue tre diverse forme di controllo: il controllo di diritto, il controllo di fatto ed il controllo contrattuale.

Occorre subito precisare che nell'art 2359 i soggetti interessati dal controllo, siano essi quelli che lo esercitano o quelli che lo subiscono, sono esclusivamente società di persone o di capitali.

Nella prima forma di controllo, quella del controllo di diritto, una società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria di un'altra società.

Nella fattispecie del controllo di fatto, una società detiene voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria di un'altra società.

In entrambi i suddetti casi, la società controllante può esercitare un'influenza dominante nella o nelle controllate la cui manifestazione più rilevante è quella della nomina o revoca degli amministratori attraverso il voto in assemblea ordinaria. Nel controllo di diritto ciò avviene poiché la società possiede la maggioranza dei voti esercitabili in assemblea; mentre nel caso di controllo di fatto, ciò deriva dalla circostanza che chi possiede una elevata porzione di capitale sociale, a causa dell'assenteismo di molti soci e della frammentazione delle partecipazioni in capo ad altri soggetti, può prevalere in assemblea ordinaria.

Il legislatore ha, inoltre, affermato che affinché si realizzi un controllo di fatto o di diritto, vengono considerati anche i voti spettanti a società controllate, fiduciarie e a persona interposta.

Appare importante sottolineare che, nella individuazione di queste due forme di controllo, non è considerato rilevante il c.d. controllo congiunto, che si realizza quando più società esercitano contemporaneamente un'influenza dominante su un'altra società, ma nessuna presa singolarmente, è in grado di esercitarne il controllo.

Come detto, l'art 2359 contempla anche il controllo contrattuale il quale, per come detto in precedenza, è ravvisabile quando una società risulta sottoposta ad influenza dominante di un'altra in virtù di particolari vincoli contrattuali. In alcuni casi, questa forma di influenza dominante può configurare una vera e propria dipendenza economica, quando, ad esempio, una società, in virtù di un particolare vincolo contrattuale, ha come cliente un'unica altra società ed il venir meno di questo rapporto potrebbe significare la fine dell'attività imprenditoriale della prima.

Infine, nell'art 2359 c.c. è possibile rinvenire anche la definizione di società collegate. In particolare, sono ritenute collegate *le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole*, con la precisazione che vi è presunzione di influenza notevole da parte di una società nei confronti di un'altra società, se la prima detiene almeno *un quinto dei voti*, ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati, esercitabili nell'assemblea della seconda.

1.5 La disciplina del controllo

Il fatto che una società si trovi in una posizione di controllo rispetto ad un'altra, determina la *possibilità*²⁴, che la prima possa avvalersi, esercitandola, della sua influenza dominante nei confronti della seconda. La sola possibilità di tale comportamento, seppur entro certi limiti legittimi, ha richiesto una specifica disciplina che, in presenza di interessi ed esigenze degni di tutela giuridica, costituisce un argine all'uso illegittimo della posizione di maggior forza della controllante.

La disciplina elaborata a tale scopo, si estrinseca attraverso norme che impongono doveri di vigilanza, obblighi di informazione al mercato ed altre finalizzate ad assicurare l'effettività del capitale sociale.

I doveri di vigilanza sono indicati, tra gli altri, al 5° comma dell'art. 2381 c.c., laddove viene statuito che “Gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate”.

Sempre in tema di vigilanza, l'art. 2403-bis c.c. stabilisce che “Il collegio sindacale può chiedere agli amministratori notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari. Può altresì scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo ed all'andamento generale dell'attività sociale”.

²⁴ DACCÒ, A., CIAN, M., 2014. Manuale di diritto commerciale. Torino: Giappichelli Editore.

Lo scopo di tali regole risiede nel fatto che le società controllate e la controllante, nonostante mantengano la loro autonomia giuridica, creano un'unità sul piano economico che non può di certo essere ignorata dagli organi della holding, giacché, il buon funzionamento delle controllate è essenziale per quello della controllante.

La seconda esigenza è quella dell'informazione al mercato.

La disciplina elaborata a tale scopo, si estrinseca essenzialmente attraverso obblighi informativi di natura contabile da fornire nel contesto della redazione del bilancio di esercizio.

Ad esempio, nell'art. 2424 c.c., nel quale viene indicata la struttura obbligatoria che deve assumere lo stato patrimoniale. In particolare, devono essere distintamente indicate, nel comparto delle immobilizzazioni finanziarie, le partecipazioni in società controllate ed i crediti verso le stesse; nell'attivo circolante i crediti a breve verso società controllate; tra i debiti, quelli verso le controllate.

Ancora, nell'art. 2427 che disciplina il contenuto della nota integrativa, si precisa che deve essere indicato l'elenco delle partecipazioni in società controllate, con particolare riguardo ad informazioni anagrafiche e di natura patrimoniale ed economica, oltre che con indicazione del valore alle stesse attribuito. Inoltre, sempre all'interno della nota integrativa, è fatto obbligo di indicare le garanzie prestate, direttamente ed indirettamente, a favore di terzi, nonché gli impegni assunti nei confronti di imprese controllate, collegate, controllanti, nonché verso imprese sottoposte a controllo comune.

Sempre in tema di obblighi informativi per il mercato, ai sensi della L. 127/1991, al superamento di specifici parametri di natura dimensionale, sorge l'obbligo di redigere il bilancio consolidato, in cui viene rappresentata la situazione patrimoniale, finanziaria ed economica scaturente dalla unificazione dei conti di tutte le società facenti parte del rapporto di controllo. L'unificazione dei conti deve essere effettuata sulla base di specifiche tecniche di consolidamento finalizzate ad escludere, nella rappresentazione dei conti del gruppo, il valore delle partecipazioni detenute dalla controllante nelle controllate, i crediti e i debiti reciproci, gli utili, le perdite, i proventi e gli oneri provenienti dai rapporti tra le società appartenenti al gruppo. In sintesi, il risultato ritraibile dal bilancio consolidato non deve essere influenzato dai rapporti intercorsi tra le diverse società del gruppo, ma deve essere quello prodotto dalle società per effetto dei rapporti con i terzi. Solo in tal modo si potrà dare evidenza della reale situazione patrimoniale, economica e finanziaria delle società e del gruppo.

Infine, sono ravvisabili nel nostro ordinamento norme la cui finalità è quella di assicurare del c.d. effettività del capitale. Tali norme sono contenute negli artt. 2359-bis e seguenti del codice civile.

In particolare, l'art. 2359-bis statuisce che: "La società controllata non può acquistare azioni o quote della società controllante se non nei limiti degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato".

Viene quindi fissato un limite all'acquisto di azioni o quote della controllante da parte della controllata, limite costituito dagli utili distribuibili e dalle riserve disponibili risultati dall'ultimo bilancio approvato della controllata.

Viene, altresì, stabilito che possono essere sottoscritte solo azioni interamente liberate e che tale acquisto necessita di approvazione da parte dell'assemblea ordinaria con le stesse modalità fissate dall'art 2357 in tema di acquisto di azioni proprie e quindi stabilendo il numero massimo di azioni che possono essere acquistate, la durata (non superiore a 18 mesi) dell'autorizzazione all'acquisto da parte degli amministratori, il corrispettivo minimo e quello massimo.

Nel caso in cui la controllante sia una società che faccia ricorso al mercato del capitale di rischio, l'acquisto di azioni o quote di quest'ultima può essere effettuato solamente se il loro valore nominale non eccede la quinta parte del capitale sociale della controllante.

La violazione delle regole sopra elencate comporta, ai sensi dell'art. 2359-ter c.c., l'obbligo per la controllata di alienazione delle partecipazioni, con le modalità indicate dall'assemblea, entro un anno dall'acquisto e, in caso di mancata alienazione nei termini suddetti, la controllante è obbligata ad annullare le azioni o quote mediante corrispondente diminuzione del capitale sociale tramite rimborso, secondo i criteri indicati negli articoli 2437 ter e 2438 quater. Nel silenzio dell'assemblea, i sindaci e gli amministratori dovranno chiedere che la riduzione venga ordinata dal tribunale seguendo l'iter previsto dall'articolo 2446 c.c.

In relazione ai diritti esercitabili per effetto del possesso di azioni o quote della controllante, si stabilisce che la società controllata non può esercitare i diritti di voto derivanti dal possesso di tali partecipazioni.

Le previsioni dei suddetti articoli servono essenzialmente per preservare l'effettività del capitale sociale ed anche per evitare che vi sia una deformazione della volontà assembleare, fenomeno, quest'ultimo, che potrebbe facilmente verificarsi se fossero chiamati a votare nell'assemblea ordinaria della controllante anche gli amministratori della controllata.

L'art. 2359-quinquies stabilisce poi che la controllata non può sottoscrivere azioni o quote della controllante. Qualora tale divieto venisse violato, le azioni o quote si intendono sottoscritte dagli amministratori della controllata, a meno che questi non dimostrino di essere esenti da colpa. Con tale norma si intende prevenire l'aggiramento del divieto di sottoscrizione di azioni proprie qualora la controllata fosse obbligata dalla controllante ad effettuare determinate scelte di investimento per effetto delle quali diverrebbe possibile sottrarsi alla disciplina della sottoscrizione e dell'acquisto di azioni proprie facendo sottoscrivere le stesse alla società figlia.

Il successivo art. 2360 fa divieto di sottoscrizione reciproca di azioni o quote tra società controllante e controllata, anche se la sottoscrizione avviene e per il tramite di società fiduciaria o per interposta persona. Il divieto è motivato dalla circostanza che, nel caso di sottoscrizioni reciproche, si assisterebbe ad un aumento del capitale solamente da un punto di vista nominale, ma non reale, giacché l'aumento di ricchezza sarebbe meramente illusorio.

Nel caso sopra analizzato di acquisto reciproco di azioni, si darebbe luogo, invece, ad un problema inverso, ovvero il capitale nominale rimane inalterato, ma il capitale reale diminuisce, portando al fenomeno “carta contro carta”.

2.1 Evoluzione storica dei gruppi di imprese: la disciplina normativa fino alla riforma del 2003.

Prima del d.lgs. n. 6/2003, recante “Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366”, con il quale venne riformato il diritto societario, nell’ordinamento italiano non era prevista una disciplina che considerasse i gruppi di società, fatta eccezione per quella relativa ai gruppi bancari, prevista nel Testo Unico Bancario ed ai gruppi finanziari, prevista nel Test Unico della Finanza.

Il legislatore del 1942, nonostante fosse conscio del ruolo del gruppo imprenditoriale e del suo processo di formazione naturale in un’economia evoluta, non dedicò a tale fenomeno una disciplina specifica, né ne fornì una definizione.

Nella Relazione del Ministro Guardasigilli al libro del Codice Civile “Del Lavoro”, intitolata “Dei gruppi di società e delle partecipazioni”, è stato riconosciuto *sub* n. 155 che il fenomeno dell’aggregazione di più imprese attorno ad una che la controlla è caratteristico di una economia moderna e deriva dall’ampliamento di un nucleo produttivo iniziale, che effettuando attività di integrazione verticale o orizzontale, dà vita ad attività sussidiarie, alle quali può essere utile una gestione autonoma. Inoltre, sempre all’interno di tale relazione viene affermato come i rapporti esistenti tra le imprese del gruppo siano proficui per l’attività produttiva e proteggano le nuove società da eventuali difficoltà finanziarie, pur rimanendo quest’ultime autonome. In un passo successivo di tale relazione, il legislatore afferma che per quanto concerne i gruppi di società, il codice si è impegnato per limitare i fenomeni lesivi nei confronti dei soci che rimangono estranei dall’attività del gruppo ed anche nei confronti dei terzi creditori, che addirittura potrebbero causare danni all’intera economia nazionale.

Nonostante il riconoscimento dell’importanza del fenomeno dei gruppi, il legislatore ha preferito mantenere una posizione liberista non considerando le proposte che avrebbero portato a riconoscere il gruppo come realtà preminente rispetto alle singole società.²⁵

Piuttosto che dettare regole in merito al funzionamento del gruppo, la principale preoccupazione del legislatore è stata quella di assicurare la reale formazione del suo capitale. Per tale ragione, al fine di evitare il fenomeno del c.d. “annacquamento del capitale” e di una moltiplicazione illusoria della ricchezza il legislatore ha limitato il suo intervento nel divieto per la società controllata di sottoscrivere azioni della controllante ed anche nella impossibilità per la controllante e la controllata di effettuare un aumento del loro capitale sociale tramite sottoscrizione di azioni reciproche.

In questo contesto è evidente che il legislatore ha osservato il fenomeno ponendo la sua attenzione essenzialmente sul concetto di controllo anziché su quello di gruppo, interpretando il primo come possibile

²⁵ DI MAJO, A. 2012. *I gruppi di società. Responsabilità e profili concorsuali*. Milano: Giuffré Editore.

generatore di effetti patologici ed il secondo come una ipotesi di rischio per le singole imprese. In sintesi, nell'osservare il fenomeno dell'aggregazione, il legislatore del 1942 è stato diffidente nel guardare all'unitarietà sottostante tale realtà economica ed i suoi potenziali vantaggi per l'economia nazionale, preoccupandosi maggiormente del mantenimento da parte delle singole società della propria autonomia giuridica.

La situazione rimase pressoché immutata fino agli anni '70, quando fu introdotta la legge n. 216/1974, che modificò l'art. 2359 c.c., introdusse l'art. 2359 bis e inserì particolari obblighi di informazione a carico delle società controllanti, quali: la rappresentazione nel bilancio della società capogruppo dei bilanci delle società controllate e collegate; l'illustrazione nella relazione degli amministratori dei rapporti esistenti tra la società madre, le figlie e le collegate. Inoltre, con tale legge fu riconosciuto il controllo indiretto, furono descritti in maniera più dettagliata il controllo interno e quello esterno e fu introdotto il controllo di fatto.

Anche con tale legge, come si può notare, l'attenzione del legislatore si è focalizzata essenzialmente nella definizione del fenomeno del controllo e dei collegati obblighi informativi, dimostrando la stessa diffidenza degli anni precedenti nei confronti del fenomeno dei gruppi. L'unico passo in avanti compiuto nel riconoscimento del ruolo del gruppo di imprese nel contesto economico generale, si realizzò con l'art. 3 *sub* 1 lett. a) della legge n. 216/1974, laddove si allude alla facoltà per la Consob di imporre alle società quotate in borsa la redazione di bilanci consolidati di gruppo anche per settori omogenei. Nonostante l'entrata in vigore della legge 216/1974, non ha trovato regolamentazione la formazione dei gruppi, non essendo stati forniti abbastanza elementi a tal fine.

In merito alla rilevanza giuridica dei gruppi di imprese esiste traccia in alcune leggi successive di tipo assistenziale, come la l. 2 maggio 1976 n. 183 per l'intervento straordinario nel Mezzogiorno per il quinquennio 1976-1980, che ha previsto sostegno per diverse industrie con la stessa localizzazione seppur articolate in diversi stabilimenti che però presentavano "collegamenti di carattere tecnico, finanziario e organizzativo che configuravano l'appartenenza ad un medesimo gruppo" e la legge 12 agosto 1977, n. 675 con oggetto il coordinamento industriale per la crescita del settore, che ha utilizzato la stessa espressione della l. n. 183/1976 per designare i destinatari di tale agevolazioni.

Il primo intervento realmente rilevante in materia, anche se con finalità specifiche e particolari, si ha con la l. n. 95/1979 c.d. legge Prodi, la quale aveva ad oggetto la regolamentazione della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. L'art. 3 di tale legge prevedeva in capo agli amministratori che avevano abusato di direzione unitaria, in solido con gli amministratori della società dichiarata insolvente, una responsabilità per i danni cagionati a quest'ultima in conseguenza delle direttive impartite. Ciò a dimostrazione

che era già ben noto il fatto che le imprese di grandi dimensioni fossero articolate per la maggior parte dei casi in gruppi.

Inoltre, è necessario segnalare anche il d. lgs. n. 127/1991 (artt. 25-43), che accorda al gruppo unitarietà dal punto di vista economico, finanziario e patrimoniale. Tale normativa, infatti, introduce l'obbligo di redazione del bilancio consolidato per la società di capitali (vedi riferimenti fatto nel capitolo 1) aventi partecipazioni di controllo in altre imprese e per le società cooperative controllanti società di capitali. Tale obbligo verrà poi esteso, in seguito alla riforma del diritto societario avvenuta nel 2003, anche alle società in nome collettivo ed in accomandita semplice, in virtù della loro caratteristica autonomia patrimoniale imperfetta.

Un rilevante profilo di novità nell'interpretazione del fenomeno dei gruppi fu apportato dalla normativa sui gruppi creditizi disciplinata dagli artt. 60 e ss. del T.U. 1° settembre 1993, n. 385, successivamente riformato. In tali articoli è possibile notare come le Istruzioni di Vigilanza messe a punto dalla Banca d'Italia, hanno sin dal principio voluto rendere esplicito il riconoscimento della valenza unitaria del gruppo creditizio. Infatti, viene riconosciuto che quest'ultimo opera nell'ottica di un fine economico unitario, per cui la vigilanza deve essere esercitata su base consolidata, con il fine del mantenimento di un certo equilibrio all'interno del gruppo creditizio. Inoltre, nel d. lgs. 58/1998 T.U.F (Teso Unico della Finanza), si prevede, in presenza di esercizio di controllo, che la Banca d'Italia effettui attività di vigilanza nei confronti di tutti i componenti del gruppo e viene introdotto in capo alla holding il dovere di conformarsi alle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia.

È possibile rinvenire la concezione di gruppo come realtà economica unitaria, anche nella legge n. 270/1999 (c.d. Prodi *bis*), precisamente agli artt. 80-91 e successivamente nella l. n. 39/2004 (c.d. legge Marzano).

In particolare, la l. n. 270/1999 prevede nel Titolo V recante "Gruppi di Imprese" al capo I, "l'estensione della procedura concorsuale di amministrazione straordinaria alle imprese del gruppo", mentre con la c.d. legge Marzano è prevista un'attuazione unitaria delle procedure relative alle società facenti parte del gruppo.

Infine, è con il d.lgs. n. 6/2003, recante "Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366", che il legislatore affronta il tema del gruppo in maniera indiretta, per il tramite della "Responsabilità" (agli artt. 2497 e ss. c.c.). Non è un caso che la rubrica dell'art. 2497 c.c. sia intitolato "Responsabilità" e che il Capo IX del decreto delegato n. 366 non faccia menzione di "gruppo".

Difatti, nella relazione illustrativa al d. lgs. n. 6/2003 viene spiegato il motivo per il quale non viene trattato in maniera diretta il fenomeno dei gruppi, che risiede nel fatto che qualsiasi nozione di gruppo si sarebbe mostrata "inadeguata all'incessante evoluzione della realtà sociale economica e giuridica del fenomeno dei gruppi di imprese".

2.2 La fattispecie di direzione e coordinamento di società

Ai fini dell'applicazione della disciplina degli artt. 2497 ss. c.c., dettata nel capo IX del titolo V ("Delle società") del libro Quinto ("Del Lavoro"), è necessario l'esercizio da parte della capogruppo di un'attività di direzione e coordinamento.

Il legislatore non definisce, però, in maniera chiara l'oggetto di tale attività, lasciando ampio margine alle interpretazioni che sono seguite. Di norma, essa consiste nello svolgimento da parte della società capogruppo di un'attività di pianificazione in ordine alle scelte imprenditoriali delle altre società del gruppo (ad esempio, scelte di tipo strategico, finanziario, commerciale, ecc.) ed una conseguente direzione e coordinamento delle attività delle società figlie nell'ottica del perseguimento di un interesse di gruppo.

Prima della riforma del 2003, la dottrina si era più volte interrogata in merito alla liceità dell'attività di direzione e coordinamento, in considerazione dell'autonomia che caratterizza l'attività degli organi direttivi delle diverse società che, nonostante l'appartenenza ad un gruppo, non perdono in nessun caso la propria soggettività giuridica. Tali interrogativi sono stati risolti dal legislatore con i principi contenuti negli artt. 2497 ss.

In tali norme è specificatamente prevista la fattispecie di direzione e coordinamento ed anche il riconoscimento della sua liceità, sempre che non leda i sani principi di trasparenza e di corretta amministrazione a cui si ispira il diritto societario.

L'enunciazione ed il riconoscimento dell'attività di direzione e coordinamento potrebbero apparire in contrasto con altre norme presenti nel Codice Civile. Si pensi ad esempio all'art. 2380-*bis*, in cui viene statuito il principio di competenza esclusiva degli amministratori nella gestione di una società per azioni. Sulla base di ciò si può quindi giungere alla conclusione che in presenza di un gruppo, la competenza esclusiva degli amministratori è, in qualche misura, limitata dall'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento che può incidere su singoli atti di gestione. Per tale motivo non è possibile applicare a tale fattispecie norme che sanciscono la massima autonomia nella conduzione della società, come l'art. 2380-*bis*, in quanto bisogna sempre ragionare nell'ottica del perseguimento di un interesse imprenditoriale comune.

Ancora, nell'art. 2497-*sexies* c.c., per facilitare l'onere della prova, il legislatore ha introdotto una presunzione di attività di direzione e coordinamento, che fornisce di radicamento oggettivo la base di tale fattispecie. Infatti, in tale norma è affermato che vi è presunzione, salvo prova contraria, che l'attività di direzione e coordinamento *sia esercitata dalla società o dall'ente tenuto al consolidamento dei bilanci o comunque dal soggetto in posizione di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c.* Di conseguenza, l'obbligo di provare il mancato esercizio di attività di direzione e coordinamento spetta alla controllante (ex art. 2359 c.c.). È necessario, inoltre, segnalare che tale disposizione si applica anche nel caso in cui l'esercizio di attività di direzione e coordinamento avvenga su base contrattuale o di una clausola contenuta nello statuto (ex art 2497-*septies*).

In base alle norme contenute nel Codice civile, si può affermare che il presupposto della responsabilità risiede nell'attività di direzione e coordinamento che la controllante può esercitare sovrapponendosi alle gestioni delle

singole società del gruppo²⁶. Dunque, ai fini dell'applicazione della disciplina degli artt. 2497 ss., non conta la definizione di una fattispecie generale di gruppo, ma è sufficiente la semplice attività di direzione e coordinamento.

Affinché le locuzioni “direzione e coordinamento” possano fungere da “presupposto oggettivo” ai fini della applicazione della disciplina della responsabilità, è necessario trovare il loro radicamento in prassi e rapporti societari già esistenti. Tale ricerca non è estremamente difficile. Infatti, è possibile rinvenire alcuni riferimenti importanti già negli artt. 2359 ss. c.c. a proposito della definizione del controllo; o ancora nella legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, in particolare agli articoli 80 e seguenti del d. lgs 270/1999.

La stessa Corte di Cassazione nella sentenza n. 1439 del 26 febbraio 1990, inerente al noto caso Caltagirone, si è espressa in merito alla assegnazione di un ruolo essenziale alla fattispecie di “direzione e coordinamento” nella ricostruzione della fattispecie dei gruppi di imprese, affermando che “il fattore caratterizzante il gruppo si sostanzia propriamente nella direzione e nel coordinamento unitario espletato dalla holding”²⁷.

In particolare, la Corte di Cassazione individua tra gruppo e controllo una *diversificazione qualitativa*²⁸, che fa sì che la direzione unitaria di gruppo debba avvenire al di fuori delle società operative. Il controllo viene qui identificato come una condizione necessaria, ma non sufficiente affinché si verifichi il fenomeno dei gruppi. Infatti, per parlare di aggregazione tra imprese occorre, come precedentemente detto, che la direzione unitaria, si espliciti appunto nell'attività di “direzione e coordinamento”.

2.3 Le norme c.d. fisiologiche applicabili ai gruppi di società

La normativa in tema di gruppi disciplina alcuni aspetti c.d. fisiologici del loro funzionamento, avendo di mira l'esigenza di garantire la massima trasparenza ed informazione in merito a: esistenza del gruppo; scelte operate

²⁶ DI MAJO, A. 2012. *I gruppi di società. Responsabilità e profili concorsuali*. Milano: Giuffrè Editore.

²⁷ Cassazione 26/02, n. 1439 del 1990.

²⁸ DI MAJO, A. 2012. *I gruppi di società. Responsabilità*, cit., pag. 24 ss.

nell'esercizio dell'attività operativa del gruppo; effetti derivanti da tali scelte; ragioni alla base di scelte intraprese sotto l'influenza della capogruppo.

Gli obblighi di informazione dei soggetti terzi rispetto all'esistenza del gruppo nasce dall'esigenza di dare evidenza di particolari situazioni che non si realizzerebbero nel caso in cui la società operasse in un regime di piena autonomia e non nel contesto di un gruppo di imprese. In considerazione di tale circostanza è necessario che soggetti terzi, quali creditori e soci di minoranza di una delle società facenti parte dell'aggregazione, siano i beneficiari di specifici obblighi informativi.

Sul punto l'art. 2497-*bis* pone a carico della controllata e dei suoi amministratori, alcuni obblighi informativi e pubblicitari. Ed infatti, la società controllata è tenuta ad indicare, negli atti e nella corrispondenza, la società o l'ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta; relativamente alla stessa circostanza, viene posto a carico degli amministratori della controllata l'obbligo di iscrizione in una apposita sezione del registro delle imprese nella quale sono indicate le società che esercitano l'attività di direzione e coordinamento e quelle vi sono soggette.

Nel caso in cui gli amministratori omettessero l'indicazione prevista negli atti e nella corrispondenza, o l'iscrizione nella specifica sezione del registro delle imprese, o qualora non annotassero il venir meno dell'attività di direzione e coordinamento, sorgerebbe a loro carico la responsabilità per i danni nei confronti di soci o terzi conseguenti alla mancata conoscenza di tali circostanze. Quindi, l'iscrizione nel registro delle imprese prevista da tale norma assume il ruolo di pubblicità notizia.

Oltre a quanto dettato dalle norme di cui sopra, sono previsti altri obblighi informativi di derivazione contabile. A tale proposito, sempre l'articolo 2497-*bis* stabilisce che la controllata è tenuta ad esporre, all'interno di un'apposita sezione della nota integrativa, un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio di esercizio della società o dell'ente che esercita su di essa attività di direzione e coordinamento. Inoltre, il comma 5 dello stesso articolo impone agli amministratori della controllata l'obbligo di indicare nella relazione sulla gestione (ex art. 2428 c.c.), che accompagna il bilancio di esercizio, i rapporti intercorsi con la società che esercita attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette.

In assenza di una indicazione chiara in merito a quali rapporti intercorsi debbano essere indicati nella relazione sulla gestione, è stato ritenuto opportuno, anche in considerazione della *ratio* della norma, indicare tutti i

rapporti tra la controllata e la società che esercita attività di direzione e coordinamento, nonché tra la controllata e le altre società soggette alla medesima attività direzione e coordinamento.

All'interno del quinto comma viene anche chiarito che nella relazione sulla gestione deve essere, altresì, indicato l'effetto che l'attività di direzione e coordinamento ha sortito sull'esercizio dell'attività sociale della controllata e sui suoi risultati finali.

Per effetto di tali obblighi informativi, la relazione sulla gestione diventa una importante fonte di informazioni sia per i soci, sia per i terzi. Tali soggetti, infatti, potranno servirsene qualora intendano intentare un'azione di responsabilità nei confronti della società, così come anche gli amministratori potranno, servendosene, dimostrare il risultato, evidentemente positivo, conseguito per effetto dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, scongiurando l'accusa di aver procurato eventuali danni.

Infine, il legislatore vuole anche fare chiarezza in ordine al perché di determinate scelte operative assunte sotto l'influenza della capogruppo.

In merito a tale argomento l'articolo 2497-ter prevede che "le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando da questa influenzate, debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione", non essendo quindi sufficiente una spiegazione vaga e sommaria.

Le decisioni qui considerate sono quelle che vengono assunte mediante deliberazione dell'assemblea o del consiglio di amministrazione della controllata e quelle che, in assenza di una specifica deliberazione, vengono adottate dall'amministratore unico o dall'amministratore provvisto di specifiche deleghe, o quelle intraprese, sulla base di consultazioni scritte o del consenso espresso per iscritto, dai soci in una s.r.l.

Ai fini di rendere edotti di tali notizie i terzi, che altrimenti non potrebbero consultare i libri sociali, è necessario che le informazioni a proposito delle motivazioni sottostanti alle scelte adottate vengano indicate anche nella relazione sulla gestione che, per come previsto dall'articolo 2435 c.c., deve essere depositata presso il registro delle imprese insieme al bilancio di esercizio, così da rendere liberamente consultabili i suoi contenuti.

In definitiva, l'analisi delle norme sopra indicate dimostra come la relazione sulla gestione sia strumento fondamentale per conseguire l'obiettivo, proprio delle norme fisiologiche dei gruppi, di assicurare la massima chiarezza ed informazione. All'interno di tale relazione, infatti, sono esposte importanti informazioni per comprendere e conoscere sia i principali elementi che connotano il gruppo, sia i rapporti intervenuti con la capogruppo e con tutte le altre società del gruppo, con indicazione degli effetti che tali rapporti hanno sortito

sulle singole società e delle motivazioni che hanno condotto una specifica società ad adottare una determinata decisione sotto l'influenza dominante della capogruppo.

2.4 La responsabilità ex art 2497 c.c.

La disposizione che inaugura il Capo IX del Codice civile - "Direzione e coordinamento di società" - consta di sette articoli ed è rubricata semplicemente "Responsabilità" (art. 2497 c.c.).

Si tratta di norme di grande rilievo in materia di diritto societario, dedicate ai gruppi di società, i quali, prima della loro introduzione, erano stati regolamentati dal legislatore in modo frammentario e dal Codice civile e da leggi speciali, disciplina che non forniva una definizione di "gruppo", ma che trattava soltanto il profilo della responsabilità.

La Legge 3 ottobre 2001, n. 366, contenente la delega al Governo per la riforma del diritto societario, fa frequentemente riferimento al "gruppo"; in dettaglio la lett. a) dell'art. 10, da cui prende corpo l'articolo 2497 c.c., prevede una disciplina di gruppo secondo principi di trasparenza, in cui l'attività di direzione e coordinamento deve soddisfare le esigenze del gruppo globalmente considerato²⁹. Inoltre, anche nella relazione ministeriale di accompagnamento è stato apertamente chiarito come la nuova disciplina concernente l'attività di direzione e coordinamento sia indirizzata ai gruppi di società³⁰.

La disposizione di cui all'articolo 2497, comma 1, c.c. stabilisce che *"le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, 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 riportato comma affronta in termini del tutto nuovi il tema centrale del fenomeno dei gruppi con riguardo alla responsabilità della società capogruppo.

Sotto il profilo in esame in dottrina³¹ sono stati identificati due punti di rottura con la precedente regolamentazione in materia.

In primo luogo, rileva come la responsabilità investa la capogruppo in maniera diretta per cui le richieste di risarcimento possono essere effettuate direttamente nei confronti della *deep pocket*³² del gruppo; con ciò

²⁹ ALBERTI MAFFEI, A. 2005. *Il nuovo diritto delle società*. CEDAM Editore.

³⁰ ALBERTI MAFFEI, A. 2005. *Il nuovo*, cit., pag. 2303 ss.

³¹ VALZER, A. 2011. *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*. Torino: Giappichelli Editore.

³² ABBADESSA, P., *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008 I, 279.

superando il problema di inadeguata capienza patrimoniale delle società controllate responsabili dei danni cagionati. In secondo luogo, i creditori ed i soci danneggiati dall'operato della capogruppo, sono legittimati a promuovere l'azione di responsabilità con "canalizzazione del risultato utile a loro diretto vantaggio"³³.

Sotto il profilo della legittimazione attiva all'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti della capogruppo, la disposizione contenuta nel menzionato art. 2497 c.c., comma 1, pone la stessa in capo ai soci ed ai creditori della società eterodiretta, ai quali spetta anche il risarcimento dei danni subiti.

Si configura una responsabilità nei confronti dei soci in caso di sussistenza di un *pregiudizio alla redditività ed al valore della partecipazione sociale*, e con riguardo ai creditori sociali ove vi sia stata *lesione all'integrità del patrimonio della società* controllata.

Sul punto in esame la Cassazione (*Cass. Civ. – Sez. I – 17 ottobre 2019 n. 24943*), nel richiamare alcuni precedenti giurisprudenziali (in particolare, *Trib. Milano, 27 febbraio 2019 e 26 febbraio 2016*), ha statuito che l'azione esperibile ex art. 2497 c.c. è riservata ai soci ed ai creditori della società controllata che hanno subito un danno indiretto, mentre quella promossa dalla controllata nei confronti della controllante per esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento è volta a fare valere la responsabilità diretta per danni provocati al patrimonio sociale.

Poiché l'articolo 2497 c.c. configura una responsabilità della holding verso i soci ed i creditori sociali della controllata, inevitabilmente rende la fattispecie conforme anche rispetto alla responsabilità della società dirigente verso la controllata.

Sebbene le due azioni siano collocate su piani differenti, il fatto estintivo della responsabilità della capogruppo nei confronti dei soci e dei creditori della eterodiretta (ex art. 2497 c.c.) è ravvisabile sia quando la controllata abbia ristorato il pregiudizio arrecato ai propri soci e creditori direttamente, sia quando ciò sia l'effetto dell'iniziativa dalla stessa assunta nei confronti della holding, visto che – come affermato da *Cass. civ., Sez. I, 5 dicembre 2017, n. 29139* – nella previsione normativa deve ritenersi ricompresa ogni modalità che permetta al socio o al creditore il conseguimento dell'utilità spettante, al fine di evitare duplicazioni risarcitorie. Peraltro, il fatto che, in generale, il danno indiretto del socio o del creditore e il danno diretto al patrimonio della società controllata causati dall'esercizio illegittimo dell'attività di direzione e coordinamento, sebbene collegati e connessi nella loro genesi (dato che la lesione al valore ed alla redditività della partecipazione è l'effetto di un pregiudizio subito in prima battuta dal patrimonio della società), non necessariamente coincidono ai fini risarcitori, comporta la necessità di una valutazione caso per caso.

Secondo un prevalente orientamento dottrinale, il danno maggiormente rilevante per i creditori riguarda quello arrecato all'integrità del patrimonio sociale; orientamento del tutto condivisibile nel rispetto dei principi generali in materia di responsabilità per danni di cattiva gestione (si veda ad esempio l'articolo 2394 c.c. 1°

³³ VALZER, A. 2011. Le responsabilità, cit., pag. 27 ss.

comma, ove viene espressamente sancito che “gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale”).

Non così con riguardo ai soci. In dottrina, infatti, appare prevalente la tesi secondo la quale il pregiudizio rilevante costituisca una conseguenza della diminuzione di valore del patrimonio sociale della controllata, per cui il socio subisce un danno indiretto, di riflesso a quello arrecato al patrimonio della società³⁴. Questa teoria trova conferma in alcuni riferimenti normativi di carattere testuale, ad esempio all'interno dello stesso comma 1 dell'art. 2497 in cui è statuito 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*”.

Al fine di configurare la responsabilità devono ricorrere determinati presupposti, ex art. 2497 c.c., comma 1°. E, così l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento da parte di una società o un ente, quindi soggetti diversi dalle persone fisiche³⁵; la sussistenza della violazione da parte della capogruppo dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale; il pregiudizio causato alla società eterodiretta derivante dalla violazione dei predetti principi.

Con riferimento al primo presupposto è necessario fare chiarezza sull'interpretazione esatta della locuzione “ente”. A tale proposito, il Decreto-legge 1° luglio 2009 n. 78, convertito con modificazioni dall'art. 1, comma 1, legge 3 agosto 2009, n. 102, nella lettura dell'art. 2497, comma 1, c.c., precisa che per “enti” si intendono i soggetti giuridici, collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica e finanziaria”. Tale legge non chiarisce se gli enti pubblici territoriali, diversi dallo Stato quali Regioni, Province e Comuni siano compresi tra i soggetti esenti da responsabilità per direzione e coordinamento. Sul punto, la dottrina è intervenuta affermando che per Stato, va inteso lo “Stato organizzatore”, comprendente tutte le sue componenti, anche le più marginali³⁶.

Con riguardo all'ulteriore presupposto di sussistenza della violazione da parte della capogruppo dei “*principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale*” una certa dottrina³⁷ ritiene che tale forma di responsabilità sia di tipo aquiliano, atteso che il rapporto esistente tra le società eterodirette e la holding è di

³⁴ GUIZZI, G., *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio del nuovo diritto dei gruppi*, in Riv. Dir. comm., 2003.

³⁵ Nella legge n. 102/2009 recante conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, recante provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali, *Pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 179 del 4 agosto 2009*, viene confermata in modo implicito l'esclusione delle persone fisiche dall'ambito di applicazione della norma 2497 c.c., 1° comma.

³⁶ Montalenti Paolo, *I gruppi di società* in ABRIANI, AMBROSINI, CAGNASSO, MONTALENTI, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, Padova 2010.

³⁷DI MAJO, A. 2012. *I gruppi di società. Responsabilità e profili concorsuali*. Milano: Giuffrè Editore.

tipo collaborativo; alla sua base non vi è un contratto formale né un dovere comune del *neminem laedere*, ma una situazione di fatto derivante da un'attività di direzione e coordinamento, che costituisce l'origine di un'obbligazione di corretta gestione in capo alla capogruppo che nel suo operare deve considerare e contemperare il suo interesse con quello delle eterodirette³⁸.

In ordine, poi, al terzo presupposto, per integrare la fattispecie di responsabilità della capogruppo, è necessario che il pregiudizio causato alla società eterodiretta sia conseguente alla violazione dei principi soprammenzionati; pregiudizio che costituisce il c.d. "danno di riflesso", in quanto non viene patito direttamente dal patrimonio individuale del socio, ma si riflette su quest'ultimo in maniera indiretta a seguito del danno subito dal patrimonio della società.

Sul punto in esame assume rilevanza la recente pronuncia della Cassazione che nell'interpretare la disposizione di cui all'art. 2947, 3 comma, c.c., - *la quale non prevede una condizione di procedibilità dell'azione contro la società che esercita l'attività di direzione e coordinamento, costituita dalla infruttuosa escussione, da parte del socio della società controllata, del patrimonio di questa o dalla previa formale richiesta risarcitoria ad essa rivolta* - pone in capo alla società capogruppo l'obbligo di risarcire i soci esterni danneggiati dall'abuso dell'attività di direzione e coordinamento (Corte Cass. Sez. I Civ. 5 dicembre 2017 n. 29139).

Il legislatore nello statuire, ex art 2947 c.c., che non si configura "*...una responsabilità nel caso in cui 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*", ha tenuto conto di quanto in precedenza evidenziato sul punto in dottrina e giurisprudenza.

Difatti è stato spesso ribadito che, nella configurazione di responsabilità della capogruppo, non deve essere considerato il singolo atto da questa compiuto, ma bisogna tenere conto di tutti i rapporti infragruppo ed anche dei possibili vantaggi, c.d. compensativi, che possono essere ottenuti da una determinata società in virtù della sola sua appartenenza al gruppo. In questo modo si valuta il pregiudizio che ha subito il gruppo globalmente considerato, alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento.

Tale valutazione non avviene secondo la tradizionale formula della *compensatio lucri cum damno*, ma attraverso la considerazione dell'attività svolta dal gruppo, in modo tale che una società non possa chiedere il risarcimento di un danno che ha subito, ma che indirettamente è stato compensato dalla sua partecipazione al gruppo.

³⁸ Parlando delle fonti delle obbligazioni, così come definito dall'articolo 1173 c.c. è possibile fare un richiamo alla clausola generale che stabilisce che "Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico". l'esistenza di un gruppo che si esplica attraverso un'attività di direzione e coordinamento delle diverse società che lo compongono, costituisce quella definita da tale articolo una "situazione di fatto", considerata idonea a produrre vincoli nei rapporti esistenti all'interno del gruppo.

Sul punto la Giurisprudenza di merito ha dedotto che un'operazione compiuta dalla controllante nel suo esclusivo interesse, che tuttavia non arrechi alcun danno alla controllata o, seppur dannosa, risulti compensata da vantaggi di gruppo o da specifiche operazioni di segno opposto, sia da considerarsi assolutamente lecita³⁹. Dal punto di vista processuale, detto vantaggio compensativo deve essere provato dal convenuto. Tuttavia, tale prova non basta ad escludere la responsabilità dell'amministratore e di altri concorrenti al danno. Costoro sono tenuti a provare l'utilità che indirettamente le società del gruppo hanno tratto da determinate azioni ed anche l'effettivo contro bilanciamento rispetto agli effetti negativi cagionati da singole operazioni. D'altra parte, l'attore in processo deve provare di avere subito il pregiudizio ed anche l'assenza di vantaggi a compensazione degli effetti avversi di quest'ultimo⁴⁰.

Proseguendo nell'analisi dell'art. 2947, al comma 3, è disposto che i soci e i creditori sociali 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”.

Tuttavia, come sopra esposto, con pronuncia della Cassazione (n. 29139) è stata superata la tesi⁴¹ secondo la quale la procedibilità della richiesta risarcitoria dei soci della controllata, diretta alla condanna della capogruppo, sia subordinata alla preventiva escussione del patrimonio della stessa controllata. Tesi fondata sul dato letterale della norma (2947, 3 comma, c.c.) che individua il patrimonio della società dominata come da aggredire in prima battuta nonché il corretto equilibrio fra le posizioni dei soci e creditori della controllata e quelle dei soci e creditori della controllante evitando che i soci esterni di questa siano inutilmente aggrediti. Disposizione di facile comprensione con riguardo ai creditori sociali e che riflette un principio generale proprio dell'azione di responsabilità ravvisabile anche nell'art. 2394 c.c., comma 2 c.c., ove in tema di responsabilità degli amministratori, dispone che *“l'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti”*. Disposizione che, invece, stride con riferimento ai soci. Ed infatti risulta di difficile comprensione il modo in cui il socio della società eterodiretta, possa essere

risarcito da quest'ultima per un danno procuratogli dalla controllante; la società controllata sarebbe costretta ad indennizzare a sue spese il socio per una lesione che viene subita in primo luogo da essa stessa.

Al comma 2, dell'art. 2497 c.c. è disposto che *“...risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio”*. Norma che rende

³⁹ [*“Le operazioni compiute nell'esercizio di attività di direzione e coordinamento, ancorché nell'esclusivo interesse della controllante, devono considerarsi lecite ogni qual volta esse non rechino danno alle controllate o i danni siano adeguatamente compensati da vantaggi di gruppo o elisi da specifiche operazioni di segno opposto”* (Trib. Milano, 17.02.2012, in *Le Società*, 2012, 5, 577)].

⁴⁰ Cfr.: Cass. 11 dicembre 2006, n. 26325, cit.; Cass. 24 agosto 2004 n. 16707, cit.; Trib. Roma, 5 febbraio 2008, cit.

⁴¹ *resa dall'adito Tribunale (8 maggio 2008) e condivisa dalla Corte di Appello di Messina (4 febbraio 2014)*

possibile estendere la responsabilità a diversi soggetti, anche non appartenenti al gruppo, che non siano obbligatoriamente persone giuridiche; con ciò avvalorando parte della dottrina⁴² che ritiene responsabili della lesione cagionata ai soci ed ai creditori sociali anche gli amministratori ed i sindaci della holding e della eterodiretta; i soci della capogruppo; le società sorelle della holding. Tutti soggetti terzi che hanno compiuto atti dannosi consapevoli dei vantaggi derivanti dalla condotta posta in essere. Diversamente per coloro che non hanno partecipato al fatto lesivo, ma che, comunque, ne hanno tratto beneficio in modo consapevole, la responsabilità è limitata al vantaggio conseguito⁴³.

2.5 Cenni sulla disciplina fiscale e contabile dei gruppi di imprese

La disciplina contabile nazionale dei gruppi di imprese è contenuta nel d. lgs. 127/1991 (modificato dal d. lgs. 139/2015), in attuazione della VII Direttiva del Consiglio della Comunità Europea del 13 giugno (83/349/CEE) in materia di diritto societario ed anche dai principi contabili nazionali (OIC) ed internazionali (IAS/IFRS).

Con il d. lgs. 127/1991 (artt. 25-43) fu introdotto nell'ordinamento italiano l'obbligo di redazione del bilancio consolidato per alcune categorie di imprese.

Premesso che ciascuna società appartenente al gruppo di imprese deve assolvere autonomamente agli obblighi contabili previsti dalla normativa in materia, il bilancio consolidato è redatto in fase consuntiva ed ha la funzione di fornire informazione ai soci ed ai terzi rispetto all'andamento globale del gruppo. Deve essere redatto (ex art. 29 del d. lgs. 127/1991) in modo veritiero e corretto dagli amministratori della capogruppo e consta di: stato patrimoniale, conto economico, rendiconto finanziario e nota integrativa. Esso non incide sulla distribuzione degli utili conseguiti dalle singole società giacché le determinazioni in merito a tale aspetto rimangono di esclusiva competenza degli organi deliberanti delle singole società.

In particolare, all'articolo 25 del d.lgs. 127/1991 viene previsto che sono tenute a redigere il bilancio consolidato le società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata che controllano un'impresa. Inoltre, sono tenute a redigerlo inderogabilmente anche gli enti pubblici di cui all'art. 2201 c.c., le società cooperative e le mutue assicuratrici che controllano una società per azioni, in accomandita per azioni

⁴² GIOVANNINI S., *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, 2007, editore: Giuffrè.

⁴³ Sul punto Cfr. Cass. Civ. I Sezione n. 26765 del 22 dicembre 2016; Corte d'appello Milano 14.04.2020 n. 899, in tema di estensione della responsabilità in via solidale alla persona fisica che prende parte al fatto lesivo; Cass. Civ. Sez. I, n. 16707 del 24 agosto 2004 in materia di responsabilità degli amministratori.

o a responsabilità limitata. Le imprese da tenere in considerazione ai fini del consolidamento sono quelle controllate mediante possesso di partecipazioni.

Successivamente, all'articolo 26 si dà una definizione di imprese controllate e viene ristretta l'area di consolidamento. In particolare, è enunciato che sono ritenute controllate: le imprese di cui all'art. 2359 c.c., 1° comma, numeri 1) e 2); le imprese di cui un'altra possiede il diritto, in virtù di un contratto o di una clausola statutaria, di esercitare influenza dominante; le imprese di cui un'altra, in base ad accordi con altri soci, controlla la maggioranza dei diritti di voto.

Di seguito, all'articolo 27, vengono indicati i casi di esonero dall'obbligo di redazione del bilancio consolidato prevedendo anzitutto che non sono tenute alla redazione del bilancio consolidato le società controllanti che, insieme alle controllate, non abbiano oltrepassato su base consolidata per due esercizi consecutivi, due dei seguenti limiti: 20.000.000 euro nel totale degli attivi degli stati patrimoniali; 40.000.000 euro nel totale dei ricavi delle vendite e delle prestazioni; 250 dipendenti occupati in media durante l'esercizio. Secondo recenti modifiche normative (L. 238/2021), la verifica del superamento o meno dei limiti può essere effettuata su base aggregata senza effettuare operazioni di consolidamento e considerando come limiti quelli ordinariamente previsti aumentati del 20%.

Sono, inoltre, esonerate dall'obbligo imposto nell'art. 25 le imprese controllate, qualora la controllante possieda oltre il novantacinque per cento delle azioni o quote dell'impresa controllata, ovvero qualora non sia pervenuta la richiesta di redigere il bilancio consolidato, nei sei mesi antecedenti la fine dell'esercizio, da tanti soci che rappresentino almeno il 5% del capitale sociale. L'articolo 28 dello stesso d.lgs 127/1991 prevede casi di esclusione, su base facoltativa, dal consolidamento per le controllate che si trovino in specifiche condizioni espressamente previste.

Quanto ai principi di redazione del bilancio consolidato ed alle sue finalità, il contenuto dell'articolo 29 replica quanto previsto dall'articolo 2423 per la redazione del bilancio ordinario. Con ciò significando che il bilancio consolidato non è una semplice aggregazione di tutti i bilanci d'esercizio delle società del gruppo, ma deve essere redatto con chiarezza e deve rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale, finanziaria ed il risultato economico dell'intero insieme di imprese, *come se si trattasse di un'unica impresa*⁴⁴.

La traduzione in pratica di tale principio comporta che l'aggregazione dei conti su base consolidata debba escludere: le partecipazioni della controllante in imprese incluse nel consolidamento; i crediti ed i debiti tra imprese incluse nel perimetro di consolidamento; i proventi e gli oneri relativi ad operazioni effettuate tra le stesse; gli utili e le perdite conseguenti.

⁴⁴ CAMPOBASSO, G., 2019. Manuale di diritto commerciale. Milano: Utet Giuridica.

In ambito fiscale, i gruppi di imprese sono interessati da specifici istituti che riguardano il comparto delle imposte dirette e quello delle imposte indirette.

In materia di imposte dirette, la normativa fiscale applicabile ai gruppi di società è disciplinata anzitutto dall'articolo 117 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi di cui al DPR 917/1986, recante "Soggetti ammessi alla tassazione di gruppo di imprese controllate residenti".

In tale articolo, di apertura della tassazione di gruppo, viene stabilito che possono esercitare l'opzione per la tassazione di gruppo, la società o l'ente controllante e ciascuna società controllata, rientranti tra i soggetti di cui all'art. 73 T.U.I.R, comma 1, lettere a) e b), ovvero le società per azioni ed in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative, le società di mutua assicurazione, le società europee definite nel regolamento (CE) n. 2157/2001, le società cooperative europee di cui al regolamento (CE) n. 1435/2003 residenti nel territorio dello Stato, gli enti pubblici e privati diversi dalle società, nonché i trust che risiedono nel territorio dello stato e che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali.

I soggetti di cui alla lettera d) dello stesso art. 73 T.U.I.R, possono esercitare l'opzione per la tassazione su base consolidata in qualità di controllanti a condizione che siano residenti in paesi con i quali esiste un accordo al fine di evitare la doppia imposizione ed esercitino nel territorio dello Stato un'attività d'impresa per il tramite di un'organizzazione stabile (ex art. 162 T.U.I.R), che assume la qualifica di consolidante.

Altre disposizioni specifiche sono poi previste per le società e gli enti di qualsiasi categoria, compresi i trust, anche senza personalità giuridica (ex. art. 73), che non siano residenti nel territorio nazionale, che non abbiano ad oggetto in via esclusiva o prevalente l'esercizio di attività commerciali e che risiedano in Stati facenti parte dell'Unione Europea o comunque in Stati partecipanti all'Accordo sullo Spazio economico europeo, con cui l'Italia ha creato una collaborazione che consenta un effettivo scambio di informazioni. Tali enti e società, hanno la possibilità di indicare una società controllata che risiede ufficialmente nel territorio italiano od anche non residente, con i requisiti dell'art. 120 T.U.I.R, per aderire alla tassazione di gruppo insieme ad ogni singola società residente o non residente di cui al comma 2-ter di tale legge.

È interessante rilevare che in ambito fiscale, nello specifico delle norme che qui si analizzano, il fenomeno del controllo è visto sotto vesti diverse e nuove rispetto alla sua concezione tradizionale. Infatti, alla tradizionale accezione per cui si ha controllo quando si possiede più del 50% del capitale sociale, qui si affianca

un'altra ipotesi che integra il controllo, vale a dire quella in cui una società, la controllante, partecipa all'utile di bilancio di un'altra società, controllata, per una percentuale superiore al 50%.

Continuando nell'analisi, l'art. 119 definisce le condizioni affinché l'opzione per la tassazione di gruppo sia valida, prevedendo nello specifico che: a) tutte le società aderenti abbiano coincidente esercizio sociale; b) l'opzione per la tassazione di gruppo venga esercitata congiuntamente dalla controllante e da tutte le

controllate e sia comunicata all’Agenzia delle Entrate (lett. d); c) le controllate eleggano domicilio fiscale presso la controllante che sarà destinataria di tutte le comunicazioni riguardanti se stessa e le altre società aderenti alla tassazione di gruppo. Operativamente, per effetto dell’opzione per la tassazione di gruppo, ciascuna società controllata dovrà redigere e presentare la propria dichiarazione dei redditi, trasferendo in capo alla consolidante gli esiti della stessa. La consolidante provvederà a redigere una dichiarazione dei redditi che riepilogherà, mediante somma algebrica, i risultati, positivi o negativi, di tutte le società appartenenti al gruppo. Il risultato di tale aggregazione costituirà la base imponibile per la conseguente tassazione secondo le aliquote previste per i soggetti IRES.

Il comparto delle imposte indirette che assume rilievo per i gruppi societari è quello IVA.

In particolare, gli articoli da 70-bis a 70-duodecies del D.P.R. 633/1972, disciplinano la costituzione ed il funzionamento del gruppo IVA.

In particolare, anche a seguito delle indicazioni di prassi (circolare 18/E/2018), viene stabilito che possono partecipare al gruppo IVA in qualità di controllati solo soggetti costituiti in forma societaria *“per i quali trovano applicazione le particolari regole concernenti il diritto di voto e l’assunzione delle deliberazioni sottese alla predetta disposizione civilistica.”* I soggetti diversi da quelli societari possono partecipare al gruppo IVA solo in qualità di controllanti.

Non è consentita la partecipazione al gruppo IVA delle c.d. Holding pure, vale a dire quei soggetti che si limitano a detenere le partecipazioni e ad amministrarle in senso statico, cioè senza interferire nella gestione dei soggetti partecipati. È, invece, consentita la partecipazione ad un Gruppo IVA alle holding gestorie o miste, cioè a quelle società che esercitano attività di direzione e coordinamento delle società partecipate, o che, anche in assenza di esercizio dell’attività di direzione e coordinamento, offrono servizi di diverso tipo ed interesse ai soggetti partecipati.

L’art. 70 bis prevede che, affinché si possa aderire ad un gruppo IVA, debbano ricorrere congiuntamente tra i partecipanti i vincoli finanziario, economico ed organizzativo, per come declinati al successivo art. 70 ter.

Per quanto di nostro interesse, si segnala che, ai sensi del comma 4 dello stesso art. 70 ter, *se tra i soggetti passivi intercorre il vincolo finanziario di cui al comma 1, si presumono sussistenti tra i medesimi anche i vincoli economico e organizzativo di cui ai commi 2 e 3.* In altri termini, se due o più società sono tra loro legate da un rapporto di controllo partecipativo, diretto o indiretto, o qualora tali soggetti siano controllati, direttamente o indirettamente, dal medesimo soggetto, è presunta la sussistenza del vincolo finanziario e, conseguentemente, anche dei vincoli economico ed organizzativo. La circostanza che sia presunta la sussistenza del vincolo finanziario anche tra soggetti controllati, direttamente o indirettamente, dallo stesso soggetto, fa sì che in presenza di una holding pura, il gruppo IVA sia circoscritto alle partecipate con esclusione della stessa holding.

Nella pratica, il gruppo IVA diventa l’unico soggetto passivo IVA in sostituzione delle singole società aderenti. Ogni adempimento in tema di registrazione, liquidazione, versamento e dichiarazioni, si trasferisce

in capo al rappresentante del gruppo, con evidente sgravio di lavoro amministrativo a favore delle altre società aderenti al gruppo stesso.

In ultimo, le operazioni effettuate tra le società appartenenti al gruppo IVA non si considerano cessione di beni e/o prestazioni di servizi rilevanti ai fini IVA. Le operazioni effettuate da ciascuna società del gruppo nei confronti di terzi non aderenti al gruppo, si considerano effettuate da quest'ultimo. Allo stesso modo, tutte le operazioni effettuate da terzi verso singole società del gruppo, si considerano effettuate a favore del gruppo.

CAPITOLO 3. LA RIFORMA DEL DIRITTO FALLIMENTARE

3.1 La riforma del diritto fallimentare: il gruppo insolvente

Di norma, lo squilibrio della condizione economica di un singolo soggetto privato, per quanto possa essere drammatica, non reca danni al sistema economico nel suo complesso. Il problema sociale ed economico del singolo è arginato dalla predisposizione di un sistema di welfare in grado di assicurare un adeguato livello di tutele.

Nel caso in cui, invece, la crisi coinvolga un imprenditore collettivo o individuale, gli effetti del dissesto interesseranno inevitabilmente anche tutti i soggetti aventi rapporti con l'impresa insolvente.

Innanzitutto, i dipendenti dell'impresa subiscono la perdita del loro posto di lavoro; in secondo luogo, i creditori dell'imprenditore, se questi non è più nelle condizioni di onorare i suoi debiti, subiranno una perdita.

I creditori, a loro volta, sono nella maggior parte dei casi altre imprese - *fornitori di materie prime, di servizi e di finanza*-, ed il regolare incasso dei loro crediti è un elemento importante al fine di adempiere alle obbligazioni assunte durante la loro attività d'impresa.

In breve, il dissesto di un'impresa può diffondersi, causando effetti negativi a livello sistemico ed a tutti i soggetti coinvolti con l'attività dell'azienda in crisi⁴⁵.

⁴⁵ Sul punto risulta ancora più rilevante il caso in cui l'insolvenza coinvolga un'impresa multinazionale, per sua natura di grandi dimensioni, la quale per definizione ha la sua sede principale all'interno di un paese, gli impianti di produzione e distribuzione in altri paesi e le cui scelte hanno effetto anche su imprese al di fuori del suo paese di origine.

Con riferimento alle procedure concorsuali applicabili in tale contesto si parla di "insolvenza transfrontaliera", la quale nella legislazione italiana è disciplinata alla stessa maniera dell'insolvenza "domestica". Nel dettaglio, ai sensi dell'art. 9, comma 3 della legge fallimentare «L'imprenditore, che ha all'estero la sede principale dell'impresa, può essere dichiarato fallito nella Repubblica italiana anche se è stata pronunciata dichiarazione di fallimento all'estero». Ciò significa che la pendenza della procedura concorsuale all'estero, cui è sottoposto l'imprenditore che, pur avendo la sua sede principale all'estero, pratica sul territorio nazionale attività imprenditoriale per il tramite di una sede secondaria o di rappresentanza, non impedisce l'apertura della procedura di fallimento in Italia.

Il fine ultimo delle procedure concorsuali è la limitazione della propagazione di tali effetti nefasti sia a livello individuale, quindi nei confronti dei creditori e imprese, sia a livello sistemico.

Di tali esigenze la legge fallimentare del 1942 teneva conto solo in parte, poiché era figlia di un clima economico e sociale ben diverso da quello attuale⁴⁶. La matrice storica di tale legge era di “*humus*” dirigista e non garantista, contrariamente a quanto affermato dai principi costituzionali⁴⁷.

Per tali ragioni dopo l'entrata in vigore della costituzione repubblicana si verificò un progressivo adeguamento della legge fallimentare ai nuovi principi ad opera della giurisprudenza della Corte costituzionale abrogativa di norma con essi incompatibili⁴⁸. L'intervento del giudice delle leggi, con il suo carattere episodico e

puramente demolitorio, rese ben presto evidente la necessità di una riforma organica della materia, che, portò, ma solamente a partire dal 2005, ad alcuni interventi del legislatore, dapprima con il D.L. n. 35/2005, conv. in Legge n. 80/2005, il quale ha apportato modificazioni alla disciplina dell'azione revocatoria fallimentare e del

A livello comunitario un'ampia produzione di norme ha contribuito a regolare l'insolvenza transfrontaliera. Dapprima con il Regolamento (CE) n. 1346/2000 del 29 maggio, successivamente abrogato e rimpiazzato dal Regolamento (UE) 2015/848 del 20 maggio. Le norme presenti in tali regolamenti vincolano tutti i paesi dell'Unione Europea, ad eccezione della Danimarca.

Tuttavia, non tutti gli stati membri hanno adeguato la normativa interna in materia concorsuale ai regolamenti europei, si pensi ad esempio all'Italia che mantiene sul tema una disciplina coerente con quella domestica, mentre altri paesi, tra cui l'Olanda, la Francia, la Spagna e la Germania hanno già optato per l'allineamento con i regolamenti europei in materia.

⁴⁶ PRESTI, G. ROSCIGNO, M., 2021. *Corso di diritto commerciale*. Torino: Zanichelli editore.

⁴⁷ PRESTI, G. ROSCIGNO, M., 2021. *Corso di diritto commerciale*. Torino: Zanichelli editore.

⁴⁸ Con riferimento alla disciplina della legge fallimentare del 1942, la Corte costituzionale, ha sottolineato la grande incidenza che la sentenza dichiarativa di fallimento ha nella sfera giuridica del soggetto fallito. Tale sentenza, infatti, importa “limitazioni alla capacità di agire in ordine alla amministrazione ed alla disponibilità dei beni, nonché alla legittimazione processuale, oltre a gravi menomazioni ai diritti della personalità e in specie a diritti pubblici soggettivi, pur essi oggetto di particolare tutela costituzionale, circa la libertà e la segretezza della corrispondenza, la libertà di circolazione, l'elettorato attivo e passivo” (sentenza n. 141 del 1970) e comporta anche che il fallito “non può assumere alcuni uffici determinati dalla legge, né svolgere alcune professioni da essa pur precisate e, secondo l'opinione comune, quegli altri uffici e quelle altre professioni per la cui esplicazione si richiede il possesso dei diritti civili” (sentenza n. 43 del 1970).

Così la Corte ha constatato come nella legge fallimentare del 1942, prima della riforma vi sia una rilevante diminuzione della capacità del fallito motivata essenzialmente dalla sfiducia che l'ordine giuridico ha nei suoi confronti.

Considerando il profondo impatto che il provvedimento di fallimento ha nei confronti del fallito, la Corte ha statuito che quest'ultimo non può essere “legittimamente emanato” senza che “sia stato udito e ammesso ad esporre le proprie ragioni il soggetto passivo di esso”.

La “gravità delle conseguenze” che la sentenza di fallimento ha nei confronti del fallito “pone l'indefettibile esigenza che il debitore, già nella prima fase processuale in camera di consiglio, informato della iniziativa in corso, possa contrastare, anche in confronto di creditori istanti con deduzioni di fatto ed argomentazioni tecnico-giuridiche e con l'eventuale ausilio di difensori, la veridicità dell'asserito stato di dissesto e la di lui assoggettabilità alla esecuzione fallimentare”.

Da tali considerazioni della Corte è derivata la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 15 della legge fallimentare del 1942, laddove esso “non prevede l'obbligo del tribunale di disporre la comparizione dell'imprenditore in camera di consiglio per l'esercizio del diritto di difesa nei limiti compatibili con la natura di tale procedimento” (sentenza n. 141 del 1970).

Con riguardo, invece, alla libertà di circolazione e residenza del fallito l'art. 49 della legge fallimentare è stato considerato legittimo dalla Corte costituzionale (vedi sentenza 16 marzo 1962, n. 20) e non contrario agli articoli 13 e 16 della Costituzione, in quanto avente “funzione strumentale in relazione ai fini assegnati ai procedimenti concorsuali” purché “sia contenuta entro i termini segnati” da tali esigenze.

Sono state rilevanti le innovazioni della riforma fallimentare sul tema e si possono notare già dalla riformulazione della rubrica dell'art. 49 che cambia da “obbligo di residenza del fallito” a “obblighi del fallito”. Esse prevedono un obbligo di comunicazione al curatore dei cambiamenti di residenza e domicilio più moderato rispetto alla precedente legge fallimentare. Cade, infatti l'obbligo di residenza e viene eliminato il ritiro del passaporto del fallito. L'obbligo di comunicazione della variazione di residenza non è assistito da alcuna sanzione, ma è un elemento importante per il giudice ai fini della concessione del beneficio della esdebitazione.

Inoltre, è stato eliminato anche l'accompagnamento coattivo del fallito che non rispettava l'obbligo di presentarsi dinanzi al giudice. Al suo posto è stato disposto che il fallito in persona o il mandatario, in caso di impedimento del fallito, si presenti al giudice, al curatore o al comitato dei creditori nel momento in cui questi avessero bisogno di delucidazioni.

concordato preventivo e regolato gli accordi di ristrutturazione dei debiti e, successivamente, con il D. Lgs. n.5/2006, il quale ha riesaminato gran parte delle norme fallimentari; di poi, negli anni 2010, 2012 e 2015 con una serie di provvedimenti correttivi che hanno apportato molteplici aggiustamenti agli interventi di riforma avvenuti nel 2005 e 2006 ed introdotto la posta elettronica certificata (PEC) per la corrispondenza nelle procedure concorsuali.

Le innovazioni normative così introdotte, tuttavia, mantenevano un carattere episodico e non si coordinavano con la preesistente regolamentazione adottata per scopi ormai desueti.

I primi interventi riformatori della legge fallimentare furono attuati a partire dal 2006 e sino al 2018.

L'obiettivo principale di tali riforme, antecedenti quella del 2019, era la conservazione delle componenti positive dell'impresa al fine di soddisfare gli interessi dei soggetti esterni a quest'ultima.

Proprio per tale motivazione, anziché privilegiare la classica prospettiva di liquidazione del patrimonio e di sanzione per il fallito, venne prediletta da tali interventi di riforma la via del risanamento e del superamento della crisi aziendale.

Inoltre, a causa del grande coinvolgimento dei creditori nella vita dell'impresa, vennero rafforzati i poteri di quest'ultimi ed al contempo ridotti quelli dell'autorità giudiziaria.

Tuttavia, tali modifiche hanno lasciato rilevanti zone d'ombra alle quali si aggiungeva anche il difficile inserimento delle nuove norme nella struttura della precedente legge fallimentare.

In particolare, i vari interventi che si sono susseguiti a partire dal 2005 non tenevano in considerazione alcuni argomenti importanti all'interno dell'attuale sistema economico e giuridico, quali, ad esempio, le misure di allerta e prevenzione finalizzate a rinvenire il più rapidamente possibile una situazione di difficoltà; la disciplina relativa all'insolvenza dei gruppi di società; alcune disposizioni codicistiche, anche se non più in vigore, disciplinavano la materia penale parzialmente riformata con alcuni interventi legislativi avvenuti nel 2010 e 2012.

Rimaneva viva, quindi l'esigenza di una riforma organica della legge fallimentare, che subentrasse alla precedente.

Tale necessità ha trovato risposta nel decreto delegato (*D. Lgs. n. 14/2019*) intitolato *CCII "Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza"* che, salvo alcune parti, sarebbe dovuto entrare in vigore nell'agosto 2020, abrogando l'attuale legge fallimentare, ma la pandemia Covid ha causato un ulteriore rinvio al 1° settembre 2021 (*con differimento del D. Legge n. 23/2020, c.d. "Decreto Liquidità"*), posticipato poi al 16 maggio 2022 con D.L. n. 118/2021, convertito con modificazioni, dalla Legge n. 147/2021 e successivamente a luglio 2022, a causa del recepimento nell'ordinamento della direttiva comunitaria n. 2019/1023, c.d. *Insolvency*.

Il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza sopra menzionato segna un cambiamento epocale da un punto di vista formale, in quanto comporta l'abrogazione della legge fallimentare del 1942 e cancella dalla

terminologia legale il termine “fallimento”, - al quale è collegata un’impronta di discredito -, con l’introduzione del termine “liquidazione giudiziale”.

Inoltre, sono state apportate dalla recente riforma importanti novità che hanno disciplinato rilevanti aspetti lasciati in ombra dalle riforme del 2005 - 2018, tra le quali: l’introduzione della definizione di “*stato di crisi*” inteso come probabilità di futura insolvenza; l’adozione di un unico modello processuale per l’accertamento dello stato di crisi o di insolvenza; l’assoggettamento alle procedure dello stato di crisi e di insolvenza ad ogni tipologia di debitore, persone fisica o giuridica, consumatore, ente collettivo, imprenditore esercente attività agricola o artigiana, con esclusione dei soli enti pubblici; l’introduzione di una disciplina specifica per i gruppi di imprese.

Sotto il profilo riguardante i gruppi di imprese non può essere ignorato il recente recepimento della Direttiva “*Insolvency*”, che entrerà in vigore in Italia nel luglio 2022 e che, come risulta dalla sua intitolazione, ha ad oggetto “*i quadri di ristrutturazione preventiva, l’esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l’efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione*”.

L’art. 1 lettera c) prevede e disciplina “*le misure per aumentare l’efficienza delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione*”. Trattasi degli strumenti di c.d. “*allerta “precoce”*”⁴⁹, utili per spingere il debitore a richiedere l’ammissione, “*proprio in una fase precoce*”, alle procedure ed alle tecniche di ristrutturazione preventiva, favorendo così un intervento tempestivo al fine di preservare il beneficio apportato dai rapporti aziendali ed il valore creato.

Risulta di grande rilevanza sul tema il cons. 24 della Direttiva che afferma l’opportunità “*che i debitori, - comprese le persone giuridiche e, ove previsto dal diritto nazionale, le persone fisiche e i gruppi di imprese, - possano disporre di un quadro di ristrutturazione che consenta loro di far fronte alle difficoltà finanziarie*

in una fase precoce, quando sembra probabile che l’insolvenza possa essere evitata e la sostenibilità dell’attività assicurata”.

La fase di intervento deve essere “precoce”, ossia il debitore deve poter essere messo in condizione di risanare (“*ristrutturare*”) la sua situazione economica e non essere dichiarato insolvente con la inevitabile conseguente instaurazione delle relative procedure concorsuali, le quali determinerebbero la privazione del debitore di tutti i suoi beni e la nomina del curatore.

Sotto il profilo in esame al fine di evitare un ricorso eccessivo ai quadri di ristrutturazione, le difficoltà finanziarie del debitore devono presentare valida *probabilità di insolvenza* (ex art. 3, comma 1, Direttiva n.

⁴⁹ Nella direttiva UE n. 2019/1023 si fa uso del termine inglese “early”, tradotto in italiano con il termine “precoce”, ad indicare, come precedentemente detto, il carattere di tempestività della procedura e dello snellimento dell’iter di ammissione a quest’ultima. Sul valore del tema della tempestività risulta rilevante anche il Cons. 22 della Direttiva, in cui è affermato che minore è il tempo che intercorre affinché il debitore identifichi le proprie difficoltà finanziarie e prenda misure opportune, maggiore è la possibilità di non cadere in maniera immediata in uno stato di insolvenza.

2019/1023). In particolare, gli strumenti di allerta precoce servono per individuare quelle circostanze che potrebbero, con elevata probabilità causare l'insolvibilità del debitore.

Tra quelli previsti dalla direttiva UE n. 2019/1023, ex. art. 3, comma 2, si possono annoverare, a titolo esemplificativo, i sistemi di avvertimento che scattano quando il debitore non ha onorato il pagamento di alcune tipologie di somme di denaro; i servizi di consulenza sia di tipo pubblico che privato ed anche l'incentivo fornito a terzi soggetti, quali contabili o autorità fiscali, per incoraggiarli a segnalare al debitore andamenti negativi.

A livello nazionale la Legge Delega n. 155/2017 e il menzionato CCII hanno operato una distinzione degli indicatori della crisi, che comportano un onere di segnalazione da parte degli organi di controllo interno e dell'imprenditore, dagli indici che costituiscono il presupposto per i creditori del riconoscimento di una situazione di crisi.

Il CCII considerava i gruppi di imprese non soggetti all'applicazione degli strumenti di allerta, ma con la direttiva *Insolvency*, recentemente approvata, vengono introdotte apposite previsioni anche per i gruppi di società e per le imprese di grandi dimensioni; da qui le necessarie modifiche al CCII.

Tale direttiva è stata recepita dall'ordinamento italiano, con D. Lgs. n. 83 del 2022 - in vigore dal luglio 2022 -, il cui art. 25 fa riferimento alla “*conduzione trattative in caso di gruppo di imprese*”⁵⁰.

⁵⁰ Più in dettaglio, l'invocata disposizione recita testualmente quanto segue.

“1. Più imprese che si trovano nelle condizioni indicate nell'articolo 12, comma 1, appartenenti al medesimo gruppo e che hanno, ciascuna, il proprio centro degli interessi principali nel territorio dello Stato possono chiedere al segretario generale della camera di commercio la nomina dell'esperto indipendente di cui all'articolo 12, comma 2. La nomina avviene con le modalità di cui all'articolo 13.

2. L'istanza è presentata alla camera di commercio ove è iscritta la società o l'ente, avente il proprio centro degli interessi principali nel territorio dello Stato, che, in base alla pubblicità prevista dall'articolo 2497-bis del codice civile, esercita l'attività di direzione e coordinamento oppure, in mancanza, l'impresa avente il proprio centro degli interessi principali nel territorio dello Stato che presenta la maggiore esposizione debitoria, costituita dalla voce D del passivo nello stato patrimoniale prevista dall'articolo 2424 del codice civile in base all'ultimo bilancio approvato e inserito nella piattaforma telematica ai sensi del comma 4.

3. L'imprenditore inserisce nella piattaforma telematica di cui all'articolo 13, oltre alla documentazione indicata nell'articolo 17, comma 3, una relazione contenente informazioni analitiche sulla struttura del gruppo e sui vincoli partecipativi o contrattuali, l'indicazione del registro delle imprese o dei registri delle imprese in cui è stata effettuata la pubblicità ai sensi dell'articolo 2497-bis del Codice civile e il bilancio consolidato di gruppo, ove redatto.

4. Le misure protettive e cautelari di cui agli articoli 18 e 19 sono adottate dal tribunale competente ai sensi dell'articolo 27 rispetto alla società o all'ente che, in base alla pubblicità prevista dall'articolo 2497-bis del Codice civile, esercita l'attività di direzione e coordinamento oppure, in mancanza, rispetto all'impresa che presenta la maggiore esposizione debitoria come definita nel comma 2.

5. L'esperto assolve ai compiti di cui all'articolo 12, comma 2, in modo unitario per tutte le imprese che hanno presentato l'istanza, salvo che lo svolgimento congiunto non renda eccessivamente gravose le trattative. In tal caso può svolgere le trattative per singole imprese.

6. Le imprese partecipanti al gruppo che non si trovano nelle condizioni indicate nell'articolo 12, comma 1, possono, anche su invito dell'esperto, partecipare alle trattative.

7. Quando le imprese appartenenti ad un medesimo gruppo presentano più istanze ai sensi dell'articolo 12, comma 1, e gli esperti nominati, sentiti i richiedenti e i creditori, propongono che la composizione negoziata si svolga in modo unitario oppure per più imprese appositamente individuate, la composizione prosegue con l'esperto designato di comune accordo fra quelli nominati. In difetto di designazione, la composizione prosegue con l'esperto nominato a seguito della prima istanza presentata.

8. I finanziamenti eseguiti in favore di società controllate oppure sottoposte a comune controllo, in qualsiasi forma pattuiti dopo la presentazione dell'istanza di cui all'articolo 17, sono esclusi dalla postergazione di cui agli articoli 2467 e 2497-quinquies del codice civile, sempre che l'imprenditore abbia informato preventivamente l'esperto ai sensi dell'articolo 21, comma 2, e che l'esperto, dopo avere segnalato che l'operazione può arrecare pregiudizio ai creditori, non abbia iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese, ai sensi dell'articolo 21, comma 4.

9. Al termine delle trattative, le imprese del gruppo possono stipulare, in via unitaria, uno dei contratti, convenzioni o accordi

In base a tale nuova disciplina l'imprenditore - che si trova nelle condizioni indicate nell'articolo 12⁵¹ e presenta istanza per la nomina di un esperto - dovrà inserire nella piattaforma telematica una specifica documentazione indicata nell'art. 17 di tale decreto⁵² e fornire una serie di informazioni riguardanti la struttura del gruppo ed i vincoli partecipativi o contrattuali esistenti; indicare il registro delle imprese in cui è stata effettuata la pubblicità ed il bilancio dell'impresa. Il tribunale competente adotta le misure protettive e cautelari nei confronti della società o ente che dalla pubblicità presso il registro delle imprese risultano essere esercenti dell'attività di direzione e coordinamento, oppure se quest'ultima non risulta nei confronti dell'impresa che presenti una maggiore esposizione debitoria. L'esperto svolge i suoi doveri ex art. 12, comma 2⁵³, in modo congiunto per tutte le imprese che hanno fatto domanda, tuttavia, se l'attuazione unitaria dei suoi compiti rende le trattative particolarmente difficoltose, queste ultime possono essere condotte in relazione alle singole imprese. I finanziamenti concessi dai soci alle società controllate oppure sottoposte a comune controllo, dopo la presentazione della domanda presso il tribunale, non sono postergati rispetto alla soddisfazione degli altri creditori, al contrario di quanto affermato nell'art. 2467 c.c., sempre che l'esperto sia stato preventivamente

informato dall'imprenditore⁵⁴. Al termine delle trattative, ex art. 23 di tale decreto, le società facenti capo al gruppo possono sottoscrivere in maniera congiunta e mutuamente esclusiva: a) un contratto con uno o più creditori, che assicuri la continuità aziendale per un periodo minimo di due anni; b) una convenzione di moratoria; c) un accordo ratificato dall'imprenditore. Se al termine delle trattative non è possibile ottenere l'accordo, l'imprenditore può presentare la domanda di concordato minore o richiedere la liquidazione controllata dei beni, così come fare richiesta di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio. Nell'ipotesi di dichiarazione da parte dell'esperto incaricato di infruttuoso esito delle trattative, espletatesi in buona fede e correttezza, con conseguente impossibilità di addivenire ad accordi, secondo le diverse forme di

⁵¹L'articolo 12 del d. lgs. 17 giugno n. 83/2022 prevede che "l'imprenditore commerciale e agricolo può chiedere la nomina di un esperto segretario generale della Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa, quando si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza e risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa.

⁵² All'art. 17, comma 3 è stabilito che l'imprenditore nel momento in cui presenti l'istanza presso il tribunale debba inserire nella piattaforma telematica diversi documenti, tra i quali: il bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, oppure per coloro i quali non sono tenuti al deposito del bilancio, le dichiarazioni dei redditi e dell'IVA degli ultimi tre periodi di imposta; un piano di risanamento ed una relazione dell'attività dell'impresa con un piano finanziario per i successivi 6 mesi; l'elenco dei creditori con l'indicazione dei crediti scaduti e l'esistenza dei diritti reali e personali di garanzia; la situazione debitoria complessiva richiesta dall'Agenzia delle entrate-Riscossione.

⁵³ Ai sensi dell'art. 12, comma 2, l'esperto deve impegnarsi per trovare una soluzione al fine di superare le condizioni di squilibrio economico-finanziario in cui verte l'azienda, in modo tale da facilitare le trattative. Inoltre, se necessario l'esperto può anche procedere con il trasferimento di azienda o di rami di essa.

⁵⁴ Art. 21, comma 2 viene infatti statuito che "L'imprenditore informa preventivamente l'esperto, per iscritto, del compimento di atti di straordinaria amministrazione nonché dell'esecuzione di pagamenti che non sono coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento".

cui all'art. 23, l'imprenditore ha la possibilità di proporre, presso il tribunale del luogo in cui l'impresa ha il proprio centro di interessi principali, nei sessanta giorni successivi alla comunicazione di cui all'art. 17 (*si cfr. citato comma 8*), domanda di concordato per cessione di beni insieme al piano di liquidazione.

Il Tribunale, esaminata la proposta ed ottenuti la relazione finale ed il parere dell'esperto riguardante i plausibili esiti della liquidazione e delle garanzie offerte, nomina un ausiliario, fissando un termine per il deposito del parere. La domanda - unitamente alla valutazione tecnica dell'Ausiliario nominato, alla relazione finale ed al parere dell'esperto -, previa autorizzazione del tribunale deve essere comunicata dal debitore ai creditori risultanti dall'apposito elenco (*ex art. 39, comma 1*), a mezzo pec (posta elettronica certificata) o tramite raccomandata con avviso di ricevimento, con indicazione delle modalità di accesso per la sua valutazione.

Il Giudice competente in materia provvede a fissare l'udienza per l'omologazione. Ad essa i creditori possono opporsi previa costituzione nel termine improrogabile di dieci giorni prima dell'udienza.

Il Tribunale, accertata la regolarità del contraddittorio e del procedimento, valutata la realizzabilità del piano di liquidazione concordato in assenza di pregiudizi economici nei confronti dei creditori rispetto alla liquidazione giudiziale, provvede con decreto motivato all'approvazione del concordato reso esecutivo e comunicato a cura della competente Cancelleria alle parti. Avverso il decreto del Tribunale i creditori possono presentare reclamo dinanzi la Corte di Appello nel termine di trenta giorni dalla comunicazione; la Corte decide a sua volta con decreto impugnabile per Cassazione entro trenta giorni dalla sua comunicazione.

Al Capo III, recante "*Segnalazioni per la anticipata emersione della crisi e programma informatico di verifica della sostenibilità del debito e di elaborazione di piani di rateizzazione*", l'art. 25-octies prevede al comma 1, che l'organo di controllo societario faccia presente tramite comunicazione scritta, della presenza dei requisiti per la domanda di accesso alla composizione negoziata (*ex art. 17 di tale decreto*). Tale comunicazione deve

contenere la fissazione di un termine, non maggiore di trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve dare informazione riguardo i progetti che intende intraprendere.

Inoltre, l'Istituto nazionale della previdenza sociale, l'Istituto per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, l'Agenzia delle entrate e l'Agenzia delle entrate-Riscossione, hanno l'obbligo di comunicare all'imprenditore o all'organo di controllo, entro termini prestabiliti, eventuali ritardi nel versamento di contributi previdenziali, oppure l'esistenza di un debito scaduto e non versato relativo all'imposta sul valore aggiunto o ancora l'esistenza di crediti affidati per la riscossione, auto dichiarati o definitivamente accertati e scaduti. Ulteriori novità sono introdotte dall'art. 25-decies, riguardante gli obblighi di comunicazione per le banche e gli altri intermediari finanziari (*ex art. 106 TUB*) e l'istituzione di un programma informatico che verifica la sostenibilità del debito ed elabora dei piani di rateizzazione automatici.

Se l'indebitamento non supera i trentamila euro ed al termine del lavoro svolto dal programma informatico risulta sostenibile viene messo a punto un piano di rateizzazione automatico, previa comunicazione ai creditori interessati, ad eccezione delle norme riguardanti i crediti da lavoro e la riscossione di crediti previdenziali e fiscali.

3.2 La disciplina dell'amministrazione straordinaria (artt. 80-91)

Il Legislatore (legge fallimentare 1942) non ha previsto la disciplina dell'insolvenza del gruppo di imprese, sebbene questa figura giuridica, pur se limitatamente al profilo della responsabilità, ha trovato regolamentazione nella riforma societaria” (*ex art. 2497 c.c.*⁵⁵).

Le ragioni di tale assenza possono essere rinvenute nella circostanza che all'epoca di entrata in vigore della legge fallimentare, il fenomeno dei gruppi era poco noto ed anche il fenomeno dell'impresa collettiva era trascurato, come desumibile dagli artt. 146-154 della legge dedicata alla disciplina del fallimento di società. Soltanto dopo molti anni – in esito alla rilevante crescita dell'economia italiana - nel 1979 si è avuto il primo intervento legislativo diretto a disciplinare l'insolvenza dei gruppi di imprese. Si fa riferimento *alla Legge n. 95 - 3 aprile 1979 - c.d. “Legge Prodi”*, con la quale è stata introdotta la procedura di amministrazione straordinaria per le grandi imprese in crisi; legge riformata con D. Lgs. n. 270/1999 (*c.d. legge Prodi bis (artt. 80-91)*), e dal successivo D.L. n. 347/2003 (*c.d. Legge Marzano, artt. 1, 3, 4, 4 bis, 5*) e successive modifiche. L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese (D. Lgs. n. 270/1999) ha finalità conservative del patrimonio produttivo, tramite la prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali (D. Lgs. n. 270/1999, *art. 1*). Istituto che non ha subito modificazioni in seguito alla riforma fallimentare del 2019, poiché non faceva parte della legge delega.

Difatti, pur se intento della recente riforma era creare un sistema organico della “crisi di impresa”, alcune materie - e tra esse la figura in esame - sono rimaste fuori dall'ambito del nuovo Codice della crisi, ad eccezione di alcune disposizioni di coordinamento (art. 350 CCII) che vi fanno riferimento.

L'amministrazione straordinaria racchiude delle norme (*art. 80-91*) che danno unitarietà al fenomeno del gruppo ed hanno costituito un termine di riferimento per il nuovo Codice della crisi.

È previsto infatti che se un'impresa dichiarata insolvente viene assoggettata alla procedura in esame alla medesima sono sottoposte le altre imprese facenti parte del gruppo che vertono in condizione di insolvenza (*ex art. 80*).

Si considerano tali, ad esempio, quelle imprese che controllano in maniera diretta o indiretta la società sottoposta alla procedura madre; del pari quelle indirettamente o direttamente controllate dall'impresa sottoposta alla procedura madre, così come le imprese che, a causa della composizione dell'apparato

⁵⁵ LO CASCIO, Lineamenti generali della riforma societaria e fallimentare: luci ed ombre.

amministrativo, risultano sottoposte ad un'attività di indirizzo comune a quella dell'impresa soggetta alla procedura madre.

L'assoggettamento di altre imprese alla procedura di amministrazione straordinaria avviene anche qualora le stesse non abbiano i requisiti specifici necessari purché presentino delle reali prospettive di recupero o nel caso in cui, comunque, risulti opportuna una gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del gruppo⁵⁶(ex art. 81).

Le imprese facenti parte del gruppo in condizione di insolvenza e sottoposte ad amministrazione straordinaria non perdono la loro autonomia patrimoniale ma restano distinte le masse attive e passive delle singole imprese insolventi; pertanto, l'omogeneità della procedura non comporta l'unificazione dei patrimoni. Ed è proprio per tale ragione che “*si procede ad un distinto accertamento*” dello stato di insolvenza delle imprese facenti parte del gruppo.

In sostanza, l'appartenenza ad uno stesso gruppo sostituisce l'assenza dei requisiti dimensionali e di una possibilità di recupero in maniera autonoma dell'equilibrio economico.

Il commissario predispone un programma di ristrutturazione o cessione *ad hoc* per ogni impresa (art. 86, comma 1). La singola impresa insolvente risponde soltanto delle proprie obbligazioni e non anche di quelle assunte dalle altre imprese; da ciò ne consegue la mancanza di responsabilità patrimoniale in capo alla società capogruppo per debiti contratti dalle controllate.

Contrariamente, la capogruppo risponde mediante la reintegrazione del patrimonio per eventuali danni subiti dalle società figlie a seguito della loro sottoposizione alla politica unitaria di gruppo. Da qui l'adozione di un provvedimento che ha esteso i termini per l'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare in relazione agli atti

posti in essere con le altre imprese dell'aggregazione (*cinque anni -in origine di un anno- - precedenti alla dichiarazione dello stato di insolvenza; sei mesi portato a tre anni*).

La disposizione di cui all'art. 2409 c.c. stabilisce che il Curatore, il Commissario straordinario e il Commissario giudiziale possono sporgere denuncia al Tribunale per gravi irregolarità verso gli amministratori delle altre società del gruppo che non sono sottoposte ad amministrazione straordinaria. Nel caso di effettiva sussistenza di irregolarità la persona preposta al controllo che ne ha fatto segnalazione può essere designata amministratore giudiziale della società.

In base al disposto di cui all'art. 90, gli amministratori che abbiano abusato del potere di direzione unitaria rispondono in solido con gli amministratori della società insolvente per i danni che hanno provocato a quest'ultima nello svolgimento della politica di gruppo.

Si rinviene quindi, una responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo e delle società figlie per i danni a queste cagionati determinati dall'attuazione passiva degli ordini impartiti dalla capogruppo.

⁵⁶ CAMPOBASSO, G., 2019. Manuale di diritto commerciale. Milano: Utet Giuridica.

Come in precedenza esposto, inoltre, nell'ipotesi di sussistenza dei requisiti di cui all'art. 2497 c.c., la responsabilità è ascrivibile non solo agli amministratori, ma alla stessa società controllante.

3.3 Differenza dell'amministrazione straordinaria comune con amministrazione straordinaria speciale (c.d. decreto Marzano)

Il verificarsi di eventi negativi, tra i quali, lo squilibrio economico-finanziario di grandi società come la Parmalat, hanno indotto il nostro Legislatore ad operare una serie di interventi mediante attuazione di deroghe alle norme vigenti in materia di amministrazione straordinaria con l'intento di snellire e velocizzare tale procedura, con l'introduzione del D. Legge n. 347/2003, "*c.d. Decreto Marzano*". Gli aspetti non espressamente regolamentati da tale legge trovano disciplina nel D. Lgs. n. 270/1999.

Ulteriori modifiche, in questa complessa materia, sono state apportate dal "*Decreto Alitalia*", emanato in seguito all'insolvenza di tale Azienda; decreto che ha revisionato diversi aspetti dell'istituto in esame ed inserito regole speciali per le società esercenti attività aventi ad oggetto servizi pubblici essenziali.

Per l'accesso della impresa insolvente (*singola o facente parte di un gruppo*) a questa "speciale amministrazione straordinaria", sono richiesti due requisiti ossia: 1) *consistenza numerica di lavoratori*

subordinati, considerati anche quelli in cassa integrazione, non inferiore a cinquecento da almeno un anno;
2) *sussistenza di debiti per un totale non inferiore a trecento milioni di euro.*

Normativa meno restrittiva rispetto alla precedente che prevedeva mille dipendenti e debiti per un miliardo di euro.

Diversamente la disciplina relativa all'amministrazione straordinaria "comune" prevedeva per l'accesso un numero minimo di duecento dipendenti, compresi quelli in cassa integrazione; un ammontare di debiti non inferiore ai due terzi dell'attivo dello stato patrimoniale.

Con il decreto Marzano si apporta, in ordine al primo requisito, una modifica di tipo quantitativo con un aumento del numero minimo di lavoratori subordinati da 200 a 500, e con riferimento al secondo requisito, una modifica di tipo qualitativo con la previsione di un limite minimo stabile dell'esposizione debitoria, che non varia quindi da impresa ad impresa, come nell'amministrazione straordinaria.

La richiesta di ammissione alla procedura deve essere presentata al Ministero dello Sviluppo Economico a cura dell'imprenditore. Viene meno, così, la fase giudiziale preliminare.

L'introduzione del Decreto Alitalia ha determinato l'abolizione del limite di ricorso alla procedura soltanto in caso di programma di ristrutturazione economica e finanziaria (*art. 27, comma 2, lett. b, l. a.s.*), allo stato attuale compatibile per tutti i programmi.

Il Ministro preposto al controllo non effettua alcun accertamento in merito alla reale prospettiva di recupero dell'equilibrio economico dell'impresa, ma si limita alla verifica del rispetto dei requisiti di legge, tra i quali, lo stato di insolvenza dell'impresa o del gruppo di imprese, e ne decreta l'ammissione alla procedura,

designando il commissario straordinario⁵⁷. L'ammissione del debitore alla procedura comporta lo spossessamento dei beni dell'impresa la cui gestione è affidata al Commissario incaricato.

Si producono per il debitore gli stessi effetti di cui alla legge fallimentare ed all'art. 48 della legge sull'amministrazione straordinaria, tra i quali, il divieto posto ai creditori di proseguire o iniziare azioni esecutive nei confronti del soggetto insolvente. Il debitore dovrà provare il deposito del ricorso per l'accertamento dello stato di insolvenza presso il Tribunale del luogo ove l'impresa ha la sua sede principale. L'Autorità Giudiziaria competente provvede con sentenza entro quindici giorni dalla comunicazione del decreto ministeriale di apertura della procedura. Allo stesso tempo il commissario si occupa della gestione della società insolvente e dell'accertamento dello stato di insolvenza.

⁵⁷ Per quanto riguarda, invece, le imprese che operano nel ramo dei servizi pubblici essenziali, è previsto anche l'accertamento dei requisiti da parte del Presidente del Consiglio dei ministri ed il decreto di apertura della procedura può prescrivere, quindi non più solamente autorizzare, l'attuazione di tutti gli atti necessari affinché venga raggiunto l'obiettivo della procedura.

La sentenza di accertamento dello stato di insolvenza contiene la nomina di un Giudice delegato, la data di fissazione dell'adunanza dei creditori e produce i medesimi effetti della legge sull'amministrazione straordinaria.

In tale procedura il commissario ha una rilevanza maggiore rispetto a quella riconosciuta dalla legge sull'amministrazione straordinaria; questi può - previa autorizzazione del Giudice Delegato - onorare i debiti nei confronti dei creditori, anche prima che il programma di ristrutturazione venga autorizzato, in modo tale da proteggere la società da un ulteriore aggravamento della sua condizione di squilibrio (*art. 3, comma 1-bis, d.l. 347/2003*).

Ed ancora, comunicato lo stato di insolvenza, il Ministero preposto può affidare al Commissario nominato il compimento di alcune operazioni (*cessione e/o utilizzo di beni, di rami di aziende o di aziende dell'impresa*), con lo scopo di preservarne il loro valore economico. Ove necessario, poi, al fine di ristrutturare e scongiurare un peggioramento delle condizioni dell'impresa, operazioni di tale natura possono essere effettuate anche prima che avvenga la dichiarazione dello stato di insolvenza (*art. 5, comma 1, d.l. 347/2003*).

Prima dell'approvazione del programma di ristrutturazione dell'azienda, il Commissario può essere autorizzato dal competente Ministero all'espletamento di alcune attività dirette alla tutela delle imprese facenti parte del gruppo.

Ad ogni modo nel caso in cui le operazioni messe in atto dal commissario abbiano ognuno un valore inferiore a duecentocinquantamila euro e non eccedano l'ordinaria amministrazione, non necessitano di autorizzazione (*art. 5, commi 2 e 2-bis, d.l. 347/2003*).

Il commissario redige, pertanto, il programma di ristrutturazione o di cessione entro centottanta giorni dalla sua nomina; un termine maggiore rispetto a quanto previsto dalla legge sull'amministrazione straordinaria

(*sessanta giorni*), attesa la previsione introdotta dal decreto Marzano di assenza dal computo della fase iniziale di osservazione.

Oltre al programma da esibire al Ministro, il commissario è tenuto anche a presentare al Giudice Delegato un prospetto nel quale in dettaglio rappresenta le cause dell'insolvenza, nonché lo stato analitico ed estimativo delle attività e passività (*art. 4, comma 2, d.l. 347/2003*). Prospetto e programma di ristrutturazione vengono pubblicati, in modo tale che possano essere consultati dal debitore, dai creditori e da ogni altro soggetto interessato.

Impedimenti all'attuazione e/o alla adozione del programma comportano da parte del Tribunale, previa consultazione con il Commissario, la pronuncia di conversione della procedura in fallimento.

Tuttavia, anche in caso di mancata autorizzazione del programma di ristrutturazione, il Commissario dispone di ulteriori sessanta giorni per presentare un programma di cessione; nel caso in cui quest'ultimo venga

approvato l'impresa sarà ammessa alla continuazione dell'esercizio dell'attività per un periodo non superiore a due anni dalla data di autorizzazione.

L'accertamento del passivo viene regolato dall'art. 53 della legge sull'amministrazione straordinaria ed è caratterizzato da elevata rapidità. Esso rappresenta la naturale prosecuzione della sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza, all'interno della quale vengono dettate le disposizioni sulle modalità dell'accertamento del passivo.

Qualora dovessero sussistere le condizioni per la presentazione di una domanda di concordato, si può procedere alla sospensione della verifica dello stato del passivo. Più precisamente, il commissario straordinario ha il potere di richiedere al giudice delegato, già nel programma di ristrutturazione, la sospensione delle attività di verifica allorquando vi siano reali prospettive che l'operazione di concordato vada a buon fine (ex. art. 4-*bis* d.l. 347/2003).

Inoltre, contrariamente a quanto affermato dall'art. 53 della legge sull'amministrazione straordinaria, le azioni revocatorie, incluse anche quelle riguardanti il rapporto infragruppo, possono essere iniziate soltanto nel caso in cui la procedura abbia ad oggetto un programma di cessione. Ad ogni modo, ai sensi dell'art. 6 d.l. 347/2003 il Commissario può presentare proposte di azioni revocatorie, anche se la procedura non segue la strada del programma di cessione, purché che apportino beneficio ai creditori.

Con riguardo alla disciplina dei gruppi, le singolarità della procedura sono le seguenti.

Innanzitutto, sono considerate imprese facenti parte di un gruppo anche quelle partecipate, che hanno rapporti contrattuali per la fornitura di servizi essenziali con la società soggetta alla procedura di amministrazione straordinaria.

Ed ancora è prevista la possibilità per il Ministro preposto di disporre l'accesso alla procedura anche per altre imprese facenti parte del gruppo dietro presentazione di un ricorso ai fini della dichiarazione del loro stato di

insolvenza; nonché, ferma restando l'autonomia patrimoniale delle singole masse attive e passive, la possibilità di effettuare una proposta di concordato singola per più società dell'aggregazione soggette alla procedura, da cui deriva la facoltà di adottare diversi trattamenti nei confronti dei creditori a seconda della situazione patrimoniale della singola società oggetto della proposta di concordato.

La disciplina del concordato si manifesta, altresì, singolare nell'amministrazione straordinaria delle grandissime imprese insolventi e presenta diversi tratti rilevanti.

Tra essi la proponibilità del concordato da parte del Commissario; la possibilità che la relativa proposta possa contemplare la suddivisione dei creditori in classi in base alla loro posizione giuridica ed ai loro interessi economici, nonché trattamenti diversi a seconda della classe di appartenenza dei creditori. Ed ancora la possibilità che la soddisfazione dei crediti possa essere effettuata per mezzo di diversi strumenti, quali, ad esempio, la fusione o l'accollo.

Inoltre, come già detto, la presentazione di un'unica proposta di concordato da parte di più società facenti capo al gruppo; il rimpiazzo delle operazioni di accertamento del passivo con una procedura nella quale il giudice delegato ed il commissario formano gli elenchi dei creditori ammessi, di quelli ammessi con riserva e di quelli esclusi dalla procedura.

Gli elenchi così formati vengono depositati presso la cancelleria competente, diventano esecutivi in seguito al decreto del giudice delegato e sono comunicati dal commissario ai creditori tramite raccomandata.

La detta proposta dell'elenco dei creditori necessita di adeguata pubblicità, disposta dal giudice delegato, il quale ne indica le relative forme, ferma restando comunque la necessità di pubblicazione anche in Gazzetta Ufficiale.

I creditori esclusi dalla procedura possono proporre opposizione, quelli ammessi contestare l'ammissione di altri crediti.

Lo stato passivo così accertato conserva la sua efficacia anche nel caso in cui il concordato non venga approvato, contrariamente a quanto disposto dalla l. n. 53 della amministrazione straordinaria.

Contemporaneamente al deposito degli elenchi il Giudice delegato detta le modalità ed i termini della votazione. Il concordato viene approvato se ottiene il voto a favore della maggioranza dei crediti ammessi al voto. Nel caso in cui fossero previste diverse classi di creditori, il concordato si considera approvato se ottiene il voto favorevole della maggior parte dei crediti ammessi a ciascuna classe.

A tal punto il Tribunale approva il concordato senza fare considerazioni in merito alla convenienza dello stesso, ma soltanto in ordine alla sussistenza della maggior parte dei voti favorevoli da parte dei creditori.

In ogni caso, ove siano previste diverse classi di creditori, il tribunale può approvare il concordato pur in presenza di disaccordo di una o più classi ed ove l'autorità giudiziaria verifichi che i creditori dissenzienti possano essere soddisfatti in misura uguale o comunque non inferiore rispetto a quanto avverrebbe con la loro sottoposizione ad un'altra procedura possibile.

Il concordato viene approvato con sentenza che produce i suoi effetti nei confronti di tutti i creditori per titolo, ragione o causa anteriore all'apertura della procedura.

La procedura termina con il passaggio in giudicato della sentenza che accoglie il concordato.

Nel caso in cui questo non dovesse essere approvato, il commissario ha la possibilità di presentare al Ministro entro 60 giorni dalla pubblicazione della sentenza un programma di cessione (art. 27, l.a.s.). qualora questo venga autorizzato la continuazione dell'attività d'impresa non può avere una durata superiore a due anni.

Nell'ipotesi in cui il programma di cessione non venisse presentato o approvato, il Tribunale convertirà la procedura di concordato in fallimento, ad eccezione degli atti effettuati dagli organi della procedura.

Come previsto per l'amministrazione straordinaria.

3.4 Un caso concreto: amministrazione straordinaria del gruppo Cirio

L'azienda Cirio, fondata nel 1875 dall'imprenditore Francesco Cirio, nel tempo ha assunto grande rilevanza nel campo dell'industria conserviera italiana ed internazionale. Dal 1861 furono aperti diversi stabilimenti anche nel Mezzogiorno. Dal 1993 l'azienda venne denominata "Cirio S.p.a.", nell'anno di scissione della SME ("Società Meridionale Finanziaria"), compresa nell'IRI, conseguenza del vasto programma di privatizzazione delle imprese a partecipazione statale iniziato in Italia negli anni '90 e sempre nello stesso anno la società Cirio S.p.a. venne acquisita dal gruppo Cragnotti & partners.

Nel 1994 la Cirio S.p.a., dismette la società olearia "Bertolli", la quale nel 1986, in seguito alla fusione con la "De Rica", era stata accorpata alla Cirio. In seguito, quest'ultima ha acquisito la "ALA s.p.a." e la "Polenghi Lombardo s.p.a."; società entrambe operanti nel settore lattiero-caseario, già appartenenti al gruppo Cragnotti & partners.

Al contempo la Cirio s.p.a. effettua altre acquisizioni ed ottiene il controllo della Torvis e della Centrale del latte di Legnano, con un esborso di circa 30 miliardi di lire.

Negli anni 1995-1996 la Cirio finanziaria, diventata capogruppo, sottoscrive un aumento di capitale di 109 miliardi, di cui una porzione pari a 65 miliardi viene sottoscritta dalla Cirio Holding e dal mercato per la parte restante. Nel 1998, il gruppo acquista il 75% della Centrale del Latte di Roma S.p.a. dal comune di Roma per una somma di 80 miliardi. Il gruppo prosegue con la sua strategia di crescita, raggiungendo la leadership di mercato nella produzione di latte fresco. Nel 1999, da quanto risulta nella relazione dei Commissari giudiziali, il gruppo Cagnotti & partners aveva acquisito diverse società, tra cui la “società Sportiva Lazio”, la “Bombril” e la “Del Monte”⁵⁸.

Le operazioni attuate costarono al Gruppo societario ben 640 milioni di euro, determinando un aumento del debito per una cifra superiore al miliardo di euro, di cui grande parte, circa l’85%, nei confronti delle banche, in gran parte a breve termine.

Tale condizione portò nel 2000 il Gruppo ad avviare un piano di progressiva ristrutturazione dei debiti contratti, avente lo scopo di riequilibrare la struttura delle scadenze, attraverso una sorta di allineamento dei ritorni attesi per gli investimenti con le scadenze del debito.

Fu varato, pertanto, un piano di emissione di prestiti obbligazionari (notes) allo scopo di reperire mezzi finanziari ed effettuare una ristrutturazione dei debiti procrastinandone le relative scadenze ed a sua volta farle coincidere con i ritorni spettanti dagli investimenti.

Tali obbligazioni inizialmente venivano acquistate soltanto da investitori istituzionali, in quanto prive di *rating*, ma in seguito venivano quotate presso la Banca di Lussemburgo, acquistabili da chiunque.

Tra il 2000 ed il 2002 tale emissione obbligazionaria ammontava a ben 1,25 miliardi di euro. Ciò manteneva la situazione debitoria pressoché stabile, tuttavia i debiti verso le banche passarono dagli oltre 870 milioni del 1999 a 335 milioni nel 2002, determinando un contemporaneo aumento del debito verso gli obbligazionisti, fino a circa 850 milioni di euro.

I principali Enti coinvolti nelle emissioni di titoli obbligazionari furono Abaxbank-Credem, Ubm-Unicredit, Banca Akros e Capitalia. Nel 2001, come rappresentato nella relazione dei Commissari, le attività operative del gruppo non riuscivano a generare abbastanza reddito per coprire gli interessi relativi alle obbligazioni emesse, e, proprio per tale ragione si generò ulteriore debito per coprire le spese in conto interessi.

⁵⁸ L’acquisizione Del Monte riguarda le società finanziaria e operative titolari di piantagioni, di impianti di trasformazione del noto marchio Del Monte, all’interno di un’area geografica che coincide con Europa, Sud Africa e Brasile. L’acquisizione di tale società avvenne per il mezzo dell’acquisto di partecipazioni in tre società, ovvero la Del Monte Royal Holdings Ltd, Del Monte Royal Corp LTD e del Monte Royal Foods Ltd, che portarono le partecipazioni del gruppo Cirio al 36% con un esborso di 213 miliardi.

In data 8 novembre 2002 si ebbe la prima insolvenza del bond da 150 milioni, emesso nel 14 marzo 2002, al quale seguirono altri prestiti obbligazionari emessi dalle diverse società facenti capo al gruppo Cragnotti & partners (c.d. cross default).

Nel 2002 la Cirio non era più nella condizione di adempiere alle proprie obbligazioni e venne dichiarato lo stato di crisi dalla Trustee di Londra che si occupava della tutela degli obbligazionisti. Nel luglio 2003 gli Advisor Livolsi e Rothschild cercarono di salvare l'Azienda, oramai in stato di grave insolvenza – tuttavia i tentativi operati non ottennero il consenso da parte dell'Assemblea degli obbligazionisti nel luglio del 2003. Seguirono le dimissioni del presidente Sergio Cragnotti, - il quale continuò, comunque, a prendere parte al consiglio di amministrazione – e venne nominato presidente Gianni Fontana.

Tale circostanza contribuì ad attirare l'attenzione sulle dinamiche finanziarie del Gruppo Cirio, inducendo nel 2003 la Consob a richiedere la pubblicazione delle scritture contabili inerenti all'anno 2002, facendo così diventare di dominio pubblico il palese stato di insolvenza del gruppo ed anche le ingenti perdite da questo sopportate. La Consob impugnò il bilancio del 2001 presso il Tribunale di Roma, contestando le sopravvalutazioni dei crediti presenti nell'attivo della Bombril verso la “Cragnotti & Partners”.

Nel settembre 2002, stante la grave situazione di crisi del Gruppo, si dovette procedere all'applicazione della legge sull'amministrazione straordinaria (Prodi-Bis).

Come anticipato, Nel mese di novembre del 2002 il gruppo Cirio affidò agli *Advisors* Livolsi e Rothschild il compito di affiancare il consiglio di amministrazione per la predisposizione di un progetto di ristrutturazione del Gruppo, ampliato, poi, alla predisposizione di un piano di ristrutturazione del Gruppo incentrato principalmente sul debito finanziario dell'intero Gruppo Cirio.

Scopo del piano di ristrutturazione, da sottoporre all'approvazione dei creditori, specialmente quelli titolari delle notes, era, in sostanza, predisporre un programma che potesse *“assicurare l'ottimizzazione del piano industriale e la continuità aziendale con valide prospettive”*.

Nel maggio 2002 il Consiglio di Amministrazione della Cirio Finanziaria S.p.a. – su parere favorevole della Banca Credit Suisse First Boston - approvò il piano di risanamento, soprattutto con riguardo al trattamento previsto per il soddisfacimento dei creditori. Difatti quest'ultimo prevedeva la trasformazione dei crediti dei

detentori delle *notes* in capitale di rischio, con una conseguente rinuncia da parte dei creditori di gran parte del loro credito, più in dettaglio il 62% per i possessori delle notes e l'83% per le banche aventi rapporti di tipo puramente finanziari. Rinunce che avrebbero portato ad una diminuzione del debito di circa 800 milioni di euro.

Il piano di ristrutturazione del debito, approvato dal Consiglio di Amministrazione di Cirio Finanziaria S.p.a., in data 28 luglio 2003 non ricevette l'approvazione da parte delle Assemblee dei possessori delle notes a Londra; ciò determinò l'impossibilità di prosecuzione dell'attività ordinaria del Gruppo.

Nel 30 luglio 2003 la Cirio Finanziaria fu messa in liquidazione e si deliberò, unitamente alla controllata Cirio Del Monte Italia S.p.a. e alla controllante Cirio Holding S.p.a., la presentazione del ricorso per la verifica dello stato di insolvenza e l'eventuale successiva ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria per le grandi imprese in stato di insolvenza (*D. Lgs. 270/1999*).

In data 1° agosto 2003 veniva depositato presso il Tribunale di Roma dalla Cirio Holding S.p.a. ricorso per la verifica, conseguente dichiarazione dello stato di insolvenza e nomina di un Commissario Giudiziale per la gestione temporanea dell'impresa (*ex art. 3 D.Lgs. 270/1999*): gestione volta all'auspicato riequilibrio della situazione economico-finanziaria dell'impresa mediante l'attuazione di un programma di cessione o di ristrutturazione economico-finanziaria.

In data 7 agosto 2003 il Tribunale di Roma dichiarò *“la Cirio Del Monte S.p.a., Cirio Holding S.p.a., Cirio Finanziaria S.p.a. insolventi ed assoggettabili alla procedura della Amministrazione Straordinaria”*. Il Ministro delle Attività Produttive nominò i tre commissari giudiziari nelle persone del Prof. Avv. Luigi Farenga, del Dott. Mario Resca e del Prof. Avv. Attilio Zimatore, con il compito di redigere una relazione descrittiva delle motivazioni dello stato di insolvenza, della reale situazione economico-finanziaria del Gruppo e delle possibili operazioni per una sua ripresa.

La previsione di un piano di continuità aziendale soprattutto nel campo agro-alimentare, a parere dei commissari incaricati, avrebbe potuto risanare l'Azienda, con la gestione della stessa in capo agli organi delle varie società del Gruppo.

In un'ottica di gruppo, pur in assenza del requisito previsto dall'art. 2 del D. lgs. 270/1999 per le società Cirio Holding S.p.a. e Cirio Finanziaria S.p.a., la competente Autorità adita ritenne possibile anche per queste l'applicazione della procedura di amministrazione straordinaria, atteso che, comunque, la Cirio Del Monte spa, società operativa del gruppo, presentava il richiesto requisito di legge.

Nel 2003 il Ministro Attività Produttive, Antonio Marzano, autorizzò l'ammissione del Gruppo Cirio alla procedura di amministrazione straordinaria.

Successivamente anche la Cirio del Monte NV presentò ricorso per l'ammissione alla procedura, adducendo a fondamento della propria insolvenza la grave crisi nel settore agro-alimentare. L'esposizione debitoria in capo alla stessa, garante delle altre società facenti parte del Gruppo, derivava dai prestiti obbligazionari emessi da queste ultime. La revoca di tutti i prestiti che erano stati precedentemente concessi dagli istituti bancari; l'impossibilità di ricevere prestiti dalle banche ed il rifiuto da parte dell'Assemblea degli obbligazionisti di convertire le obbligazioni in azioni portarono inesorabilmente ad una situazione di crisi irreversibile.

Nel rispetto della ratio della normativa prevista in materia, con il precipuo obiettivo di un risanamento comune a tutte le società facenti parte del Gruppo, il Tribunale di Roma, in accoglimento del ricorso presentato dalla Cirio del Monte NV, *senza ulteriormente indugiare*, attuò una procedura unitaria di amministrazione straordinaria per tutte le società coinvolte, con la nomina di tre coadiutori per la predisposizione dell'elenco dei creditori (*art. 28, comma 2 D. lgs. n. 270/1999*) e di un professionista per stilare un'elencazione del contenzioso.

Questa situazione di insolvenza fu attenzionata dalla stessa Procura che, in seguito a complesse indagini, giunse a contestare in capo al Gruppo societario una serie di reati - (*bancarotta distrattiva, bancarotta preferenziale e truffa*) - posti in essere con ripetute azioni causative di una grave diminuzione di liquidità a disposizione delle banche ed al contempo un aumento esorbitante del debito nei confronti delle stesse e degli obbligazionisti.

Nel novembre 2003 fu nominato un Comitato di sorveglianza, presieduto da Corrado Calabrò, per procedere ad un'analisi delle c.d. "*obbligazioni spazzatura*", sottoscritte da migliaia di risparmiatori, pur se ad alto rischio; in seguito, fu istituita una s.r.l. con il compito di risarcire gli obbligazionisti, mediante pagamenti effettuati dalle banche nei confronti di tale società.

Dalle indagini svolte emerse che la Banca di Roma, in danno ai creditori sociali, e, così in violazione del principio di "*par condicio creditorum*", riuscì a recuperare parte del proprio credito attraverso titoli ed obbligazioni. Si configurò, pertanto, l'ipotesi del reato di bancarotta preferenziale con l'avvio di indagini, tra

gli altri, nei confronti di Sergio Cragnotti e del presidente della Banca Capitalia, Cesare Geronzi; entrambi condannati nell'aprile 2015 con sentenza di secondo grado.

La Corte d'appello confermò la decisione resa in primo grado dal Tribunale, ritenendo Sergio Cragnotti l'effettivo motore di tutte quante le società, anche attraverso titolari apparenti, responsabile di alterazione dei bilanci e, così, del conseguente stato di dissesto ed insolvenza delle società. La Cassazione ha disposto la condanna definitiva di anni quattro di reclusione per Cesare Geronzi e l'avvio di un nuovo procedimento a carico di Sergio Cragnotti per la vicenda Bombril⁵⁹.

⁵⁹ La vicenda Bombril riguarda l'acquisto di un'azienda brasiliana da parte della Cirio nel 1999 per ben 2000 milioni di dollari, che ha ovviamente portato un grave aumento dell'indebitamento.

Nel mese di giugno 2005 si dà attuazione al primo piano di riparto parziale per il pagamento dei creditori di Cirio Del Monte Italia S.p.a., con il rimborso al 100% dei creditori privilegiati e del 6,2 per cento del valore dei rispettivi crediti per quelli chirografari (fornitori, banche ed obbligazionisti), a cui segue il deposito di un secondo piano di riparto parziale per i creditori della Cirio Del Monte NV e di un terzo piano riguardante le finanziarie lussemburghesi, Cirio Finance Lux del Monte finance Lux e Cirio Holding Lux.

In ordine al profilo procedurale in base al disposto di cui al D. Lgs. 270/1999 (Capo V, art. 54, comma 1):” *Entro i sessanta giorni successivi al decreto di apertura della procedura il commissario deve presentare un Programma, che deve essere redatto “secondo uno degli indirizzi alternativi indicati nell’articolo 27, comma 2”, “sotto la vigilanza del Ministero dell’Industria ed in conformità degli indirizzi di politica industriale dal medesimo adottati”*. Obiettivi dei Commissari straordinari nominati furono quello di riportare l'azienda in equilibrio economico-finanziario, nonché di mantenere l'occupazione e di dare il massimo di soddisfazione possibile ai creditori.

Per raggiungere gli scopi prefissati i Commissari ritennero non percorribile un programma di ristrutturazione, ma l’adozione di un programma di cessione dei complessi aziendali.

La scelta - condivisa dal Tribunale di Roma - fu dettata in esito ad un’attenta analisi delle informazioni acquisite al fine di rinvenire le ragioni dello stato di insolvenza e le effettive possibilità di recupero dell’equilibrio economico delle attività imprenditoriali esercitate dalle società insolventi.

A rafforzare ulteriormente la scelta adottata fu l’elevato indebitamento finanziario in capo alle società coinvolte, a causa del quale non risultava possibile realizzare un programma di ristrutturazione che *“prelude al recupero, da parte dell’impresa, della capacità di soddisfare regolarmente anche le obbligazioni pregresse e, dunque, al suo ritorno in bonis⁶⁰”*. Scelta, peraltro, avvalorata dal coinvolgimento di quattro società di cui soltanto una con le caratteristiche industriali e occupazionali di cui al d. lg. 270/1999 (Cirio Del Monte Italia

S.p.a.), essendo le altre costituite da holding di partecipazione e controllo, ma comunque appartenenti ad un unico “gruppo industriale societario”.

Proseguendo nell’analisi procedurale la fase finale del piano di riparto prevede la dismissione dei complessi aziendali. A tal proposito viene effettuata una distinzione tra le attività funzionali costituite dalle attività nel settore agro-alimentare, core-business del gruppo ed i beni non funzionali tra cui tutte le attività delle società insolventi non strettamente funzionali all’attività imprenditoriale.

Con attività imprenditoriale si intende quel complesso di beni tangibili ed intangibili facenti parte dell’azienda, che costituiscono il “patrimonio produttivo”; attività da salvaguardare attraverso il mantenimento dell’unità

⁶⁰ Relazione dei commissari giudiziali pag. 226

operativa, entro un tempo massimo di 12 mesi, definito dal D. lgs. come limite massimo per effettuare il programma di cessione intrapreso.

Nel caso del Gruppo Cirio le attività sono state identificate all'interno di specifici "perimetri aziendali", formate da diverse imprese e attività che presentano una certa coerenza, importanti per il raggiungimento di "concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico".

Individuate le attività imprenditoriali da dismettere, all'interno del programma, devono trovarsi indicazioni anche in merito alla liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa. Questi ultimi, considerando le peculiarità delle imprese insolventi e che alcune di esse sono holding di partecipazioni, sono stati identificati in partecipazioni di controllo in aziende appartenenti al settore agro-alimentare ma non strettamente funzionali al core business di Cirio; in partecipazioni di controllo o minoritarie in società che hanno le loro attività in settori non core per il Gruppo; ed in altri beni (*immobili non industriali, autovetture, beni artistici e così via*).

La loro diversità comporta che i mezzi e la tempistica per la vendita siano molto diversi gli uni dagli altri. Infatti, questi beni possono essere dismessi in tempi brevi ed in maniera atomistica, oppure in tempi più lunghi rispetto a quelli previsti per le attività core o in maniera più veloce rispetto a quando accade per i programmi di vendita core.

Per quanto riguarda la soddisfazione dei creditori, l'art. 56 del D. lgs. 56, comma 2 statuisce che *se è adottato l'indirizzo della cessione dei complessi aziendali, il programma deve altresì indicare ... le previsioni in ordine alla soddisfazione dei creditori*". Tali previsioni possono semplicemente prevedere il pagamento percentuale dei debiti in favore dei creditori chirografari e di quelli privilegiati.

Le caratteristiche del Gruppo Cirio rendono molto complicato procedere ad una stima dei debiti, a causa della stessa struttura del Gruppo e di quelle che contraddistinguono le singole società. I creditori coinvolti nella ripartizione delle somme ottenute dalle cessioni saranno differenti in base al "livello" al quale si colloca la società dismessa.

A titolo esemplificativo, ove si proceda alla dismissione tramite cessione dei pacchetti azionari delle subholding principali, tutti i creditori di tali società avrebbero la stessa posizione anche nei confronti dei nuovi acquirenti. Ove, diversamente, venissero dismessi livelli più bassi della catena di controllo, come i rami aziendali, l'impatto sui creditori sarebbe diverso.

La difficoltà riscontrata nella valutazione estimativa per il soddisfacimento dei creditori era anche alimentata dalle garanzie infragruppo, con cui alcune società dell'aggregazione effettuavano fidejussioni ed altre garanzie reali per garantire altre società dell'aggregazione.

Infatti, la gestione finanziaria del Gruppo Cirio Del Monte era improntata a massima integrazione e l'approvvigionamento finanziario era effettuato dalle società del gruppo che di volta in volta presentavano più possibilità di attuarlo.

La conseguenza legata alle garanzie infragruppo, è che, poiché quest'ultime venivano prestate ad altre società del gruppo, alcune volte anch'esse insolventi, la soddisfazione dei crediti diretti e di regresso subiva gravi ritardi o non veniva effettuata, causando un impatto negativo progressivo su tutte le altre società dell'aggregazione.

I commissari straordinari riuscirono, con arduo lavoro, a risanare le società appartenenti al Gruppo Cirio ed a venderle agli investitori che avevano dimostrato il loro interesse, cercando di non causare danni alla competitività di tali imprese. Ed ancora altro merito fu quello di mantenere le società all'interno del mercato, *(i marchi De Rica e Cirio nel 2004 divennero proprietà di "Conserve Italia", un consorzio italiano, che ha assunto anche un importante ruolo tra i gruppi conservieri in Europa).*

CONCLUSIONE

Il grande ampliamento del mercato e la conseguente esigenza delle società di agire in più aree geografiche ed in diversi settori, a seconda delle esigenze del pubblico e del mercato stesso, ha favorito lo sviluppo del fenomeno dei gruppi.

Il sempre più frequente esercizio di attività economiche effettuato sotto la struttura di gruppo è indice della grande rilevanza da questo assunto.

Basti pensare che lo stato di insolvenza di una sola società all'interno dell'aggregazione può provocare la crisi di tutte le altre, la perdita di moltissimi posti di lavoro ed anche il peggioramento dell'andamento di un intero settore.

Proprio la grande importanza assunta a livello sistemico da tale fenomeno, vista anche con riferimento all'amministrazione straordinaria del gruppo Cirio, è stata la motivazione della sua trattazione all'interno dell'elaborato.

Il tema centrale di tale fenomeno si risolve nella rubrica del Codice civile intitolata la "responsabilità", ed è interessante sul punto come a causa dell'impossibilità di condurre sotto ad una singola fattispecie un fenomeno così esteso, si è tenuto conto dell'aspetto di "protezione" dai possibili effetti patologici del fenomeno nei confronti di tutti quei soggetti che potessero venire a contatto con la controllante o essere sottoposti alla sua attività di direzione e coordinamento.

La materia oggetto del presente studio è soggetta a mutamenti incessanti in quanto deve adattarsi alle esigenze dell'intero mercato in continuo sviluppo; quest'ultimo ravvisabile nell'introduzione di diverse innovazioni riguardanti il fenomeno dell'aggregazione di società, nonché nel recepimento della direttiva europea *Insolvency*, emanata in seguito al difficile periodo vissuto a livello globale a causa della pandemia da Covid-19. Nel nostro Paese, come già esposto nella fase introduttiva, la citata direttiva è stata recepita con D. Lgs. n. 83 del 2022 - in vigore da luglio 2022 -, il cui art. 25 fa riferimento alla "*conduzione trattative in caso di gruppo di imprese*", con la quale si introduce una vera e propria disciplina applicabile in caso di insolvenza di un gruppo e ciò sta a testimoniare la sempre maggiore rilevanza che il fenomeno dei gruppi di società sta assumendo nel corso del tempo.

BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA

ABBADESSA, P., La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione, in Banca, borsa, tit. cred., 2008 I, 279.

ALBERTI MAFFEI, A. 2005. *Il nuovo diritto delle società*. CEDAM Editore.

- ANGELICI, C., 1982. *Profili transnazionali della responsabilità degli amministratori nella crisi dei gruppi di società*. Riv. dir. civ.
- B., SLONGO, 1980. *Der Begriff der einheitlichen Leitung als Bestandteil des Konzernbegriffs: betriebswirtschaftliche Analyse und Folgerungen für einen Konzernbegriff de lege ferenda*. Zurigo: Schulthess Editore; Koppensteiner nel Kölner Kommentar zum Aktiengesetz.
- BLUMERG, PH., 1985. *The Law of Corporate Groups*. Boston-Toronto: Bankruptcy Law.
- BORSA ITALIANA, 2003. *Cirio Finanziaria S.p.A., comunicato stampa*. Disponibile su: <https://www.borsaitaliana.it/borsa/notizie/price-sensitive/download/166.html>
- BORSA ITALIANA, 2022. *Glossario finanziario-Patto di sindacato*. Disponibile su: <https://www.borsaitaliana.it/borsa/glossario/patto-di-sindacato.html#:~:text=Glossario%20finanziario%20%2D%20Patto%20di%20Sindacato&text=Accordo%20tra%20tutti%20o%20alcuni,determinati%20aspetti%20della%20vita%20sociale>.
- CAMPOBASSO, G., 2019. *Manuale di diritto commerciale*. Milano: Utet Giuridica.
- DACCÒ, A., CIAN, M., 2014. *Manuale di diritto commerciale*. Torino: Giappichelli Editore.
- DI MAJO, A. 2012. *I gruppi di società. Responsabilità e profili concorsuali*. Milano: Giuffrè Editore.
- FERRI G., *Concetto di controllo e di gruppo*, in Scritti giuridici, III edizione, tomo 2, Napoli, 1990.
- FONTANELLA R., DI SOMMA M., CESAR M., RUTA F., 2021. *Il marchio Cirio*. Museo del marchio italiano. Disponibile su: <https://www.museodelmarchioitaliano.it/marchi/cirio.php>
- FRÈ, G., 1972. *Società per azioni*. Bologna: Zanichelli Editore.
- GALGANO F., *Direzione e coordinamento di società* in Commentario Scialoja e Branca, Libro V Hoepli 2005.
- GIOVANNINI S., *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, 2007, editore: Giuffrè.

GRUPPO CIRIO DEL MONTE IN AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA, 2022. *Informazioni sulla procedura*. Disponibile su: <https://www.cirio-as.it/documenti-della-procedura/>

GUIZZI, G., *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio del nuovo diritto dei gruppi*, in Riv. Dir. comm., 2003.

IL SOLE 24 ORE, 2017. *Crack Cirio, quattro anni a Geronzi. Nuovo processo per Cagnotti*. Disponibile su: <https://www.ilsole24ore.com/art/crack-cirio-quattro-anni-geronzi-nuovo-processo-cagnotti-AE9nYLgC>

ISTAT. *In crescita il valore aggiunto delle imprese industriali e dei servizi*. Statistiche Report. Disponibile su: https://www.istat.it/it/files//2021/11/Report-Conti-economici-impres-e-gruppi_2019.pdf

JORIO A., *Profili di responsabilità della società capogruppo in Il nuovo diritto societario* (a cura di S. Ambrosini) Torino 2005.

LA REPUBBLICA, 2005. *Cirio, 8 anni e 8 mesi a Cagnotti, 4 anni per Geronzi*. Disponibile su: https://finanza.repubblica.it/News/2015/04/11/cirio_8_anni_e_8_mesi_a_cagnotti_4_anni_per_geronzi-111603377_RPB/

LA REPUBBLICA.IT, 2003. *Bocciato il piano Ronchi, la Cirio in liquidazione*. Disponibile su: <https://www.repubblica.it/2003/g/sezioni/economia/cirio/straordinaria/straordinaria.html>

LA REPUBBLICA.IT, 2003. *Cirio, le tappe dell'inchiesta*. Disponibile su: <https://www.repubblica.it/2003/g/sezioni/economia/cirio/vicenda/vicenda.html>

LO CASCIO, *Lineamenti generali della riforma societaria e fallimentare: luci ed ombre*.

MONTALENTI PAOLO, *I gruppi di società* in ABRIANI, AMBROSINI, CAGNASSO, MONTALENTI, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, Padova 2010.

MONTALENTI, P., *I gruppi di società: dottrina, giurisprudenza e prassi*. Disponibile su: <http://www.dirittoeconomiaimpresa.it/gruppi-societa-dottrina-giurisprudenza-e-prassi#3>

NORELLI E., 2007. *La condizione giuridica del fallito nella giurisprudenza costituzionale*, monografia dei "Quaderni del Servizio studi della Corte costituzionale", n. 197, Roma. Disponibile su:

https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU197_Condizione_giuridica_del_fallito.pdf

PASTERIS. C., 1957. *Il “controllo” nelle società collegate e le partecipazioni reciproche*. Milano: Giuffrè Editore.

PRESTI, G. ROSCIGNO, M., 2021. *Corso di diritto commerciale*. Torino: Zanichelli editore.

QUATTROCCHIO L., B. M. OMEGNA, 2017. *L'insolvenza transfrontaliera*. Diritto ed economia dell'impresa. disponibile su: <https://www.dirittoeconomiaimpresa.it/insolvenza-transfrontaliera#3>

SCOGNAMIGLIO G., *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, Giappichelli, 1996.

SCOGNAMIGLIO G., *Commentario del C.C. diretto da F. Gabrielli, artt. 2452 – 2510*, Torino UTET 2014.

SCOGNAMIGLIO G., *Danno sociale e responsabilità individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento* in *Il nuovo diritto delle società Libera amicorum G.F: Campobasso*, vol. III, To Utet 2007.

SCOGNAMIGLIO, G., 1996. *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*. Torino: Giappichelli Editore.

TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, Editore: Giuffrè 2010.

VALZER, A. 2011. *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*. Torino: Giappichelli Editore.