UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
Facoltà di Giurisprudenza
Corso di Laurea Magistrale a ciclo unico in Giurisprudenza

LA CRISI DEI GRUPPI DI SOCIETÀ

Relatore:
Prof. Angelo CASTAGNOLA
Correlatore:
Dott. Alessio DI GIROLAMO

Candidato:
Lorenzo FOOT
Matricola n. 810031

Anno Accademico 2016-2017

Indice

INTRODUZIONE **5**

CAPITOLO I
LA CRISI DEL GRUPPO DI IMPRESE: PROBLEMATICHE E MODELLI DI COORDINAMENTO

1. IL GRUPPO DI SOCIETÀ: PROBLEMI GENERALI **12**
2. LA DIFFUSIONE DEL FENOMENO IN ITALIA **15**
3. IL GRUPPO DI SOCIETÀ INSOLVENTE IN ITALIA: I POTERI/DOVERI DELLA CAPOGRUPPO **18**
3.1 LA RESPONSABILITÀ DELLA CAPOGRUPPO *EX* ART. 2497, CO. 4, C.C. 19
3.2 IL COINVOLGIMENTO DEL GRUPPO NELLA COMPOSIZIONE DELLA CRISI DI UNA SOCIETÀ AD ESSO APPARTENENTE 23
4. L'OPPORTUNITÀ DI UNA DISCIPLINA UNITARIA DELLA CRISI DI GRUPPO **29**
5. I MODELLI DI COORDINAMENTO **35**
5.1 IL SISTEMA STATUNITENSE: IL CONSOLIDAMENTO DEI PATRIMONI 36
5.2 IL COORDINAMENTO PROCEDURALE 44
5.2.1 La redazione di un piano di liquidazione o ristrutturazione unitario per tutte le società insolventi del gruppo *45*
5.2.2 Il consolidamento procedurale e gli altri interventi sugli organi di procedura *47*
5.2.3 La diffusione-estensione della medesima procedura gravante su una società alle altre imprese del gruppo *51*
5.2.4 L'intervento sul regime di responsabilità della capogruppo e dei suoi amministratori sulla controllante *52*
5.3 GLI STRUMENTI DI RIEQUILIBRIO PATRIMONIALE 53

CAPITOLO II
L'INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

1. PROBLEMATICHE GENERALI **56**
1.1 IL RICONOSCIMENTO DELLE SENTENZE E DELLE PROCEDURE CONCORSUALI STRANIERE 57
1.2 L'INDIVIDUAZIONE DI CRITERI DI RIPARTO DELLA GIURISDIZIONE 58
1.3 I MECCANISMI DI COOPERAZIONE GIUDIZIARIA INTERNAZIONALE 60
1.4 LE FONTI INTERNAZIONALI DI RIFERIMENTO 61
2. LA *MODEL LAW ON CROSS-BORDER INSOLVENCY* DELL'UNCITRAL **62**
3. LA LEGISLATIVE GUIDE ON INSOLVENCY LAW E IL REGOLAMENTO N. 848/2015: CORNICE GENERALE E INTENTI. **67**
3.1 LE FINALITÀ DELLA LEGISLATIVE GUIDE ON INSOLVENCY LAW DELL'UNCITRAL 67
3.2 LE FINALITÀ DEL REGOLAMENTO N. 848/2015/2015 71
4. IL CENTRE OF MAIN INTERESTS DEL DEBITORE **73**
4.1 IL COMI E I GRUPPI DI SOCIETÀ 74
4.2 LA NOZIONE DI COMI NELLA MODEL LAW E NEL REGOLAMENTO N. 848/2015 76
4.3 LA NOZIONE DI COMI PER LA GIURISPRUDENZA 81
4.3.1 L'anglo-saxon approach e la rigidità del caso Eurofood *81*
4.3.2 Il sostanziale superamento della sentenza Eurofood ad opera delle corti di merito *84*
4.3.3 Il superamento di Eurofood da parte della Corte di Giustizia *87*

4.4 CONSEGUENZE DELLA LOCALIZZAZIONE DEL COMI DEL DEBITORE 89
5. LA PARTE III DELLA GUIDA LEGISLATIVA: LA DISCIPLINA DEI GRUPPI. 97
5.1 LA BOZZA IN DISCUSSIONE PRESSO IL *WORKING GROUP* V DELL'UNCITRAL 101
6. IL CAPO V DEL REGOLAMENTO N. 848/2015/2015 104
6.1 LE INNOVAZIONI APPORTATE DAL REGOLAMENTO N. 848/2015 RISPETTO ALLA PREVIGENTE DISCIPLINA 104
6.2 GLI ARTT. 55-77 DEL REGOLAMENTO N. 850/2015: LA DISCIPLINA DEI GRUPPI 105
6.2.1 Capo V, Sezione I: la cooperazione e comunicazione fra organi di procedura e giudiziari 107
6.2.2 Capo V, Sezione II: la procedura di coordinamento 109

CAPITOLO III
LA CRISI DEI GRUPPI DI SOCIETÀ NEL DIRITTO ITALIANO

1. IL GRUPPO DI SOCIETÀ E LE PROCEDURE CONCORSUALI 114
2. LA SUPERSOCIETÀ DI FATTO 122
2.1 LA PARTECIPAZIONE DI UNA SOCIETÀ DI CAPITALI IN UNA SOCIETÀ DI PERSONE IN VESTE DI SOCIO ILLIMITATAMENTE RESPONSABILE 123
2.2 IL FALLIMENTO PER ESTENSIONE 128
3. LA RILEVANZA DEL GRUPPO AL DI FUORI DEL FALLIMENTO: L'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA (C.D. "LEGGE PRODI BIS" E C.D. "LEGGE MARZANO"); LA LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA; LA CRISI DEL GRUPPO BANCARIO 132
3.1 L'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA DELLE GRANDI IMPRESE IN STATO DI CRISI: LA DISCIPLINA DEL GRUPPO DI IMPRESE 134
3.1.1 Il Capo I, Titolo IV: la procedura di estensione 135
3.1.2 Il Capo II, Titolo IV: la responsabilità e le azioni revocatorie 140
3.1.3 Segue. La denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c. 141
3.1.4 Segue. La responsabilità nei casi di direzione unitaria 141
3.1.5 Segue. Le c.d. azioni revocatorie aggravate 144
3.2 LA SPECIALE DISCIPLINA DEL C.D. "DECRETO MARZANO" 146
3.3 LA LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA DELLE SOCIETÀ FIDUCIARIE E DI REVISIONE 150
3.4 LA CRISI PATRIMONIALE DEL GRUPPO BANCARIO (CENNI) 154
4. IL CONCORDATO PREVENTIVO DI GRUPPO 159
4.1 IL CONCORDATO PREVENTIVO DI GRUPPO NELLA GIURISPRUDENZA DI MERITO 161
4.2 IL CONCORDATO PREVENTIVO DI GRUPPO: LO "STATO DELL'ARTE" 166
4.2.1 La sentenza 20559/2015 della Cassazione 166
4.2.2 La riforma Rordorf sul concordato preventivo di gruppo 172
4.2.3 Conclusioni sul concordato preventivo di gruppo 173
4.3 IL CONCORDATO PREVENTIVO DI GRUPPO E LE "OPERAZIONI STRAORDINARIE" 174
4.3.1 La fusione e scissione come strumenti di riorganizzazione del gruppo in crisi 175
4.3.2 Il modello della costituzione di una newco in forma di s.n.c. e l'aumento di capitale 180
4.4 IL GRUPPO COME FORMA ORGANIZZATIVA IN GRADO DI RISPONDERE AD ALCUNE ESIGENZE PARTICOLARI IN STATO DI CRISI 181
5. IL DISEGNO DI LEGGE DELEGA IN ESAME IN PARLAMENTO REDATTO DALLA C.D. COMMISSIONE RORDORF 182

CONCLUSIONI 187

BIBLIOGRAFIA 191

Introduzione

Il fenomeno dei gruppi di società, per estensione e complessità, è uno snodo fondamentale del diritto societario.

Nonostante la sua ampia diffusione in Italia, una rinnovata legislazione in materia sul piano civilistico non ha ancora trovato il suo corrispondente in ambito concorsuale. La legge fallimentare, infatti, si disinteressa del gruppo di imprese e si occupa in modo scarno delle società in genere; il nucleo centrale attorno cui focalizza la sua attenzione è ancora oggi l'imprenditore individuale ed all'impresa collettiva sono dedicati pochi e scarni articoli (da 146 a 154 l.f.). Come messo in risalto da autorevole dottrina, "*la vigente disciplina normativa delle crisi (patrimoniali) di impresa e degli strumenti per la loro composizione o soluzione è tuttora* [nonostante le riforme della legge fallimentare del primo decennio del 2000] *imperniata sulla idea di fondo della pressoché integrale assimilazione (o assimilabilità) delle imprese collettive, e specificamente delle società, alle imprese individuali*"[1].

Con ciò non si vuol dire che l'ordinamento italiano sia del tutto scevro da tentativi di coordinamento della crisi di gruppo: in questo elaborato si analizzeranno le norme che se ne occupano, tanto a livello interno quanto sul piano internazionale. Ciò che si intende sin da ora mettere in luce è, tuttavia, come vi sia l'opportunità di definire una legislazione più confacente alle esigenze della prassi che tenga conto della realtà del gruppo nel momento in cui una o più delle società di cui si compone entri in crisi. Le soluzioni, estremamente diversificate, proposte dalla giurisprudenza di merito[2] che, volente o nolente, si è trovata ad affrontare tale realtà sono un esempio paradigmatico di tale necessità.

---

[1] NIGRO A., VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, il Mulino, 2009, pp. 303-304.

[2] Si pensi ad esempio al campo del concordato preventivo di gruppo; in tema cfr. DI MAJO A., *I gruppi di società. Responsabilità e profili concorsuali*, in G. Lo Cascio (a cura di), *Il nuovo Diritto Societario*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 70-78. L'Autore riporta gli orientamenti, differenti fra loro, delle corti di merito; da ultimo è intervenuta la Suprema Corte (sentenza 20559/2015, in *Leggi d'Italia*), con principi stringenti e criticati dalla dottrina, dallo stesso di Majo ad esempio: DI MAJO A., *Il fenomeno del concordato c.d. di gruppo e il diniego espresso dalla Corte di cassazione*, ne *ildirittodegliaffari.it*, 29 marzo 2016.

Nel primo capitolo si affronteranno, innanzitutto, le problematiche generali generate dall'organizzazione in forma di gruppo, considerandone anche l'alto grado di diffusione, così come descritto da recenti indagini statistiche condotte nel nostro Paese.
La nozione di controllo, o di direzione e coordinamento, è l'epicentro della disciplina positiva del gruppo di imprese, e rimane tematica assolutamente centrale anche sul piano della crisi. La capogruppo, infatti, è titolare di ampi poteri di gestione sulle sue controllate nel perseguimento dell'interesse comune; la riforma societaria del 2003, con la codificazione della teoria dei vantaggi compensativi, ha ampliato la sua discrezionalità, parallelamente sottoposta, tuttavia, al rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale nell'ambito dell'attività di direzione e coordinamento (così come disposto dall'art. 2497 c.c.).
Questa ricostruzione normativa si riflette anche sul piano della crisi del gruppo, in prima battuta sotto forma di oneri gravanti sulla *holding*, che scaturiscono dal dovere di individuare prontamente la crisi, e sfociano nel dovere di dotarsi di un assetto organizzativo-informativo a ciò preposto.
Individuata la crisi, le direttive della capogruppo possono innanzitutto mirare al risanamento del dissesto di una controllata (o del proprio stesso dissesto, disponendo, ad esempio, finanziamenti *upstream*); tale possibilità trova un limite nella necessità di evitare che la crisi si propaghi all'interno del gruppo medesimo.
Si intende, in particolare, indagare quale sia il punto di equilibrio fra queste opposte esigenze, delineando i confini entro cui una legittima attività di direzione e coordinamento debba collocarsi nel momento in cui sopraggiunga il dissesto di alcune, o di tutte, le componenti del gruppo.
Successivamente saranno sintetizzati i possibili "modelli di coordinamento", ossia quegli strumenti di composizione delle crisi che negli anni sono stati tradotti in legislazioni, individuati più o meno creativamente dalla giurisprudenza, emersi dall'autonomia privata, o suggeriti e sviluppati dalla dottrina.

Il secondo capitolo sarà dedicato all'insolvenza transfrontaliera del gruppo multinazionale e alle fonti di diritto internazionale che se ne occupano, posto che è ormai regola, e non eccezione, che le realtà imprenditoriali che operano su un piano pluriordinamentale si organizzino in forma di gruppo.

La profonda influenza del diritto comunitario e internazionale su quello interno, nonché le sollecitazioni della comunità internazionale, rendono questa trattazione prodromica a quella relativa più specificamente al diritto italiano.

In tema, il perno della questione è rappresentato dall'insolvenza transfrontaliera, ossia da quella crisi che coinvolge una o più società operanti in diversi Paesi, ma facenti capo a una medesima *holding*. Le tematiche generate da queste realtà complesse sono differenti ma al contempo strettamente interconnesse a quelle di diritto meramente interno.

Si pensi, ad esempio, alla questione dell'individuazione dell'organo giudiziario competente, che si traduce, in prospettiva internazionale, in un problema di giurisdizione, mentre in un riparto di competenza territoriale, se in prospettiva interna; in entrambi i casi, l'obiettivo di una legislazione razionale è l'individuazione di un sistema di coordinamento fra i più organi giudiziari coinvolti, o finanche la scelta di un unico "competente" fra molti, che dall'unità economica preesistente all'interno del gruppo veicoli verso un riconoscimento anche giuridico di tale unità.

In questa cornice si approfondiranno le tre fonti normative internazionali di riferimento: la *Model law on cross-border insolvency* e la Parte terza della *Legislative guide on insolvency law*, entrambe promulgate dalla Commissione permanente delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (o Uncitral), e il Regolamento dell'Unione Europea n. 848/2015.

Innanzitutto, la *Model law* e la disciplina dell'Unione Europea[3] si intrecciano relativamente alla nozione del c.d. *centre of main interests* (o COMI) del debitore, concetto giuridico originariamente pensato per ripartire la giurisdizione del debitore unico la cui organizzazione interna si articoli su un piano pluriordinamentale, ma, sin da subito, applicato dalla giurisprudenza anche nell'ambito dei gruppi di società. Rispetto a tale profilo, si darà conto della giurisprudenza, interna e comunitaria, che ha affrontato a più riprese la questione dell'utilizzabilità del concetto di COMI in relazione al

[3] La disciplina del COMI del debitore è stata introdotta nel diritto comunitario dal Regolamento n. 1346/2000, di cui il Regolamento n. 848/2015, entrato in vigore il 26 giugno 2017, è rifusione; rispetto a tale disciplina il nuovo Regolamento è meramente riproduttivo, salvo alcune specificazioni di nuova introduzione che saranno analizzate nell'elaborato.

gruppo multinazionale, che ora si può affermare pacifica: la tesi è stata, infatti, da ultimo recepita dal legislatore comunitario[4].

Il Regolamento n. 848/2015 ha introdotto *ex novo* una specifica disciplina in materia di gruppi di società, contenuta nel suo Capo V (artt. 56-77); essa ha istituito una serie di meccanismi di comunicazione e collaborazione fra gli organi delle procedure concorsuali aperte nei confronti delle imprese del gruppo. Tra le fonti ispiratrici di tali nuovi strumenti vi è senz'altro la *Legislative Guide on insolvency law*, elaborata dal *Working group* V dell'Uncitral nel 2010, nella sua Parte Terza (*Treatment of enterprise groups in insolvency*), contenente raccomandazioni, dirette ai legislatori nazionali, specificamente dedicate alla crisi dei gruppi di società.

Il *Working group V* dell'Uncitral sta attualmente proseguendo il suo lavoro di armonizzazione della disciplina internazionale dell'insolvenza con la messa a punto di un testo legislativo riguardante l'insolvenza transfrontaliera dei gruppi di imprese. Il corpo normativo risultante, al momento ancora in fase embrionale, ha l'intento di tradurre in disposizioni precettive le raccomandazioni della Parte terza della Guida legislativa, procedimentalizzando la crisi del gruppo multinazionale, anche relativamente alle questioni di giurisdizione.

Per quanto riguarda, più specificamente, il diritto interno, non è possibile, in ambito fallimentare, individuare una disciplina compiuta della crisi del gruppo di società, che, in fase concorsuale, subisce una svalutazione della sua unità economica e del suo valore organizzativo, sacrificate in virtù dell'autonomia giuridica delle singole società che lo compongono: si avrà, dunque, modo di approfondire le implicazioni del principio di autonomia giuridica (e del suo corollario: la separazione patrimoniale).

Si analizzeranno quindi le poche disposizioni contenute nella legge fallimentare che trattano esplicitamente del fenomeno del gruppo di società[5].

Si darà conto in seguito di una ricostruzione interpretativa, nata dall'opera congiunta di prassi e giurisprudenza, finalizzata al superamento della rigidità dell'autonomia giuridica: la c.d. teoria della supersocietà di fatto, oggetto da ultimo, nel 2016, di due pronunce della Corte di cassazione.

---

[4] Si fa riferimento al Considerando n. 53 al Regolamento n. 848/2015, che ha avallato la giurisprudenza di merito precedente, affermando la legittimità della funzione "centralizzatrice" del COMI in relazione alla giurisdizione concorsuale delle società del gruppo.

[5] Si è parlato in proposito di "*tracce di gruppo*" (cfr. DI MAJO A., *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Torino, Giappichelli, 2012).

Il cuore della disciplina positiva dedicata all'insolvenza dei gruppi societari in Italia risiede, tuttavia, nelle procedure concorsuali speciali. La c.d. "Legge Prodi[6]" del 1979, in particolare, ha introdotto per la prima volta in Italia una disciplina organica specificamente dedicata ai gruppi di impresa, dimostrandosi particolarmente avanguardistica in quanto *unicum* fra i paesi industrializzati[7].

Nel tempo, queste legislazioni concorsuali speciali sono andate sommandosi, cosicché oggi esistono diverse procedure concorsuali che prevedono una serie di disposizioni dedicate ai gruppi di società.

In particolare, si tratterà dell'amministrazione straordinaria "speciale" (regolata dal c.d. "Decreto Marzano"); della liquidazione coatta amministrativa delle società fiduciarie e di revisione (regolata dal D.L. 233/1985); della crisi del gruppo bancario (regolata dal T.U.B., con le modificazioni ad esso apportate dai decreti legislativi "gemelli" n. 180 e 181 del 2015, esecutivi della direttiva comunitaria n. 59/2014: *Bank Recovery and Resolution Directive*, o BRRD).

Si discuterà, quindi, del concordato preventivo di gruppo, figura nata nella prassi in Italia e molto discussa in giurisprudenza, anche di recente. Si analizzeranno l'origine, i vantaggi e le posizioni in merito alla legittimità e all'applicazione di questo istituto. Nel fare ciò, si focalizzerà l'attenzione sulla giurisprudenza di merito che, ancorché a fasi alterne, nel tempo ha accolto gli sforzi della prassi verso un coordinamento nella composizione della crisi di gruppo nell'ambito del concordato preventivo.

Il concordato preventivo risulta, infatti, essere la procedura concorsuale che, più di altre, consente margini di manovra per l'intervento dell'autonomia privata, cosicché è diventato l'approdo naturale di varie riorganizzazioni interne al gruppo, poste in essere mediante procedure straordinarie quali, innanzitutto, fusioni e scissioni.

In conclusione, si sposterà l'attenzione sulla legislazione *de iure condendo*, ossia sul disegno di legge (che nel momento in cui si scrive è in discussione in Senato) denominato "*Delega al governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*" (c.d. ddl Rordorf). Quest'ultimo tratta specificamente della

---

6 Legge 3 aprile 1979, n. 95 che ha istituito la procedura di amministrazione straordinaria per le grandi imprese in stato di crisi, poi riformata dal d.lgs. 270/1999 (c.d. "Legge Prodi-*bis*"), nel 2003-2004 dalla c.d. "Legge Marzano" e da successive modificazioni minori.

7 Cfr. PANZANI L., *Il gruppo di imprese nelle soluzioni giudiziali della crisi*, in *Società*, 2013, 12, pp. 1358 ss.. L'autore nota come solo la Spagna disponga di una disciplina concorsuale specificamente dedicata ai gruppi di società.

crisi dei gruppi, collocandosi in continuità con il Regolamento 848/2015/UE e con le sollecitazioni provenienti dalla comunità internazionale, sia a livello comunitario che dell'Uncitral[8].

[8] Successivamente alla stampa di questo elaborato è intervenuta l'approvazione definitiva da parte del Parlamento, in data 11 ottobre 2017, del disegno di legge Rordorf, mediante Legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, recante "*Delega al governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*".

Capitolo I

La crisi del gruppo di imprese: problematiche e modelli di coordinamento

1. Il gruppo di società: problemi generali

Il gruppo di società risulta essere una delle forme di organizzazione societaria più duttili, capace di far fronte alla sempre più agguerrita concorrenza nazionale e internazionale, grazie alla sua capacità:

- da un lato, di "mettere insieme le forze", conservando al contempo l'indipendenza delle singole realtà che lo compongono; si è parlato a proposito di "*una concertazione di società senza fusione in termini giuridici, con la conseguenza di mantenere formalmente separate le persone giuridiche (e quindi i patrimoni) ma nel contempo di permettere la formazione di una volontà omogenea di gruppo*"[9];
- dall'altro lato, di perseguire un obiettivo opposto, ossia la scomposizione di una singola entità, e perciò del suo patrimonio, in più entità autonome, ognuna delle quali destinata a specifici e diversi obiettivi e con una propria organizzazione.

Ciononostante, la stessa definizione di gruppo di società non è univoca.

A livello comparatistico ciò non stupisce, difficilmente un istituto giuridico trova corrispondenti perfettamente sovrapponibili in ordinamenti diversi; e già da questa prima considerazione emergono le prime intuibili problematiche laddove ci si trovi a operare su un piano pluriordinamentale, il che nei gruppi di società è frequente.

Ma la peculiarità del fenomeno in discussione risiede nelle differenti definizioni di gruppo rinvenibili persino fra diversi settori dello stesso ordinamento[10]. Si deve pertanto concludere che, "*in realtà, oggi è pacificamente riconosciuto che sussistono tante nozioni di gruppo quante volte tale nozione ricorre in provvedimenti normativi*"[11].

Con ciò non si vuol dire che non siano rinvenibili capisaldi o principi comuni. In prima approssimazione si può pensare al gruppo come ad "*un'aggregazione di imprese societarie formalmente autonome ed indipendenti l'una dall'altra, ma assoggettate tutte ad una direzione unitaria. Tutte sono infatti sotto l'influenza dominante di un'unica società (detta società capogruppo o società madre), che direttamente o indirettamente controlla e dirige, secondo un disegno unitario, la loro attività di impresa,*

---

[9] GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, XVII edizione, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 1471.

[10] Cfr. JAEGER P. G., DENOZZA F, TOFFOLETTO A., *Appunti di diritto commerciale, Impresa e società,* 7ª edizione, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 289 ss.

[11] DI MAJO A., *I gruppi di società…*, *cit.*, p. 16.

per il perseguimento di uno scopo unitario e comune a tutte le società del gruppo (c.d. interesse di gruppo)"[12].

Ed è proprio intorno al concetto di controllo che si incentrano le questioni principali prese in considerazione dal Codice civile.

Il Capo IX del Libro quinto del codice civile (aggiunto dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n.6), peraltro, non parla di controllo, ma è intitolato "direzione e coordinamento di società". Bisogna pertanto distinguere le situazioni in cui esiste il rapporto di controllo, ma non esiste una effettiva direzione da parte della controllante, dalle situazioni in cui esiste la direzione effettiva, sotto forma di influenza dominante della capogruppo (posto che si possono prefigurare situazioni in cui sussiste direzione ma non controllo e viceversa)[13].

Da questa distinzione discende l'applicazione, o meno, delle relative discipline civilistiche:

a) quella sul controllo (artt. 2359 e ss. c.c.) si incentra sulla corretta composizione del capitale sociale, prevenendone l'annacquamento, e contrasta altresì alterazioni dei meccanismi di formazione delle maggioranze assembleari;

b) quella sulla direzione e coordinamento va invece ad indagare la gestione della *holding* nel perseguimento dell'interesse di gruppo, vigilando sul rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale.

L'art. 2497-*sexies* del medesimo Capo IX, tuttavia, introduce una presunzione semplice secondo la quale "*ai fini di quanto previsto nel presente capo, si presume, salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'art. 2359*". Il controllo, e pertanto la direzione e coordinamento (salva prova contraria), previsto dall'art. 2359 "*si realizza, in concreto, mediante il possesso del pacchetto di maggioranza delle azioni (controllo di diritto) o mediante la possibilità di imporre la propria volontà in assemblea (c.d. controllo di fatto), se del caso in base a patti parasociali*"[14]. Il controllo può essere pertanto realizzato con strumenti diversi dalla titolarità azionaria, così come è possibile che la capogruppo non sia una società ma una persona fisica.

---

[12] CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società*, a cura di Campobasso M., Torino, Utet, 2006, p. 286.

[13] Cfr. JAEGER P. G., DENOZZA F, TOFFOLETTO A., *op. cit.* pp. 292 ss.

[14] GAZZONI F., *op. cit.*, pp. 1469 ss.

Poste queste prime considerazioni, si può affermare che "*controllo e gruppo* [siano] *fenomeni fra loro contigui, ma concettualmente differenti (...).* [Il controllo rappresenta] *una condizione necessaria, ma non sufficiente, per aversi un gruppo, il quale sarebbe caratterizzato dalla presenza dell'ulteriore presupposto della c.d. direzione unitaria*"; tale direzione unitaria si sostanzia nell'esercizio da parte della società capogruppo di una effettiva funzione di indirizzo e coordinamento delle attività facenti capo alle diverse unità del gruppo[15].

Ebbene, così concepito il controllo, la stessa Corte di cassazione sembra orientata ad attribuirvi una posizione centrale nella ricostruzione dei gruppi: il "*controllo societario non esaurisce il fenomeno del gruppo, ma* (…) *è alla base del modello strutturale del gruppo di società*"; "*il fatto caratterizzante il gruppo si sostanzia propriamente nella direzione e nel coordinamento unitario espletato dalla holding*"[16]. La Corte afferma inoltre che la direzione unitaria comporta che il centro decisionale delle strategie venga posto al di fuori delle singole società operative[17].

Assodata la posizione di preminenza della tematica, resta quindi da vedere come il diritto si ponga rispetto ai gruppi; a tal proposito, specie in una fase di crisi patologica quale quella che più rileva ai fini del presente elaborato, possono essere individuate due scelte limite diametralmente opposte:

- o si valorizza l'unità economica del gruppo, che è quindi configurato quale autonoma entità giuridica nel suo insieme;
- o si valorizza la distinta soggettività delle diverse società che lo compongono, disinteressandosi del loro legame (pur sussistente durante la vita economica del gruppo, ma divenuto irrilevante in sede concorsuale).

Il legislatore italiano, finora, nonostante le riforme operate nel corso degli anni[18], non ha mutato il suo atteggiamento originario, ossia, come si legge nel §4 della Relazione

---

[15] AA. VV., *Manuale di Diritto commerciale*, a cura di BUONOCORE V., Torino, Giappichelli, 2001, pp. 665 ss.

[16] Cass. 26.2.1990 n. 1439, in *Foro It.*, 1990, I, pp. 1174 ss.

[17] DI MAJO A., *I gruppi di società…, cit.*, p. 59, nota 97.

[18] Sul piano degli obblighi di informazione, con l'introduzione dell'art. 2359-*bis* con L. 216/1974. Nonché, più consistentemente, con la riforma societaria attuata dai D.Lgs. n. 5 e 6 del 2003, che hanno introdotto nel titolo V, libro V, del codice civile il capo IX intitolato "direzione e coordinamento"; tra le novità, viene in rilievo la previsione del comma primo dell'art. 2497, secondo cui la società controllante deve condurre l'attività di direzione e coordinamento nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società dipendenti. Significativa è altresì la presunzione *iuris tantum* di controllo della società tenuta al consolidamento dei bilanci, o che comunque controlla altre società alla stregua di uno dei criteri sanciti dall'art. 2359 c.c. (art. 2497-*sexies*). Infine, è doveroso citare la codificazio-

del Ministro Guardasigilli (Grandi) al libro V del codice civile, quello di considerare che "*il pericolo insito in questi raggruppamenti di imprese non sta nel loro funzionamento, ma può sorgere dalla formazione del capitale, con il quale le varie società che vi partecipano si presentano ai terzi*". Il gruppo di imprese è sempre visto come fonte di pericolo per l'economia nazionale, da scongiurare mediante disposizioni dettate al fine di prevenire annacquamenti del capitale sociale[19].

In sintesi, l'atteggiamento della normativa italiana, e in genere di quella di tutti i paesi industrializzati, vuole la distinta soggettività e la formale indipendenza giuridica delle società che costituiscono il gruppo; al gruppo è pertanto attribuita una "*rilevanza prevalentemente economica, sicché si esclude che dia vita ad un autonomo centro di imputazione di rapporti giuridici*"[20].

2. La diffusione del fenomeno in Italia

Nonostante la scarsa rilevanza, per lo meno sul piano quantitativo, che il Codice civile dedica ai gruppi di società, un raffronto con le analisi condotte nell'ultimo decennio circa la consistenza del fenomeno nel nostro Paese mostra una realtà in continua espansione. Trasponendo poi questa considerazione sul piano dell'insolvenza del gruppo, e a prescindere da considerazioni comparatistiche, appare ancora più chiaro come la normativa fondamentale che regola le crisi d'impresa, contenuta nella legge fallimentare, non possa più perseverare con il suo disinteresse verso situazioni non solo fisiologiche, ma consolidate. Si tenga presente fin da subito, infatti, che, al fine di salvaguardare i livelli occupazionali e in vista di una migliore efficienza generale di mercato, in caso di dissesto di una o più imprese facenti capo a un gruppo il coordinamento fra le distinte procedure concorsuali genera effetti positivi specialmente laddove l'obiettivo sia la ristrutturazione delle imprese[21].

---

ne della c.d. teoria dei "vantaggi compensativi" (art. 2497, comma primo, ultima parte), che nega la responsabilità risarcitoria della capogruppo allorquando il danno provocato da una sua direttiva sia "riassorbito" dal risultato complessivo dell'attività di direzione o coordinamento o, più propriamente, qualora siano poste in essere operazioni specificamente indirizzate ad eliminare quel danno.

[19] A tale proposito cfr. Di Majo A., *I gruppi di società…*, *cit.*, pp. 10-12.

[20] ABETE L., *L'insolvenza nel gruppo e del gruppo*, in *Fallimento*, 2009, n.9, pp. 1111 e ss.

[21] Cfr. *infra*, capitolo I, §4.

A questo proposito va considerato che una serie di analisi statistiche condotte in Italia fotografano una diffusione del fenomeno estremamente rilevante, tanto di per sé quanto fra le società che versano in stato di crisi.

In particolare, secondo un report del 2005, a inizio 2003 erano circa 74.500 i gruppi in Italia (includendo tutte le forme giuridiche e le formule proprietarie), con un incremento netto che sfiorava le 8.000 unità rispetto al 2000 (+12%). 168.000 imprese operavano all'interno dei gruppi in qualità di controllate, per un totale di società facenti capo a un gruppo pari a oltre 193.000 unità italiane e a circa 203.200 aggiungendo anche le capogruppo con sede legale all'estero. Nonostante in termini relativi siano quote limitate rispetto alla totalità delle società operanti in Italia, il fenomeno dei gruppi assume dimensioni rilevanti se ne si considera l'incidenza in termini di occupazione: ad essi, sempre nel 2003, faceva riferimento il 32,4% del totale degli occupati in Italia[22].

Uno studio delle indagini pubblicate dalla Banca d'Italia[23] del 2003, 2011 e 2015 (la più recente disponibile al momento in cui si scrive) mostra come, nonostante la crisi economica globale, il fenomeno dei gruppi sia tutt'altro che in recessione:

- report del 2003: circa un quarto delle imprese italiane apparteneva a un gruppo, nel 77,2% dei casi la capogruppo aveva nazionalità italiana, per il 16,2% di un altro paese dell'Unione europea. Si legge nel report che l'appartenenza al gruppo era fortemente dipendente dalla dimensione dell'attività economica e dalla localizzazione geografica: la quota interessata dal fenomeno era infatti pari al 42,55% tra le imprese con 50 addetti e oltre, scende al 20,8% per le imprese più piccolo (tra 20 e 49 addetti). La presenza di gruppi era maggiore al Nord rispetto al Centro e Sud Italia;
- report del 2011: quasi un terzo delle imprese italiane con 20 addetti e oltre era organizzato in forma di gruppo; la quota non ha mostrato sostanziali variazioni negli anni 2008-2011; le imprese industriali appartenenti ad un gruppo sono il 31,3% di quelle operanti in Italia, l'81,5% delle capogruppo ha nazionalità italiana;
- report del 2015: le imprese industriali appartenenti a un gruppo in Italia salgono al 34,3% del totale.

---

[22] ANGELI F. (a cura di), *Rapporto Unioncamere 2005*, *Centro Studi*, Camere di commercio d'Italia, 2006, pp. 41, 42.

[23] Tutte le indagini, dal 2003 alla più recente, sono rinvenibili alla pagina http://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/indagine-imprese/.

Si noti come la percentuale di imprese appartenenti a un gruppo sia comunque rilevante e costantemente in crescita.

Anche l'Istat, nel 2013[24], si è occupato dei gruppi: secondo il suo report in Italia erano oltre 92 mila, comprendevano più di 212 mila imprese attive residenti e occupavano oltre 5,5 milioni di addetti e più di 274 mila lavoratori esterni. Rispetto al 2012, il numero di gruppi aumenta del 2,2%. Il loro peso in termini di occupazione era del 56,8% se calcolato rispetto alle sole società di capitali. Si legge, ancora, che "*in media i gruppi di impresa presentano una struttura organizzativa semplice, svolgono poco meno di due attività diverse e sono presenti in una sola regione*": da questa constatazione, a maggior ragione, si può ritenere che, almeno per questi gruppi "domestici", un coordinamento delle procedure liquidatorie o di ristrutturazione risulterebbe assai facilmente perseguibile.

Il dato forse più importante che emerge dal report dell'Istat è comunque il valore aggiunto generato dalle imprese appartenenti a gruppi: esso rappresentava il 73,2% del fatturato nei settori dell'industria e dei servizi.

Appurata l'importanza che il gruppo di imprese riveste nel nostro Paese, particolarmente interessante risulta l'esame della consistenza che il gruppo di imprese ha fra le società sottoposte a procedure concorsuali.

A proposito si cita un rapporto del 2012[25]: il 6% delle società fallite dichiarava di far parte di un gruppo; nel 27% dei casi in cui la società appartiene a un gruppo era la holding ad essere sottoposta alla procedura. L'appartenenza a un gruppo era più frequente in caso di concordato preventivo (20%) e maggiori erano i casi in cui ad accedere al concordato era la holding (40%).

In conclusione, questi dati oggettivi, che emergono dalle indagini statistiche condotte negli ultimi anni in Italia, "*ben dovrebbero giustificare più che mai ora uno specifico intervento regolatore di riforma, in parte de qua, della legge fallimentare*"[26].

---

[24] Report Istat 2013, *I gruppi di impresa in Italia*, in http://www.istat.it.

[25] Assonime, *Rapporto sull'attuazione della riforma della legge fallimentare e sulle sue più recenti modifiche,* Roma, aprile 2012, p. 14 (rinvenibile in www.assonime.it).

[26] LAMANNA F., *La "crisi" nel gruppo d'imprese: breve report sull'attuale stato dell'arte*, ne *ilFallimentarista.it*, *Focus* del 31/7/2012.

3. Il gruppo di società insolvente in Italia: i poteri/doveri della capogruppo

In questa sezione si vuole innanzitutto affrontare una questione preliminare: cosa debba intendersi per crisi di gruppo. Stante il principio di autonomia giuridica delle società del gruppo, infatti, parlare di un'insolvenza di gruppo può apparire fuorviante: il legislatore italiano non utilizza mai tale espressione, nemmeno in quelle legislazioni concorsuali che prendono in considerazione il gruppo. Si è preferito infatti, dal punto di vista della tecnica legislativa, evitare una terminologia probabilmente ritenuta eccessivamente legata all'idea di una confusione delle masse patrimoniali delle società appartenenti al gruppo.

Ciononostante, come insegnato da autorevole dottrina[27], le interconnessioni fra queste realtà societarie sono tali da comportare un'elevata probabilità di propagazione della crisi; da questa considerazione pratica, discendono una serie di problematicità a cascata, tutte nella direzione di un diffuso bisogno di coinvolgimento nella composizione della crisi e di coordinamento in fase concorsuale. Da questo sentimento generale, già tradotto in discipline di settore ma allo stesso tempo latente nelle riforme che si sono susseguite negli ultimi anni della legge fallimentare e del diritto societario, risulta agevolato, fintanto inevitabile, il passo che ha portato univocamente la dottrina a definire il fenomeno in questione, almeno in senso lato, come "*gruppo insolvente*"[28].

Anche per la crisi d'impresa, il controllo (o meglio, la direzione e coordinamento) è fenomeno centrale. Da questa considerazione deriverà un'analisi sui doveri della capogruppo tanto in fase precedente il dissesto, quanto in situazioni di insolvenza di società sue controllate che richiedano un intervento attivo per il loro risanamento o la loro liquidazione.

La "pietra angolare" dell'intera questione è rappresentata dalla disciplina sulla responsabilità da illegittimo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento dettata dall'art. 2497 c.c., che attribuisce poteri e al contempo doveri di intervento nella composizione della crisi di una controllata, o della propria crisi stessa.

---

[27] LIBONATI B., *Il gruppo insolvente*, Firenze, Nardini, 1981.
[28] *Ibidem*

3.1 La responsabilità della capogruppo *ex* art. 2497, co. 4, c.c.

Per gruppo insolvente non si vuole intendere la sola crisi diffusa a tutte le imprese del gruppo, o alla maggioranza di esse, o in capo alla controllante; certo in condizioni limite come quelle appena descritte risulta più chiara l'opportunità di trattare congiuntamente le varie procedure concorsuali, al fine di scongiurare un'atomizzazione sul piano giuridico che non trova corrispondenti su quello economico.

Ma, perché sorga l'opportunità di una valorizzazione del gruppo nella composizione della crisi, può rilevare il dissesto di una qualsiasi delle sue componenti, anche la più piccola o, relativamente all'attività cui è destinata, autonoma rispetto alla vita economica delle altre controllate. Nella misura in cui vi sia controllo, infatti, evitare un'avulsione della singola entità dal contesto in cui è inserita può rivelarsi utile.

Ciò è evidente nel momento in cui si voglia procedere a un'indagine delle cause dell'insolvenza, al fine di verificare se vi siano stati abusi nella gestione: non è infrequente che sia proprio il perseguimento dell'interesse di gruppo, attuato mediante attività di direzione e coordinamento esercitata illegittimamente, ad aver depauperato la garanzia patrimoniale.

È stato infatti rilevato come sussista una responsabilità da eterogestione in relazione a condotte che abbiano provocato o accentuato la crisi[29].

Il percorso argomentativo dietro a questa affermazione prende le mosse dalle modifiche apportate dalla riforma del diritto societario del 2003. Essa, infatti, ha inciso sui confini entro cui la capogruppo può esercitare il proprio potere di indirizzo, generalmente ampliandoli ma al contempo fissando parametri di valutazione precisi: "*il potere (quanto meno) di «alta amministrazione» (ossia di definizione delle linee strategiche) su una società c.d. eterodiretta è legittimamente allocato nella società capogruppo (ossia nel soggetto che detiene il potere di direzione e coordinamento), la quale deve esercitarlo nel rispetto dei «principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale» della società diretta e coordinata e comunque nei limiti della «capacità di resistenza» del sistema dei c.d. vantaggi compensativi, come modificato nell'ultima parte del primo comma dell'art. 2497 c.c.*"[30].

---

[29] MIOLA M., *Riflessioni su responsabilità per eterodirezione dell'impresa e procedure concorsuali*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, rivista telematica, 2015: http://rivistaodc.eu/.

[30] TOMBARI U., *Crisi di impresa e doveri di "corretta gestione societaria e imprenditoriale" della società capogruppo. Prime considerazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, pp. 631 ss.

Ed è proprio la teoria dei vantaggi compensativi, così come accolta dal "nuovo" Capo IX del Libro V del Codice civile, la novità più interessante nel panorama dei gruppi di società ai fini del presente elaborato. La norma introduce un canone valutativo finalizzato alla individuazione dei doveri della capogruppo: il rispetto dei "*principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*".

Sebbene la fattispecie descritta sia ampia e indefinita, valendo a disegnare una sorta di "figura del buon capogruppo"[31], in prima approssimazione si può perlomeno convenire che la direzione e il coordinamento siano senz'altro contrari ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale allorquando la conduzione complessiva precluda alla eterodiretta "*la possibilità di operare come autonomo centro di profitto, sia pure nel contesto dato*" dall'appartenenza al gruppo[32].

Ebbene, questi doveri della capogruppo non vengono meno in un contesto di crisi di una società "diretta e coordinata": al contrario, "*nel momento in cui in una società controllata non sussista più una ragionevole prospettiva di poter evitare lo scioglimento con le proprie forze (momento iniziale della crisi), la capogruppo è obbligata o a provvedere senza indugio a risanare in modo energico la controllata o a disporre la sua liquidazione in forma ordinata; qualora la capogruppo violi i doveri appena ricordati, essa sarà responsabile nei confronti dei creditori della società controllata per la compensazione delle perdite*"[33].

L'adempimento di questi doveri da parte della capogruppo non avrebbe modo di realizzarsi senza l'adozione di un sistema di rilevazione tempestiva dei segnali di crisi, cioè di un assetto organizzativo tale da garantire costanti flussi informativi infragruppo.

Al fine di sostenere il dovere di predisporre un tale assetto organizzativo, la dottrina parte da un'analisi del comma quarto dell'art. 2497 c.c., unica norma nel panorama civilistico del diritto societario che riguardi nello specifico lo stato di crisi del gruppo. Essa, come noto, disciplina anche l'esercizio, da parte degli organi delle procedure concorsuali, dell'azione spettante ai creditori sociali per "*lesione all'integrità del patrimonio della società*".

---

[31] SCOGNAMIGLIO G., *"Clausole generali" e disciplina dei gruppi di società*, presentato al convegno "*Le clausole generali nel diritto commerciale e industriale*", Roma, 2011, consultabile sul sito www.orizzontideldirittocommerciale.it.

[32] ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali*, Seconda edizione, 2006, Padova, Cedam, pp. 189 ss.

[33] TOMBARI U., *op. cit.*, pp. 631 ss. Cfr. anche Forum Europaeum sul diritto dei gruppi di società, *Un diritto dei gruppi di società per l'Europa*, in *Riv. dir. soc.*, 2001, 1, pp. 348 e ss.

Dall'attribuzione di una siffatta legittimazione ad agire in capo all'organo rappresentante la procedura concorsuale si ricava la sussistenza di un regime sanzionatorio di quell'abuso di eterogestione che abbia causato o aggravato l'insolvenza; tale responsabilità, letta *a contrario*, comporta un dovere, riconducibile alla corretta gestione imprenditoriale e societaria, "*di prevenire ed accertare la crisi o l'insolvenza della società del gruppo, adottando le misure atte ad impedire il peggioramento della situazione ed a ridurre i rischi di propagazione della crisi*"[34].

Il dovere così ricostruito, gravante sulla capogruppo, si colloca in una fase precedente a quella di insolvenza e si compone di adempimenti "continuativi", tipicamente precauzionali, destinati cioè a stimare i rischi e a saggiare le conseguenze degli atti posti in essere nel perseguimento dell'interesse di gruppo.

Il nostro Codice civile già prevede espressamente l'adozione di un assetto organizzativo tale da favorire una vigilanza interorganica e uno scambio continuo di informazioni in altra sede, e ciò con riguardo alla singola società in sé considerata. In virtù dell'art. 2497, co. 4, c.c., tali adempimenti sono richiesti nell'ambito non solo della struttura organizzativa interna alla singola società, ma anche in quello dell'insieme delle società dirette e coordinate. Nella stessa direzione è stato infatti giustamente sottolineato come "*questo generale principio di corretta amministrazione dell'impresa societaria (...) non può non formare anche la gestione dell'impresa di gruppo e segnatamente i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale cui deve ispirarsi l'attività di direzione e coordinamento. (...) L'autovalutazione atomistica in ordine alla liquidità e alla continuità aziendale, che deve essere operata di regola dagli amministratori di ogni singola società sotto la vigilanza dell'organo di controllo, lascia qui dunque il campo ad una valutazione complessiva di tale situazione nell'ambito del gruppo ad opera degli organi della holding, sulla base dei flussi informativi ascendenti che devono provenire dalle società del gruppo*"[35].

Si rende necessario un accorgimento a proposito: la lettera delle norme[36], che trattano dei poteri-doveri della società di adottare un assetto organizzativo e informativo adeguato, si riferisce in modo particolare a prospettive di "*going concern*", ossia è tesa a

---

[34] MIOLA M., *Riflessioni su responsabilità per eterodirezione…*, *cit.*, p. 7.

[35] ABRIANI N., PANZANI L., *Crisi ed insolvenza nei gruppi di società*, in CAGNASSO O., PANZANI L. (a cura di), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Torino, Utet, 2016, II, pp. 3031 ss.

[36] *In primis* gli articoli 2381 e 2403 c.c. che trattano, rispettivamente, dei poteri e doveri del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale. Entrambe le norme fanno riferimento alla predisposizione di un e alla vigilanza sull'assetto organizzativo-informativo della società.

garantire che la società abbia e conservi le risorse necessarie per essere produttiva. Si deve ritenere tuttavia che gli stessi assetti debbano essere idonei anche "*alla tempestiva rilevazione dello stato di crisi*"[37].

Il progetto di riforma organica della legge fallimentare (c.d. "d.d.l. Rordorf") in discussione in Parlamento accoglierebbe più chiaramente, dissipando ogni dubbio a riguardo, i principi finora delineati in via interpretativa. Il disegno di legge delega include infatti un "*dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale*"[38].

Parallelamente all'istituzione di assetti organizzativi appropriati, nella scelta su come procedere operata dalla capogruppo entra necessariamente in gioco la teoria dei vantaggi compensativi, sancita dal comma primo dell'art. 2497, nella parte in cui afferma 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*".

Il legislatore fissa con questa norma un punto di bilanciamento fra perseguimento dell'interesse di gruppo e interesse autonomo della singola società (interesse di soddisfare i propri debiti *in primis*). La teoria in discorso si sostanzia nell'affermare, da un lato, che un atto il quale, nel perseguire uno scopo comune, danneggia la singola società è di per sé lecito. A quest'ampia discrezionalità gestoria tuttavia si contrappone il limite che esclude che sia ingiusto "*il profitto della società collegata o del gruppo*, [esclusivamente] *se compensato da vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo*" (art. 2634 c.c.)[39].

In conclusione, la valutazione sull'ingiustizia di un atto è sintetica e non analitica: prende in esame sinteticamente l'attività complessiva.

Quali sono le conseguenze della violazione, da parte della capogruppo, del limite dei vantaggi compensativi, e di conseguenza violazione dei principi corretta gestione societaria e imprenditoriale?

In linea di massima, come visto, ciò comporta una responsabilità di tipo risarcitorio gravante sulla *holding*, responsabilità, in virtù del quarto comma dell'art. 2497, per

---

[37] MONTALENTI P., *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, pp. 820-829.

[38] Sulla riforma si veda *infra*, capitolo III, §5.

[39] Per approfondire il tema dei vantaggi compensativi *post* riforma del diritto societario si veda ANGELICI C., *op. cit.*, pp. 189 ss.

far valere la quale sono legittimati ad agire anche gli organi delle procedure concorsuali.

Curiosa è invece la risposta data da un diverso orientamento dottrinale: si fa riferimento alla c.d. teoria della "direzione tirannica", che prende in considerazione l'eterogestione abusiva condotta da una *holding* individuale o da una società di fatto, ricollegandone conseguenze particolari. Si afferma infatti che da tale abuso possa dipendere l'imputazione diretta, in capo alla capogruppo così delineata, dei debiti della controllata in crisi, in questo modo provocando l'accertamento dello stato d'insolvenza e quindi il fallimento anche della *holding* stessa.

Un fallimento così concepito, a ben vedere, rischia tuttavia di ridurre significativamente la portata dell'accertamento dei presupposti del fallimento, traducendosi in un'ipotesi del tutto irrituale di estensione della procedura concorsuale, ben al di là delle intenzioni del legislatore. L'operazione, infatti, consiste sostanzialmente in un superamento della responsabilità di natura meramente patrimoniale prevista dall'art. 2497 c.c., così da far dipendere dall'integrazione della sua fattispecie, anziché una conseguenza risarcitoria, un ben diverso risultato finale: l'estensione del fallimento alla società controllante[40].

3.2 Il coinvolgimento del gruppo nella composizione della crisi di una società ad esso appartenente

Le soluzioni adottabili in presenza di una crisi conclamata di una o più società controllate sono sostanzialmente di tre tipi, alternativi fra loro, a seconda della valutazione, operata dalla capogruppo, sulle prospettive di recupero e sulla gravità del dissesto:

a) la capogruppo decide di risanare la controllata;

b) la capogruppo promuove l'adozione di un piano di risanamento, di un accordo di ristrutturazione o la presentazione di un ricorso per concordato preventivo;

[40] La teoria della "direzione tirannica" è stata formulata da FIMMANÒ F., *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società madre*, in *Riv. not.*, 2012, 2, pp. 267-318. Per le critiche alla stessa si veda MIOLA M., *Riflessioni su responsabilità…, op. cit.*, pp. 4 ss.

c) qualora non sia possibile o non vi sia la volontà di procedere al recupero della controllata in crisi, la capogruppo avrà ugualmente il dovere di agire disponendo la liquidazione della società diretta e coordinata[41].

Come notato in precedenza, l'art. 2497 riconduce alla capogruppo oneri di natura prima di tutto preventiva, che si sostanziano nell'adozione di assetti organizzativi e nella predisposizione di flussi informativi tali da consentire da un lato di bilanciare gli squilibri finanziari fra le società del gruppo e dall'altro di intervenire tempestivamente laddove si riscontri un primo sospetto di dissesto.

Qualora tuttavia una o più realtà del gruppo entrino in stato di crisi, il rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale richiede a chi esercita direzione e coordinamento adempimenti ulteriori, posto che la capogruppo è in grado, meglio di chiunque altro, per le caratteristiche di cui dispone e la posizione in cui versa, di svolgere un ruolo decisivo nella composizione di tale crisi.

Il ruolo della capogruppo è determinate in particolar modo laddove si opti per un risanamento delle eterodirette insolventi. Procedendo con questo obiettivo, si può prescindere dal fatto che il fallimento della controllata sia già stato dichiarato o meno. Nel primo caso, sarà comunque possibile intervenire con il ricorso all'istituto del concordato fallimentare[42]. Nel secondo caso, le possibilità d'azione sono molteplici: oltre il ricorso ad un piano di risanamento o ad un concordato preventivo, è infatti prefigurabile un intervento *ex ante* che gestisca il dissesto della eterodiretta prima che esso sfoci in un vero e proprio stato di crisi.

In ciascuno degli scenari prefigurati finora, ciò che preme in particolar modo evidenziare è, da un lato, l'opportunità che nella composizione della crisi si dia rilevanza alla circostanza, tutt'altro che secondaria, dell'esistenza a monte di un gruppo; e, in seconda battuta la circostanza che sia proprio la *holding* a trovarsi nelle condizioni migliori per poter dare un contributo significativo: lei sola dispone delle informazioni necessarie per parametrare un eventuale coinvolgimento del gruppo in funzione di ri-

---

[41] TOMBARI U., *Crisi di impresa e doveri di "corretta gestione societaria e imprenditoriale" della società capogruppo. Prime considerazioni*, in Rivista di diritto commerciale, 2011, I, pp. 631 ss.

[42] Cfr. MIOLA M., *Riflessioni su responsabilità…, op. cit.*, pp. 35 ss. L'autore osserva come l'art. 152 l.f. preveda che siano gli amministratori a stendere "*proposta e condizioni*" del concordato fallimentare, relativamente alle società di capitali. Riconducendo tale legittimazione all'organo gestorio in generale, l'autore conclude che sia possibile l'intervento diretto della *holding*, "quanto meno sotto forma di impulso alla presentazione della domanda dei competenti organi gestori della società da sottoporre alla procedura".

sanamento, potendo persino disporre un intervento delle società *in bonis* del gruppo. Parimenti, laddove si opti per un piano liquidatorio della controllata insolvente, il bagaglio informativo e la visione globale di quella che è stata la sua "vita commerciale" pongono la *holding* in posizione privilegiata: essa ha infatti la facoltà di intervenire prontamente, essendo in possesso di tutte le informazioni necessarie e con pieni poteri derivanti direttamente dalla sua posizione di controllante.

In sintesi, la capogruppo è la sola in grado di dar peso all'unità economica preesistente all'interno del gruppo; tale interconnessione, dato fattuale di primaria importanza nella vita di un'impresa, senza il suo contributo rimarrebbe trascurato in qualsiasi prospettiva di ristrutturazione o liquidazione.

Il grado massimo di coinvolgimento del gruppo è quello che si verifica allorché la capogruppo impartisca direttive alle società *in bonis*, affinché queste soccorrano le società in crisi finanziandole.

Un'operazione così congegnata si sostanzia in finanziamenti infragruppo[43] (c.d. *cross-stream*[44]), provenienti da una o più controllate, sotto le direttive della capogruppo, nei confronti di altre controllate; ma i finanziamenti potrebbero anche promanare dalla stessa capogruppo (c.d. finanziamenti *downstream*). I rischi sono diversi a seconda dell'operazione posta in essere: nel primo caso, il pregiudizio arrecato alla società finanziatrice eterodiretta potrebbe comportare una propagazione della crisi laddove l'intervento eccedesse il limite dei vantaggi compensativi (integrando pertanto responsabilità *ex* art. 2497 c.c.); nel secondo caso sarebbe la stessa capogruppo a minare

---

[43] Finanziamenti infragruppo che, per altro, sono sottratti al regime della postergazione qualora siano effettuati in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione e beneficiano del regime della prededuzione fino all'80% del loro ammontare (art. 182-*quarter* l.f.).

[44] È opportuno segnalare che a proposito dell'applicabilità del 182-*quarter* ai finanziamenti *cross-stream* sono state sollevate delle perplessità. La lettera della norma infatti sottrae al regime della postergazione i finanziamenti "*effettuati dai soci*": ebbene, la società controllata che eroga il finanziamento potrebbe non essere direttamente titolare di una partecipazione nella società in crisi e quindi non ricadere nella disciplina, per altro eccezionale, del 182-*quater*. In merito è stato ritenuto che la *ratio* del riconoscimento della prededuzione nei limiti soltanto dell'80% sia tanto quella di incentivare i soci a finanziare la società che si trovi in difficoltà da un lato, quanto quella di responsabilizzarli dall'altro: essi dovranno comunque investire parte del proprio capitale senza prospettive di recupero. Il rischio pertanto è che la capogruppo faccia "transitare" il finanziamento per una società del gruppo che non ha una diretta partecipazione in quella in crisi al solo fine di raggirare la normativa del 182-*quater*, mettendo in piedi un'operazione elusiva da non tutelare (cfr. PANZANI L., *Il gruppo di imprese nelle soluzioni giudiziali della crisi*, in *Società*, 2013, 12, pp. 1358 ss.).

la propria integrità, scontentando soci di minoranza e creditori laddove l'operazione sia in grado di generare uno squilibrio finanziario[45].

Infine, è bene precisare che il ragionamento regge anche laddove la crisi abbia colpito la capogruppo stessa, laddove questa si avvalga dei propri poteri di direzione e coordinamento per richiedere assistenza finanziaria da parte delle sue controllate (c.d. finanziamenti *upstream*).

Se la capogruppo da un lato deve fare attenzione a che le operazioni poste in essere per salvare la controllata in crisi non compromettano l'equilibrio economico-patrimoniale di altre società (o il suo medesimo), allo stesso modo e parallelamente è stato sottolineato come la concessione di questi finanziamenti possa prefigurarsi perfino come un dovere della capogruppo, sempre al fine di evitare una responsabilità da violazione dei doveri di corretta gestione nell'ambito dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento *ex* art. 2497 c.c.. Ciò in particolare accade "*qualora la mancata assistenza finanziaria provochi la propagazione dell'insolvenza e la preclusione per la capogruppo stessa o per altra società del gruppo, dall'usufruire dei vantaggi compensativi che potrebbero fondatamente scaturire dalla conservazione in vita delle società in crisi bisognose di insistenza*"[46].

Come già messo in evidenza, pertanto, relativamente ai limiti entro cui il contributo della controllante possa (o debba) concretizzarsi, bisogna far nuovamente riferimento alla teoria dei vantaggi compensativi; teoria che, anzi, si arricchisce di implicazioni e contenuti proprio nella misura in cui una o più società controllate versino in stato di dissesto.

Infatti, la "compensazione" fra operazioni infragruppo alla luce del risultato complessivo, richiesta dall'art. 2497, diventa il parametro attraverso cui la *holding* valuta la possibile intensità di un coinvolgimento del gruppo nella ristrutturazione dei debiti della controllata.

In sintesi, i soci esterni ed i creditori delle società *in bonis* coinvolte (in caso di finanziamenti *cross-stream* o *downstream*), o della capogruppo (in caso di finanziamenti *upstream*), potranno "*legittimamente invocare la responsabilità di chi ha esercitato l'attività di direzione ove il danno – vale a dire l'impoverimento della loro società*

---

[45] Cfr. MIOLA M., *Riflessioni su responsabilità…, op. cit.*

[46] MIOLA M., *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 5, pp. 11079 ss.

venuta in soccorso della «madre», delle «sorelle» e/o delle «figlie» in crisi – non sia altrimenti compensato (art. 2497 c.c.)"[47].

Lo scopo ultimo della *holding* sarà di non aggravare la crisi e di evitarne la propagazione. Non bisogna quindi pensare al dovere di intervenire come a una indiscriminata necessità di risanare a tutti i costi; al contrario, si renderà necessario proprio astenersi dal ripristinare la liquidità di una società senza concrete prospettive di recupero e per la quale non sia rinvenibile alcun interesse in termini di vantaggi compensativi che giustifichi un intervento del gruppo per consentirne la sopravvivenza. Si ritiene infatti che il "*principio o standard di corretta gestione imprenditoriale, che impone di non proseguire passivamente l'esercizio dell'impresa priva della prospettiva della continuità*" sia immanente al nostro ordinamento[48].

Finanziamenti infragruppo non accorti e fuori controllo, sproporzionati rispetto alle capacità finanziarie delle società coinvolte, violano il principio dei vantaggi compensativi allo stesso modo in cui non intervenire in caso di concrete prospettive di recupero e vantaggio per il gruppo in generale ne è una violazione nel caso opposto.

Ma si deve aggiungere che, nell'ottica di un'impresa non più produttiva, destinata esclusivamente a generare debito, anche una condotta passiva di continuazione dell'attività nel disinteresse della crisi risultante dal flusso informativo predisposto è sufficiente per integrare violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale della capogruppo *ex* art. 2497 c.c.

Si aggiunga che la responsabilità per la mancata individuazione dell'irrecuperabilità del dissesto si estende agli amministratori della capogruppo stessa: a tal proposito l'art. 2409 c.c. attribuisce ai soci rappresentanti percentuali qualificate del capitale sociale la possibilità di denunciare gli amministratori "*se vi è fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate*". La norma contempla esplicitamente l'ipotesi di una società *holding* e responsabilizza gli amministratori per i risultati della politica che questi abbiano (o non abbiano) posto in essere in relazione al gruppo.

E intervenire prontamente, per rimediare alla crisi o per "portarla a compimento", a fronte alla consapevolezza di una situazione di dissesto, è attività di primaria impor-

---

[47] GARCEA M., *La rilevanza nelle gestioni negoziate della crisi d'impresa*, in *Società*, 2012, pp. 943 ss.

[48] ABRIANI N., PANZANI L., *op. cit.*, pp. 3036 ss.

tanza "*tanto nella prospettiva di una protezione delle società eterodirette, e dei loro creditori, quanto ai fini di una più efficace tutela in primo luogo dei soci della stessa holding, il cui patrimonio è costituito in misura preponderante dal valore delle partecipate, l'investimento nelle quali dev'essere adeguatamente presidiato*"[49].

Un'ultima considerazione a questo proposito: la Corte di cassazione si è pronunciata nel 2011[50] sull'insolvenza di una società controllata, conformandosi all'orientamento prevalente che vuole l'accertamento dei presupposti del fallimento relativo alla sola situazione patrimoniale della singola società in sé considerata, a prescindere dal gruppo.

In tale occasione, tuttavia, v'è stata una timida apertura nel senso di attribuire rilevanza al gruppo in sede concorsuale proprio laddove vi siano stati degli interventi della *holding* diretti a riportare a solvibilità la sua eterodiretta. Così si è pronunciata la Suprema Corte: "*l'unitarietà di gestione, economica e finanziaria, del gruppo rileva perciò sul piano concorsuale solo se la riorganizzazione delle imprese ad esso appartenenti, quale che sia l'attività esercitata da quella risultata insolvente, si esplica in iniziative di ripristino della condizione di liquidità, riferita non già al gruppo considerato quale entità a sé stante ma alla singola impresa che in quel gruppo è inserita*."

L'apprezzamento del gruppo è quanto mai limitato, ma è rilevante notare come, almeno nel caso di un suo coinvolgimento nella composizione della crisi, la Cassazione, nell'ambito del fallimento, ritenga sia corretto, da parte dell'organo giudiziario, tenere "*conto della situazione patrimoniale ed economica della società, senza affatto trascurare i suoi rapporti nel gruppo e le iniziative assunte dalla holding*".

---

[49] ABRIANI N., PANZANI L., *op. cit.*, pp. 3036 ss.

[50] Cass. civ., Sez. I, Sent. 21.04.2011, n. 9260, in *Leggi d'Italia.*

4. L'opportunità di una disciplina unitaria della crisi di gruppo

Secondo la dottrina maggioritaria, il gruppo societario meriterebbe una disciplina della crisi più aderente alle necessità della prassi.

Come già si è visto, l'astrazione del gruppo a realtà giuridica unitaria risulta, nell'ordinamento italiano, in contrasto con il "principio di autonomia", per cui ogni società costituisce un autonomo centro di imputazione giuridico, in quanto tale dotato di un grado di autonomia patrimoniale tale da impedire la confusione delle masse attive e passive.

Il difetto di una simile costruzione è che a questa autonomia sul piano giuridico corrisponde un'unitarietà sul piano economico, nel senso che i rapporti di scambio che generano crediti, debiti e obbligazioni in genere, nonché l'organizzazione finanziaria stessa delle società facenti capo al medesimo gruppo sono sovente interconnessi gli uni con gli altri, cosicché la crisi di una società del gruppo difficilmente appare isolata. Basti pensare alle situazioni, non infrequenti, in cui le società controllate non dispongano di riserve liquide o di linee di credito: in siffatte situazioni, l'insolvenza della capogruppo è destinata a propagarsi anche nei confronti delle eterodirette, a prescindere da comportamenti abusivi, così da generare una diffusione dell'insolvenza a "effetto domino"[51]. Inoltre, è stato osservato come sia perfino regola, più che eccezione, nel mondo dei gruppi "*l'accentramento delle funzioni di tesoreria dell'intero gruppo presso un'unica società (la quale provvederà a far affluire alle singole società del gruppo le risorse di volta in volta necessarie al fine di soddisfare i relativi creditori)*"[52].

Un'organizzazione societaria a tal punto intricata ha portato la dottrina negli anni a ribadire più volte l'esigenza di una visione unitaria del fenomeno anche in fase concorsuale, in quanto una rigida applicazione del principio di autonomia stravolge la struttura della società insolvente, ignorando rapporti intersocietari, pur essenziali, preesistenti. In sintesi, risulterebbe irrazionale e controproducente non "*assicurare il coordinamento dell'attività delle varie società in crisi o insolventi, così come avviene*

---

[51] ABRIANI N., PANZANI L., *op. cit.*, pp. 2996 ss.

[52] FERRI J., *Insolvenza e crisi dell'impresa organizzata in forma societaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, pp. 413 ss.

per le società di un gruppo che non sia insolvente o che non si trovi in stato di crisi"[53].

In questa prospettiva, posto che la ricorrenza di queste aggregazioni nel panorama commerciale mondiale e la consistenza in termini economici ne fanno un dato di fatto ineliminabile, compito del legislatore, oltre che la repressione di situazioni patologiche, quali ad esempio l'annacquamento del capitale, è quello "*di dare al gruppo una veste formale e di conferirgli una struttura idonea a soddisfare le esigenze ad esso proprie*"[54]. L'accentramento gestionale e la subordinazione degli interessi della singola controllata al perseguimento dell'interesse di gruppo non sono caratteristiche da reprimere, ma qualità fisiologiche dei gruppi; la legislazione italiana si è accostata a questa considerazione in particolare con l'introduzione, nella riforma societaria del 2003, della disciplina sui vantaggi compensativi.

A una rinnovata disciplina sui gruppi in termini di responsabilità, tuttavia, non è finora conseguita una altrettanto organica riforma in tema di procedure concorsuali: la legge fallimentare non contempla pressoché in alcuna norma il gruppo di società, salvo che con rarissimi cenni del tutto insufficienti[55].

Questa indifferenza porta a degli scompensi sistemici che vanno al di là di considerazioni d'opportunità: nel più completo disinteresse, salvo rare eccezioni, si assiste a una frammentazione delle tecniche di gestione delle crisi dei gruppi, con nocumento prima di tutto per la certezza del diritto.

Ciò si riscontra, in particolar modo, nei concordati fallimentari e preventivi e negli accordi di ristrutturazione: procedure in cui l'autonomia privata può giocare un ruolo fondamentale, con la stesura di piani che prevedano il coordinamento di più procedure altrimenti destinate a svolgersi separatamente. Basti guardare alla giurisprudenza che si è dedicata al concordato preventivo di gruppo: questa figura nasce negli anni '80, quando la prassi commerciale inizia, di fronte a realtà strettamente interconnesse, a proporre piani unici per tutte le imprese del gruppo. In assenza di principi di fondo in materia, i tribunali che si dedicarono alla questione diedero risposte sensibilmente differenti l'una dall'altra. A questo proposito, possono essere considerate alcune deci-

---

[53] ABRIANI N., PANZANI L., *op. cit.*, pp. 2996 ss.
Il riferimento del "compianto Maestro" è a LIBONATI B., *op. cit*.
[54] DI MAJO A., *I gruppi di società…*, *cit.*, p. 9.
[55] Si avrà modo di approfondire il rapporto tra gruppi di società e fallimento in Italia nel capitolo III, dove saranno affrontate le (poche) norme della legge fallimentare che vi fanno cenno.

sioni paradigmatiche che, se confrontate fra loro, denotano significativa una divergenza di soluzioni[56]:

- il Tribunale di Ivrea (21 febbraio 1995)[57] ammette un concordato preventivo di gruppo a condizione che le società abbiano sede legale ed amministrativa nello stesso luogo e rientrino pertanto nella circoscrizione dello stesso tribunale, purché le domande siano contestuali e ricorrano, per tutte le società, le condizioni di ammissibilità;
- il Tribunale di Terni (19 maggio 1997)[58] richiede che le maggioranze siano integrate in ciascuna impresa;
- il Tribunale di Roma (16 dicembre 1997)[59] ammette una procedura unitaria a discrezione del tribunale presso cui è pendente la procedura concorsuale della controllante, a condizione che "*addivenire a separate procedure sarebbe dannoso sia per le società istanti che per i loro creditori*";
- il Tribunale di Crotone (28 maggio 1999)[60] ammette l'omologazione di un concordato preventivo di gruppo nonostante manchi la maggioranza necessaria richiesta dalla legge per una delle imprese, a condizione che l'operazione non arrechi un pregiudizio ai creditori dissenzienti;
- il Tribunale di Roma (7 marzo 2011)[61] sostiene l'ammissibilità di concordato preventivo unitario a condizione che, in un'unica adunanza, siano previste singole votazioni e separate deliberazioni, in ragione di ciascuna organizzazione societaria e del gruppo di creditori ad essa riferibili;
- il Tribunale di Milano (10 novembre 2009)[62], trattando di omologazione di accordi di ristrutturazione, afferma che questi possono essere riuniti laddove ognuno di essi sia espressamente condizionato al passaggio in giudicato dei decreti di omologa degli altri.

La disomogeneità delle procedure, limiti e condizioni individuati dalla giurisprudenza rischia di confondere gli operatori commerciali. Si avrà modo più avanti[63] di soffermarsi sulla direzione assunta da questi orientamenti e su quale sia lo stato attuale delle

---

[56] Cfr. DI MAJO A., *I gruppi di società…*, *cit.*, p. 60 nota 99 e p. 75 nota 127.
[57] In *Fallimento,* 1995, 9, pp. 969 ss.
[58] In *Fallimento*, 1998, 3, pp. 290 ss.
[59] In *Giur. di mer.*, 1998, pp. 643 ss.
[60] In *Giust. civ.*, 2000, I, pp. 1533 ss.
[61] In *Dir. fall.*, 2011, 3-4, 2, pp. 247 ss.
[62] In *Dir. fall.*, 2010, 3-4, 2, pp. 344 ss.
[63] Cfr. *infra*, capitolo III, §4.

cose[64], ma già dalla panoramica riportata si può notare la disomogeneità delle soluzioni prospettate dalla giurisprudenza. Questa tendenza a integrare in via d'interpretazione è destinata ad acuirsi: è stata messa in luce, infatti, la tendenza giurisprudenziale a ravvisare "*nella mancata disciplina dei gruppi nella legge fallimentare una vera e propria lacuna da colmare in via interpretativa*"[65].

Da questa giurisprudenza, tuttavia, emerge un altro dato interessante: la prassi commerciale sente l'esigenza, la cui meritevolezza è riconosciuta dalla giurisprudenza, di coordinare i piani di ristrutturazione di società facenti parte di un medesimo gruppo; se ciò è possibile nelle procedure concordate, in virtù della autonomia contrattuale, nel fallimento vero e proprio risulta più arduo aggirare l'assenza di un'espressa disciplina. Tentativi anche in questo campo sono stati fatti: la giurisprudenza milanese, ad esempio, suole aprire autonome e separate procedure, ognuna con i propri organi, salva nomina da parte del Presidente della Sezione fallimentare di un giudice delegato "coordinatore dei vari fallimenti"[66].

Si tratta di orientamenti giurisprudenziali cui si è fatto ricorso principalmente per concludere fruttuosamente le procedure nonostante l'assenza di un solido raffronto testuale "*ed in nome della sostanza organizzativa dell'impresa, la rilevanza della cui «forma», articolata in pluralità di soggetti giuridici, è stata ritenuta soccombente rispetto al concreto atteggiarsi dell'attività di produzione professionale di beni o servizi*"[67]. Ma proprio questa mancanza di una legislazione *ad hoc* ha generato interpretazioni difformi le une dalle altre, ognuna delle quali volta alla risoluzione delle specifiche esigenze e peculiarità del caso concreto e pertanto difficilmente elevabile a regola generale.

Ciò che tuttavia è possibile affermare oltre ogni ragionevole dubbio è che una prassi commerciale avallata dalla giurisprudenza, in situazioni di crisi del gruppo, ha ritenuto essere più conveniente servirsi di strumenti che consentano una comunicazione fra le procedure pendenti, tanto da valicare la stessa lettera della legge, piuttosto che valorizzare l'autonomia giuridica delle società singolarmente considerate.

---

[64] Si fa riferimento in particolare alla sentenza 20559/2015 (*cit.*) della Corte di cassazione, che ha imposto limiti stringenti all'ammissibilità di un concordato preventivo di gruppo, evidenziandone i confini *de iure condito*.

[65] LAMANNA F., *op. cit.*

[66] *Ibidem*

[67] GARCEA M., *op. cit.*, pp. 943 ss.

Le ragioni che fondano questa maggior convenienza sono diverse a seconda che si guardi la questione dalla prospettiva dell'organo giudiziario, in termini quindi di efficienza e rapidità dei procedimenti, o piuttosto da quella delle imprese e dei loro creditori, che mirano a una ristrutturazione efficace o a una liquidazione rapida e il più satisfattiva possibile.

Le tecniche di coordinamento sul piano procedurale portano a benefici innanzitutto in termini di riduzione dei costi: l'unificazione delle procedure in una unica poi (c.d. *procedural consolidation*) è fra tutte la forma di coordinamento che più salvaguarda l'economia processuale, convergendo nelle medesime persone gli organi della procedura. Ma anche la meno drastica cooperazione fra i vari organi che si occupano di più procedure concorsuali pendenti realizza vantaggi sui costi, nonché un notevole guadagno di tempo: l'accertamento dei presupposti diviene più agevole, si avrà una comprensione più approfondita e una panoramica completa della vita economica e commerciale dell'impresa, con risvolti significativi in particolare sul piano delle procedure di risanamento.[68]

Sempre sul piano procedurale, dal ricorso a "modelli di coordinamento"[69] è possibile trarre particolare giovamento allorquando il gruppo operi su più ordinamenti (la c.d. crisi transfrontaliera), in cui è sentita l'esigenza di predisporre meccanismi di raccordo fra le procedure regolate da legislazioni diverse, in considerazione della nazionalità delle società componenti il gruppo. Lo scopo, in questo caso, è quello di riuscire ad "*affrontare in modo coordinato e più efficiente il dissesto che coinvolge un'impresa economicamente unitaria*", ma giuridicamente frammentata, "*e ciò specialmente in presenza di obiettivi di risanamento e vantaggio*"[70].

A questo proposito, si esprime con parole simili il *Working Group* V (*Insolvency Law*) dell'Uncitral che nel 2010 ha adottato la Parte terza della *Legislative Guide on Insolvency Law*[71] riguardante specificamente i gruppi (*Treatment of enterprise groups in insolvency*): *"procedural coordination is intended to promote procedural convenience and cost-efficiency; it may not only facilitate the obtaining of comprehensive information on the business operations of the group members subject to the insolvency*

---

[68] Cfr. MIOLA M., *Riflessioni su responsabilità…, op. cit.*, p. 3.

[69] Per modelli di coordinamento si intenda l'insieme di meccanismi di coordinamento fra procedure concorsuali gravanti su più imprese facenti capo allo stesso gruppo.

[70] VATTERMOLI D., *Gruppi multinazionali insolventi*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, pp. 585-627.

[71] Rinvenibile per intero al sito http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html

proceedings, but also assist in the valuation of assets, in the identification of creditors and other parties in interest and in avoiding duplication of effort."[72]

Dalle considerazioni del *Working group* è ricavabile, tra gli altri, un altro prezioso vantaggio del coordinamento: lo scambio rapido e continuo di informazioni fra i vari organi di procedura competenti, utile tanto a livello nazionale quanto internazionale. Dottrina e legislazioni internazionali, quali quella comunitaria, sono consce da tempo di come tale flusso informativo contribuisca "*all'efficiente gestione della massa fallimentare del debitore o all'efficace realizzo della totalità dei beni*"[73].

Paradigmatico è poi il passaggio che vuole la *procedural coordination* capace di evitare un inutile "duplicazione degli sforzi", chiaro riferimento alla macchinosità di un'inopportuna moltiplicazione delle procedure, ognuna indipendente dalle altre, passibile, specie a livello internazionale, di generare conflitti e distorsioni della realtà economica realmente esistente.

Come si è visto, parallelamente a queste esigenze di tipo procedurale, legate essenzialmente a ragioni di economia ed efficienza processuale, vi sono spinte provenienti dalle stesse imprese coinvolte nel senso di preferire forme coordinate di composizione delle crisi in cui versano. In origine tale volontà ha trovato espressione proprio con la richiesta di omologazione di piani di ristrutturazione dei debiti unitari per il gruppo. Il coordinamento ha infatti il vantaggio di ottenere una gestione più efficiente della crisi, così da risultare in ultima analisi più conveniente per il ceto creditorio stesso.

Questa migliore funzionalità rispetto a una visione atomistica di ciascuna società emerge particolarmente evidente dalle strette correlazioni che caratterizzano i rapporti esterni economici e finanziari di un gruppo di società: si fa riferimento alle c.d. obbligazioni di gruppo, con cui, da un punto di vista giuridico, più imprese del gruppo si obbligano solidalmente verso uno stesso creditore; ma invero sovente, dalla prospettiva dei creditori, è il gruppo nella sua unità ad essere obbligato. A tale proposito, è stato rilevato come "*raffrontando l'attivo globalmente disponibile con le passività sarebbe possibile ridurre ad unità le obbligazioni solidali evitando i conflitti che sorge-*

---

[72] Il coordinamento procedurale ha lo scopo di promuovere una miglior efficienza procedurale e una maggiore convenienza economica; esso non solo facilita la raccolta di informazioni sulle operazioni commerciali delle società del gruppo fra i procedimenti di insolvenza pendenti, ma al contempo favorisce la quantificazione del valore dei cespiti, l'identificazione di creditori e terze parti interessate ed evita una duplicazione degli sforzi.

[73] BARIATTI S., CORNO G., *Il Regolamento (UE) del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015 relativo alle procedure (rifusione). Una prima lettura*., ne *ilFallimentarista.it*, *Focus* del 9/9/2015.

rebbero laddove si dovesse stabilire chi deve pagare prima e chi dopo" [74]. In tale analisi si riporta un caso in cui, grazie alla presentazione di un concordato preventivo di gruppo, si poté pervenire al risultato di soddisfare per intero il passivo privilegiato, oltre che una consistente parte di quello chirografario, proprio mediante il conteggio unico di tutti i creditori comuni[75].

Se è vero che lo scopo di una procedura concorsuale è la migliore conservazione della garanzia patrimoniale in favore dei creditori, rappresentata dal patrimonio sociale, lo stadio massimo di efficienza possibile del sistema in situazioni come quelle sopra descritte non può prescindere dal raccordo fra le procedure. Non è pertanto assurdo affermare che, avvertita l'esigenza di non sgretolare l'unità di direzione e coordinamento, una volta aperte procedure concorsuali che investono una o più società del gruppo risulti non solo opportuno, ma necessario per il buon esito dell'operazione gestire in modo coordinato, finanche unitario, la ristrutturazione o liquidazione delle attività. Si afferma in dottrina che sia perfino evidente che, in caso contrario, "*le possibilità di conservazione dell'impresa o di liquidazione in termini tali da assicurare la massimizzazione degli asset risulterà gravemente compromessa, con conseguenze pregiudizievoli proprio per i creditori*"[76].

5. I modelli di coordinamento

Fermo tutto quanto precede, occorre ora soffermarsi sugli strumenti che, nel tempo, sono stati prospettati per dare rilevanza al gruppo laddove una o più delle società che lo compongono sia ammessa a una procedura concorsuale. Il panorama è ampio e l'origine varia: se il concordato preventivo di gruppo nasce dalla prassi commerciale, esistono altri meccanismi che non possono prescindere da un intervento legislativo, quali, ad esempio, l'estensione di una certa procedura fra le imprese del gruppo.

L'analisi a seguire intende partire dal più pervasivo dei coordinamenti possibili, il c.d. consolidamento di patrimoni (o *substantive consolidation*), che comporta la confusio-

---

[74] Cfr. LAMANNA F., *op. cit*.

[75] L'Autore sottolinea che "*separatamente considerate le società, nessun creditore avrebbe ricevuto altrettale soddisfazione*".

[76] PANZANI L., *La disciplina della crisi di gruppo tra proposte di riforma e modelli internazionali*, in *Fallimento*, 2016, 10, pp. 1153 ss.

ne delle masse patrimoniali attive e passive delle società del gruppo: sistema, questo, per così dire "opposto" rispetto a quello vigente in Italia.

Questo modello nel nostro ordinamento dev'essere visto come un "limite asintotico", invalicabile, tale qualunque ramo dell'ordinamento si consideri. L'unico contemperamento possibile *de iure condito* è forse quello messo in risalto da un'autorevole dottrina già negli anni '70, che distingue a seconda che l'articolazione dell'impresa unitaria sia fittizia o risponda a esigenze reali[77]: si è ritenuto infatti che, laddove sussista *substantial identity* tra le imprese e pertanto l'organizzazione in forma di gruppo sia sostanzialmente di facciata (chiamata "pseudogruppo" o "società fasulle"), sarebbe di conseguenza possibile prospettare forme di *substantive consolidation*, così da ignorare l'autonomia giuridica delle società che compongono il gruppo, in relazione alla patologicità della fattispecie. Al contrario, sottolinea tale dottrina, qualora si versi in ipotesi di "*effettiva e fisiologica strutturazione dell'impresa nella dimensione complessa ed unitaria di gruppo*", resta salva la preclusione secondo cui solo un intervento legislativo potrebbe consentire forme di consolidamento patrimoniale[78].

Ma, a ben vedere, mai in Italia vi è stato (nemmeno) un tentativo di riforma che abbia prospettato una *substantive consolidation*, né il disegno di legge delega della Commissione Rordorf di riforma organica della legge fallimentare attualmente in discussione in Parlamento è indirizzato in tal senso. Autorevole dottrina, peraltro, ha scoraggiato e duramente criticato l'opportunità del consolidamento patrimoniale, ritenendo che, a differenza di quello procedurale, generi, nei sistemi in cui è applicato (quali quello nordamericano), "*problemi maggiori di quelli che si intende risolvere*" [79].

5.1 Il sistema statunitense: il consolidamento dei patrimoni

Il modello statunitense racchiude in sé gran parte dei modelli di coordinamento possibili e perciò si colloca come termine di raffronto delle ricerche e delle legislazioni che intendano approcciarsi al tema. In particolare si possono individuare nella legislazione

---

[77] Si fa riferimento a PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1974, relativamente al paragrafo "*L'equivoco di far riferimento a un soggetto per determinare ciò che è sottoposto a fallimento*".

[78] ABRIANI N., PANZANI L., *op. cit.*, pp. 3027 ss.

[79] VATTERMOLI D., *Gruppi insolventi e "consolidamento" di patrimoni (substantive consolidation)*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, pp. 586 ss.

nordamericana tre strumenti molto incisivi di coordinamento sconosciuti al diritto italiano[80]:

I. I poteri del *trustee* della procedura (noi diremmo del curatore) di esercitare l'azione revocatoria degli atti infragruppo (*fraudolent conveyance*).
L'*Uniform Fraudolent Transfer Act* (UFTA) al §547 consente la revocabilità di atti, pur non caratterizzati dal *consilium fraudis*, compiuti dal debitore nei 90 giorni precedenti l'apertura della procedura, termine che si estende ad un anno se la controparte è un *insider*[81]. La definizione di *insider* è complessa: per quanto interessa ai fini del presente elaborato, la giurisprudenza parla di "*un individuo o entità che ha un rapporto col debitore sufficientemente stretto da giustificare che la sua condotta sia fatta oggetto di uno scrutinio più approfondito rispetto a situazioni in cui v'è indipendenza fra le parti*"[82]. Inoltre gli atti infragruppo realizzati con intento fraudolento del debitore – ossia quegli atti gratuiti o posti in essere dietro prezzo irrisorio (*rectius* un prezzo inferitore al *fair-value*) – godono di un periodo sospetto aumentato a due anni.
La disciplina ricorda quella italiana della revocatoria aggravata relativamente alla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di crisi (regolata dal D.Lgs. 270/1999); tuttavia, a parte il fatto che i poteri di revocatoria del commissario giudiziale in tale procedura sono più limitati che nel sistema statunitense, comunque la normativa è speciale e pertanto non estensibile alle altre procedure concorsuali. In tal senso si pone l'orientamento assolutamente maggioritario della giurisprudenza: "*le speciali regole dettate per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi non sono estensibili al di fuori delle peculiari ipotesi contemplate*" [83].

---

[80] La trattazione che segue si ispira in particolare allo scritto di VATTERMOLI D., *Gruppi insolventi…*, *cit.*, pp. 586 ss.
[81] *Ibidem*
[82] United States Court of Appeals, Tenth Circuit: U.S. Medical, INC., Debtor. Glen R. Anstine, Plaintiff-Appellant vs. Carl Zeiss Meditec AG, formerly known as Ascelepion-Meditec AG, appellee. n. 07-1259 del 5 luglio 2008, in http://caselaw.findlaw.com/.
Testo originale: "*An individual or entity that has a sufficiently close relationship with the debtor that his conduct is made subject to closer scrutiny than those dealing at arm's length with the debtor*".
[83] Cass. civ. Sez. I, 16.07.1992, n. 8656, in *Fallimento*, 1993, pp. 247 ss. In merito si veda anche *infra*, capitolo III, §3.2.

II. La c.d. subordinazione "equitativa" (o *equitable subordination*): la possibilità dell'organo giudiziale (*bankruptcy court*), tanto in procedure liquidatorie che riorganizzative, di far retrocedere il rango dei crediti vantati dalla capogruppo nei confronti delle società figlie.

Nel nostro ordinamento la disciplina della postergazione dei finanziamenti infragruppo, ai sensi dell'art. 2467 c.c., ricorda questa facoltà della *bankruptcy court* statunitense; la soluzione nostrana tuttavia "*fa perno sulla subordinazione legale*": in presenza di determinati presupposti il credito della capogruppo "*è retrocesso al rango subordinato, indipendentemente (...) dall'essere lo stesso originariamente chirografario oppure assistito da una causa legittima di prelazione*"[84]. Anche nel *Bankruptcy Code* statunitense vi sono ipotesi in cui la postergazione dei crediti avviene *ex lege*; nel caso *de qua* tuttavia si prospetta una situazione differente: viene infatti rimesso al giudice del concorso, sulla base dei *powers of equity* di cui dispone, ed in presenza di determinati presupposti, la facoltà di retrocedere al rango di subordinati crediti originariamente chirografari (o privilegiati) ammessi al passivo della procedura concorsuale[85].

Sempre nel contesto di crediti infragruppo, l'ordinamento statunitense dà la possibilità alla *bankruptcy court*, oltre che come visto di subordinare il credito, anche, in presenza di una serie di condizioni, di riqualificarlo in quote di capitale di rischio della società insolvente (c.d. *recharacterization*). Questo strumento, come evidente, è del tutto sconosciuto all'ordinamento italiano.

III. La *substantive consolidation*.

Con consolidamento patrimoniale si intende, nell'ambito di una trattazione unitaria della crisi del gruppo, la confusione delle masse patrimoniali attive e passive, con compensazione dei rapporti giuridici infragruppo. La giurisprudenza statunitense ha descritto lo strumento come la capacità del giudice fallimentare di trattare "*entità giuridicamente separate come se si fossero fuse in un unico corpo risultante detentore di*

---

[84] VATTERMOLI D., *La subordinazione "equitativa" (Equitable Subordination)*, in *Società*, 2009, pp. 1390 ss.

[85] *Ibidem* anche per approfondire il tema della subordinazione equitativa nel sistema nordamericano, con analisi dei presupposti in presenza dei quali essa si rende applicabile.

tutte le attività e passività cumulativamente considerate (salvo per quanto riguarda le passività interne, che si elidono)"[86].

L'effetto essenziale del modello è pertanto la formazione "*di un unico patrimonio rispetto al quale concorrono indistintamente tutti i creditori delle diverse società del gruppo*".

Se la sua giustificazione principale risiede nell'affidamento dei creditori "*sull'unicità del centro di interessi dell'impresa*" [87], è facile controbattere che il consolidamento patrimoniale, nel rompere l'autonomia patrimoniale di cui ciascuna impresa del gruppo gode, finisce per collidere platealmente con la garanzia creditoria per eccellenza: il patrimonio della singola società debitrice.

Posto che nel nostro ordinamento, come visto in precedenza, è inammissibile una fusione patrimoniale in fase concorsuale, resta il fatto che, anche laddove ciò fosse previsto, sarebbe comunque imprescindibile trovare un punto di bilanciamento fra queste due possibili aspettative dei creditori, contrapposte l'una all'altra.

Il punto di equilibrio, peraltro, non può essere posto in termini assoluti: l'organizzazione in forma di gruppo in sé è un modello astratto, mentre l'effettiva intensità delle correlazioni interne, dei legami economici e giuridici fra le società e dell'apparenza con cui esse si mostrano rispetto al mercato sono elementi estremamente variabili, che fanno di ciascun gruppo un *unicum*.

A questo punto, delle due l'una: o si lascia ai creditori la possibilità di scegliere se procedere o meno al consolidamento; o si prevede che sia il giudice, all'esito di una valutazione in concreto, a operare una scelta d'opportunità. Ma il punto di riferimento sarà sempre l'interesse del ceto creditorio: solo laddove si preveda che il consolidamento patrimoniale determini una sua soddisfazione maggiore dei creditori, esso sarà ammesso.

Ciò premesso, si spiega l'affermazione secondo cui requisito ultimo per procedere alla *substantive consolidation* sia che "*data l'estrema confusione tra i patrimoni*" essa risulti "*vantaggiosa per tutti i creditori*"[88].

---

[86] Genesis Health Ventures, Inc. v. Stapleton (*In re* Genesis Health Ventures, Inc.), 402 F.3d 416 (3d Cir. 2005).
Testo originale *[The Bankruptcy court]* "*treats separate legal entities as if they were merged into a single survivor left with all the cumulative assets and liabilities (save for interentity liabilities, which are erased*)".

[87] DI MAJO A., *I gruppi di società…*, *cit.*, pp. 66 e ss.

[88] *Ibidem*

In questa logica si colloca il sistema nordamericano, in cui non vige alcun obbligo per l'autorità giudiziaria di procedere al consolidamento patrimoniale date determinate condizioni: esse, come abbiamo visto, non sono sintetizzabili; ma è possibile farvi ricorso solo se ed in quanto essa sia proposta dalle parti.

Ed ecco perché si è affermato che "*la substantive consolidation docrtine è, in ultima analisi, uno strumento forgiato, prima ancora che dai giudici, dalla libertà contrattuale riconosciuta ai privati. In questa prospettiva, l'istituto appare assai meno «esotico» e tanto meno «eccentrico» rispetto a quanto avviene nel nostro ordinamento nell'ambito delle soluzioni concordate della crisi; e meriterebbe senz'altro di verificare il suo ambito di applicazione nei nostri piani di risanamento, nella prospettiva eminentemente «privatistica» e «contrattuale» degli stessi, ma sempre nella logica di una maggior tutela dei creditori*"[89].

Ma proprio per questa sua natura ambivalente, la stessa *substantive consolidation*, o almeno la sua reale utilità, è stata ampiamente criticata in dottrina, tanto che è stato affermato che essa rappresenti "*one of the most divisive issues in bankruptcy*"[90].

Per capire come mai l'istituto generi tante perplessità, si rende necessaria una breve analisi della storia della *substantive consolidation doctrine* negli Stati Uniti[91].

Innanzitutto bisogna precisare che di essa non vi sia traccia nel *Bankruptcy Code*: la sua origine è prettamente giurisprudenziale, rientrando anch'essa, così come l'*equitable subordination* e la *recharacterization*, fra gli strumenti "equitativi" di cui le *bankruptcy court* dispongono[92].

Al momento gli orientamenti maggiormente seguiti negli Stati Uniti fanno capo a tre giudizi.

a) Caso *Auto-Train* del 1987. Secondo questo orientamento, per procedere al consolidamento patrimoniale è necessario che:

---

[89] ABRIANI N., PANZANI L., *op. cit.*, pp. 3027 ss.

[90] Così BLASSES, *Reading into Reality, Substantive Consolidation of Parent Corporations and Subsidiaries*, 24 *Emory Bankruptcy Developments Journal*, 2008, pp. 473 ss.

[91] Così come ricostruita da VATTERMOLI D., *Gruppi insolventi…*, *cit.*, pp. 586 ss, a cui si rinvia.

[92] Si fa riferimento al §105 del *Bankruptcy Code*, secondo il quale "*The court may issue any order, process, or judgment that is necessary or appropriate to carry out the provisions of this title*". Da questa norma discende la natura di *Court of equity* del giudice fallimentare americano.

i. vi sia sostanziale identità (*substantial identiy*) fra le imprese da consolidare;
ii. il giudice fallimentare accerti la necessarietà del consolidamento al fine di evitare un pregiudizio o di realizzare un beneficio per i creditori;
iii. qualora i creditori opponenti dimostrino di aver fatto affidamento sul patrimonio della singola società loro creditrice e di subire pregiudizio dal consolidamento, il giudice deve accertare che i benefici del consolidamento ne superino di gran lunga i costi (*benefits of consolidation 'heavily' outweigh the harm*).

A parte i dubbi sollevati in dottrina relativamente alle ampie zone grigie lasciate all'interpretazione caso per caso del giudice, è importante mettere in evidenza come l'*Auto-train test* consenta il consolidamento patrimoniale nonostante vada a svantaggio di alcuni creditori, purché, almeno in base a una valutazione complessiva, tali svantaggi siano riassorbiti dai più ampi benefici apportati nel ricorrervi.

b) Caso *Augie/Restivo* del 1988. Secondo questo orientamento, per procedere al consolidamento patrimoniale è necessario che:

i. i creditori abbiano avuto a che fare con le imprese considerandole come una singola unità economica e non abbiano fatto affidamento sulla loro identità separata nel concedere credito[93];
ii. in alternativa, che gli affari delle imprese debitrici siano a tal punto concatenati che del consolidamento beneficeranno tutti i creditori[94].

Secondo la prima condizione, è necessario un accertamento sulla condizione psicologica dei creditori nel momento in cui hanno concesso credito; ma di tutti i creditori, non della maggioranza, come invece per l'*Auto-train test*.

Con riferimento alla seconda condizione, si richiede invece che "*le relazioni infragruppo siano così complesse ed intricate che o le spese da sostenere ed i tempi necessari per decifrarle siano tali da rendere l'operazione antieconomica per tutti i credi-*

[93] *Whether creditors dealt with the entities as a single economic unit and did not rely on their separate identity in extending credit.*
[94] *Whether the affairs of the debtors are so entangled that consolidation will benefit all creditors*.

tori; oppure, risulta addirittura impossibile giungere ad un'esatta ricostruzione dei singoli patrimoni"[95].

Questo test, in sostanza, prescinde completamente da un'analisi costi-benefici globale, richiedendo un vantaggio per tutti i creditori in caso di consolidamento patrimoniale, o almeno uno svantaggio per ognuno di essi in caso non vi si procedesse.

c) Caso *Owens Corning* del 2005. Secondo questo orientamento, per procedere al consolidamento patrimoniale è necessario che:

i. le imprese debitrici abbiano mostrato una tale noncuranza rispetto alla loro separatezza che i loro creditori hanno fatto affidamento sulla degradazione dei confini fra le entità e le abbiano trattate con un'unica entità giuridica[96];
ii. in alternativa, che le attività e passività siano a tal punto confuse fra loro che separarle sarebbe costoso e danneggerebbe tutti i creditori[97].

Questo test si presenta come ibrido rispetto ai due orientamenti precedenti, richiedendo tanto l'elemento soggettivo (l'affidamento dei creditori) che l'elemento oggettivo (ossia la ragionevolezza dell'affidamento dei creditori, cioè l'apparenza esteriore di essere un'unica entità data dalle imprese del gruppo[98] e "*l'assoluta impossibilità di districare la massa formata dall'intreccio delle relazioni patrimoniali tra le società del gruppo*"[99]).

In sintesi, tutti questi orientamenti mirano ad "*assicurare, attraverso il consolidamento, la tutela dell'aspettativa dei creditori*"[100]. I poteri che il giudice fallimentare statunitense si è arrogato sono stati ritenuti dalla dottrina troppo ampi: la discrezionalità di cui dispone ha finalità equitative, ma l'ampiezza e indeterminatezza delle situazioni in cui fa ricorso al consolidamento patrimoniale ha generato più d'una perplessità in merito alla reale capacità di realizzare tali finalità. Lo stesso Vattermoli, uno degli autori che più si sono dedicati in Italia alla ricostruzione del sistema concorsuale nordamericano, è molto critico rispetto alla concreta utilità della *substantive consolidation*. Egli,

---

[95] VATTERMOLI D., *Gruppi insolventi…, cit.*, pp. 595 ss.
[96] *The different debtors disregarded separateness so significantly that their creditors relied in the breakdown of entity borders and treated the mas one legal entity*.
[97] *Assets and liabilities are so scrambled that separating them is prohibitive and hurts all creditors*.
[98] Analisi di BLASSES, *op. cit.*, pp. 473 ss.
[99] VATTERMOLI D., *Gruppi insolventi…, cit.*, pp. 599 ss.
[100] *Ibidem*

infatti, ritiene lo strumento potenzialmente dannoso per il sistema e, pertanto, bisognoso di rigide limitazioni; in sostanza, l'Autore sembra ammetterne l'opportunità solo laddove vi sia "*assoluta impossibilità di ricostruire l'effettivo patrimonio delle singole entità*", pur concedendo al contempo che subordinare il ricorso al consolidamento patrimoniale "*al vantaggio di tutti i creditori sembra, in effetti, limitare fortemente lo strumento*".

Sicuramente un suo uso indiscriminato e non ponderato rischia di condurre a risultati iniqui: si pensi solo alle riverberazioni della fusione patrimoniale nei confronti di società *in bonis* del gruppo. L'Autore in discorso, quindi, ritiene non vi sia ragione per introdurre una simile complicazione nel nostro ordinamento, laddove sarebbe più che sufficiente (ed auspicabile) una legislazione organica che consentisse forme di consolidamento procedurale.

Certo è che, qualora si introducesse la possibilità di fare ricorso al consolidamento patrimoniale, le maglie entro cui se ne dovrebbe prevedere l'operatività dovrebbero essere definite chiaramente, così da evitare di stravolgere l'obiettivo primario della legislazione concorsuale nel suo complesso, ossia l'equità nella distribuzione. Un esempio virtuoso in questa direzione è rappresentato dalla *Ley concursal* spagnola (*Ley* 38/2011): l'art. 25-*ter* dispone che la riunione dei procedimenti (c.d. consolidamento procedurale[101]) comporta la trattazione coordinata, senza consolidamento delle masse. Sono tuttavia previste eccezioni in caso di "*confusione dei patrimoni o quando non sia possibile stabilire la titolarità dei passivi e degli attivi senza incorrere in una spesa o in un ritardo ingiustificato*"[102].

Va, in conclusione, ribadito che, in ambito internazionale, sta crescendo il consenso per il consolidamento patrimoniale[103]; si allude in particolare ai lavori dell'Unictral, la cui *Legislative Guide on Insolvency Law*, nella Parte Terza del 2010 (*Treatment of enterprise groups in insolvency*), che contiene raccomandazioni specificamente dedicate ai gruppi di società, consente alcune ipotesi di *substantive consolidation*[104].

---

[101] Cfr. *infra*, capitolo I, §5.2.
[102] ABRIANI N., PANZANI L., *op. cit.*, pp. 3052 ss.
[103] DI MAJO A., *I gruppi di società…*, *cit.*, pp. 66 e ss.
[104] Sul punto si veda *infra*, capitolo II, §5.

5.2 Il coordinamento procedurale

Si sono viste quindi le problematicità che emergono inevitabilmente laddove si ricorra al consolidamento patrimoniale; ciò non toglie tuttavia che restino più che ferme tutte le considerazioni precedentemente svolte in merito alle altrettanto gravi difficoltà cui si va incontro lasciando le procedure concorsuali cui sono sottoposte più imprese dello stesso gruppo distinte e non coordinate, con la disgregazione dell'organizzazione unitaria, fondamentale in vita, negletta in fase di crisi.

Per evitare questo risultato, le legislazioni che si sono dedicate al tema hanno nel tempo sviluppato forme di coordinamento meno invasive, che salvano la dimensione autonoma della società, senza ignorare la realtà in cui questa è inserita, grazie a interventi sulla gestione procedurale delle crisi.

Gli strumenti di coordinamento cui ci si riferisce hanno come minimo comune denominatore il raccordo, in fase concorsuale, fra le procedure; essi fanno perno non più sulla dimensione reale-patrimoniale delle società del gruppo, quanto, per l'appunto, sulla gestione delle procedure in senso stretto, intervenendo sugli organi e sui loro poteri, sui presupposti per accedere alla procedura concorsuale, o ancora predisponendo meccanismi di scambio costante di informazioni.

Le masse attive e passive rimangono, al contrario, separate ed è conservata l'autonomia patrimoniale delle società del gruppo; la garanzia creditoria rappresentata dal patrimonio della società debitrice ne esce pertanto inalterata.

Fra queste misure, quella che realizza la più forte connessione è senza dubbio il consolidamento procedurale (o *procedural consoliadation*, o ancora *joint administration*), mediante il quale si procede all'unificazione, in capo alle medesime persone fisiche, degli organi delle procedure aperte per far fonte alla crisi delle imprese facenti capo al gruppo.

Senza pretese di esaustività, si sono individuate quattro forme principali di coordinamento procedurale tra i piani di ristrutturazione o di liquidazione delle imprese del gruppo. L'analisi condotta ha considerato gli strumenti adottati a più livelli:

a) innanzitutto nel nostro ordinamento, relativamente agli usi nella prassi commerciale, alle procedure concorsuali speciali che tengono in considerazione il tema dei gruppi, con un occhio al disegno di legge delega predisposto dalla Commissione Rordorf;

b) in altri ordinamenti, quello statunitense *in primis*, ma anche spagnolo (*Ley concursal* riformata con la *Ley* 38/2011) o tedesco (disegno di legge del 2013 ora all'esame del *Bundestag*[105]);

c) in ambito internazionale, sia a livello dell'Unione Europea (il nuovo Regolamento 848/2015/UE) che dell'Uncitral (*Legislative Guide on Insolvency Law, Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency*).

Appare opportuna una panoramica generale dei quattro modelli di coordinamento procedurale, analizzati sia da un punto di vista teorico che osservando come gli ordinamenti e i sistemi sopra citati, in chiave comparatistica, si sono posti rispetto ad essi; la loro utilizzazione pratica nel sistema italiano sarà invece affrontata più approfonditamente nel capitolo III della trattazione. Si noti come essi non siano affatto alternativi fra loro, essendo anzi frequente che, laddove un ordinamento o una particolare disciplina concorsuale intervenga prendendo in considerazione il fenomeno dei gruppi, sia predisposto un sistema integrato di più strumenti che operano in concerto. Ciò che caratterizza la legislazione della crisi dei gruppi, in realtà, è proprio questo "tutto o niente": quando il legislatore interviene predispone plurimi meccanismi di raccordo; laddove non è (ancora) intervenuto, ogni tentativo di coordinamento risulta macchinoso e, in ultima analisi, almeno parzialmente *contra litteram legis*.

5.2.1 La redazione di un piano di liquidazione o ristrutturazione unitario per tutte le società insolventi del gruppo

Nel nostro ordinamento, stante l'imprescindibilità in ambito fallimentare del principio di autonomia giuridica della singola società facente capo al gruppo, l'adozione di un piano di liquidazione o ristrutturazione unitario per più imprese del gruppo è possibile esclusivamente in relazione ad alcune procedure concorsuali speciali, in quanto espressamente previsto (le amministrazioni straordinarie regolate dal D.Lgs. 270/1999 e dalla L. 39/2004), oppure nell'ambito degli accordi di ristrutturazione e del concordato preventivo, in virtù dei margini di autonomia lasciata ai privati.

L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di crisi[106], regolata dal D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270, prevede la possibilità di redigere un programma unitario

---

[105] Regierungsentwurf del 21/6/2012, consultabile su www.bundesgerichtshof.de/DE/Bibliothek/GesMat/WP18/K/Konzerninsolvenzen.html

[106] Cfr. *infra*, capitolo III, §3.1.

laddove vi sia stata estensione della procedura alle imprese del gruppo (come regolato dagli articoli 27 e 81 del medesimo D.Lgs. 270/1999).

L'amministrazione straordinaria "speciale"[107] va oltre le previsioni della sua gemella quando introduce "*un'embrionale disciplina del concordato di gruppo*"[108], per la quale la proposta di concordato può essere unica per più società del gruppo sottoposte alla procedura, pur restando comunque ferma l'autonomia delle rispettive masse attive e passive (art. 4-*bis* D.L. 347/2003). L'art. 3, comma 3-*bis*, dello stesso decreto "*enuncia, in termini più chiari di quelli adottati nel D.Lgs. n. 270 del 1999 (art. 86), il principio secondo cui la circostanza dell'appartenenza di più imprese soggette ad a.s. al medesimo gruppo giustifica, ma non impone, la predisposizione di un programma unico*"[109].

Quanto al concordato preventivo di gruppo, sarà dedicata un'apposita trattazione[110] riguardante più specificamente l'insolvenza dei gruppi di società in Italia; nello specifico, tale strumento di coordinamento sarà pertanto inquadrato rispetto alle modalità con cui se ne è fatto ricorso nel nostro ordinamento. Per quanto qui rileva, è sufficiente qualche cenno: la riforma del diritto societario del 2003 e 2005 ha comportato una "liberalizzazione" del concordato preventivo e ha introdotto gli accordi di ristrutturazione, estendendo i margini di intervento dei privati sul contenuto dei rispettivi piani. Ciò ha permesso il riconoscimento dei gruppi, parallelamente a quanto compiuto dalla stessa riforma sul piano civilistico, anche in ambito concorsuale da parte della prassi commerciale[111].

Il concordato preventivo di gruppo, invero, è una pratica invalsa già dai primi anni '80, quando la giurisprudenza ha cominciato ad omologare piani unitari con aperture più o meno ampie[112].

La Cassazione si è pronunciata con sentenza 20559/2015[113] sulla sua ammissibilità, evidenziandone i limiti *de iure condito*; la dottrina si è dedicata alla pronuncia e ai

---

[107] Introdotta con D.L. 23 dicembre 2003, n. 347, poi convertito dalla l. 18 febbraio 2004, n. 39 (c.d. "Legge Marzano"), recante "*Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza"*.
Per un'analisi approfondita della procedura concorsuale si veda *infra*, capitolo III, §3.2.

[108] POLI S., *Ammissibilità e tecniche di proposizione del "concordato di gruppo" dopo l'intervento della S.C.*, in *Fallimento*, 2016, pp. 142 ss.

[109] SCOGNAMIGLIO G., *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2008, II, pp. 1091 ss.

[110] Cfr. *infra*, capitolo III, §4.2.

[111] Cfr. ABRIANI N., PANZANI L., *op. cit.*, p. 3049.

[112] Cfr. *supra*, capitolo I, §4.

suoi effetti, mettendo in risalto come il concordato preventivo di gruppo ne sia uscito "*colpito, ma non affondato*"[114]. Pertanto ancora oggi ne sussistono margini di utilizzo, ma, fino a che il legislatore non interverrà risolvendo alcuni punti nevralgici della questione, non superabili col solo ricorso all'interpretazione, le limitazioni imposte dal diritto positivo non ne consentiranno un utilizzo agevole.

Se il disegno di legge Rordorf[115] fosse approvato, esso consentirebbe, con riferimento al concordato preventivo[116], un "*piano unitario di risoluzione della crisi del gruppo*", con la precisazione che questo "*possa contemplare anche operazioni contrattuali e riorganizzative intragruppo funzionali alla continuità aziendale e al migliore soddisfacimento dei creditori (art. 3, comma 2, n. 6)*"[117].

5.2.2 Il consolidamento procedurale e gli altri interventi sugli organi di procedura

Si è già visto come, nel consolidamento procedurale, il coordinamento degli organi di procedura trovi il suo massimo compimento. Esso è da intendersi come "*l'adozione di norme che prevedano la competenza di un unico giudice per tutte le procedure in deroga ai principi ordinari*" e "*la nomina del medesimo organo gestorio*"[118].

L'unificazione presso un unico tribunale fallimentare della procedura è sicuramente inattuabile in Italia allo stato delle cose: in assenza di norme di raccordo, infatti, "*nel caso in cui alcune società del gruppo abbiano la propria sede legale nel circondario di un tribunale diverso da quello della capogruppo, non è dato realizzare, allo stato della disciplina vigente, un'attrazione a favore del foro fallimentare di quest'ultima*"[119].

---

[113] *Cit.*

[114] FABIANI M., *Concordato preventivo e gruppo di società: colpito ma non affondato*, in *Foro it.*, 2016, Parte I, pp. 1372 ss.
Ma si sono pronunciati, pervenendo a conclusioni assimilabili, anche:
- DE CESARI P., *Riforma Rordorf e sollecitazioni europee: le parallele cominciano a convergere*, in *Fallimento*, 2016, 10, pp. 1143 ss.
- POLI S., *Ammissibilità e tecniche…*, *cit.*, pp. 142 ss.
- DI MAJO A., *Il fenomeno del concordato c.d. di gruppo e il diniego espresso dalla Corte di cassazione*, ne *ildirittodegliaffari.it*, 29 marzo 2016.

[115] Cfr. *infra*, capitolo III, §5.

[116] Per un approfondimento sull'origine, i vantaggi e le posizioni dottrinali su questo istituto, nonché per un'analisi della situazione *post* sentenza della Suprema Corte, si rinvia al capitolo III, §4, di questa trattazione.

[117] PANZANI L., *La disciplina della crisi di gruppo…*, *cit.*, pp. 1153 ss.

[118] *Ibidem*

[119] ABRIANI N., PANZANI L., *op. cit.*, pp. 3048 ss.

Nemmeno nell'ambito dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di crisi è possibile riscontrare una competenza giudiziaria unitaria: l'insolvenza di ciascuna società infatti dev'essere accertata dal rispettivo tribunale della sede effettiva e principale "*anziché, come sarebbe stato più giusto, l'ufficio giudiziario che ha disposto la procedura nei confronti della c.d. impresa madre. In tal guisa, può verificarsi che l'accertamento del passivo debba essere espletato davanti a tribunali diversi*"[120]. La dottrina[121] mette in risalto le problematicità di questa scelta legislativa, stante in particolar modo la previsione che, a fronte di una possibile pluralità di tribunali fallimentari competenti, statuisce al contrario che gli organi preposti alla procedura debbano essere i medesimi.

Rispetto agli organi responsabili della procedura, infatti, l'art. 80 del D.Lgs. 270/1999 dispone che all'impresa a cui sia stata estesa l'amministrazione straordinaria siano "*preposti gli stessi organi nominati per la procedura madre*".

Si assiste dunque a un'asimmetria fra organo giudiziario e organi responsabili della gestione della procedura; i risultati di questa scelta si dimostrano essere particolarmente inopportuni laddove i diversi tribunali competenti assumano indirizzi diversi nell'ambito di ciascuna procedura.

La legge Marzano non ripropone la medesima problematicità: l'art. 3.3 della l. 39/2004 contempla il potere del commissario straordinario (dopo il *nulla osta* del Ministro delle attività produttive) di presentare ricorso per la dichiarazione d'insolvenza di imprese del gruppo *presso lo stesso tribunale* che ha dichiarato l'insolvenza della "società madre". Si noti come anche per questa procedura il commissario straordinario sia unico.

Il disegno di legge Rordorf[122] accoglie il regime della *procedural consolidation*, consentendo che vi sia un'unica procedura, sia essa liquidatoria o conservativa, nel caso di domanda congiunta delle imprese del gruppo; parallelamente, si prevede, anche nel concordato preventivo, la presenza di un unico giudice delegato e di un unico commissario giudiziale.

Interessante è infine l'utilizzo che la *Ley Concursal* spagnola fa del consolidamento procedurale: essa contempla la possibilità di una dichiarazione unica del *concurso* su istanza dei debitori che facciano parte del medesimo gruppo di società o su istanza del

---

[120] DI MAJO A., *I gruppi di società…*, *cit.*, pp. 80 e ss.
[121] *Ibidem*
[122] Cfr. *infra*, capitolo III, §5.

creditore che vanti crediti nei confronti di più società dello stesso gruppo. È altresì disposta l'opportunità di riunire i procedimenti relativi a società del medesimo gruppo, su domanda congiunta di tutti i suoi membri, nei cui confronti è stato aperto il *concurso*, ovvero di ognuna delle amministrazioni concorsuali o dei creditori[123].

Similmente il progetto di riforma tedesco[124] prevede che ogni società debitrice appartenente ad un gruppo, la quale non risulti di secondaria importanza, possa presentare istanza affinché il tribunale fallimentare sia chiamato a decidere anche sulle procedure che interessano le altre componenti, nominando un unico rappresentante di procedura per tutte le società del gruppo[125].

In sintesi, la *procedural consolidation* può essere più o meno completa: per esempio, come si è visto, nell'amministrazione straordinaria *ex* D.Lgs. 270/1999 l'unificazione non trova pieno realizzo relativamente all'organo giudiziale.

Ma essa non esaurisce i possibili interventi sugli organi di procedura. Vi possono essere ragioni ostative al raggiungimento di un consolidamento procedurale pieno, quali questioni di giurisdizione in caso di insolvenza transfrontaliera; o conflitti di interesse insanabili fra le gestioni delle diverse procedure[126]; o ancora, più semplicemente, la legislazione concorsuale considerata può non consentire il consolidamento patrimoniale, favorendo invece forme di coordinamento meno nette.

In situazioni di questo genere, pur mantenendo procedure distinte, ognuna con i rispettivi organi, vi sono altri tipi di interventi possibili.

A) Si può agire sui poteri di tali organi, estendendoli al di là dei confini della singola società. Un esempio di tale azione è quello contenuto nell'art. 2497, 4° co., c.c.[127], che attribuisce il potere di esperire l'azione di responsabilità nei confronti della capogruppo anche all'organo gestorio del fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento.

Altra previsione non infrequente che interviene sui poteri dell'organo gestorio è quella che facoltizza il rappresentante della procedura a chiedere la dichiarazione dello stato di insolvenza di società facenti parte del gruppo. In questo senso si colloca l'art.

---

[123] ABRIANI N., PANZANI L., *op. cit.*, pp. 3052 ss.

[124] Regierungsentwurf del 21/6/2012, consultabile su www.bundesgerichtshof.de/DE/Bibliothek/GesMat/WP18/K/Konzerninsolvenzen.html

[125] ABRIANI N., PANZANI L., *op. cit.*, pp. 3052 ss.

[126] Cfr. *infra*, capitolo I, §5.2.4.

[127] Cfr. *supra*, capitolo I, §3.1.

82, 2° comma, del D.Lgs. 270/1999 sull'amministrazione straordinaria, che legittima il commissario straordinario della procedura madre a chiedere la dichiarazione dello stato di insolvenza di un'altra società del gruppo. Allo stesso modo, il disegno di legge Rordorf contiene la possibilità per il curatore di chiedere l'accertamento dello stato d'insolvenza delle imprese non ancora assoggettate alla procedura di liquidazione giudiziale.

B) La nomina di un coordinatore fra le procedure è un espediente di grande utilità, in quanto consente di mantenere distinte le procedure concorsuali, garantendo al contempo un costante scambio di informazioni sulla composizione delle masse patrimoniali, sulle operazioni trasversali che abbiano coinvolto più imprese, con i relativi crediti e debiti infragruppo, nonché aggiornamenti sullo stato delle procedure stesse.
Il Regolamento 848/2015/UE disciplina una procedura di coordinamento tra i procedimenti relativi alle diverse società del gruppo operanti in diversi Stati membri il cui "*scopo fondamentale (...) è la nomina di un coordinatore*"[128]. In base all'art. 72 del Regolamento, il coordinatore emana raccomandazioni "*per la conduzione coordinata della procedura d'insolvenza*"; egli inoltre "*propone un piano di coordinamento di gruppo che individua, illustra e raccomanda una serie completa di misure rispondenti a un approccio integrato alla risoluzione delle situazioni di insolvenza delle società del gruppo*"[129].
Altro esempio è quello rappresentato dalla prassi forense milanese: nella pluralità di curatori e giudici delegati facenti capo alle più procedure concorsuali delle rispettive imprese del gruppo, "*il Presidente della Sezione fallimentare nomina poi un giudice delegato coordinatore dei vari fallimenti, con l'incarico di operare da trait d'union tra gli altri organi riferendo poi periodicamente al medesimo Presidente*"[130].

C) In ambito internazionale, la Parte terza dell'*Insolvency Guide* dell'Uncitral dispone vari meccanismi di cooperazione fra organi di procedura: cooperazione fra le corti o tra gli "*insolvency representative*", con condivisione delle informazioni e coinvolgimento nei negoziati; coordinamento fra i comitati dei creditori; coordinamento delle procedure per la presentazione e la verifica delle pretese.

---

[128] PANZANI L., *La disciplina della crisi di gruppo…*, *cit.*, pp. 1153 ss.
[129] *ibidem*
[130] LAMANNA F., *op. cit.*

La Guida Legislativa contempla anche la nomina di un unico "*insolvency representative*" e di un unico comitato di creditori (forme di consolidamento procedurale, sebbene parziale)[131].

5.2.3 La diffusione-estensione della medesima procedura gravante su una società alle altre imprese del gruppo

Mediante questa previsione, è data la possibilità di chiedere non solo l'accertamento dello stato di insolvenza, ma anche l'apertura della medesima procedura, anche nei confronti di altre società del gruppo. Corollario di questa disposizione è la conversione delle diverse procedure concorsuali gravanti su imprese facenti capo allo stesso gruppo nella medesima procedura, di solito quella della società capogruppo, così da agevolare un coordinamento o persino un consolidamento procedurale.

La c.d. legge Prodi (L. 95/1979) sull'amministrazione straordinaria ha per la prima volta introdotto un meccanismo di estensione della procedura alle società del gruppo. Il D.Lgs. 270/1999 ha conservato questo strumento: il 1° comma dell'art. 81 prevede, infatti, la possibilità di ammettere all'amministrazione straordinaria le "*imprese del gruppo soggette alle disposizioni sul fallimento, che si trovano in stato di insolvenza (...) indipendentemente dal possesso dei requisiti previsti nell'art. 2*", vale a dire i requisiti "dimensionali". Si rende tuttavia necessaria l'integrazione di un secondo requisito, a scelta fra due, che saggia l'opportunità dell'estensione. Infatti, affinché vi sia estensione:

- o le imprese del gruppo integrano le prospettive di recupero nei modi indicati dall'art. 27;
- o risulta comunque opportuna la gestione unitaria dell'insolvenza.

Questa seconda alternativa è particolarmente interessante in quanto integra un'ipotesi di ammissione alla procedura di una società indipendentemente dalle finalità proprie dell'amministrazione straordinaria, cioè il ristabilimento della solvibilità. Questa eterogenesi dei fini trova la sua *ratio* nel riconoscimento normativo "*della necessità di favorire, nell'ipotesi del «gruppo insolvente», la gestione unitaria dell'insolvenza, superando il diaframma costituito dall'autonomia giuridica delle singole componenti del gruppo*"[132].

---

[131] ABRIANI N., PANZANI L., *op. cit.*, pp. 3052 ss.
[132] NIGRO A., VATTERMOLI D., *op. cit.*, pp. 510 ss.
Si veda anche *infra*, capitolo III, §3.1.

5.2.4 L'intervento sul regime di responsabilità della capogruppo e dei suoi amministratori sulla controllante

In verità il modello in esame in parte trascende dal coordinamento procedurale in senso stretto, intervenendo in un settore diverso rispetto a quello concorsuale, quale quello della responsabilità risarcitorie. Le disposizioni dettate dal diritto commerciale-civile tuttavia assumono connotazioni diverse laddove il danno prodotto dall'attività abusiva della controllante o dei suoi amministratori causi il dissesto della società eterodiretta.

Si è già trattato[133] della responsabilità per abuso di direzione e coordinamento *ex* art. 2497 c.c. e delle sue implicazioni in ambito concorsuale. La norma ha un suo corrispondente nell'art. 2409 c.c., circa il "*regime di responsabilità (risarcitoria) degli amministratori delle società controllate in solido con gli amministratori della controllante per i danni derivanti dall'attuazione delle politiche di gruppo*"[134].

Ciò che rileva maggiormente in relazione alle norme che regolano la responsabilità della controllante nel nostro ordinamento, ai fini del modello di coordinamento prospettato, sono quelle disposizioni che attribuiscono in capo agli organi della procedura poteri "*di denuncia di gravi irregolarità ex art. 2409 c.c. nei confronti di amministratori e sindaci di società del gruppo, di responsabilità per abuso di direzione unitaria e di azioni revocatorie infragruppo*"[135].

Nell'amministrazione straordinaria, gli articoli 89 e 90 del D.Lgs. 270/1999 affidano al commissario straordinario il potere di proporre le denuncia prevista dall'art. 2409 c.c.; la responsabilità degli amministratori della controllata è solidale con quella degli amministratori della società dichiarata insolvente, per i danni cagionati in adempimento alle direttive impartite.

Un appunto per quanto riguarda la responsabilità da abuso dell'attività di direzione e coordinamento: laddove si operi in procedura unica, consolidata, per l'intera crisi del gruppo si riscontrano particolari complicazioni. In siffatte condizioni, infatti, potrebbero sorgere problemi laddove l'organo rappresentante della procedura si trovi a dover muovere un rimprovero con finalità risarcitorie alla capogruppo, danneggiando i suoi creditori a vantaggio di quelli delle controllate. Il rappresentante della procedura

---

[133] Cfr. *infra*, capitolo I, §3.1.
[134] VATTERMOLI D., *Gruppi insolventi…*, *cit.*, pp. 586 ss.
[135] SCOGNAMIGLIO G., *Gruppi di imprese…*, *cit.*, pp. 1091 ss.

è per definizione rappresentante dei creditori, soggetto pertanto preposto al perseguimento dei loro interessi prioritariamente; nell'ambito di una procedura consolidata, egli è quindi rappresentante di *tutti* i creditori, a prescindere da quale sia la società loro debitrice. A questo proposito, si è sottolineato come sia "*improbabile che il coordinamento (...) possa funzionare quando vi sia un forte conflitto in ordine agli obiettivi da perseguire tra i creditori locali e quelli della capogruppo*"[136].

5.3 Gli strumenti di riequilibrio patrimoniale

Vi sono infine taluni modelli di coordinamento che, pur non realizzando la confusione patrimoniale propria del consolidamento patrimoniale, comportano una redistribuzione della ricchezza all'interno del gruppo. Il loro scopo ultimo è di tipo equitativo: mirano a far sì che il concorso dei creditori sia il più possibile equilibrato, neutralizzando quelle eventuali operazioni infragruppo che fossero poste in essere con finalità preferenziali o distrattive.

Due degli strumenti propri del sistema statunitense, precedentemente analizzati[137], si collocano nel novero di questi modelli:

- riqualificazione dei crediti infragruppo (o *recharacterization*);
- revocatoria "rafforzata" degli atti infragruppo (o "aggravata" nella terminologia dell'amministrazione straordinaria italiana), ossia "*la previsione di un sistema di azioni revocatorie relative alle operazioni intergruppo intercorse prima dell'apertura delle procedure concorsuali che consente di porre rimedio ad atti di depauperamento di una o più società nell'ambito del gruppo*"[138].

Entrambi questi strumenti non realizzano di per sé una confusione delle masse patrimoniali, pur intervenendo sulla "distribuzione" di ricchezza fra le società del gruppo. Il loro obiettivo ultimo è tuttavia l'esatto opposto di quello cui si perviene ricorrendo al consolidamento patrimoniale: quest'ultimo, come s'è visto, giunge alla confusione delle attività e passività, che confluiscono in un unico grande bacino da cui ogni cre-

---

[136] PANZANI L., *La disciplina della crisi di gruppo…*, *cit.*, pp. 1153 ss. L'autore in realtà si riferisce al caso diverso, ma che presenta forti similitudini con quello *de qua*, del coordinatore (previsto dal Regolamento 848/2015/UE) e del suo potere di sospensione di una o più delle procedure gravanti sulle società facenti parte del gruppo laddove le misure prese nell'ambito della procedura relativa ad una sola società possano compromettere la ristrutturazione dell'intero gruppo. Anche qui, come nel caso da noi analizzato, il conflitto di interessi interno in cui versa il coordinatore compromette l'utilità dello stesso coordinamento.

[137] Cfr. *supra*, capitolo I, §5.1.

[138] *Ibidem*

ditore concorsuale attinge indipendentemente dalla propria società debitrice originale. Al contrario, la riqualificazione dei crediti e le azioni revocatorie aggravate mirano a ristabilire le garanzie patrimoniali "originarie" di ciascuna società, rimuovendo operazioni lesive sul piano patrimoniale poste in essere, si presume, proprio con lo scopo di sottrarre al concorso "particolare" una parte dell'attivo patrimoniale (il c.d. *consilium fraudis*). In sintesi, con il consolidamento patrimoniale si ha confusione delle masse attive e passive; con questi diversi strumenti di riequilibro patrimoniale, invece, una loro più puntuale suddivisione in chiave equitativa.

Altro strumento con finalità redistributive è quello, di cui si è già detto[139], che consente l'intervento di una società *in bonis* nel tentativo di risanare di un'altra impresa del gruppo entrata in crisi, in particolar modo nell'ambito di un piano di ristrutturazione: questo strumento trascende completamente da quelli di consolidamento procedurale, di fatto ponendosi alla stregua di una confusione, sebbene parziale, di patrimoni. La differenza fondamentale con il consolidamento patrimoniale risiede negli obiettivi perseguiti dai due istituti: col primo si mira a liquidare il patrimonio del gruppo; con il coinvolgimento di società solvibili, la *holding* intende invece risanare la controllata in crisi, in quanto prevede che, così facendo, il gruppo ne trarrà giovamento, data l'utilità che la controllata riveste nel perseguimento dell'interesse comune.

Nel nostro sistema un simile intervento è reso possibile solo in ragione della disciplina sui vantaggi compensativi, e della relativa discrezionalità gestoria della capogruppo che ne discende.

[139] Cfr. *supra*, capitolo I, §3.2.

Capitolo II

L’insolvenza transfrontaliera

1. Problematiche generali

Per insolvenza transfrontaliera si intende, in prima approssimazione, la crisi di un'impresa che operi su un piano pluriordinamentale. Risultato di una simile struttura organizzativa è la moltiplicazione dei centri di imputazione giuridica, ciascuno disciplinato da leggi differenti.

I gruppi di società, per lungo tempo, pur costituendo l'articolazione tipica della grande impresa multinazionale[140], non hanno trovato una disciplina dell'insolvenza in ambito internazionale. Progressivamente si è giunti a considerare la lacuna sempre più inaccettabile, in quanto tale da comportare una gestione inefficiente della crisi[141].

Prima che in relazione al gruppo multinazionale, la comunità internazionale[142] ha affrontato il tema dell'insolvenza transfrontaliera considerando la sola, limitata prospettiva del debitore unico la cui organizzazione interna si snodi su più Stati.

Le spinte verso una disciplina internazionalistica di cornice che consenta il coordinamento delle procedure concorsuali aperte in diversi Paesi nei confronti della stessa realtà economica originano dalla prassi commerciale stessa: sono gli operatori giuridici che per primi acquisiscono consapevolezza delle problematicità generate da una frammentazione delle procedure, problematicità sintetizzabili nell'impossibilità di valorizzare appieno il valore economico complessivo dell'impresa in crisi.

A livello internazionale, i meccanismi di composizione integrata delle insolvenze transfrontaliere si sono concretizzati nell'introduzione di una pluralità di strumenti:

"*norme in materia di udienze congiunte tra tribunali di diversi Paesi, rapporti diretti tra curatele o altri rappresentanti delle procedure aperte per consentire scambi di informazioni (a tal fine prevedendosi anche procedure semplificate di rimborso o pagamento a carico dello Stato per i costi sostenuti per le trasferte all'estero), di stipulazione di protocolli contenti accordi tra procedure aperte in diversi ordinamenti con*

---

[140] LOPUCKI L.M., *Global and Out of Control?*, in 79 *Am. Bankr. L. J.*, 2005, p. 92: "*nearly all multinational companies are corporate groups, not single corporations. The largest are often composed of hundreds of corporations*".

[141] VATTERMOLI D., *Gruppi multinazionali insolventi,* in *Riv. Dir. Comm.*, 2013, p. 588.

[142] Si fa riferimento alla Legge Modello sull'insolvenza transnazionale dell'Uncitral del 1997; al Regolamento CE n. 1346/2000, di cui vedi *infra* nel testo; ed alla *Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases*, elaborate dall'American Law Institute nel 2000, parallelamente ai *Principle of Cooperation Among the Nafta Countries*, stilate con lo scopo di incoraggiare una comunicazione fra organi di procedura (in particolari fra le corti giudiziarie) e di promuovere la trasparenza delle procedura, così da consentire una rapida cooperazione nella composizione della crisi transnazionale.

i quali regolare – tra gli altri – il libero accesso a determinate informazioni della procedura"[143].

La dottrina citata dà una panoramica generale quasi onnicomprensiva dei modelli di raccordo prospettati dalla prassi e dai legislatori, accomunati dalla medesima finalità di armonizzazione delle procedure concorsuali riguardanti il medesimo debitore ma pendenti in più ordinamenti diversi.

È possibile delineare tre passaggi essenziali e progressivi mediante i quali è stato introdotto un coordinamento fra le procedure:

1. innanzitutto due ordinamenti non possono dirsi integrati laddove non riconoscano le decisioni assunte dalle corrispondenti autorità competenti, in un'ottica di "fiducia reciproca", per usare una terminologia propria del diritto dell'Unione Europea;
2. i legislatori internazionali hanno quindi tentato di individuare criteri in grado di distribuire in modo razionale la giurisdizione fra i vari Paesi coinvolti nell'insolvenza transfrontaliera, così da superare il c.d. territorialismo puro, in base al quale, in sintesi, ciascuno Stato agisce sul patrimonio del debitore incurante dell'operato in essere al di fuori dei suoi confini;
3. infine, sono stati inseriti meccanismi avanzati di cooperazione e comunicazione fra autorità preposte alla gestione dell'insolvenza, così che la loro azione potesse svilupparsi in sinergia, consentendo tuttavia al contempo a ciascuna giurisdizione di conservare la sovranità sui beni del debitore insolvente situati all'interno del proprio territorio nazionale.

1.1 Il riconoscimento delle sentenze e delle procedure concorsuali straniere

Il primo passo verso un coordinamento internazionale delle procedure di insolvenza transfrontaliera è dato dalla predisposizione di meccanismi di delibazione dei provvedimenti assunti dalle autorità concorsuali straniere. In assenza di un riconoscimento delle operazioni, tanto di liquidazione quanto di ristrutturazione, messe in atto da un diverso ordinamento sullo stesso debitore, sorge il rischio di una dispersione del valore dell'impresa considerata nella sua unità. Le ricadute sono ancora maggiori laddove il debitore insolvente sia articolato sotto forma di gruppo multinazionale, nella misura in cui "*la coesistenza di molteplici procedure collettive rende impossibile procedere al risanamento globale o alla liquidazione «aggregata» del patrimonio, così disper-*

[143] LAMANNA F., *op. cit.*

dendo il valore «organizzativo», paragonabile all'avviamento, generato dai rapporti sinergici tra le componenti del gruppo prima del manifestarsi della crisi"[144].

Il grado massimo di "fiducia reciproca" possibile si manifesta laddove si pervenga alla forma più pervasiva di coordinamento transnazionale: il consolidamento procedurale[145]; in una situazione siffatta, la concentrazione di giurisdizione in capo a un singolo giudice per l'intera procedura concorsuale implica necessariamente che gli altri ordinamenti in cui si trovino beni o creditori del debitore in crisi cooperino riconoscendo quanto statuito nell'ambito del procedimento concorsuale unico.

Relativamente al diritto dell'Unione Europea, il principio di riconoscimento è fatto proprio dal Regolamento CE 1346/2000 e dal successivo Regolamento di refusione 848/2015. In particolare, aperta la prima procedura concorsuale nei confronti di un debitore in uno Stato membro, qualificata come principale dal giudice di quello Stato, tutti gli altri Stati membri sono tenuti, in modo automatico e senza possibilità di contestazione, a riconoscere come vincolante anche per loro la qualificazione data e gli effetti che in forza del Regolamento ne conseguono[146].

1.2 L'individuazione di criteri di riparto della giurisdizione

I principali ordinamenti che si occupano dell'insolvenza transfrontaliera introducono dei meccanismi mediante i quali distribuire in modo razionale le competenze in merito agli interventi liquidatori o di risanamento fra le varie giurisdizioni coinvolte.

È questa, probabilmente, la questione più spinosa, in quanto, al riconoscimento della possibilità di accentrare talune competenze in capo al medesimo ordinamento, corrisponde inevitabilmente una rinuncia di porzioni più o meno ampie di sovranità da parte degli altri ordinamenti coinvolti.

La dottrina ha sintetizzato due modelli di coordinamento dell'insolvenza transfrontaliera estremi, contrapposti fra loro: la *territorialità pura* e l'*universalità pura*[147].

---

[144] VATTERMOLI D., *Gruppi multinazionali…*, *cit.,* pp. 588 ss.

[145] Per un'analisi approfondita del modello di coordinamento della *procedural consolidation* si veda *supra*, capitolo I, §5.

[146] MAZZONI A., *Concordati di gruppi transfrontalieri e disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2010, pp. 552 ss. Per un'analisi della disciplina dell'Unione Europea si veda *infra*, capitolo II, §4.4.

[147] Ricostruzione operata, nella dottrina italiana, da VATTERMOLI D., *Gruppi multinazionali…*, *cit.*, pp. 591 ss., da cui è tratta la presente ricostruzione dei criteri di riparto di giurisdizione e legge applicabile.

Il *pure territorialism* consente l'apertura, per ciascuno degli ordinamenti coinvolti, di una procedura concorsuale distinta, retta dalla rispettiva legge e limitata ai beni ubicati e ai creditori residenti nello Stato di apertura. Questo è il modello che si viene a creare laddove non vi siano sistemi di raccordo e principi comuni internazionali e, come si è accennato, presenta gravi inconvenienti: una evidente moltiplicazione dei costi innanzitutto, a danno dell'economia processuale; una profonda difficoltà, se non totale impossibilità, di procedere a una vendita in blocco che conservi l'avviamento; un ostacolo infine al risanamento dell'impresa. In conclusione, è tendenza consolidata nel diritto fallimentare internazionale che le varie procedure concorrenti, relative ad un unico debitore, possano "*consentire il realizzo totale di tutte le attività soltanto se (...) sono coordinate*"[148].

Il *pure universalism*, al contrario, prevede un'unica procedura concorsuale regolata da un'unica legge applicabile, quella dello Stato di origine del debitore o, nel caso dei gruppi di società, quella dello Stato in cui è riconosciuto un suo interesse particolare e prevalente in relazione alla sua attività economica e giuridica. I giudici stranieri, in questo modello, si limitano a riconoscere ed eseguire la sentenza di apertura della procedura e non è fatta alcuna distinzione in base alla nazionalità dei beni o dei creditori.

Il modello universalista puro ha avuto scarso successo: in particolare, è stato evidenziato[149] come i sistemi di gradazione dei crediti varino, anche sensibilmente, da Stato a Stato. Il tema ha grande importanza politica e riveste un ruolo centrale in ogni ordinamento, "*rispecchiandone i valori – economici, sociali e politici – e le tradizioni*"[150]; rinunciarvi significa abdicare a un aspetto importante della sovranità statale: "*la volontà di salvaguardare il sistema interno di graduazione dei crediti rappresenta, dunque, l'ultimo baluardo della territorialità*"[151].

---

[148] ABRIANI N., PANZANI L., *op. cit.*, p. 3020.
[149] VATTERMOLI D., *Gruppi multinazionali…*, *cit.*, pp. 593 ss.
[150] *Ibidem*, p. 594.
[151] VATTERMOLI D., *Par condicio omnium creditorum*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 165.

1.3 I meccanismi di cooperazione giudiziaria internazionale

La soluzione di compromesso attualmente adottata dai più avanzati testi legislativi internazionali[152], data l'inadeguatezza sia del *pure universalism* che del *pure territorialism*, muove nel senso di predisporre una serie di meccanismi di cooperazione tra tribunali e/o tra organi delle procedure aperte, in diversi ordinamenti, nei confronti del debitore insolvente[153]. Si possono distinguere due modelli ibridi, questa volta non in perfetta contrapposizione tra loro, tant'è vero che un trattato internazionale ben potrebbe prevedere la possibilità di accedere all'uno o piuttosto all'altro meccanismo in base alla ricorrenza di diversi presupposti.

Il c.d. territorialismo modificato (o limitato) fa salvi i poteri di ciascuna autorità coinvolta, rifuggendo qualsivoglia gerarchia fra le procedure pendenti, che rimangono parallele e distinte; questa rigida separazione è mitigata dalla predisposizione di norme che consentono la cooperazione tra le diverse autorità, attivabili discrezionalmente qualora lo si dovesse ritenere conveniente, da un punto di vista di efficienza economica.

Un sistema siffatto presenta ancora le difficoltà proprie di quei procedimenti che richiedono un accordo fra tutte le parti in causa per essere attivati. Senz'altro il territorialismo modificato non ritiene sussista l'opportunità di cooperare in ogni caso, lasciando che sia una valutazione caso per caso da parte degli organi di procedura, svincolata da parametri tipici, a decidere quando sia il caso di coordinarsi.

Ben più incisivo è il c.d. universalismo modificato (o limitato), che presuppone il riconoscimento di una procedura principale, quella pendente nello Stato dove il debitore ha il suo centro di interessi principali. Il c.d. COMI (dall'acronimo inglese *Centre of main interest*) è il fulcro attorno a cui ruotano le discipline internazionali che regolano l'insolvenza transfrontaliera: dalla sua individuazione deriva che tutte le altre procedure pendenti siano qualificate come non principali (o subordinate) e perdano una considerevole quota della loro autorità. Il modello tuttavia, è bene ribadirlo, è pur sempre una soluzione di compromesso: rimette alle giurisdizioni non principali la facoltà di gestire i beni e i creditori situati nel proprio territorio, così salvaguardando la gerarchia dei crediti fatta propria dall'ordinamento della procedura subordinata.

---

[152] Si fa riferimento sia alla *Model Law* e alla *Legislative guide on insolvency law* dell'Uncitral, sia ai Regolamenti dell'Unione Europea 1346/2000 (c.d. EIR, dall'acronimo inglese *European Insolvency Regulation*) e dal successivo Reg. 848/2015 che lo ha sostituito il 26 giugno 2017.

[153] VATTERMOLI D., *Gruppi multinazionali…*, *cit.*, p. 594.

1.4 Le fonti internazionali di riferimento

I testi legislativi internazionali in materia di composizione delle crisi patrimoniali transnazionali dei gruppi di società che rilevano ai fini di questo elaborato sono tre: due provenienti dalla Commissione Permanente presso le Nazioni Unite per la legislazione sul Commercio Internazionale (o Uncitral); uno di matrice comunitaria.

1. La *Model Law on cross-border insolvency*[154], adottata il 30 maggio 1997 dall'Uncitral, ha rappresentato il punto di partenza delle legislazioni internazionali in tema di insolvenza transfrontaliera. È caratterizzata dalla diretta recepibilità da parte degli ordinamenti nazionali; il testo legislativo, pertanto, è in vigore fra gli Stati che ne abbiano accolto la disciplina. La sua portata innovatrice è stata tale da influenzare in modo sensibile le regolamentazioni che si sono succedute nel tempo in tema di insolvenza transfrontaliera, quali, innanzitutto, la disciplina comunitaria, la quale, in più ambiti, non si allontana dal contenuto dalla Legge Modello.

2. La Parte terza della *Legislative Guide on Insolvency Law*[155], adottata dall'Uncitral il primo luglio 2010, specificamente dedicata all'insolvenza dei gruppi di società. La Guida Legislativa è diretta ai legislatori nazionali, ai quali offre una serie di raccomandazioni con l'intento di armonizzare le legislazioni concorsuali interne, nonché di promuovere la comunicazione e cooperazione fra tribunali fallimentari in caso di insolvenza transfrontaliera.

3. Il Regolamento n. 848/2015 dell'Unione Europea[156]. Esso ha riprodotto la disciplina riguardante il *Centre of main interest* del debitore, applicabile anche nell'ambito dei gruppi di società, contenuta nel precedente Regolamento n. 1346/2000. Il Regolamento di refusione ha poi, parallelamente, dedicato una serie di nuove disposizioni più specificamente indirizzate al gruppo di imprese; esse si collocano nel solco già tracciato dalla Guida Legislativa del coordinamento fra procedure concorsuali aperte in diversi Paesi a carico di società appartenenti al medesimo gruppo.

---

[154] Cfr. *infra*, capitolo II, §2.
[155] Cfr. *infra*, capitolo II, §3.1 e 5.
[156] Cfr. *infra*, capitolo II, §3.2 e 6.

In quanto fonte dell'Unione Europea, il Regolamento n. 848/2015 si applica solo fra Stati membri, quindi solo relativamente a quei gruppi di società che operino sul territorio dell'Unione. Quanto a quelle società (o gruppi di società) presenti in Stati membri ma attive anche al di fuori dell'Unione Europea, per esse valgono le singole differenti convenzioni internazionali che i Paesi coinvolti abbiano sottoscritto fra loro in tema di cooperazione giudiziaria internazionale (quale, peraltro, potrebbe essere la stessa *Model law* dell'Uncitral).

2. La *Model Law on cross-border insolvency* dell'Uncitral

Il testo di riferimento e di partenza per le successive legislazioni internazionali in tema di insolvenza transfrontaliera è rappresentato dalla *Model Law on Cross-Border Insolvency* adottata il 30 maggio 1997 dalla Commissione Permanente presso le Nazioni Unite per la legislazione sul Commercio Internazionale (Uncitral). La Legge Modello è direttamente recepibile in blocco dalle legislazioni nazionali. Al contempo, sua caratteristica essenziale è la "*flexibility, nel senso che il singolo Stato che intende adottarla può apportare al testo standard tutte le modifiche necessarie per renderlo compatibile con il proprio sistema normativo*"; la stessa *Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*[157] "*evidenzia come, per ottenere un sufficiente grado di armonizzazione e certezza nella disciplina del fallimento transfrontaliero, sia necessario «that States make as few changes as possible in incorporating the model law into their legal systems»*"[158].

Invero, ad oggi sono 43 gli Stati che hanno adottato una legislazione basata sulla *Model Law*[159], tanto a livello internazionale (Giappone, USA, Australia, Canada, Regno Unito), che nell'ambito dell'Unione Europea (Polonia, Romania, Slovenia, Grecia).

La Legge Modello non si dedica al tema dei gruppi, ma considera l'insolvenza transfrontaliera dalla sola prospettiva dell'unico debitore la cui organizzazione si articoli

---

[157] Reperibile in allegato al testo della Legge Modello sulla pagina web dell'Uncitral.

[158] CARBONE S. M., *Una nuova ipotesi di disciplina italiana sull'insolvenza transfrontaliera*, in *Fallimento*, 2000, 9, pp. 950 ss.
"*(...) che gli stati apportino quanti meno cambiamenti possibili nel trasporre la Legge Modello nel loro ordinamento"*.

[159] Il Segretariato dell'Uncitral aggiorna costantemente l'elenco, consultabile alla pagina http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html.

su un piano pluriordinamentale. Ciò nonostante, alcuni concetti in essa contenuti sono stati ripresi e applicati anche nell'ambito dei gruppi di società[160].

Innanzitutto è interessante guardare alla definizione che la *Guide to Enactment* della Legge Modello dà di insolvenza transfrontaliera, una definizione essenzialmente "economica". La nozione giuridica – "*moltiplicazione dei centri di imputazione giuridica*"[161] – è infatti una mera conseguenza, sintetizzata dal diritto, di una situazione organizzativa che ad essa preesiste. La Legge Modello si propone pertanto di influenzare tutti quei "*casi in cui il debitore dispone di beni in più di uno Stato o in cui alcuni dei suoi creditori non si trovano nello Stato nel quale il procedimento di insolvenza ha luogo*"[162].

Quanto alle finalità ultime della *Model Law*, illuminante è l'introduzione rinvenibile sul sito dell'Uncitral[163], dove si legge che "*la Legge Modello è ideata per assistere gli Stati nel fornire alle rispettive leggi concorsuali nazionali una cornice giuridica moderna in grado di affrontare efficacemente le procedure di insolvenza transfrontaliera che coinvolgono debitori in dissesto finanziario o insolvenza. La legge mira più a permettere e incoraggiare la cooperazione e il coordinamento fra giurisdizioni, piuttosto che a cercare l'unificazione di un'unica legge fallimentare sostanziale, e rispetta le differenze fra le legislazioni concorsuali nazionali*"[164].

Queste finalità generali rispecchiano il quadro finora delineato: la Legge Modello non propone un sistema di *pure universalism*, ma tempera il territorialismo puro che si avrebbe in assenza di norme di raccordo rispettando i principi e l'autorità di ciascun ordinamento a gestire i beni sul proprio territorio.

In quanto espressione di un modello di universalismo adeguato, la *Model Law* individua una struttura dicotomica, distinguendo da un lato il *foreign main proceeding* – de-

---

[160] Di come la Model Law, nei paesi che hanno scelto di recepirla, sia utilizzata anche per risolvere dispute riguardanti gruppi di società è un dato facilmente reperibile consultando la raccolta di casi, redatta dall'Uncitral stessa, relativi all'applicazione da parte dei giudici dei propri testi (http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html).

[161] VATTERMOLI D., *Gruppi multinazionali…*, *cit.*, p. 585.

[162] *"(…) cases where the debtor has assets in more than one State or where some of the creditors of the debtor are not from the State where the insolvency proceeding is taking place*".

[163] http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html

[164] "*The Model Law is designed to assist States to equip their insolvency laws with a modern legal framework to more effectively address cross-border insolvency proceedings concerning debtors experiencing severe financial distress or insolvency. It focuses on authorizing and encouraging cooperation and coordination between jurisdictions, rather than attempting the unification of substantive insolvency law, and respects the differences among national procedural laws*".

scritto come il procedimento localizzato nello Stato in cui il debitore ha il proprio centro degli interessi principali – e dall'altro la pluralità di *foreign non-main proceedings* – ossia tutti gli altri procedimenti secondari aperti negli Stati in cui il debitore dispone di un "*establishment*", ossia un luogo dove esercita un'attività economica non occasionale con mezzi umani e beni o servizi[165].

La Legge Modello non dà una definizione di *center of main interest* (o COMI), il che perciò è divenuta questione fra le più dibattute in giurisprudenza[166], in quanto nozione condivisa con il Regolamento CE 1346/2000, recentemente rifuso nel Regolamento UE 848/2015. Fondamentale nell'individuazione della procedura principale è la presunzione posta, nella Legge Modello, dall'art. 16, paragrafo 3, secondo la quale il COMI del debitore si trova nel luogo in cui quest'ultimo ha la sua sede statutaria; la presunzione è *iuris tantum*, cosicché il lavoro interpretativo di giurisprudenza e dottrina si è concentrato ampiamente e approfonditamente nella definizione dei confini e delle modalità attraverso cui superare tale presunzione[167].

Altresì in linea con le previsioni del regolamento comunitario sono gli obblighi di collaborazione e informazione reciproca fra curatori e tribunali dei diversi paesi coinvolti (artt. 25, 26, 27 Legge Modello).

Le due regolamentazioni non sono tuttavia perfettamente sovrapponibili: è stata messa in luce[168] una differenza significativa fra il testo dell'Uncitral e quello comunitario con riferimento al riconoscimento della procedura collettiva (principale o secondaria che sia): ed infatti, mentre nel Regolamento è automatico, nella Legge Modello è richiesta un'apposita istanza presentata dal curatore straniero al giudice interno, il quale verifica che sia rispettata una serie di requisiti (artt. 15, 16, 17)[169]. Inoltre, in ambito comunitario, a differenza che sotto la vigenza della Legge Modello, la *lex concursus* dello Stato presso cui è aperta la procedura principale si estende a tutto il territorio dell'Unione, salva l'apertura di una procedura secondaria in un altro Stato membro[170]. Sotto il vigore della Legge Modello, al contrario, il riconoscimento della procedura principale non determina l'automatica estensione della *lex concursus* dello Stato presso cui grava la procedura principale; il riconoscimento determina conseguenze diver-

---

[165] Art. 2 Legge Modello (*Definitions*).
[166] Sul punto di veda *infra*, capitolo II, §4.
[167] Per un approfondimento sulla nozione di COMI e sulla relativa giurisprudenza vedi §4.
[168] VATTERMOLI D., *Gruppi multinazionali…*, *cit.*, p. 598.
[169] CARBONE S. M., *op. cit.*, pp. 950 ss.
[170] VATTERMOLI D., *Gruppi multinazionali..., cit.*, p. 598.

se, disciplinate dall'art. 20 della Legge Modello, che si risolvono in misure conservative sulla porzione di patrimonio del debitore che si trova all'estero[171].

Si noti infine come la *Model Law* riconosca espressamente l'esistenza di una legislazione parallela vigente nel territorio dell'Unione Europea: la *Guide to Enactment*, infatti, afferma che la Legge Modello tiene in considerazione il Regolamento europeo sull'insolvenza transfrontaliera, che si applica laddove il debitore abbia il centro principale dei suoi interessi in uno Stato membro. Allo stesso tempo, è posto in evidenza come il Regolamento non si occupi di questioni di insolvenza transfrontaliera che sconfinano al di fuori del territorio comunitario. Premesse queste considerazioni, la Guida Uncitral conclude che la Legge Modello offre, anche agli Stati membri dell'Unione Europea, "*un regime complementare di valore pratico significativo in grado di affrontare i molti casi di cooperazione transfrontaliera non coperti dal Regolamento comunitario*"[172].

Come si è detto, la Legge Modello è comunemente utilizzata anche per gestire l'insolvenza transfrontaliera dei gruppi di società; a ben vedere, se si escludesse la forma organizzativa principe della grande impresa multinazionale, la portata del testo stesso si ridurrebbe non poco. Il problema principale nella trasposizione della disciplina della *Model Law* ai gruppi è l'applicabilità del concetto di COMI: in sostanza, ci si chiede in quali termini sia possibile rilevare una giurisdizione come principale per una procedura concorsuale che coinvolge più società giuridicamente del tutto distinte e che quindi, sempre da un punto di vista giuridico, si distinguono nettamente dalla dislocazione di centri di produzione del debitore unico. Nella Parte III della *Legislative guide on insolvency law* dell'Unictral, che tratta specificamente del tema dei gruppi[173], si legge come vi siano stati suggerimenti nel senso di adattare il concetto di COMI al gruppo, consentendo di aprire e gestire tutti i procedimenti relativi alle società del gruppo presso un unico tribunale.

---

[171] Gli effetti che dipendono dal riconoscimento di un procedimento straniero come principale sono disciplinati dall'art. 20 della Legge Modello, che dispone il divieto di iniziare o proseguire azioni individuali sul patrimonio del debitore situato all'estero; la cristallizzazione delle procedure di esecuzione; la sospensione del diritto di trasferire, apporre vincoli o altrimenti disporre di qualsiasi bene del debitore.

[172] "(…) *Thus, the Model Law offers to States members of the European Union a complementary regime of considerable practical value that could address the many cases of cross-border cooperation not covered by the EC Regulation*".

[173] Il cui testo è rinvenibile alla pagina http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html e sulla quale vedi *infra*, §6.

Il *Working Group V* dell'Uncitral ha specificamente affrontato il tema dei gruppi con riferimento alla *Model Law*[174]: in questa sede è stata rilevata una difficoltà nell'utilizzazione della nozione di COMI nell'ambito delle procedure relative alle diverse imprese facenti parte di un medesimo gruppo. Sono state quindi suggerite forme più blande di cooperazione nella vigenza della *Model Law*, quali l'affidamento alla *holding* del compito di coordinare le diverse procedure aperte a carico delle altre imprese del gruppo; di incoraggiare la collaborazione tra i diversi giudici nazionali e tra gli organi delle procedure; di assicurare lo scambio d'informazioni relative ai beni, ai crediti insinuati ed alle garanzie; di garantire il miglior realizzo dei beni del gruppo.
Si analizzeranno in seguito le scelte adottate dalla Guida Legislativa, quello che preme sottolineare, è che, di fatto, prassi e giurisprudenza tendono a consentirne l'utilizzo della disciplina dettata della Legge Modello anche nell'ambito dei gruppi di società. In particolare, secondo questo orientamento, si va a qualificare una delle procedure concorsuali gravanti su una società del gruppo, di solito la società *holding*, come principale e conseguentemente si dichiarano subordinate le altre procedure, con tutti gli effetti che la Legge Modello ne fa discendere.
Quindi, nonostante l'obiettiva difficoltà, attenendosi al dato letterale, di ricorrere alla nozione di COMI in materia di gruppi, le corti di merito che nel tempo si sono trovate ad applicare la *Model Law* ai gruppi multinazionali hanno mostrato elasticità di vedute.
Per fare un esempio in proposito, la Ontario Superior Court of Justice canadese ha, nel 2012[175], affrontato la richiesta di un gruppo di società, operante in Nord America ed Europa, di autorizzare una delle società debitrici canadesi ad agire come rappresentante straniero della procedura concorsuale aperta in Canada. La finalità era quella di ottenere negli Stati Uniti il riconoscimento della procedura canadese come *foreign main proceeding*, così come reso possibile dall'adozione da parte di entrambi gli Stati della Legge Modello. Pertanto, implicitamente il debitore canadese chiedeva di riconoscere alla stregua di procedure subordinate quelle relative alle società del gruppo statunitensi. La Ontario Superior Court of Justice, pur riconoscendo piena competenza delle *Bankruptcy Court* americane nell'attribuire eventualmente la qualifica di procedimento principale al procedimento canadese, ha elencato una serie di circostanze, a

[174] Cfr. ABRIANI N., PANZANI L, *op. cit.*, p. 3018.
[175] Case 1269: MLCBI 16(3), *Ontario Superior Court of Justice*, Case no. CV-12-9767-00CL, 26.6.2012, in http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html

suo dire a scopo informativo, che di fatto corroborano questa qualificazione. Fra di esse la Corte ha fatto notare come "*il processo decisionale a livello di organizzazione e le funzioni amministrative aziendali*"[176] delle società del gruppo statunitensi fossero accentrati in Canada.

Dall'analisi di questo caso è possibile notare come la Corte canadese si sia sostanzialmente disinteressata della natura giuridica del gruppo, ossia dell'autonomia formale di ciascuna società, dando quasi per scontato che fosse possibile trasporre la nozione di COMI anche al gruppo di società.

3. La Legislative Guide on Insolvency Law e il Regolamento n. 848/2015: cornice generale e intenti.

I testi legislativi internazionali più avanzati che si dedicano specificamente al tema dei gruppi di società sono la Parte terza della *Legislative Guide on Insolvency Law* dell'Uncitral e il Regolamento UE 848/2015 (il quale il 26 giugno 2017 ha sostituito il precedente Regolamento CE 1346/2000, di cui ricalca aspetti importanti di disciplina).

Si intende ora analizzare le linee guida e le intenzioni dei rispettivi legislatori internazionali che hanno inteso porre in essere una disciplina specifica per la risoluzione dell'insolvenza del gruppo multinazionale.

3.1 Le finalità della Legislative Guide on Insolvency Law dell'Uncitral

La *Legislative Guide on Insolvency Law* è divisa in 4 parti: le prime due furono adottate il 25 giugno 2004, a seguito di un lavoro durato quattro anni della Commissione Permanente presso l'Uncitral, lavoro che ha visto la partecipazione di più di un centinaio di delegazioni, Paesi membri della Commissione e osservatori.

---

[176] "(…) *corporate-level decision-making and corporate administrative functions were centralized* [in Canada] (…)". La Corte afferma inoltre come anche i "*key contracts, pricing decisions, meetings of the board of directors, cash management functions, corporate accounting, treasury, financial reporting, financial planning, tax planning and compliance, insurance procurement services and internal audits, information technology, marketing, and real estate services, capital expenditure decisions, new business development initiatives and research and development functions were centralized or took place in Canada*".

Sul piano sistematico, l'Uncitral adotta alternativamente leggi modello (*model law*) o guide legislative (*legislative guide*): le prime hanno una struttura più rigida e consentono ai legislatori nazionali di farne diretto riferimento. Certo è data la possibilità al singolo ordinamento che recepisca una legge modello di modificare in parte il testo dell'Uncitral, o di adottarne solo una parte specifica, così da adattarne il contenuto alla realtà nazionale (tant'è vero che spesso tale facoltà viene riconosciuta espressamente); tuttavia la legge modello, per sua natura, si propone come un articolato normativo, spesso direttamente recepibile in blocco[177]. Questo è il caso, ad esempio, della *Model Law on cross-border insolvency.*

La guida legislativa, al contrario, è uno strumento programmatico, che si articola in raccomandazioni e suggerimenti e che pertanto necessita sempre di una trasposizione complessa e "creativa" da parte dei legislatori nazionali. È possibile fare un parallelismo di questo binomio con la dicotomia, propria dell'ordinamento dell'Unione Europea, fra regolamento e direttiva, anche se la forza precettiva di una direttiva comunitaria è senz'altro più intensa di quella di una guida legislativa.

La *Legislative Guide on Insolvency Law* opera una sintesi dei principi di diritto della crisi d'impresa accettati come *best practice* dalla maggior parte dei Paesi ed è dunque un punto di riferimento per i legislatori nazionali: ad essa si ispirano, ad esempio, il Fondo Monetario Internazionale e la Banca Mondiale nella loro valutazione delle discipline interne dei singoli ordinamenti[178].

In particolare, la Guida legislativa "*si propone di fornire un resoconto di quelli che sono gli obiettivi e i principi chiave che dovrebbero trovare riscontro in una legge concorsuale statale. Essa mira a informare e assistere una riforma del diritto concorsuale a livello mondiale, mettendo a disposizione un punto di riferimento per le autorità nazionali e per gli organi legislativi che intendano scrivere nuove leggi o regolamentazioni o aggiornare l'adeguatezza di leggi o regolamentazioni già esistenti*[179]".

---

[177] GHIA L., *Gli obiettivi della Guida Legislativa sull'insolvenza dell'Uncitral*, in Fallimento, 2005, 11, pp. 1229 ss.

[178] ABRIANI N., PANZANI L, *op. cit*, pp. 3007-3008.

[179] The Legislative Guide provides a comprehensive statement of the key objectives and principles that should be reflected in a State's insolvency laws. It is intended to inform and assist insolvency law reform around the world, providing a reference tool for national authorities and legislative bodies when preparing new laws and regulations or reviewing the adequacy of existing laws and regulations.
Introduzione rinvenibile sul sito web dell'Uncitral: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html.

Su questa lunghezza d'onda si è posto il legislatore italiano con il c.d. disegno di legge Rordorf, che richiama proprio i principi elaborati in materia di insolvenza dall'Uncitral[180].

La Parte Terza della Guida Legislativa, intitolata "*Treatment of Enterprise Groups in Insolvency*", è dedicata ai gruppi di società. Essa è il frutto del lavoro del *Working Group V* dell'Uncitral, specificamente preposto ad affrontare il tema dell'insolvenza transnazionale. La bozza originaria fu predisposta nel maggio 2009[181] e adottata il 1° luglio 2010.

La Parte in discorso è divisa in tre sezioni principali: la prima è dedicata alle definizioni generali, per esempio viene fornita una nozione di *enterprise group* ai fini della Guida Legislativa che muove dal concetto legale generalmente riconosciuto dalla maggioranza degli ordinamenti.

La prima sezione include inoltre un'introduzione generale sull'insolvenza dei gruppi di società: sono presi in considerazione vari aspetti della struttura corporativa del gruppo, di cui se ne ripercorre la storia e l'evoluzione in termini di consistenza quantitativa e di rilevanza economica su scala mondiale. La Guida mostra consapevolezza della distinzione netta, dominante nella quasi totalità degli ordinamenti industrializzati, fra struttura economica e considerazione giuridica del gruppo e afferma come l'assenza di una legislazione specifica sull'insolvenza del gruppo comporti una sostanziale svalutazione della realtà organizzativa del gruppo. A questa lacuna normativa hanno supplito la giurisprudenza e le altre autorità competenti nelle procedure concorsuali, con la finalità di pervenire a soluzioni che riflettessero più accuratamente "*the economic reality of modern business*"[182]. È a questi strumenti, ideati dalla prassi di settore, che l'Uncitral si è ispirata nella stesura della Guida Legislativa.

La seconda sezione si dedica invece all'insolvenza domestica dei gruppi di società; la terza sezione, invece, più propriamente all'insolvenza transfrontaliera (*insolvency of enterprise groups: international issues*).

L'introduzione alla terza sezione è particolarmente illuminante nell'indagine sulle ragioni per le quali la Terza Parte della Guida Legislativa è stata redatta e sulle sue finalità. Sono qui riassunti, infatti, ad esito di indagini condotte su larga scala, gli incon-

---

[180] Il testo del ddl è consultabile sulla pagina web del Senato della Repubblica: http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/46617.htm.

[181] Working Group V, *Treatment of enterprise groups in insolvency*, *cit.*

[182] *Legislative Guide on Insolvency Law, Part III*, p. 6.

venienti e le iniquità generate dall'inadeguatezza dei regimi legali, tanto domestici quanto internazionali, nell'affrontare crisi di natura transnazionale. Si legge a proposito che: "*inadeguati e scoordinati approcci (...) hanno intralciato il risanamento di imprese in dissesto finanziario e l'equa ed efficiente amministrazione delle insolvenze transfrontaliere, ma hanno anche impedito la protezione e massimizzazione del valore dei beni del debitore insolvente*"[183]. Si afferma, inoltre, che le disparità e i conflitti tra legislazioni nazionali generano una mancanza di trasparenza, "*in assenza di regole chiare sul riconoscimento dei diritti e dell'ordine di ripartizione dei crediti esistenti, del trattamento dei creditori stranieri e della legge che sarà applicabile in caso di questioni transnazionali*"[184].

La conclusione finale della Guida Legislativa è che la generale incertezza del diritto e i costi e ritardi conseguenti incidono negativamente sui flussi di capitale e sugli investimenti transnazionali. Date queste necessità, la Guida si propone di fornire strumenti utili agli Stati per intervenire in modo uniforme sulla gestione del fenomeno.

Quanto al rapporto tra Guida legislativa e Legge Modello, i due testi sono fra loro paralleli: come argomentato nella stessa introduzione alla Parte III, la *Model Law* si concentra sul solo debitore individuale, pur se con beni o creditori dislocati in Stati diversi. Al contrario, le varie giurisdizioni coinvolte nell'insolvenza di un gruppo multinazionale non hanno a che fare necessariamente con lo stesso debitore; è anzi decisamente più frequente che le singole entità che compongono il gruppo operino in un'unica realtà nazionale, costituendosi invero proprio nei legami fra le diverse società la natura transnazionale del gruppo. A queste situazioni vuole essere la disciplina della Guida legislativa a supplire: come vedremo nel seguito, tuttavia, la Legge Modello non viene del tutto messa da parte in caso di gruppo multinazionale, ma conserva una sua sfera di validità laddove si ricorra alla nozione di COMI per gestirne la crisi.

---

[183] *Legislative Guide on Insolvency Law, Part III*, p. 83: "*The lack of such regimes has often resulted in inadequate and uncoordinated approaches that are unpredictable in their application and have not only hampered the rescue of financially troubled businesses and the fair and efficient administration of cross-border insolvencies, but also impeded the protection and maximization of the value of the assets of the insolvent debtor*".

[184] *Id.*: "(…) *with no clear rules on recognition of the rights and priorities of existing creditors, the treatment of foreign creditors and the law that will be applicable to cross-border issues*".

3.2 Le finalità del Regolamento n. 848/2015/2015

Il Regolamento UE 848/2015, così come il precedente Regolamento n. 1346/2000, si collocano nell'ambito del principio di proporzionalità enunciato dall'art. 5 del trattato sull'Unione Europea (TUE), al fine di fornire un quadro normativo per l'efficace gestione delle procedure di insolvenza transfrontaliere, che non può essere conseguita in modo sufficiente dagli Stati membri[185]. Una delle novità più significative apportate dal Regolamento n. 848/2015 rispetto alla normativa previgente consiste negli artt. 56-77, che dettano disposizioni sul coordinamento delle procedure di insolvenza relative a più membri dello stesso gruppo di società.

Il Considerando n. 51 al Regolamento n. 848/2015 apre ad una riflessione apparentemente innocua ma che nasconde una forte portata innovatrice: "*È opportuno che il presente regolamento garantisca la gestione efficiente delle procedure d'insolvenza relative a società diverse che fanno parte di un gruppo di società*". Con questo semplice passaggio, viene presa posizione circa l'opportunità di regole specificamente dedicate alla crisi dei gruppi, il che, come si è visto, è tutt'altro che scontato, specialmente in ambito internazionale.

La relazione della Commissione Europea al Regolamento n. 848/2015[186] chiarisce le motivazioni che hanno spinto a introdurre una disciplina particolare in materia: "*la mancanza di norme specifiche per l'insolvenza dei gruppi spesso diminuisce la possibilità di una conclusione positiva della ristrutturazione del gruppo nella sua interezza e può portare alla sua disgregazione*". Ancora una volta è richiamata la tesi, che ormai può dirsi consolidata, secondo cui una pluralità di procedure distinte e non coordinate, specie se su base pluriordinamentale, ha come conseguenza la dispersione del valore organizzativo del gruppo e, quindi, la forte messa a rischio delle possibilità di risanamento. Questa conclusione della Commissione è frutto di una pluralità di studi e consultazioni, che hanno visto interessati istituzioni ed esperti; di particolare rilevanza nella decisione finale sembra essere stata una consultazione pubblica promossa dalla Commissione nel marzo del 2012[187], all'esito della quale quasi la metà dei partecipan-

---

[185] BARIATTI S., CORNO G., *op. cit*.

[186] Reperibile in diverse lingue alla pagina: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52012PC0744

[187] La consultazione pubblica, come si legge nella Relazione, ha ricevuto complessivamente 134 contributi, ha tenuto conto dei risultati di uno studio esterno per la valutazione

ti ha sostenuto che il Regolamento precedente sulle procedure d'insolvenza (Reg. CE 1346/2000) non funzionasse "*in modo efficiente nel caso d'insolvenza di società che fanno parte di un gruppo societario multinazionale*".

Quanto alle scelte legislative di fondo operate dal Regolamento n. 848/2015, è mantenuto l'approccio individuale verso ciascuna entità giuridica del gruppo: non sono infatti previste forme di consolidamento patrimoniale[188] né procedurale[189]. È tuttavia introdotto l'obbligo, e non la mera facoltà, di comunicare e coordinare le procedure d'insolvenza riguardanti le diverse società del gruppo.

La scelta legislativa propria del Regolamento è espressione del c.d. universalismo modificato[190] e, anzi, si può affermare che vi sia una generale propensione verso l'universalismo in sé, date le profonde interconnessioni che il regolamento pone in essere. A tal proposito non bisogna dimenticare che il principio di reciproca fiducia e del mutuo riconoscimento dei provvedimenti adottati dagli Stati membri sarebbe già un argomento a sfavore del territorialismo puro anche in assenza di qualsiasi regolamentazione ulteriore. In quest'ottica, ad esempio, è attribuito il diritto a ciascun curatore di prendere parte alle procedure relative a qualunque altra società del gruppo, in qualsiasi Stato membro essa sia pendente, con il potere di chiedere la sospensione del realizzo dell'attivo, dati alcuni presupposti[191].

In sostanza, è predisposta la possibilità di un'ingerenza considerevole nell'ambito della procedura concorsuale straniera.

L'opportunità di un coordinamento si traduce in un obbligo di cooperare e comunicare analogo a quello che vige per gli organi gestori e giudiziari delle procedure di insolvenza coinvolti nelle procedure principali e secondarie relative allo stesso debitore.

Il legislatore europeo, tuttavia, si dimostra al contempo consapevole dei rischi che un coordinamento imposto potrebbe generare laddove vi sia un conflitto di interessi tra la gestione delle crisi di due o più società facenti capo allo stesso gruppo. A questo proposito, il Considerando n. 52 al Regolamento n. 848/2015 chiarifica come "*la cooperazione tra gli amministratori delle procedure di insolvenza non dovrebbe mai andare*

---

dell'applicazione del regolamento svolto da un consorzio creato dalle università di Heidelberg e Vienna e da un secondo consorzio costituito da GHK e Milieu.

188 Il consolidamento patrimoniale è un modello di coordinamento molto criticato in dottrina, in quanto genera strutturalmente inconvenienti sul piano dell'equità. Si veda sul punto *supra*, capitolo I, §5.1.

189 Cfr. *supra*, capitolo I, §5.2

190 Cfr. *supra*, capitolo II, §1.3

191 Cfr. *infra*, capitolo II, §6.2.1

contro gli interessi dei creditori di ciascuna procedura e dovrebbe essere tesa a trovare una soluzione che sfrutti le sinergie in senso al gruppo".

Laddove, invece, le autorità competenti ravvedano interdipendenze fra le società del gruppo tanto fitte da risultare illogica la trattazione disgiunta della sua insolvenza, il Considerando n. 53 precisa che la predisposizione di norme di coordinamento "*non dovrebbe limitare la possibilità del giudice di avviare, in un'unica giurisdizione, la procedura d'insolvenza per varie società appartenenti allo stesso gruppo, qualora ritenga che il centro degli interessi principali di tali società si trovi in un solo e medesimo Stato membro. In simili casi, il giudice dovrebbe inoltre avere la facoltà di nominare, ove opportuno, lo stesso amministratore per tutte le procedure in questione*".

Il Considerando n. 53 ha primaria importanza, perché afferma espressamente che la nozione di COMI, così come individuata dal precedentemente Regolamento 1346, può essere utilizzata anche nell'ambito del gruppo, nonostante sia pensata in origine per il debitore individuale. Nello stesso senso si colloca la dichiarazione della Commissione che, nella Relazione al Regolamento n. 848/2015, ribadisce come, nonostante la disciplina sul coordinamento delle varie procedure, "*il Regolamento non intende impedire l'attuale prassi in caso di gruppi societari altamente integrati, che consiste nell'individuare il centro degli interessi principali di tutte le società partecipate in uno stesso ed unico luogo, e avviare di conseguenza la procedura d'insolvenza in una sola giurisdizione*".

È di nuovo la nozione di COMI ad assumere pertanto un ruolo centrale, tanto per l'individuazione di una procedura principale, quanto per riunificare l'intera trattazione in un'unica giurisdizione, in continuità con la prassi commerciale valorizzata dal Regolamento e dalla Commissione europea.

4. Il Centre of Main Interests del debitore

La nozione di *Center of main interests* (COMI) del debitore è la medesima per il Regolamento UE 848/2015 e per la *Model Law* dell'Uncitral; la sua interpretazione è il baricentro attorno al quale ruota la disciplina dell'insolvenza transfrontaliera, in quanto dalla sua individuazione discende la competenza per l'apertura della procedura principale, secondo il modello precedentemente analizzato dell'universalità modifica-

ta. È la stessa *Guide to Enactment* della *Model Law* a riconoscere la sovrapposizione del significato dato al COMI dai due testi[192].

La giurisprudenza degli Stati Membri dell'Unione Europea, nonché quella della Corte di Giustizia, si è pronunciata in più occasioni sulla nozione di COMI, ancorché con riferimento al precedente regolamento comunitario sull'insolvenza transfrontaliera (il Regolamento CE 1346/2000).

Il Regolamento di refusione 848/2015, pertanto, ha sostanzialmente recepito in blocco la previgente disciplina in relazione al COMI del debitore, seppur introducendo qualche norma di specificazione[193], con il risultato della piena validità degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali che si sono sviluppati dal 2002 (anno di entrata in vigore del Regolamento 1346).

4.1 Il COMI e i gruppi di società.

Il *Working group V* dell'Uncitral, in occasione della sua trentaseiesima sessione tenutasi nel 2009, "*sottolinea che, quando sia questione di procedimenti diversi aperti nei confronti delle varie imprese aventi parte del medesimo gruppo in ordinamenti diversi, la nozione di COMI sarebbe di difficile utilizzo per regolare l'apertura dei procedimenti a carico delle varie imprese nei diversi ordinamenti*"[194]. Ciò in quanto tanto la *Model Law* quanto il Regolamento n. 1346/2000 (e poco cambia con il nuovo Regolamento n. 848/2015) prendono come riferimento il debitore individuale la cui organizzazione interna si articola su più ordinamenti. Le società di un gruppo sono, al contrario, entità giuridicamente autonome; i debitori sono più d'uno. Ecco quindi che l'accentramento di competenze presso un'unica giurisdizione relativamente a una crisi che riguarda più debitori giuridicamente distinti rischia di travalicare i confini del dato letterale.

---

[192] *Guide to Enactment*, *cit.*, p. 43: "*Un procedimento straniero è considerato «principale» se è stato aperto nello Stato dove «il debitore ha il suo centro degli interessi principali». Ciò corrisponde alla formulazione dell'art. 3 del Regolamento UE (...), il che rinforza l'emergente armonizzazione attorno la nozione di procedimento "principale*".
"*A foreign proceeding is deemed to be the "main" proceeding if it has been commenced in the State where "the debtor has the centre of its main interests". This corresponds to the formulation in article 3 of the EC Regulation (based upon the formulation previously adopted in the European Union Convention on Insolvency Proceedings (the European Convention), thus building on the emerging harmonization as regards the notion of a "main" proceeding*."

[193] Che sarà analizzata più avanti, cfr. *infra*, capitolo II, §4.3.

[194] PANZANI L., *L'insolvenza dei gruppi di società*, in *Riv. dir. imp.*, 2009, pp. 525 ss.

Il *Working group V* dell'Uncitral, sotto questo profilo, ha suggerito[195] di utilizzare come criterio anziché il *Centre of main interests*, l'individuazione dell'impresa *holding*, che controlla il gruppo, alla quale affidare il compito di coordinare le diverse procedure aperte a carico delle altre imprese del gruppo, nonché quello di incoraggiare la collaborazione tra i diversi giudici nazionali e tra gli organi delle varie procedure. La funzione della capogruppo sarebbe quella di un *primus inter pares*, senza poteri particolari in ordine alla direzione delle altre procedure[196]. Il modello proposto dal *Working group V* è chiaramente ispirato al territorialismo modificato: il ruolo della *holding* in quest'ottica si riduce a quello di organo promotore di uno scambio di informazioni fra gli organi giudiziari e delle procedure coinvolte, scelto in relazione alla sua posizione privilegiata di entità informata e consapevole dell'attività economica del gruppo. In questa prospettiva, il tema slitta dall'individuazione del centro degli interessi principali alla fissazione di criteri per stabilire quale sia la società controllante, nonché quale sia l'organo deputato a verificarne la individuazione.

La proposta del *Workingr group V* è stata sostanzialmente abbandonata, in considerazione di difficoltà insite nella prospettazione di un modello simile: i vari criteri elaborati per individuare la *holding* si sono dimostrati tecnicamente molto complessi da applicare. Il testo definitivo confluito nella Parte III della *Legislative guide on insolvency law*, adottata nel luglio del 2010, ha optato per forme diverse di coordinamento, quali il riconoscimento dei procedimenti stranieri, nonché la promozione di una collaborazione tra gli organi delle procedure relative alle singole società ed imprese, disciplinate dalla loro legge nazionale.[197]

Ciò premesso, in di assenza di un'espressa regolamentazione dei gruppi, gli interpreti hanno reagito sforzandosi di "estrarre" dal Regolamento n. 1346/2000 una disciplina adatta alle proprie esigenze. In sostanza, due sono le tesi contrapposte:

- o si valorizza la natura giuridica del gruppo, indagando sul COMI di ciascuna delle società che compongono il gruppo (così accogliendo le perplessità addotte dal *Working group V*);
- o si valorizzano le circostanze fattuali-economiche del gruppo, così concludendo per una "*localizzazione del COMI di tutte (o di tutte le più importanti) società o unità*

---

[195] Cfr. A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1, *Treatment of enterprise groups in insolvency*, reperibile alla pagina:
http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/5Insolvency.html.

[196] PANZANI L., *L'insolvenza dei gruppi di società, cit.*, pp. 539 ss.

[197] ABRIANI N., PANZANI L, *op. cit.*, p. 3018. Si veda anche *infra*, capitolo II, §5.

produttive del gruppo in uno stesso Stato membro (solitamente quello della Società controllante), in modo da ottenere per tutte unitarietà di foro e di legge applicabile e, intuitivamente, maggiori possibilità di efficace ed efficiente coordinamento"[198].

Non è difficile immaginare come le prassi di settore, tanto dal punto di vista degli operatori commerciali quanto degli organi di procedura e giudiziari abbiano preferito questa seconda alternativa. Le questioni di diritto che stanno alla base della prima ipotesi, infatti, finiscono per approdare ad una soluzione inefficiente; ne esce perciò giustificato lo sforzo interpretativo teso al loro superamento.

La dottrina ha messo in luce quest'approccio conciliante della giurisprudenza, osservando che "*dall'analisi delle sentenze i giudici hanno in sostanza valorizzato gli elementi idonei a sorreggere e razionalizzare il risultato avvertito come opportuno nel caso di specie, senza troppo curarsi della coerenza logico-giuridica (...) ai fini della corretta applicazione del Regolamento sul punto specifico del rapporto tra COMI ed esercizio della giurisdizione*"[199].

La stessa Corte di Giustizia europea si è pronunciata in questo senso, sottolineando che "*il giudice di uno Stato membro che ha avviato una procedura principale di insolvenza nei confronti di una società, considerando che il centro degli interessi principali della stessa sia situato sul territorio di tale Stato, può estendere, in applicazione di una norma del suo diritto nazionale, tale procedura ad una seconda società, la cui sede statutaria sia situata in un altro Stato membro, soltanto a condizione che sia dimostrato che il centro degli interessi principali di quest'ultima si trova nel primo Stato membro.*"[200].

La nozione di COMI è, quindi, ampiamente utilizzata per la composizione delle crisi dei gruppi si società. La giurisprudenza di merito, infatti, nonostante le difficoltà derivanti dal dato letterale, arriva ad applicare sistematicamente la nozione di COMI e la relativa disciplina ai gruppi di società, benché essa sia stata in origine pensata per il debitore individuale.

4.2 La nozione di COMI nella Model Law e nel Regolamento n. 848/2015

L'art. 3, paragrafo 1, del Regolamento n. 848/2015 definisce il centro degli interessi principali come quel "*luogo in cui il debitore esercita la gestione dei suoi interessi in*

---

[198] MAZZONI A., *Concordati di gruppi transfrontalieri, cit.*, pp. 555 ss.
[199] *Ibidem*, pp. 555 ss.
[200] Caso Rastelli, CGUE, Sez. I, 15 dicembre 2011, n. 191, in curia.europa.eu.

modo abituale e riconoscibile dai terzi"; al giudice dello Stato membro nel cui territorio è situato tale COMI è ricollegata dalla stessa norma la competenza ad aprire la procedura d'insolvenza principale.

Il 2° paragrafo, prima parte, dello stesso articolo pone la c.d. "presunzione della sede legale", presunzione *iuris tantum* secondo la quale "*per le società e le persone giuridiche si presume che il centro degli interessi principali sia, fino a prova contraria, il luogo in cui si trova la sede legale*".

A proposito conviene ricordare che l'operatività del Regolamento n. 848/2015 è condizionata alla localizzazione del COMI in uno Stato membro: laddove il centro degli interessi principali si trovi al di fuori dell'Unione Europea, a nulla varrebbe che il debitore disponga di sedi operative anche al suo interno, e i Paesi coinvolti resterebbero liberi di valutare, "*ciascuno alla stregua delle proprie regole unilaterali o derivanti da trattati bilaterali in materia fallimentare, se esercitare la propria giurisdizione fallimentare*"[201].

Ai sensi del Regolamento, dalla localizzazione del COMI del debitore in uno Stato membro conseguono due fondamentali conseguenze: da un lato, la giurisdizione esclusiva di quello Stato membro per l'apertura del procedimento principale di insolvenza; dall'altro lato, la *lex conursus* di quello Stato membro viene preposta a regolare il procedimento relativo, "*con effetti che si estendono automaticamente anche ai beni e/o rapporti del debitore localizzati in altri Stati membri*"[202], salvo l'apertura di una procedura secondaria d'insolvenza.

Rispetto al precedente Regolamento CE 1346/2000, il Regolamento n. 848/2015/2015 ha introdotto alcune chiarificazioni in merito alla definizione di COMI, accogliendo in parte i suggerimenti provenienti dalla giurisprudenza. Sono state, in particolare, introdotte indicazioni rivolte ai giudici nazionali incaricati della localizzazione del COMI[203]:

- essi sono tenuti a verificare d'ufficio se il COMI del debitore sia situato entro la rispettiva giurisdizione[204];
- il Regolamento insiste in modo particolare sul criterio della riconoscibilità, in ottemperanza a un orientamento consolidato della Corte di Giustizia, imponendo ai giu-

---

[201] MAZZONI A., *op. cit.*, p. 554
[202] *Ibidem*
[203] La ricostruzione che segue è stata operata da BARIATTI S., CORNO G., *op. cit.*
[204] Raccomandazione n. 27 e art. 4 Reg. n. 848/2015.

dici nazionali di prestare particolare attenzione ai creditori e alla loro percezione del luogo in cui il debitore esercita la gestione dei suoi interessi al fine del superamento della presunzione della sede legale[205];

- sempre in questa direzione si colloca il dovere di accertarsi che il debitore abbia informato in tempo utile i creditori di eventuali cambiamenti di sede o di luogo in cui esercita le sue attività[206];
- viene incentivata la possibilità, pur confinata ai casi in cui la legge applicabile lo consenta, di udire i creditori interessati riguardo la localizzazione del COMI, per saggiare la loro opinione e tutelare appieno il loro affidamento[207].

Quanto alla *Model Law*, essa introduce la nozione di COMI limitandosi più laconicamente a definire "*foreign main proceeding*" il procedimento aperto nello Stato dove il debitore ha il suo centro degli interessi principali (art. 2, lett. *b*); nonché a porre la presunzione semplice della sede legale[208]. Proprio in ragione di questa laconicità, uno degli scopi fondamentali della *Guide to Enactment* alla *Model Law* è quello di chiarificare "*l'interpretazione e applicazione di aspetti selezionati della Legge Modello relativamente al centro degli interessi principali*" [209]. La *Guide to Enactment* "ammette" come la Legge Modello non definisca affatto cosa si debba intendere per centro degli interessi principali, limitandosi a fare richiamo della presunzione che il COMI sia il luogo in cui ha sede legale o residenza abituale il debitore[210]. Restano, pertanto, del tutto oscuri i criteri in base ai quali sia possibile superare la presunzione.

Per supplire a tale lacuna, a ulteriore dimostrazione della profonda connessione tra la *Model Law* e il Regolamento UE relativamente ai meccanismi di universalità modificata scelti per la composizione delle crisi transfrontaliere, la *Guide to Enactment* ri-

---

[205] Raccomandazioni n. 28 e n. 30 e art. 3, §1 Reg. n. 848/2015.
[206] Raccomandazione n. 28.
[207] Raccomandazione n. 32.
[208] Art. 16, 3° comma: "*In the absence of proof to the contrary, the debtor's registered office, or habitual residence in the case of an individual, is presumed to be the centre of the debtor's main interests*".
[209] *Guide to Enactment…*, *cit.*, p. 24: "*The Guide has been revised in accordance with the request of UNCITRAL at its forty-third session (2010) in order to include additional guidance with respect to the interpretation and application of selected aspects of the Model Law relating to "centre of main interests*".
[210] *Guide to Enactment…*, *cit.*, p. 29.

chiama una relazione illustrativa[211] redatta nell'ambito dell'allora Comunità Europea. Tale relazione, si legge nella Guida Uncitral, "*è stata generalmente accettata come un supporto all'interpretazione del concetto di «centro degli interessi principali» nel Regolamento UE. Dato che la formulazione di «centro degli interessi principali» nel Regolamento UE corrisponde a quello della Legge Modello, se pur con differenti intenti, la giurisprudenza interpretativa del Regolamento UE ha rilevanza anche per l'interpretazione della Legge Modello*"[212]. In realtà il contenuto della relazione cui si fa riferimento non risulta più essere il punto di riferimento nell'interpretazione del concetto di COMI, compito oggi assolto dalla giurisprudenza, di merito e della Corte di Giustizia, che si è succeduta negli anni. Il passaggio riportato nella Guida è tuttavia significativo nella misura in cui mostra come, sin dall'origine della Legge Modello, la nozione di COMI sia stata pensata in relazione e in funzione all'interpretazione che ne è data in ambito comunitario.

I "*differenti intenti*" di cui la *Guide to Enactment* parla non intaccano in alcun modo la nozione di COMI, che rimane perfettamente coincidente fra i due testi, riguardando le diverse conseguenze che la localizzazione del COMI comporta nell'uno e nell'altro testo: se, infatti, la Legge Modello ricorre alla presunzione semplice della sede legale meramente per "*facilitare il riconoscimento dei procedimenti stranieri di insolvenza e delle disposizioni di assistenza a quei procedimenti*", il Regolamento UE determina un meccanismo di riconoscimento automatico della natura principale del procedimento[213]. Inoltre, nella Legge Modello, una richiesta di riconoscimento di un procedimento straniero può essere fatta in ogni momento dopo la sua apertura, anche diversi anni più tardi; il Regolamento dispone, al contrario, che la localizzazione del COMI del debitore sia operata d'ufficio dal tribunale che riceve una richiesta di apertura di un procedimento di insolvenza, nel momento stesso in cui questa è delibata.

---

[211] *Guide to Enactment*…, *cit.*, p. 44: si fa riferimento al c.d. Virgos-Schmit Report del 1996 – VIRGOS M., SCHMIT E., *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, Brussels 3 May 1996, rinvenibile alla pagina http://aei.pitt.edu/952.

[212] *Guide to Enactment*…, *cit.*, p. 44: "*(...) the Report has been accepted generally as an aid to interpretation of the term "centre of main interests" in the EC Regulation. Since the formulation "centre of main interests" in the EC Regulation corresponds to that of the Model Law, albeit for different purposes, jurisprudence interpreting the EC Regulation may also be relevant to interpretation of the Model Law*".

[213] *Guide to Enactment…, cit.*, p. 69: "*In the Model Law, the presumption is designed to facilitate the recognition of foreign insolvency proceedings and the provision of assistance to those proceedings. Under the EC Regulation, the presumption relates to the proper place for commencement of insolvency proceedings, thus determining the applicable law, and to the automatic recognition of those proceedings by other European Union member States*."

Queste differenze di disciplina mostrano una legislazione europea lievemente più improntata all'universalismo, in quanto istitutiva di meccanismi automatici.

In sintesi, la *Model Law* si disinteressa sostanzialmente di definire il centro di interessi, il Regolamento comunitario introduce invece alcuni principi di fondo, seppur non esaustivi, sintetizzabili in due assunti principali:

- un centro d'interessi è principale nella misura in cui sia avvertito come tale dai creditori del debitore insolvente, in ossequio al principio di riconoscibilità[214];
- la presunzione della sede legale non protegge il debitore insolvente che localizzi o sposti la sede legale con finalità pretestuose e non organizzative, in ossequio al criterio dell'abitualità del luogo di gestione dei suoi interessi[215].

Paradigmatico, a tale proposito, è il Considerando n. 30 al Regolamento n. 848/2015, che suggerisce il superamento della sede legale laddove "*(...) l'amministrazione centrale della società è situata in uno Stato membro diverso da quello della sede legale e una valutazione globale di tutti gli elementi rilevanti consente di stabilire che, in maniera riconoscibile dai terzi, il centro effettivo di direzione e di controllo*[216] *della società stessa, nonché della gestione dei suoi interessi, sono situati in tale altro Stato membro (...)*".

Ebbene, anche ad esito di queste indicazioni, la lettera del Regolamento non fornisce indicazioni precise e univoche circa i criteri materiali a cui ricorrere per individuare il COMI del debitore.

Si rende necessario, pertanto, analizzare la giurisprudenza che, dall'entrata in vigore del Regolamento CE 1346/2000, si è occupata di riempire di contenuto la nozione di *Centre of main interest* con lo scopo di determinare i confini della presunzione che lo localizza nel luogo della sede statutaria.

---

[214] In questo senso muove il Considerando n. 28: "*Nello stabilire se il centro degli interessi principali del debitore sia riconoscibile dai terzi, si dovrebbe prestare particolare attenzione ai creditori e alla loro percezione del luogo in cui il debitore esercita la gestione dei suoi interessi. Qualora intervenga uno spostamento del centro degli interessi principali, può essere necessario informare in tempo utile i creditori del nuovo luogo dal quale il debitore esercita le sue attività, per esempio attirando l'attenzione sul cambio d'indirizzo nella corrispondenza commerciale o rendendo pubblico tale luogo mediante altri mezzi idonei*".

[215] Così i Considerando 29, 30 e 31 che prevengono fenomeno di *forum* (e di conseguenza di *law*) *shopping*.

[216] Si noti come la norma parli espressamente di "*direzione e controllo*", con una terminologia che si adatta perfettamente ai gruppi di società.

4.3 La nozione di COMI per la giurisprudenza

4.3.1 L'anglo-saxon approach e la rigidità del caso Eurofood

Innanzitutto, si tenga a mente che, relativamente alla nozione di COMI, i criteri rilevanti per il diritto nazionale di ciascuna corte non sono invocabili: il concetto di sede principale assunto dall'ordinamento di uno Stato membro non coincide con quello fatto proprio dal Regolamento UE. La nozione di COMI è prettamente comunitaria.[217]

Ciò premesso, la giurisprudenza ha da sempre interpretato la presunzione di coincidenza del COMI con la sede statutaria con molta elasticità. In relazione ai gruppi di società in particolare, che come si è detto costituiscono la forma organizzativa assolutamente prevalente della grande impresa multinazionale, ha preso piede, fin dall'entrata in vigore del Regolamento 1346, un orientamento (il c.d. *anglo-saxon approach*) secondo il quale il COMI della società controllata viene sistematicamente individuato nel Paese in cui opera la dirigenza del gruppo.

Fra gli altri, il caso *Daisytek*[218] del 2003 risulta paradigmatico nell'analisi di questo orientamento giurisprudenziale. Il tribunale fallimentare inglese infatti decretò che più società tedesche e francesi facenti capo a un unico gruppo venissero assoggettate alla legislazione concorsuale inglese, in considerazione del fatto che la società *holding* aveva sede a Bradford; e ciò nonostante il fatto che il gruppo in sé ricomprendesse società dislocate in Francia, Italia e Scandinavia e che la società inglese controllante stessa fosse, da un punto di vista giuridico, a sua volta controllata da una società americana. In particolare, quest'ultima considerazione denota come l'*anglo-saxon approach* tenda a prescindere da una ricerca approfondita sull'articolazione giuridica del gruppo, limitandosi a ricondurre il COMI allo Stato in cui si esplica in concreto la *governance* della società insolvente. Il tribunale inglese infatti si limitò a verificare che il 70% dei contratti di fornitura delle società insolventi tedesche e francesi erano negoziati presso la sede legale di Bedford. Venne, inoltre, accertato che la società controllante inglese aveva rilasciato garanzie a presidio di molti dei debiti contratti dalle società figlie, a ulteriore supporto della profonda connessione con il Regno Unito. Ciò che resta del tutto esterno ed estraneo a questa ricostruzione è il luogo in cui le società

---

[217] MAZZONI A., *op. cit.*, p. 554.

[218] Daisytek-ISA Ltd (2003), in www.chasecambria.com, Journal Issues, 2004, Vol. 1, Issue 1. Tutti riconducibili all'*anglo-saxon approach* sono i casi *Rover*, *Collins&Aikman, Enron Directo, Cris Cross Telecommunication Group, Aim Underwriting Agencies, NortelNetworks*, così come raccolti da MONTELLA G., *La Corte di Giustizia e il COMI: eppur (forse) si muove!*, ne *ilFallimentarista.it*, *Focus* del 1/3/2012.

controllate esercitavano la propria attività d'impresa: esse sono viste, dunque, come mere articolazioni periferiche della società madre inglese.

La decisione fu molto criticata, soprattutto in Francia e Germania, in quanto si sostenne contraria ai principi base della regolamentazione comunitaria che, in ottemperanza al principio di autonomia giuridica, vorrebbero che la società fosse considerata nella sua individualità, a prescindere dal fatto che sia parte di un gruppo[219].

A rompere quello che stava assumendo i connotati di un orientamento giurisprudenziale consolidato, arrivò la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con il caso *Eurofood*[220]. Il disposto di questa sentenza si pose in netto contrasto con il passato, adottando criteri tanto stringenti che, se fossero stati seguiti pedissequamente, avrebbero probabilmente comportato il definitivo affossamento della possibilità di ricorrere alla nozione di COMI al fine di gestire le insolvenze transfrontaliere nei gruppi di società.

Per quanto qui rileva, va ricordato che Eurofood era una società del Gruppo Parmalat, con sede statutaria in Irlanda, ma di fatto gestita dalla capogruppo italiana Parmalat S.p.A., assoggettata, come noto, ad amministrazione straordinaria e dichiarata insolvente dal Tribunale di Parma il 27 dicembre 2003. Entrata in insolvenza, Eurofood veniva assoggettata quasi contemporaneamente a due procedure di insolvenza: una irlandese, l'altra italiana, sulla scorta di due tesi contrapposte in ordine alla nozione di COMI.

Secondo una prima opinione il COMI doveva essere individuato nel luogo in cui si trovava la sede della capogruppo ed in cui venivano prese le decisioni strategiche.

Secondo la tesi opposta, l'appartenenza della società al gruppo societario non era un elemento preventivamente verificabile dai creditori, che pertanto dovevano vedere tutelato il loro legittimo affidamento rispetto alla presunzione della sede legale[221].

Le due diverse soluzioni non si limitavano a fornire interpretazioni differenti di un dato normativo, ma rispondevano a due esigenze contrapposte in caso di insolvenza transfrontaliera di gruppi di società.

Da un lato v'erano le sollecitudini delle società insolventi e degli organi di procedura che, mirando alla massima efficienza della procedura concorsuale, spingevano verso

---

[219] In questo senso DOTEVALL R., *EU Insolvency Regulation and Multiregulational Combines*, in *Scandinavian Studies in Law*, 2012, Vol. 57.

[220] CGUE., Grande Sezione, 2 maggio 2006, *Eurofood IFSC Ltd*, in *Fallimento*, 2006, pp. 1249 ss.

[221] Ricostruzione di PANZANI L., *L'insolvenza dei gruppi di società…, cit.*, p. 538.

un accentramento delle competenze, che riduce i costi e avvantaggia l'opera di ricostruzione dei patrimoni.

Dal lato opposto, v'erano i creditori particolari delle controllate, che non volevano che il proprio credito fosse gestito da una legge concorsuale a loro estranea, tanto meno se nell'ambito di una procedura unica.

V'erano in verità, anche un terzo gruppo di interessi entrati in gioco; potremmo definirli "politici", nel senso che, come s'è detto, rinunciare a trattare della crisi di una società significa di fatto rinunciare alla propria sovranità su almeno una parte del suo patrimonio, che sarà gestito sulla base di una *lex concursus* diversa, ispirata a principi differenti (sulla gerarchia dei crediti *in primis*[222]).

Ebbene, la Corte di Giustizia nel caso *Eurofood* è stata perentoria nella sua scelta:

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

La Corte, non riconoscendo la nozione di gruppo di società, ha in sostanza valorizzato al massimo il diritto di difesa del creditore, avuto riguardo alla situazione apparente in essere, di fatto superando lo sfavore manifestato dal Regolamento n. 1346/2000 (e oggi dal Regolamento n. 848/2015) per il *forum shopping*[223].

Il superamento della presunzione di coincidenza del COMI con la sede statutaria diviene pertanto arduo e praticamente confinato alla sola ipotesi della società "fantasma", che nello Stato della sede legale non svolge alcuna attività[224]. La tesi sostenuta

---

[222] Sull'importanza per un ordinamento della gerarchia dei crediti fatta propria si veda *supra*, capitolo II, §1.2.

[223] PANZANI L., *L'insolvenza dei gruppi di società…, op. cit.*, p. 539. L'autore mette in evidenza che, secondo Eurofood, il COMI del debitore finisce per coincidere sistematicamente con la sua sede statutaria, per quanto pretestuosa possa essere stata la sua scelta.

[224] ABRIANI N., PANZANI L, *op. cit.*, p. 3016.

dalla Corte di Giustizia in Eurofood si discosta, quindi, vistosamente dell'orientamento precedente, che sostanzialmente faceva coincidere la sede degli interessi principali delle società del gruppo nel luogo della sede della capogruppo.

4.3.2 Il sostanziale superamento della sentenza Eurofood ad opera delle corti di merito

La posizione assunta dalla Corte di Giustizia è stata percepita come troppo rigida; la dottrina ha giudicato "formalistico" il suo orientamento e ha tentato di contemperarne la portata interpretandone il precetto nel senso di non superabilità della presunzione della sede legale dalla mera appartenenza al gruppo se non in presenza di "*obiettivi parametri di collegamento dai quali inferire che il vero centro di interessi va collocato dove si trova la capogruppo*"[225].

La giurisprudenza di merito tuttavia ha agito più drasticamente, disapplicando sostanzialmente l'interpretazione indicata dalla sentenza Eurofood, pur senza sconfessarla apertamente. Ed è così che spesso le corti di merito ne hanno omaggiato i contenuti, salvo poi disattenderne le indicazioni.

In questo modo ha agito il Tribunale di commercio di Parigi[226] nel caso Eurotunnel[227], con sentenza resa a distanza di soli tre mesi dalla sentenza Eurofood. Il Tribunale parigino assoggettò a procedura francese diciassette società del gruppo Eurotunnel, dieci delle quali con sede in altri Stati Membri, motivando il superamento della presunzione della sede legale sulla base della localizzazione in Francia della gestione strategica, operativa e finanziaria delle società del gruppo[228]. Si ritorna così, poco tempo dopo la sentenza della Corte di Giustizia, a svalutare il criterio della riconoscibilità in favore di considerazioni attinenti alla *governance* del gruppo.

Nello stesso solco si collocano anche le corti italiane.

La sentenza del 12 febbraio 2010 del Tribunale di Lucca[229] omologò un concordato preventivo di una società con sede francese, ma inserita in un gruppo la cui control-

---

[225] MINUTOLI G., *L'insolvenza transnazionale nei gruppi di imprese: il punto in dottrina e in giurisprudenza*, in *Giur. merito*, 2010, n.6, pp. 1570 ss.
[226] MONTELLA G., *La Corte di Giustizia e il COMI…, cit.*
[227] Eurotunnel plc and Eurotunnel S.A. and associated companies, Tribunal de commerce di Parigi, 2 agosto 2006, in http://www.legifrance.gouv.fr.
[228] WESSELS B., MARKELL B. A., KILBORN J. J., *International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters*, pp. 123 e ss.
[229] MINUTOLI G., *op. cit.*

lante era italiana; il COMI fu riconosciuto in Italia proprio in considerazione della gestione italiana, di cui la società francese fu considerata "*espressione*". In particolare, il Tribunale mise in luce, quale criterio discretivo, il fatto che in Italia si decidessero "*non solo le strategie aziendali, ma anche tutti i profili della concreta operatività della società e del suo assetto interno*".

La sentenza del 10 aprile 2009 del Tribunale di Isernia[230], pur formalmente prestando adesione alla soluzione della Corte di Giustizia in Eurofood, concluse in favore della localizzazione in Italia del COMI di una società lussemburghese appartenente a un gruppo con *holding* italiana. A tal fine furono posti in rilievo la detenzione dell'intero capitale sociale da parte della capogruppo italiana; la presenza nel consiglio di amministrazione di un solo consigliere lussemburghese, tra l'altro non esecutivo; le garanzie rilasciate dalle altre società italiane del gruppo a presidio dei prestiti obbligazionari emessi dalla società lussemburghese.

Il Tribunale di Milano nel 2011[231] applicò la stessa soluzione (COMI in Italia) in presenza di una società con sede in Portogallo, individuando una sovrapposizione fra centro degli interessi principali e sede dell'attività economica: interessante il passaggio secondo cui "*il criterio della sede dell'attività economica coincid*[e] *con quello della sede direttiva e amministrativa della società, vale a dire con il luogo in cui vengono adottate le decisioni essenziali concernenti la direzione generale e nel quale sono svolte le funzioni di amministratore centrale*". Questa argomentazione svaluta il punto di partenza di Eurofood: la riconoscibilità da parte dei creditori della diversa collocazione del COMI come requisito fondamentale per il superamento della presunzione della sede legale.

Merita di essere citata nel novero della giurisprudenza italiana anche la sentenza del 21 novembre 2011 del Tribunale di Roma[232]. Il Tribunale dichiarò il fallimento di una società di fatto esistente tra il Sig. Lande ed altri soci: tale società di fatto fu inoltre qualificata società capogruppo di tre controllate con sede a Londra, anch'esse dichiarate fallite con la stessa sentenza.

---

[230] Trib. Isernia, 10 aprile 2009, in *Fallimento*, 2010, p. 59.

[231] Trib. Milano, 26 luglio 2011, ne *ilCaso.it*.

[232] Trib. Roma, Sez. fall., 21 novembre 2011, ne *ilCaso.it*. Si veda anche l'analisi che ne fa DI MAJO A., *I gruppi di imprese…*, *cit.*, pp. 185 ss.
Il caso ebbe una particolare risonanza mediatica, in quanto vedeva convenuto Gianfranco Lande (un *broker* soprannominato "Madoff dei Parioli"), accusato di aver truffato centinaia di investitori.

Contro la sentenza di 1° grado fu proposto reclamo dinnanzi alla Corte d'appello di Roma: i reclamanti ritenevano il giudice italiano carente di giurisdizione, in quanto le controllate avevano sede statutaria all'estero. La Corte d'appello di Roma[233], nel rigettare le doglianze proposte contro la sentenza del tribunale, si pose in continuità con la giurisprudenza da ultimo analizzata. L'argomentazione proposta dalla Corte d'appello con lo scopo di giustificare il superamento della presunzione della sede legale si compose di un elenco di "dati sintomatici" che, presi nel loro complesso, corroborerebbero la conclusione secondo cui il COMI delle società controllate non avrebbe potuto che coincidere con quello della capogruppo. In particolare: il fatto che i soci e la clientela della società erano tutti italiani; i soci e gli amministratori erano gli stessi di altre società italiani del medesimo gruppo; le operazioni erano state tutte effettuate presso un istituto di credito italiano e le controllate stesse operavano mediante conti correnti accesi presso il medesimo istituto. Da tutte queste considerazioni, la Corte d'appello arrivò a ritenere formale e fittizia la sede legale estera, in quanto in tali sedi non si era svolta realmente alcuna attività amministrativa.

Infine, perfino le Sezioni Unite della Cassazione optarono per l'individuazione del COMI nello Stato in cui l'impresa abbia il centro della propria attività direttiva, amministrativa e organizzativa[234].

La giurisprudenza qui richiamata fa riferimento a criteri ben lontani da quelli che deriverebbero da una rigida applicazione dell'orientamento espresso dalla sentenza Eurofood; lì, il perno attorno a cui ruota la nozione di COMI era la sede legale, irrigidita in nome della tutela dei creditori. Tale presunzione viene svalutata sensibilmente dalla giurisprudenza di merito, la cui interpretazione di COMI si esaurisce in una ricerca di

---

[233] Corte d'Appello di Roma, sent. 4138/2012, ne *ilCaso.it*.

[234] SS.UU. 18 maggio 2009, n. 11398, in *Mass. Giur. It.*. Nella sentenza si legge che: "*ai sensi dell'art. 3, paragrafo 1, del Regolamento CE 29 maggio 2000, n. 1346/2000, relativo alle procedure di insolvenza, competenti ad aprire la procedura di insolvenza sono i giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore, presumendosi - per le società e le persone giuridiche - che il centro degli interessi coincida, fino a prova contraria, con il luogo in cui si trova la sede statutaria; ove però, anteriormente alla presentazione dell'istanza di fallimento, la società abbia trasferito all'estero la propria sede legale, e tale trasferimento appaia fittizio, non avendo ad esso fatto seguito l'esercizio di attività economica nella nuova sede,* ***né lo spostamento presso di essa del centro dell'attività direttiva, amministrativa ed organizzativa dell'impresa****, permane la giurisdizione del giudice italiano a dichiarare il fallimento*". Implicitamente la Corte riconobbe, pertanto, che la sede in cui la società abbia il proprio centro dell'attività direttiva, amministrazione ed organizzativa, pur se non coincidente con il luogo della sede legale, non è fittizia ed è, quindi, nel relativo foro che andrà localizzato il suo COMI.

elementi sintomatici del luogo in cui la società controllata è gestita, il che viene a coincidere sistematicamente con il COMI della società capogruppo.

4.3.3 Il superamento di Eurofood da parte della Corte di Giustizia

Due sentenze successive della Corte di Giustizia dell'Unione Europea hanno definitivamente superato il rigido orientamento formale espresso dalla sentenza Eurofood, pur contemperando con il principio di riconoscibilità l'*anglo-saxon approach* "puro".
Nel 2011 con la sentenza Interedil[235], la Corte di Giustizia aprì a un'interpretazione di COMI più ampia: si consentì, cioè, il superamento della presunzione della sede legale anche al di fuori dell'ipotesi (marginale) di società "fantasma".
Il ragionamento della Corte parte da subito in contrasto con quanto affermato in Eurofood: "*il centro degli interessi principali di una società debitrice deve essere individuato privilegiando il luogo dell'amministrazione principale di tale società, come determinabile sulla base di elementi oggettivi e riconoscibili dai terzi*". Il *focus* dell'indagine trasla, quindi, dalla presenza di "*elementi obiettivi e verificabili da parte di terzi*", richiesta in Eurofood, al luogo in cui è svolta l'amministrazione della società, che sì dev'essere riconoscibile dai terzi, ma torna ad essere punto di riferimento.
Al contrario, in Eurofood, non rilevavano considerazioni in merito alla gestione dell'attività, pertanto la localizzazione del COMI nel luogo della sede legale era una presunzione pressoché granitica: la prova contraria era prospettabile solo in situazioni limite in cui la sede statuaria fosse completamente fittizia. Se anche un minimo di attività era svolta nel luogo della sede legale, quel centro d'interesse diveniva automaticamente principale.
La sentenza Interedil compie una sintesi fra la posizione espressa con Eurofood e la giurisprudenza di merito (incline, come si è visto, a ignorare il criterio della riconoscibilità). Il bilanciamento risultante è ben sintetizzato dal seguente passaggio:

"*Laddove il luogo dell'amministrazione principale di una società non si trovi presso la sua sede statutaria, la presenza di attivi sociali, nonché l'esistenza di contratti relativi alla loro gestione finanziaria in uno Stato membro diverso da quello della sede statutaria di tale società, possono essere considerati elementi sufficienti a superare tale presunzione solo a condizione che una valutazione globale di tutti gli elementi rilevanti consenta di stabilire che, in maniera riconoscibile dai terzi, il centro effetti-*

[235] CGUE, Sez. I, 20 ottobre 2011, n. 396/2009, in curia.europa.eu.

vo di direzione e di controllo della società stessa, nonché della gestione dei suoi interessi, è situato in tale altro Stato membro".

L'"*Interedil test*" si compone quindi di due anime.

Da un lato, vi sono "criteri oggettivi": gli elementi materiali da cui dedurre che l'attività principale svolta dalla società si trova in un certo luogo; il perno di questa prima indagine è rappresentato dal luogo in cui opera la dirigenza della società (e quindi il COMI della *holding* in caso di gruppo di società).

Dall'altro lato, viene riportato alla luce il criterio della riconoscibilità, negletto dalle corti di merito ancorché sia valorizzato dal dato normativo. È richiesto cioè che quei criteri oggettivi siano stati oggetto di pubblicità o, quanto meno, siano stati resi noti in modo sufficiente a far sì che i creditori ne abbiano potuto aver conoscenza. Si è affermato in proposito che "*l'accento viene posto sull'apparenza esteriore, nel senso che, perché il COMI sia ravvisato in uno Stato diverso, è necessario, ma anche, ci permettiamo di aggiungere noi a questo punto, sufficiente, che la società debitrice svolga lì la propria attività con piena trasparenza, e soprattutto con riconoscibilità ad opera dei terzi*"[236].

L'orientamento così costruito è stato confermato nella successiva decisione resa nel caso Rastelli[237]; la questione rimessa alla Corte di Giustizia verteva sulla sufficienza o meno di una confusione patrimoniale fra società appartenenti allo stesso gruppo al fine di superare la presunzione della sede legale. La Corte di Giustizia rispose che la confusione patrimoniale non potesse assurgere a unico criterio materiale di localizzazione del COMI del debitore; al contrario la "*presunzione* [della sede legale] *può essere confutata quando, dal punto di vista dei terzi, il luogo dell'amministrazione principale di una società non si trova presso la sede statutaria*".

Anche in questo caso, come nella sentenza Interedil, la Corte di Giustizia richiama i due criteri del luogo della realtà gestionale e della riconoscibilità da parte dei terzi creditori. Dalla loro commistione la Corte arriva ad escludere che la confusione patrimoniale sia da sola sufficiente: la confusione patrimoniale viene giudicata un criterio inadatto in quanto elemento "*difficilmente riconoscibile dai terzi, e che comunque non implica necessariamente un centro di interessi unico, non potendosi infatti esclu-*

---

[236] MONTELLA G., *La Corte di Giustizia e il COMI…, cit.*, p. 5.
[237] CGUE, Sez. I, 15 dicembre 2011, n. 191, in curia.europa.eu.

dere che detta confusione sia organizzata a partire da due centri di direzione e di controllo che si trovano in Stati membri diversi"[238].

Nel solco di questa giurisprudenza della Corte di Giustizia si inseriscono alcune innovazioni apportate dal Regolamento n. 848/2015: il riferimento è ai Considerando n. 28 e n. 30[239].

Il primo richiama la percezione e riconoscibilità del COMI da parte dei terzi; nel fare ciò vi è un monito alle imprese stesse, alle quali il Considerando impone un onere di informazione nei confronti dei creditori circa "*il luogo dal quale il debitore esercita le sue attività, per esempio attirando l'attenzione sul cambio d'indirizzo nella corrispondenza commerciale o rendendo pubblico tale luogo mediante altri mezzi idonei*".

Il Considerando n. 30 accoglie in pieno l'orientamento fatto proprio dalla Corte di Giustizia, secondo il quale la presunzione della sede legale è superabile "*se l'amministrazione centrale della società è situata in uno Stato membro diverso da quello della sede legale e una valutazione globale di tutti gli elementi necessari rilevanti consente di stabilire che, in maniera riconoscibile dai terzi, il centro effettivo di direzione e di controllo della società stessa, nonché della gestione dei suoi interessi, sono situati in tale altro Stato membro*".

Vale, infine, la pena di ricordare l'introduzione nel Regolamento n. 848/2015 di un "periodo sospetto" di 3 mesi, entro cui è irrilevante, al fine del superamento della presunzione della sede legale, l'avvenuto trasferimento della sede statutaria, avuto riguardo alla data di presentazione della domanda di apertura della procedura di insolvenza[240].

4.4 Conseguenze della localizzazione del COMI del debitore

La procedura collettiva che segue alla localizzazione del COMI del debitore è differente a seconda che trovi applicazione la Legge Modello oppure il Regolamento n. 848/2015.

Per la Legge Modello, il riconoscimento della procedura principale determina l'automatica applicazione di una serie di misure conservative, o di sospensione di

---

[238] MONTELLA G., *La Corte di Giustizia e il COMI…, cit.*, p. 6.
[239] Come ricostruito da ABRIANI N., PANZANI L, *op. cit.*, p. 3016.
[240] Cfr. Considerando n. 31 e art. 3, paragrafo 2° Regolamento n. 848/2015/2015.

istanze individuali, avanzabile dal curatore straniero, gravanti sulla frazione del patrimonio del debitore situata nel territorio dello Stato estero[241].

La disciplina dell'Unione Europea è invece più articolata, in quanto predispone interconnessioni più intense fra gli Stati membri coinvolti, nonché, in ultima analisi, la possibilità di accentrare presso una procedura unica, se non vi sono istanze in senso opposto, l'intera gestione della crisi patrimoniale, governata dalla medesima *lex concursus*. Quest'ultima possibilità risulta perseguita con una certa frequenza in caso di tentativi di risanamento del gruppo multinazionale, laddove si proceda, su istanza dello stesso debitore, alla predisposizione di più piani concordatari coordinati, o finanche un unico piano, che l'amministrazione centrale del gruppo tenderà a voler gestire nell'ambito dello stesso ordinamento[242].

Al di fuori di questa ipotesi limite, la legislazione comunitaria è espressione dell'universalità modificata e si fonda pertanto sulla distinzione fra procedura principale e procedure secondarie.

Nello Stato in cui è individuato il COMI del debitore si ha l'apertura di una procedura principale, riconosciuta come tale da tutte quelle "dipendenze" (così si esprime il Regolamento) il cui centro degli interessi principali è stato ivi localizzato. In tutti gli altri Stati coinvolti, quelli in cui si trova per l'appunto una "dipendenza" del debitore, sarà possibile aprire unicamente una procedura secondaria.

Prima di indagare la definizione di dipendenza e il rapporto tra procedura principale e secondarie, è bene definire chi sia l'organo preposto alla localizzazione del COMI, e pertanto all'apertura della procedura principale, e quali i rimedi azionabili dagli interessati per contestare tale decisione.

Il meccanismo di riconoscimento di apertura della procedura principale è automatico e immediato e produce effetti, dei quali dev'essere tenuto conto anche d'ufficio, nei

---

[241] VATTERMOLI D., *Gruppi multinazionali..., cit.*, p. 598. Cfr. anche art. 20 Legge Modello, che disciplina gli effetti che conseguono dal riconoscimento della procedura come principale (*supra*, capitolo II, §2).

[242] Cfr. Trib. Lucca, 12 febbraio 2010, inedito (ma citato spesso nella letteratura in materia), relativo al "gruppo Kartogroup". MAZZONI A., *Concordati di gruppi transfrontalieri, cit.*, pp. 557 ss. L'autore commenta il caso del Tribunale, che riconobbe la sussistenza del COMI in Italia in capo a tre controllate straniere, due francesi e una tedesca. Tutte queste controllate avevano fatto richiesta di ammissione al concordato preventivo innanzi al tribunale italiano, sostenendo esse stesse di avere il proprio COMI nel luogo in cui era localizzato quello della capogruppo. Il Tribunale accolse la tesi delle società, così aprendo quattro procedure parallele di concordato preventivo, in tre delle quali il debitore ammesso era una società estera.

confronti dei giudici di ogni Stato membro coinvolti[243]. Una volta stabilizzati gli effetti dell'apertura di una procedura principale, non sarà più possibile lamentare la localizzazione del COMI del debitore, cosicché per tutte le dipendenze del debitore situate in altro Stato non potrà che essere aperta una procedura secondaria. L'effetto è paragonabile a quello di un giudicato esterno e deriva direttamente dal principio di reciproca fiducia, di cui l'art. 19 del Regolamento n. 848/2015 è manifestazione:

"*La decisione di apertura della procedura di insolvenza da parte di un giudice di uno Stato membro (...) è riconosciuta in tutti gli altri Stati membri dal momento in cui essa produce effetto nello Stato di apertura*".

Il Considerando n. 69 esplicita ulteriormente il principio del riconoscimento automatico:

"*Il riconoscimento delle decisioni pronunciate dai giudici degli Stati membri dovrebbe poggiare sul principio di fiducia reciproca. A tale riguardo i motivi del mancato riconoscimento dovrebbero essere ridotti al minimo necessario. Si dovrebbe risolvere secondo tale principio anche il conflitto che insorge quando i giudici di due Stati membri si ritengono competenti ad aprire una procedura principale di insolvenza. La decisione del giudice che apre per primo la procedura dovrebbe essere riconosciuta negli altri Stati membri, senza che questi ultimi abbiano la facoltà di sottoporre a valutazione tale decisione."*

Ciò considerato, è il primo giudice che si occupa della crisi patrimoniale a verificare d'ufficio, così come stabilito dal Considerando n. 27, se il COMI del debitore o la sua dipendenza siano situati entro la sua giurisdizione. Qualora egli ritenga che il COMI non sia situato entro la sua giurisdizione, non dovrebbe aprire una procedura principale d'insolvenza (Considerando n. 33); al fine dell'indagine che gli è preposta, il giudice può esigere dal debitore ulteriori prove e, se consentito dalla legge applicabile alla procedura d'insolvenza, dare ai creditori possibilità di esprimersi in merito (Considerando n. 32). A chiusura di queste disposizioni, il Considerando n. 34 attribuisce a ciascun creditore la facoltà di accedere "*a mezzi di ricorso effettivi contro la decisione di apertura della procedura d'insolvenza. Le conseguenze dell'impugnazione della decisione di apertura della procedura d'insolvenza dovrebbero essere disciplinate dal diritto nazionale*".

---

[243] Cfr. Cass., SS.UU., 14 aprile 2008, n. 9743, in *Fallimento*, 2008, pp. 1149 ss.

È quindi il diritto nazionale a disciplinare i mezzi di impugnazione della decisione su quale sia la procedura principale: i creditori che volessero contestare tale qualificazione debbono, pertanto, azionare i meccanismi procedurali offerti dallo Stato entro cui la procedura principale è stata aperta.

Una volta intervenuto il giudicato su tale decisione, la localizzazione del COMI del debitore è definitiva e ha efficacia vincolante in tutta l'Unione Europea.

La disciplina sulla verifica della competenza fin qui esposta è contenuta nell'art. 4 del Regolamento n. 848/2015, che introduce anche l'onere del giudice di esporre i motivi per i quali egli ritenga che la propria competenza si fondi sull'art. 3, 1° paragrafo (procedura principale), o invece sul 2° paragrafo della stessa norma (procedura secondaria). È inoltre prevista la possibilità che, qualora la decisione sul punto sia mancante, gli Stati membri possano incaricare[244] "*l'amministratore delle procedure di insolvenza nominato nella procedura di esaminare se lo Stato membro in cui la domanda di apertura della procedura è pendente è competente ai sensi dell'art. 3. In caso affermativo, l'amministratore delle procedure di insolvenza specifica nella decisione di apertura della procedura i motivi della competenza giurisdizionale, in particolare se questa si fonda sull'articolo3, paragrafo 1 o paragrafo 2*". Al curatore in pratica è attribuito il compito di supplire all'eventuale difetto nell'operato del giudice.

Riassumendo, l'art. 3 del Regolamento individua puntualmente i criteri di riparto della competenza giurisdizionale internazionale: viene stabilito che una volta localizzato il COMI, i giudici di un diverso Stato membro non possono che aprire una procedura secondaria di insolvenza e che ciò è possibile solo laddove il debitore ivi possieda una dipendenza. Bisogna quindi indagare cosa debba intendersi per dipendenza.

La dottrina ha posto in luce una duplice valenza del concetto di dipendenza: in primo luogo essa può essere intesa come "*luogo di concentrazione degli interessi «non main»*", nel senso fatto proprio dalla lettera del Regolamento; ma dipendenza può anche significare "*stabilimento formale, ossia di luogo in cui l'impresa abbia «ufficialmente» dichiarato di avere una filiale, succursale, dipendenza, ecc. pur non necessa-*

---

[244] L'espressione utilizzata dal Regolamento ("*gli Stati membri possono incaricare l'amministratore delle procedure…*") sembra essere un'indicazione ai legislatori dei vari Stati membri, nel senso che si suggerisce loro di prevedere, nella loro opera di esecuzione del Regolamento, il potere degli organi gestori di supplire alla mancanza della decisione del giudice. Non si spiegherebbe altrimenti come uno Stato (e sotto forma di quale sua articolazione) potrebbe mai avvedersi dello stato processuale di una pluralità potenzialmente indefinita di procedimenti attribuendo direttamente e caso per caso ai rispettivi organi di procedura l'assolvimento di un certo compito.

riamente dotata delle caratteristiche indicate dal Regolamento"[245]. La prima concezione conduce per l'appunto all'apertura di una procedura secondaria; la seconda concezione è stata utilizzata dalla Corte di Giustizia nel senso di "elemento sintomatico" al fine del superamento della presunzione di coincidenza del COMI con la sede statutaria[246].

La nozione che qui rileva è la prima[247]. È una nozione economica, in quanto prescinde dal riconoscimento giuridico della dipendenza. Ai fini del Regolamento, l'art. 2 definisce la dipendenza come "*qualsiasi luogo di operazioni in cui un debitore esercita o ha esercitato nel periodo di tre mesi anteriori alla richiesta di apertura della procedura principale d'insolvenza, in maniera non transitoria, un'attività economica con mezzi umani e con beni*".

In altre parole, si tratta di un *centre of interests* non *main*, che abbia una certa stabilità e disponga di un certo grado di autonomia tale da distinguersi dall'attività principale, da cui rimane pur sempre dipendente.

La Corte di Giustizia ha ulteriormente specificato la nozione di dipendenza, affermando come sia necessario che l'attività disponga di un minimo di organizzazione e di una certa stabilità; è stato escluso, pertanto, che "*la mera presenza di singoli beni o di conti bancari*" soddisfi questi requisiti[248].

Il Regolamento n. 848/2015 ha tentato di chiarificare una questione dubbia, sorta nella vigenza del precedente Regolamento 1346, circa la possibilità di aprire una procedura d'insolvenza secondaria là dove il debitore abbia la sua sede legale e il COMI sia stato altrove individuato, superando la relativa presunzione. Il Considerando n. 24 fornisce risposta positiva, in ossequio a un orientamento proprio della Corte di Giusti-

---

[245] BOGGIO L., *Insolvenza internazionale – centre of main interests, dipendenze e trasferimento della sede: cercando di sfuggire al giudicato sulla giurisdizione concorsuale…,* in *Giur. It.*, 2017, 2, pp. 379 ss.

[246] CGUE, Sez. VII, Ordinanza 24 maggio 2016, n. 353 in *Giur. It.*, 2017, 2, p. 379. Nell'ordinanza la Corte afferma che "*la presenza di una dipendenza in uno Stato membro diverso da quello della sede statutaria (…), che costituisce elemento obbiettivo e riconoscibile dai terzi, dev'essere presa in considerazione per valutare se occorra escludere la presunzione prevista dall'art. 3, paragrafo 1, del Reg. n. 1346/2000, ma non è sufficiente a dimostrare che il centro effettivo di direzione e di controllo di detta società, nonché la gestione dei suoi interessi, è situato in quest'altro Stato membro*".

[247] Sulla nozione di dipendenza e sul rapporto fra procedura principale e procedure secondarie si veda DE CESARI P., *Il rapporto tra procedura principale e procedure secondarie nel regolamento n. 1346/2000: un aiuto dalla cassazione, ma molti sono i problemi ancora aperti*, in *Fallimento*, 2016, 7, pp. 829 ss.

[248] Caso Interedil, *cit.*

zia secondo cui la sede statutaria della società perde di rilevanza una volta localizzato il COMI[249] .

Quanto alla disciplina e al rapporto fra procedura principale e procedure secondarie, innanzitutto il Regolamento afferma che la procedura principale si intende universale, cioè riguardante la totalità dei beni del debitore; le procedure secondarie sono eventuali, rispondono a esigenze di migliore efficienza nella gestione della procedura e possono riguardare i soli beni situati nel luogo in cui sono state aperte (Considerando n. 23).

Una delle conseguenze principali della configurazione di una procedura d'insolvenza come principale è l'estensione della *lex concursus* dello Stato in cui il COMI è stato localizzato anche a quei beni e creditori che si trovano al di fuori dei suoi confini, salvo l'apertura di procedure d'insolvenza secondarie (in ossequio al principio di universalità limitata).

Se non è aperta alcuna procedura secondaria, la *lex societatis* diviene del tutto ininfluente nella determinazione del foro e della legge regolatrice dell'insolvenza; ciò ha una portata particolarmente significativa nei gruppi di società, laddove, qualora si sussuma sotto un unico COMI la procedura d'insolvenza, si avranno più società giuridicamente distinte soggette a una legge applicabile che prescinde dal luogo della loro sede legale[250].

Sembra infine opportuno riportare una problematicità rilevata dalla dottrina in merito alla possibilità di aprire una procedura secondaria nell'ambito dei gruppi di società. La questione è in che limiti sia lecito definire "dipendenza" una società dotata di una propria personalità giuridica, distinta da quella del debitore sottoposto a procedura principale in un altro Stato membro. Tale dottrina ha messo in luce come, in una situazione siffatta, sarebbe maggiormente opportuno parlare, più che di dipendenza, "*di una persona giuridica autonoma, a carico della quale potrà essere aperta una procedura principale*"[251].

Il problema attiene, ancora una volta, alla utilizzabilità della nozione di COMI nell'ambito dei gruppi di società: in questo caso, in particolare, si ritiene che, anche laddove fosse riconosciuta la sussistenza del medesimo COMI per più società di uno

---

[249] Cfr. CGUE, *Burgo Groups SpA c. Illochroma SA*, 4 settembre 2014, C-327/13, in *Fallimento*, 2015, pp. 402 ss.
[250] MAZZONI A., *op. cit.*, p. 558.
[251] DE CESARI P., *Il rapporto tra procedura principale…, cit.*, pp. 829 ss.

stesso gruppo, il dato letterale della norma non consentirebbe di applicare appieno la disciplina conseguente e di aprire procedure secondarie per società controllate, in quanto esse non possono essere sussunte sotto la nozione di "dipendenza" utilizzata dall'art. 3.

In realtà, la Corte di Giustizia[252] non ha condiviso la rimostranza, ritenendo, al contrario, che la società controllata possa essere "*oggetto anche di una procedura secondaria di insolvenza nell'altro Stato membro, dove essa ha la sua sede legale e dove è dotata di personalità giuridica*"[253]. A conclusioni simili è giunta la Corte di cassazione italiana[254], laddove ha riconosciuto la possibilità di aprire una procedura d'insolvenza secondaria nei confronti di una società italiana appartenente a un gruppo la cui *holding* belga era stata sottoposta a una procedura d'insolvenza principale.

Non si dimentichi, inoltre, che il Considerando n. 53[255] del Regolamento n. 848/2015 ha avallato la prassi giurisprudenziale precedente circa la localizzazione del COMI di gruppo presso un'unica giurisdizione.

Il Considerando non tratta esplicitamente dell'apertura di procedure secondarie, tuttavia, dato il richiamo, qui sì esplicito, alla nozione di COMI, si deve ritenere che intenda riconoscere la legittimità della trasposizione, nel campo dei gruppi di società, dell'intera disciplina connessa, dettata per il debitore unico. Non può ritenersi razionale, infatti, che il legislatore comunitario permetta espressamente la centralizzazione del COMI per le più società del gruppo, alla stregua di quanto consentito per il debitore unico la cui organizzazione interna si articoli su più ordinamenti, escludendo la possibilità di aprire procedure secondarie d'insolvenza relativamente a quelle società del gruppo che dispongano di beni all'estero.

L'apertura di una procedura secondaria d'insolvenza, in sintesi, si atteggia a naturale *pendant* della disciplina relativa al COMI: se si ammette che esso sia individuato in un'unica giurisdizione per più debitori appartenenti allo stesso gruppo, si deve ammettere che, nelle altre giurisdizioni, sia riconosciuta una "quantità di competenza" residua, esercitabile, per l'appunto, con l'apertura di una procedura secondaria.

Se così non fosse, peraltro, si finirebbe per affermare che, in relazione al gruppo, la disciplina del COMI sia più intensa che per il debitore unico: per quest'ultimo, infatti,

---

[252] CGUE, *Burgo Groups SpA c. Illochroma SA, cit.*
[253] CGUE, *Burgo Groups SpA c. Illochroma SA, cit.*, punto 1 del dispositivo.
[254] SS.UU., sent. 29.10.2015, n. 22093, in *Giur. It.*, 2016, 8-9, pp. 1929.
[255] Cfr. anche *supra*, capitolo II, §3.2.

permarrebbe la possibilità di gestire i suoi beni situati all'estero nell'ambito di una procedura locale, sebbene "secondaria"; l'intera massa patrimoniale delle società del gruppo il cui COMI sia riconosciuto in un'unica giurisdizione, al contrario e a prescindere dal luogo in cui si trovino i beni, finirebbe per essere necessariamente gestita nell'ambito della medesima procedura principale, privando completamente gli altri Stati membri coinvolti di qualsivoglia potere di influire. Questa disparità di trattamento non è giustificabile, tanto meno sulla scorta di considerazioni prettamente terminologiche quali la nozione di "dipendenza", e deve pertanto essere respinta.

Date queste considerazioni, non può che concludersi che il legislatore europeo abbia accettato la trasposizione dell'intera disciplina propria del debitore unico anche al gruppo multinazionale.

In conclusione, nei gruppi di società la dipendenza dev'essere intesa come un rapporto di direzione da parte della società controllante sulle attività della controllata.

5. La Parte III della Guida Legislativa: la disciplina dei gruppi

Si immagini di tornare al 2009. Nel panorama internazionale erano due i testi normativi che regolavano la gestione dell'insolvenza transfrontaliera: il Regolamento n. 1346/2000 nell'ambito dell'Unione Europea e la Legge Modello dell'Uncitral, entrambi costruiti sul concetto di COMI. È questo il contesto in cui opera il *Working group V*[256] dell'Uncitral quando, dal 18 al 22 maggio 2009, tiene la sua trentaseiesima sessione a New York. All'esito di questo incontro viene redatto un documento di lavoro i cui suggerimenti sono poi confluiti nella Parte Terza della *Legislative guide on insolvency law*, specificamente dedicata ai gruppi di società, poi adottata l'1 luglio del 2010.

La Parte Terza si propone di fornire linee guida agli organi legislativi dei vari Stati circa l'insolvenza dei gruppi di società, tanto a livello domestico quanto transnazionale. A tale scopo, è enfatizzata la cooperazione e il coordinamento fra procedimenti, in prima battuta suggerendo che i principi già esistenti in materia di insolvenza transfrontaliera (come quelli contenuti nella *Model Law*) dovrebbero essere estesi ed applicati anche nell'ambito dei gruppi di società[257].

Il Glossario iniziale si premura innanzitutto di dettare una serie di definizioni: il tentativo appare tanto più apprezzabile quanto più si consideri come concetti centrali quali la nozione stessa di gruppo di società possano variare sensibilmente da ordinamento a ordinamento, e perfino all'interno di diversi ambiti dello stesso ordinamento[258].

La Parte Terza della Guida Legislativa si compone di tre sezioni:

---

[256] Gruppo di lavoro facente capo all'Uncitral specificamente preposto a discutere e formulare pareri e proposte in merito all'insolvenza (*insolvency law*).

[257] GOPALAN S., GUIHOT M., *Cross-border insolvency law and multinational enterprise groups: judicial innovation as an international solution*, in *George Washington International Law Review*, vol. 48, n.3, 2016.

[258] Cfr. *supra*, capitolo I, §1.

Nel Glossario iniziale si precisano i seguenti termini:

(a) "Enterprise group": two or more enterprises that are interconnected by control or significant ownership;

(b) "Enterprise": any entity, regardless of its legal form, that is engaged in economic activities and may be governed by the insolvency law;

(c) "Control": the capacity to determine, directly or indirectly, the operating and financial policies of an enterprise;

(d) "Procedural coordination": coordination of the administration of two or more insolvency proceedings in respect of enterprise group members. Each of those members, including its assets and liabilities, remains separate and distinct;

(e) "Substantive consolidation": the treatment of the assets and liabilities of two or more enterprise group members as if they were part of a single insolvency estate.

a) la prima sezione definisce e traccia le caratteristiche generali di un gruppo di società, si intrattiene sulle le ragioni della diffusione di questa forma organizzativa e in generale si ripropone di riassumere i principi di stampo giurisprudenziale e dottrinale adottati nella gestione delle crisi dei gruppi, sul piano locale e internazionale (quale ad esempio il c.d. *seprate entity approach*, ossia il principio di autonomia giuridica della singola controllata rispetto al gruppo);

b) la seconda sezione contiene raccomandazioni destinate alle crisi patrimoniali domestiche dei gruppi di società, nell'ottica di fornire ai legislatori nazionali mezzi tali da consentire l'adozione di una legislazione efficiente ed effettiva. In particolare è prevista la possibilità di introdurre forme di *substantive consolidation* laddove o vi siano interconnessioni tanto strette fra le società del gruppo da non rendere distinguibili i singoli beni e le singole responsabilità se non con spesa o ritardo sproporzionati; ovvero quando il gruppo abbia fini non economico-imprenditoriali ma meramente fraudolenti. In presenza di queste due condizioni alternative, le legislazioni nazionali dovrebbero indicare i soggetti legittimati a richiedere il consolidamento patrimoniale, includendovi ciascuna delle entità appartenenti al gruppo, i loro creditori e gli organi di ciascuna procedura concorsuale[259].

c) la terza sezione, che è quella che specificamente qui interessa, è dedicata alle *international issues* e quindi all'insolvenza transnazionale. Lo scopo primario è quello di predisporre meccanismi di coordinamento, stante che l'assenza di un regime legislativo che si occupi dell'insolvenza dei gruppi multinazionali "*si risolve in gestioni inadeguate e disorganizzate*"[260] del problema ed impedisce un'amministrazione equa ed efficiente delle insolvenze transnazionali, nonché la massimizzazione del valore dei beni del debitore insolvente.

La Guida offre due soluzioni distinte a questi inconvenienti:

- da un lato delinea una serie di meccanismi di cooperazione fra procedure;
- dall'altro lato promuove accordi fra creditori, debitori ed autorità giurisdizionali al fine di comporre la crisi in via pattizia. Si tratta dei c.d. protocolli (o *protocol agreements*), che sono, per l'appunto, "*accordi tra le procedure relative alle società del*

[259] Raccomandazioni n. 222. Cfr. ABRIANI N., PANZANI L, *op. cit.*, pp. 3007 e ss.
[260] Legislative guide on Insolvency Law: Part Three, *cit.*, p. 83.

gruppo ammesse a procedure diverse in Paesi diversi diretti a disciplinare la collaborazione a fini informativi o per altre finalità, tra le quali la ripartizione di asset quando vi siano motivi di contestazione"[261]. La legge interna in questo caso avrebbe il compito di dare veste giuridica all'accordo, consentendolo esplicitamente e disciplinandone l'omologazione[262].

I meccanismi di cooperazione rappresentano il cuore della disciplina della Parte terza. A differenza della disciplina del Regolamento UE 848 e della Legge Modello dell'Uncitral, nelle raccomandazioni scompare la distinzione fra procedure principali e secondarie, sostituita dal concetto di "procedure parallele"[263]. In questo contesto, la Raccomandazione n. 239 suggerisce ai legislatori nazionali di dotarsi di norme che consentano ai curatori ed ai creditori stranieri di accedere all'autorità giudiziaria dinanzi alla quale pende la procedura, nonché di norme che consentano il riconoscimento delle procedure straniere.

La successiva Raccomandazione n. 240 si occupa del coordinamento fra organi giudiziari, disponendo che essi possano "*cooperare quanto più possibile con le corti straniere o con rappresentanti stranieri, o direttamente o per il tramite degli organi di procedura o di altre persone nominate per agire sotto la direzione della corte* (…)"[264].

La cooperazione pertanto può scattare "*qualora il giudice nazionale accerti, per un verso ed applicando la legge straniera, l'apertura della procedura di insolvenza aliena e la qualità di rappresentante legale della procedura del soggetto che richiede la cooperazione; e, per altro verso e sulla base della legge nazionale, l'esistenza dei collegamenti di gruppo tra le società insolventi*" [265].

Tra l'altro, lo scambio di informazioni e la comunicazione fra organi giudiziari è uno dei meccanismi più efficaci per evitare quegli inconvenienti generati da una moltitudine di procedure sconnesse le une dalle altre; la disponibilità di informazioni consen-

---

[261] ABRIANI N., PANZANI L, *op. cit.*, p. 3019.
[262] VATTERMOLI D., *Gruppi multinazionali..., cit.*, pp. 618 ss.
[263] VATTERMOLI D., *Gruppi multinazionali..., cit.*, pp. 602 ss.
[264] Recommendation n. 240: "(…) *to cooperate to the maximum extent possible with foreign courts or foreign representatives, either directly or through the insolvency representative or other person appointed to act at the direction of the court* (…)".
[265] VATTERMOLI D., *Gruppi multinazionali..., cit.*, p. 604.

te infatti "*al giudice interno di «indirizzare» l'andamento della procedura domestica coordinandola con quelle aliene*"[266].

Infine, la figura dei coordinatori prevista dalla Raccomandazione n. 240 consentirebbe una forte facilitazione in questa cooperazione fra tribunali fallimentari; il coordinatore ponendosi come tramite fra gli organi giudiziari coinvolti, sarebbe in grado di superare le difficoltà nascenti dalle diverse tradizioni giuridiche, nonché le non meno limitanti barriere linguistiche.

Questo flusso costante di informazioni e di comunicazione fra giudici è previsto dalla Guida Legislativa in via parallela anche in capo ai vari *insolvency representative*, ossia i curatori, quei soggetti che amministrano il patrimonio del debitore e al contempo sono incaricati di vigilare sul loro comportamento in assenza di spossessamento. Una legislazione siffatta consentirebbe un'opportuna ed efficiente suddivisione dei compiti fra curatori, con la possibilità di nominarne uno che svolga il ruolo di coordinatore degli altri[267].

Le Raccomandazioni n. 247, n. 248 e n. 249 dispongono non solo una comunicazione tra curatori, ma al contempo tra curatori e autorità giudiziarie straniere.

L'apice di questo processo che vede l'integrazione dei vari attori coinvolti nella gestione della crisi patrimoniale è raggiunto con l'operare del meccanismo introdotto dalla Raccomandazione n. 251. Essa dispone la nomina, a monte di una legislazione concorsuale che consenta uno scambio intenso fra corti straniere, di un "rappresentante delle procedure di insolvenza" unico per tutte le procedure aperte nei confronti delle società del gruppo. Si tratta di una forma, seppur parziale, di consolidamento procedurale[268]; la dottrina[269] ne ha messo in luce le difficoltà di applicazione, in particolare considerando come un'apertura scaglionata nel tempo delle varie procedure che interessano il gruppo renda difficile la nomina congiunta di un curatore unico. Problematiche non indifferenti nascono inoltre dai conflitti di interessi che sovente si presentano nella gestione delle crisi di ciascuna società del gruppo[270].

La Guida legislativa si mostra consapevole di quest'ultima difficoltà; a tal fine, la Raccomandazione n. 252 dispone l'opportunità di porre in essere misure in grado di affrontare i conflitti di interesse che potrebbero sorgere dalla nomina di curatore uni-

---

[266] *Ibidem*
[267] VATTERMOLI D., *Gruppi multinazionali..., cit.*, p. 613.
[268] Su cui si veda *supra*, capitolo I, §5.2.2.
[269] VATTERMOLI D., *Gruppi multinazionali..., cit.*, pp. 613 ss.
[270] Sul punto si veda *supra*, capitolo I, §5.2.4

co; in particolare si suggerisce di nominare dei curatori speciali che contemperino le ragioni in conflitto.

Il lavoro del *Working group V* dell'Uncitral continua di anno in anno con la sua opera di aggiornamento e perfezionamento della Guida Legislativa, anche in considerazione delle sollecitazioni provenienti dagli operatori di settore che ne utilizzano i suggerimenti.

Ad esempio, tra il 2 e il 6 maggio 2017, si è tenuta a New York la sua quarantanovesima sessione[271] nell'ambito della quale è stata aggiunta la precisazione secondo cui il coinvolgimento del gruppo nella composizione di una crisi transfrontaliera non comporta la necessità di assoggettare anche le imprese non insolventi a procedure d'insolvenza. Parallelamente è stata discussa l'opportunità di nominare un rappresentante del gruppo nel suo complesso, a tutela delle sue componenti non insolventi. Lo sforzo del *Working group V* è rivolto ad eliminare possibili ostacoli alle procedure di insolvenza di gruppo: in questo caso la finalità è senz'altro quella di rassicurare le componenti *in bonis* del gruppo, che potrebbero vedere di cattivo occhio un proprio coinvolgimento nella gestione potenzialmente pregiudizievole di una crisi che non le ha coinvolte[272].

5.1 La Bozza in discussione presso il *Working group* V dell'Uncitral

Nell'ambito della quarantaquattresima sessione del già citato *Working group* V dell'Uncitral, tenutasi nel dicembre 2013, fu deciso di proseguire il lavoro sull'insolvenza transfrontaliera dei gruppi d'impresa multinazionali, intrapreso con la Parte terza della Guida Legislativa. A tal fine, furono sviluppate delle disposizioni, raccolte in un testo denominato "*bozza di disposizioni legislative per facilitare l'insolvenza transfrontaliera dei gruppi di imprese multinazionali*"[273] (d'ora in poi anche "la Bozza").

L'intento originale del Gruppo di lavoro fu originariamente quello di pervenire a un'integrazione della Legge Modello e della Guida Legislativa; da un'analisi della

---

[271] Le cui relazioni sono consultabili alla pagina http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/5Insolvency.html.

[272] DE CESARI P., MONTELLA G., *Osservatorio internazionale sull'insolvenza – sviluppi dell'attività dell'Uncitral in materia d'insolvenza*, in *Fallimento*, 2016, 7, pp. 870 ss.

[273] *Draft legislative provisions on facilitating the cross-border insolvency of multinational enterprise groups*, Doc. A/CN.9/WG.V/WP.142, reperibile presso la pagina web dell'Uncitral.

Bozza, tuttavia, si può affermare che il lavoro, così come emergente dall'ultima sessione dell'Uncitral di luglio 2017, è stato impostato nel senso di convertire le raccomandazioni contenute nella Parte terza della Guida legislativa in una vera e propria Legge Modello, direttamente recepibile nei vari ordinamenti. Le disposizioni della Bozza, infatti, sono a pieno titolo norme, costruite in modo da creare un corpo giuridico autonomo e autosufficiente; il testo scaturente è senz'altro permeato dall'impostazione di fondo della Parte terza della Guida legislativa, ossia la comunicazione e cooperazione fra i tribunali fallimentari degli Stati coinvolti, ma, rispetto alla Guida, si evolve.

In tal guisa, si introduce un complesso articolato di disposizioni miranti a definire in quali casi ed entro quali confini le disposizioni della normativa troverebbero applicazione (art. 1)[274], nonché introducendo una serie di definizioni (quali quelle di "impresa", "gruppo", "controllo", "rappresentante di gruppo") del tutto autosufficienti (art. 2).

L'ultima versione disponibile della Bozza è il risultato del lavoro della quarantanovesima sessione del *Working group* V (dell'aprile 2017) e della cinquantesima sessione (del luglio 2017), che hanno proseguito il lavoro di perfezionamento nella stesura. Il testo è in continuo aggiornamento e modificazione; lascia, allo stato delle cose, diverse norme da integrare, in quanto incomplete o contenenti più alternative differenti. A tal proposito, non bisogna dimenticare che il Gruppo di lavoro riflette posizioni provenienti dalla molteplicità degli ordinamenti che partecipano all'Uncitral e, pertanto, deve trovare un compromesso fra le esigenze proprie di tradizioni giuridiche anche sensibilmente differenti, nonché, come visto, deve bilanciare le spinte universaliste e territorialiste.

I principi ispiratori di fondo, per stessa dichiarazione del Gruppo di lavoro, al momento sono sussumibili sotto tre principi direttivi:

a) il coordinamento e la cooperazione dei procedimenti d'insolvenza relativi a un'impresa di gruppo. Rispetto a questo tema, la Bozza riflette la Parte terza della Guida legislativa, trasponendone il contenuto "raccomandativo" in norme giuridiche precettive. Sono a tal fine contenute disposizioni tese alla comunicazione fra corti, alla nomina di un coordinatore fra tribunali, alla coordinazione delle udienze, alla coo-

[274] La Bozza riporta, ad esempio, che la sua disciplina troverebbe applicazione laddove una corte estera, un organo di procedura o un rappresentante del gruppo chiedesse "assistenza" in un procedimento pendente su un membro del gruppo aperto in un diverso Stato (art. 1).

perazione fra organi di procedura mediante scambio di informazioni e stesura di appositi accordi (artt. 3-10)[275];

b) la determinazione degli elementi necessari per lo sviluppo e l'approvazione di una soluzione dell'insolvenza di gruppo unica per una pluralità di imprese (art. 11). Il Capitolo terzo della Bozza predispone, a tal proposito, un meccanismo di partecipazione delle imprese del gruppo multinazionale al procedimento estero gravante su una di essa, attuato mediante il diritto di comparire in udienza e di essere sentiti nel procedimento, nonché di partecipare allo sviluppo e alla realizzazione della composizione della crisi. È quindi prevista la possibilità di nominare un "*group representative*" fra le società che partecipano al procedimento (art. 12), al quale sono riconosciute una serie di facoltà, fra cui quella di richiedere al tribunale fallimentare competente di adottare misure conservative sul patrimonio delle imprese del gruppo (art. 13).

c) il ricorso al c.d. *planning proceeding* (o *synthetic proceeding*), utilizzato al posto del meccanismo del procedimento principale e dei procedimenti secondari propri della disciplina del COMI dettata dalla *Model Law*. Tale procedimento deriva direttamente dalla partecipazione delle società del gruppo in un procedimento aperto nei confronti di una di esse; l'operazione porterebbe, infatti, a una sorta di procedimento "integrato", nel senso che, potenzialmente, l'intera realtà economica del gruppo potrebbe esservi coinvolta. Il procedimento così delineato è definito *planning proceeding*. Spetta al "*group representative*" l'attivazione del meccanismo di riconoscimento del *planning proceeding* negli altri Stati in cui il gruppo dispone di società che partecipano al procedimento "integrato", laddove tali società abbiano il proprio COMI nella giurisdizione del *planning proceeding* (art. 14); in questo modo si istituzionalizzerebbe la centralizzazione del COMI delle società del gruppo, mediante una procedura codificata.

[275] L'accordo per il coordinamento fra procedimenti risulta essere una novità che, *rebus sic stantibus*, non può essere meglio approfondita data la non univocità della norma, che deve ancora essere perfezionata dal Gruppo di lavoro.

6. Il Capo V del Regolamento n. 848/2015/2015

6.1 Le innovazioni apportate dal Regolamento n. 848/2015 rispetto alla previgente disciplina

Il Regolamento n. 1346/2000 è stato definitivamente sostituito il 26 giugno del 2017 dal Regolamento n. 848/2015/2015. Principale motore di questo cambiamento è stata la crisi economica globale che dal 2008 ha generato un aumento significativo di imprese insolventi. Fra il 2009 e il 2011, una media di 200.000 imprese sono state sottoposte annualmente a una procedura concorsuale solo nel territorio dell'Unione Europea: un quarto di queste crisi presentava aspetti transnazionali[276]. Ciò ha acuito l'esigenza di creare un sistema efficiente in grado di ristrutturare e riorganizzare le imprese in crisi consentendone la sopravvivenza, nonché in grado di affrontare in modo più efficace le crisi finanziarie, così da pervenire in tempi ottimali alla conclusione delle procedure e consentire un "*fresh start*" agli imprenditori che siano "onestamente falliti"[277].

Il Regolamento di rifusione è frutto di un lungo processo di revisione, che ha coinvolto studi empirici, consultazioni di parti interessate, di esperti e degli Stati membri stessi; all'esito di questo lavoro, la Commissione Europea ha individuato[278] quattro problematicità principali non risolte dal Regolamento n. 1346/2000 che richiedevano un intervento[279]:

1. la Commissione ha riscontrato come il Regolamento n. 1346/2000 non ricomprendesse una vasta gamma di procedure nazionali dirette a risolvere l'indebitamento di società e individui: sono i c.d. *pre-insolvency proceedings*, che consentono al debitore in dissesto finanziario di ristrutturare i suoi debiti in uno stadio precedente alla sua insolvenza e di evitare l'inizio di una procedura concorsuale in senso tradizionale. In Italia, tali finalità sono perseguite degli accordi di ristrutturazione dei debiti, disci-

---

[276] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, and the European Economic and Social Committee, 12 dicembre 2012, p. 2.

[277] MANGANELLI P., *The Modernization of European insolvency law: an ongoing process*, in *J. Bus. & Tech.*, 2016, 11, pp. 153.

[278] Cfr. *Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee*, 12 dicembre 2012, consultabile alla pagina http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-report_en.pdf.

[279] Cfr. GALLAGHER A., CHAN N., *Recast EU Insolvency Regulation: a welcome development*, in *ABIJ*, 2015, vol. 34, issue 10, pp. 22 ss.

plinati dall'art. 182 l.f.[280], nonché dai piani attestati di risanamento, disciplinati dall'art. 67, comma 3, lett. *d)* l.f.[281].

L'art. 1, paragrafo 1, lett. *c)* del Regolamento n. 848/2015 oggi riconosce queste procedure, consentendo una "*sospensione delle azioni esecutive individuali (...) al fine di consentire le trattative tra il debitore e i suoi creditori (...)*";

2. la questione della localizzazione del COMI del debitore, nel senso discusso in precedenza[282], è sempre stata avvertita come spinosa. Il Regolamento n. 848/2015 ha inserito delle precisazioni in merito alla sua nozione anche se, in ultima analisi, tali sforzi si dimostrano non particolarmente incisivi: ampio spazio è ancora lasciato all'interpretazione giurisprudenziale[283];

3. la Commissione mette in luce l'esigenza di un sistema di pubblicità più efficiente, in grado di facilitare il riconoscimento dei procedimenti stranieri di insolvenza. Il Regolamento n. 848/2015 istituisce registri nazionali a ciò preposti;

4. il Regolamento n. 1346/2000 non trattava specificamente dell'insolvenza dei gruppi di società multinazionali; il Regolamento n. 848/2015 introduce il Capo V, intitolato "*procedure d'insolvenza delle società facenti parte di un gruppo di società";* la disciplina, come è prassi nei regolamenti UE, è affiancata da dei *considerando* (nn. 45-58) che chiarificano la corretta applicazione ed interpretazione delle relative disposizioni. La legislazione risultante è stata definita la potenziale "spina dorsale" dei futuri procedimenti di insolvenza transfrontaliera[284].

6.2 Gli artt. 55-77 del Regolamento n. 850/2015: la disciplina dei gruppi

Le norme che regolano i gruppi di società sono propriamente di diritto internazionale privato e si fondano essenzialmente sulla collaborazione tra gli organi gestori e giudiziari delle procedure gravanti sulle varie società del gruppo. La disciplina presenta più

---

[280] Come noto, l'art. 182*bis* l.f. stabilisce che l'imprenditore in stato di crisi possa richiedere al tribunale l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti; la differenza principale con il concordato preventivo risiede nella assenza di una fase di votazione dei creditori che vincoli anche i non aderenti: l'accordo di ristrutturazione, che deve raccogliere almeno il 60% dei crediti, non è infatti vincolante nei riguardi dei creditori dissenzienti.

[281] Introdotti con il D.L. 14/3/2005 n. 35, convertito con modificazioni nella L. 14/5/2015 n. 80, consentono all'imprenditore di perseguire il risanamento dell'impresa mediante la ristrutturazione dei propri debiti o il rifinanziamento della propria attività sulla base di un piano attestato da un professionista. Il loro effetto principale è la non revocabilità dei pagamenti posti in essere in applicazione del piano nell'eventualità di un futuro fallimento.

[282] *Supra*, capitolo II, §4.

[283] *Supra*, capitolo II, §4.3.3.

[284] MANGANELLI P., *op. cit.*, p. 158

di un punto di contatto con quella contenuta nella Parte terza della *Legislative guide on insolvency law* dell'Uncitral; a sancire questa connessione è il Regolamento stesso, che con il Considerando n. 48, richiama i "*pertinenti orientamenti preparati dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale"*, dei quali "*gli amministratori delle procedure di insolvenza e i giudici dovrebbero tener conto"*.

Si noti sin da subito che il coordinamento delle procedure è considerato dal Regolamento come inerente alla gestione stessa delle medesime. Ai sensi dell'art. 59, infatti, le spese e i costi derivanti dal coordinamento sono da considerarsi spese delle rispettive procedure, con ciò che ne consegue in merito alla loro prededucibilità.

Il Regolamento introduce all'art 2 innanzitutto le definizioni di:

- n. 5: "*amministratore delle procedure di insolvenza*" → qualunque persona o organo che verifica e ammetta i crediti fatti valere nelle procedure di insolvenza, rappresenta l'interesse collettivo dei creditori, amministra o liquida beni del debitore, sorveglia la gestione degli affari del debitore. Come facilmente comprensibile è l'organo gestorio della procedura d'insolvenza;
- n. 12: "*gruppo di società*" → "*un'impresa madre e tutte le sue imprese figlie*". La definizione è piuttosto ampia, tanto da ricomprendere società madri e sussidiarie indipendentemente dalla loro forma giuridica;
- n. 13: "*impresa madre*" → "*l'impresa che controlla, direttamente o indirettamente, una o più imprese figlie*". È poi richiamato come criterio principale nella ricerca di chi detenga il controllo la redazione del bilancio consolidato.

Entrando nel vivo della disciplina[285], essa può essere suddivisa in due ambiti principali: da un lato, la cooperazione e comunicazione fra organi di procedura e giudiziari (disciplinata dalla Sezione I del Capo V); dall'altro lato, la c.d. procedura di coordinamento in senso proprio, che costituisce un "procedimento fra procedimenti" (disciplinata dalla Sezione II del Capo V).

Entrambe queste sezioni non intaccano la possibilità di ricorrere alla nozione di COMI anche nell'ambito dei gruppi e anzi si propongono di superare le problematicità scaturenti dal mancato accentramento del centro degli interessi principali delle società

---

[285] Per una ricostruzione del Capo V del Regolamento n. 848/2015 cfr.:
- PANZANI L., *La disciplina della crisi di gruppo…, cit.,* pp. 1153 ss.
- DE CESARI P., *Riforma Rordorf…*, *cit.*, pp. 1143 ss.
- ESSER H. P., *Reform of the EU Regulation: New Framework for Insolvent Company Groups: Part I*, in ABIJ, 2015, vol. 34, issue 3, pp. 38 ss. e *Part II*, in *ABIJ*, 2015, vol. 34, issue 4, pp. 46 ss.

controllate insolventi presso un unico Stato membro; in pratica la regolamentazione del Capo V consente un coordinamento anche laddove il COMI di ciascuna delle società del gruppo sia localizzato in uno Stato differente.

6.2.1 Capo V, Sezione I: la cooperazione e comunicazione fra organi di procedura e giudiziari

L'art. 56 pone in capo agli amministratori delle procedure di insolvenza un generale obbligo di cooperare: dovere che può esplicarsi mediante "*qualsiasi forma, compresa quella della conclusione di accordi o protocolli*". Il 2° paragrafo accorda loro la facoltà di distribuirsi funzioni e poteri, accentrandone ad esempio alcuni su un particolare curatore.

Vi sono due limiti, fissati dall'art. 56, al dovere di cooperare e comunicare imposto agli amministratori di procedura: da un lato, è necessario che il coordinamento faciliti la gestione efficace della procedura, non sia incompatibile con le norme ad essa applicabili e non comporti conflitto d'interessi (paragrafo 1). Dall'altro lato, è richiesto che gli amministratori delle procedure di insolvenza procedano allo scambio di informazioni solo dopo avere assunto "*opportuni accorgimenti per proteggere le informazioni riservate*" (2° paragrafo). Il limite delle informazioni confidenziali è uno dei più stringenti. Ciascun organo gestorio è preposto alla massimizzazione del valore dei beni del proprio debitore: quando lo scambio di informazioni sia capace di ledere la gestione dell'insolvenza, pertanto, esso si pone in contrasto con la cooperazione[286]. Il Considerando n. 52 chiarifica a proposito come "*la cooperazione tra gli amministratori delle procedure di insolvenza non dovrebbe mai andare contro gli interessi dei creditori di ciascuna procedura e dovrebbe essere tesa a trovare una soluzione che sfrutti le sinergie in seno al gruppo*".

Per quanto riguarda la cooperazione fra giudici, l'art. 57 del Regolamento estende il dovere di cooperare anche a questi ultimi. In particolare, è previsto che "*il giudice che ha aperto tale procedura coopera con qualunque altro giudice dinanzi al quale sia pendente la domanda di aprire una procedura d'insolvenza per un'altra società dello stesso gruppo o che l'abbia aperta*".

Inoltre, nella misura in cui serva a facilitare la gestione efficace della procedura, è accordata ai tribunali fallimentari la facoltà di nominare una persona o organo ausiliare

[286] ESSER H. P., *op. cit.*, pp. 46 ss.

che agisca su loro istruzione. La disposizione è particolarmente significativa nella misura in cui attribuisce alle corti degli Stati membri, che normalmente non hanno alcuna autorità oltre la loro giurisdizione, l'autorità di mettersi in comunicazione autonomamente con giudici stranieri; una corte tedesca insieme con una francese potrebbero, per esempio, nominare un consulente tecnico inglese senza ricorrere a complessi e dispendiosi meccanismi quali le rogatorie internazionali[287].

La particolare cura nei confronti degli interessi propri di ciascun procedimento richiesta per gli amministratori di procedura è imposta anche agli organi giudiziari: a tale proposito, si ritiene opportuno che il giudice, laddove riscontri un conflitto d'interesse nella gestione coordinata dei procedimenti, si consulti con gli organi gestori e con il debitore[288].

Va peraltro sottolineato che il Considerando n. 20 specifica che le procedure d'insolvenza non richiedono necessariamente il coinvolgimento di un'autorità giudiziaria e, pertanto, il termine "giudice" utilizzato dal Regolamento dev'essere inteso in senso ampio, in modo da ricomprendere persone o organi legittimati dal diritto nazionale ad aprire procedure d'insolvenza. Questa è la ragione per cui l'art. 57, 1° paragrafo, impone la cooperazione con "*qualunque altro giudice*"[289].

L'art. 58 si dedica alla cooperazione e comunicazione tra amministratori delle procedure e giudici. La previsione consente di porre in essere scambi di informazioni fra ordinamenti, così creando "ponti" fra giurisdizioni tali da consentire un flusso continuo fra tutti gli operatori coinvolti nella gestione delle crisi delle società del gruppo.

In ultima analisi, giudici e curatori sono chiamati a collaborare tra di loro secondo le stesse regole previste per il coordinamento della procedura principale e di quelle secondarie[290].

Il Capo V, tuttavia, non si limita a prevedere obblighi di cooperazione e comunicazione ma istituisce, con l'art. 60, poteri particolari in capo agli organi gestori. Queste attribuzioni costituiscono la forma di coinvolgimento del gruppo più pervasiva, in quanto dotano di autorità un organo straniero nell'ambito di una giurisdizione non propria.

Sono tre i poteri attribuiti agli organi gestori dall'art. 60:

---

[287] ESSER H. P., *op. cit.*, pp. 46 ss.
[288] *Ibidem*, pp. 46 ss.
[289] ABRIANI N., PANZANI L, *op. cit.*, p. 3021.
[290] PANZANI L., *La disciplina della crisi di gruppo…, op. cit.*, pp. 1153 ss.

a) la facoltà di essere sentiti nelle procedure aperte nei confronti di un'altra società dello stesso gruppo;

b) la facoltà di chiedere la sospensione (c.d. *stay*) di ogni provvedimento relativo al realizzo dell'attivo nella procedura aperta nei confronti di un'altra società del gruppo. Tale sospensione è concessa dal giudice solo se:

i. è stato presentato un piano di ristrutturazione per alcuno o per tutte le società del gruppo;

ii. tale piano ha ragionevoli possibilità di successo;

iii. la sospensione è necessaria per l'implementazione del piano;

iv. il piano reca vantaggio a tutti i creditori nel procedimento in cui è richiesta la sospensione;

v. non è in corso la procedura di coordinamento.

Soddisfatti questi requisiti, e dopo aver sentito l'organo gestorio della propria procedura, il rispettivo tribunale fallimentare dovrebbe sospendere il procedimento di realizzo sui beni di sua competenza fino a un massimo di 3 mesi.

Questo diritto è senz'altro il più incisivo degli strumenti forniti dalla Sezione I del Capo V; ciò nonostante i requisiti perché possa essere attivato sono stringenti, in particolare è stato sottolineato come potrebbe risultare complesso per l'amministratore di procedura convincere il tribunale a concedere la sospensione[291];

c) la facoltà di chiedere l'apertura di una procedura di coordinamento di gruppo ai sensi della Sezione II del Capo V.

6.2.2 Capo V, Sezione II: la procedura di coordinamento

Il Regolamento n. 848/2015 introduce la c.d. "procedura di coordinamento" tra i procedimenti relativi alle diverse società del gruppo. Competenti a chiederne l'apertura sono gli organi gestori delle procedure, innanzi a uno dei tribunali presso cui è aperta una delle procedure medesime.

La competenza è stabilita sulla base del principio di priorità: ogni giudice che non sia adito per primo dovrà declinare la competenza (art. 62). Tuttavia, gli amministratori delle procedure possono decidere che un diverso tribunale abbia giurisdizione esclusiva mediante un accordo che raggiunga almeno i 2/3 dei curatori coinvolti (art. 66). In merito, un'attenta dottrina ha sollevato una problematicità: il dato testuale richiede

[291] ESSER H. P., *op. cit.*, pp. 46 ss.

il voto per teste, laddove invece è tutt'altro che infrequente che le società che compongono il gruppo dispongano di patrimoni sensibilmente disomogenei tra loro: il rischio è che venga scelto un tribunale sulla base degli interessi di un insieme di procedure numericamente maggiore, ma irrilevante dal punto di vista della consistenza economica[292].

Dalle previsioni contenute nell'art. 63, sono ricavabili tre requisiti cumulativi necessari affinché il tribunale adito conceda l'apertura della procedura:

a) che essa serva a facilitare la gestione efficace della procedura d'insolvenza relativa alle diverse società del gruppo;

b) che nessun creditore di una società che partecipi al piano tragga pregiudizio finanziario dall'inclusione della società alla procedura[293];

c) che il coordinatore proposto soddisfi una serie di requisiti: egli deve possedere le qualifiche richieste da uno Stato membro per essere curatore, ma al contempo non dev'essere stato incaricato di gestire alcuna delle procedure d'insolvenza gravanti sulle società del gruppo; infine non deve avere interessi in conflitto con alcuno degli attori principali dei procedimenti d'insolvenza del gruppo (art. 71).

Solo all'esito di questa verifica il tribunale adito notificherà la domanda di apertura agli altri amministratori di procedura (art. 63).

A seguito della notifica, ciascun organo gestorio ha di fronte tre possibilità:

1) si dimostra propenso all'apertura della procedura di coordinamento e non contesta; in tal caso, la decisione della corte di aprire la procedura di coordinamento sarà per la sua relativa procedura vincolante in relazione alla parcella del coordinatore e alle spese da lui sostenute (art. 77);

2) contesta, entro 30 giorni dalla notificazione l'inclusione nelle procedure di coordinamento di gruppo della procedura d'insolvenza per cui è nominato, così comportando la non partecipazione alla procedura di coordinamento della sua società del gruppo (artt. 65 e 68). La società esclusa può tuttavia rientrare in un secondo momento nella procedura di coordinamento laddove tutti i partecipanti votino a favore del suo ingresso tardivo (art. 69)[294];

---

[292] ESSER H. P., *op. cit.*, pp. 46 ss.

[293] Cfr. PANZANI L., *La disciplina della crisi di gruppo…, op. cit.*, pp. 1153 ss.

[294] L'art 69 per altro facoltizza l'ingresso tardivo anche per quelle procedure d'insolvenza che fossero iniziate successivamente all'apertura della procedura di coordinamento

3) contesta, sempre entro 30 giorni dalla ratificazione, la persona proposta al ruolo di coordinatore, così rimettendo al tribunale fallimentare adito la decisione se astenersi dal nominare tale persona. Se così delibera, il tribunale può anche invitare l'amministratore di procedura che ha sollevato contestazioni a presentare un'intera nuova domanda di apertura (art. 67).

Trascorso il periodo di 30 giorni dalla notificazione, il tribunale adito è chiamato a una seconda verifica delle condizioni elencate dall'art. 63: se ritiene che i requisiti siano ancora soddisfatti, il tribunale procede alla nomina del coordinatore, decide le linee generali del coordinamento e stima i costi a carico di ciascuna società (art. 68, 1° paragrafo); quindi notifica agli amministratori delle procedure coinvolte e al coordinatore la decisione di aprire la procedura di coordinamento.

La figura centrale attorno a cui ruota l'intero sistema introdotto dalla Sezione II è il coordinatore. Egli non dispone di poteri autoritativi nei confronti degli organi di procedura o giudiziari. Il suo ruolo è fondamentalmente di indirizzo; l'atto principe con cui adempie il suo incarico è la raccomandazione non vincolante, finalizzata alla "*conduzione coordinata della procedura d'insolvenza*" (art. 72).

L'idea di fondo che permea la disciplina è che i membri del gruppo insolvente saranno autonomamente propensi a seguire le indicazioni del coordinatore, la cui opera dovrebbe rappresentare un vantaggio per tutti gli attori in gioco, compresi i creditori. In quest'ottica, vi dovrebbe essere un riconoscimento volontario dei mutui benefici realizzabili mediante una ristrutturazione o liquidazione coordinata.

Espressione massima di questo *fil rouge* che attraversa la normativa in discussione è il c.d. "piano di coordinamento di gruppo", la cui presentazione rappresenta uno degli obblighi del coordinatore. Il piano si caratterizza per non essere vincolante; infatti, non è sottoposto ad alcun voto né a un'omologazione da parte del tribunale. Il Regolamento ha in mente uno strumento teso unicamente ad apportare benefici; la sua funzione non è quella di imporre un compromesso, ma unicamente di addivenire ad una soluzione che sia la più vantaggiosa per tutti i soggetti coinvolti[295].

Al contempo, tuttavia, le raccomandazioni contenute nel piano di coordinamento comportano un obbligo, da parte degli organi gestori, di motivare adeguatamente ogni discostamento dalle linee guida[296]: l'adozione del piano, pertanto, ha almeno il van-

---

[295] ESSER H. P., *op. cit.*, pp. 46 ss.

[296] Art. 70, §3: "*Qualora l'amministratore della procedura di insolvenza non segua le raccomandazioni del coordinatore o il piano di coordinamento di gruppo, egli ne comunica i moti-*

taggio minimo di dare trasparenza alle procedure, imponendo ai curatori di motivare adeguatamente le attività che intendono intraprendere.

Per quanto concerne il contenuto, l'art. 72 indica lo scopo del piano nell'individuazione, illustrazione e raccomandazione di "*una serie completa di misure rispondenti a un approccio integrato alla risoluzione delle situazioni di insolvenza delle società del gruppo*". Il suo contenuto si risolve in proposte concernenti misure per il ripristino della redditività e solidità finanziaria; composizione delle controversie infragruppo circa le operazioni infragruppo e le azioni revocatorie; accordi tra gli amministratori delle procedure di insolvenza delle società del gruppo (art. 72)[297]. Non può invece contenere raccomandazioni dirette al consolidamento patrimoniale delle masse attive fallimentari, né al consolidamento procedurale (art. 72, §3).

---

vi alle persone o agli organismi a cui + tenuto a riferire secondo la propria legislazione nazionale, nonché al coordinatore".

[297] Cfr. ABRIANI N., PANZANI L, *op. cit.*, p. 3024.

Capitolo III

La crisi dei gruppi di società nel diritto italiano

1. Il gruppo di società e le procedure concorsuali

Come si è già avuto modo di osservare, l'ordinamento italiano, relativamente ai gruppi di società, si fonda sul c.d. principio di autonomia giuridica (o *separate entity approach* nella terminologia anglosassone). Ciò significa che il gruppo è di regola considerato dal diritto non nella sua dimensione economica unitaria, ma come insieme di società monadi, certo connesse, ma giuridicamente indipendenti le une dalle altre: ogni società del gruppo costituisce un centro autonomo di imputazione giuridica.
La conseguenza più evidente di questo approccio si manifesta nei principi che regolano la gestione "quotidiana" dell'impresa condotta dagli amministratori di ciascuna società del gruppo: questi sono tenuti a eseguire le direttive della capogruppo nella misura in cui ciò non si traduca in un'operazione dannosa per la società da loro gestita e per i suoi creditori[298]. Il dovere di fedeltà lega l'amministratore indissolubilmente alla singola società, il cui interesse deve prevalere su quello generalizzato del gruppo.
La disciplina dei vantaggi compensativi contempera la rigidità di questa separazione patrimoniale in quanto, lo si è visto[299], consente di porre in essere un atto pregiudizievole per la singola controllata nel perseguimento dell'interesse del gruppo nella misura in cui il danno subito sia compensato da altri benefici derivanti dall'appartenenza al gruppo; tali benefici debbono essere concretamente ed economicamente esistenti e non tradursi nell'astratto e relativo vantaggio dell'essere in sé società del gruppo[300].
In sintesi, "*il potere di «alta amministrazione» su una società c.d. eterodiretta è legittimamente allocato nella società capogruppo, la quale deve esercitarlo nel rispetto dei «principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale» della società diretta e coordinata e comunque nei limiti della «capacità di resistenza» del sistema dei c.d.*

---

[298] In questo Cass. 11.12.2006, n. 26325, in *Corr. Giur.*, 2007, 4, p. 515: "*L'atto compiuto dagli amministratori in nome della società nell'interesse di altra società del gruppo (alla prima "collegata") è estraneo all'oggetto sociale se non è idoneo in concreto a soddisfare un interesse economico, sia pure mediato ed indiretto, ma giuridicamente rilevante della società"*.
[299] *Supra*, capitolo I, §3.1
[300] Sul punto cfr. Cass. 14.10.2010 n. 21250, in *Vita Not.*, 2013, 1, p. 33, secondo cui "*la mera ipotesi della sussistenza di vantaggi compensativi non è sufficiente al fine di affermare la legittimità dell'atto sul piano dei limiti imposti dall'oggetto sociale, avendo l'amministratore l'onere di allegare e di provare gli ipotizzati benefici indiretti, connessi al vantaggio complessivo del gruppo, e la loro idoneità a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta*".

vantaggi compensativi, come codificato nell'ultima parte del primo comma dell'art. 2497 c.c."[301]

Conseguenza altrettanto rilevante dell'approccio "individualista" dell'ordinamento nei confronti dei gruppi di società si manifesta con l'insolvenza e la conseguente apertura di procedure concorsuali nei confronti di più società del gruppo. In situazioni siffatte un ordinamento che si fonda sulla "*distinta soggettività e formale indipendenza giuridica delle società che concorrono a costituire il gruppo*"[302], in assenza di norme di raccordo nella sua legislazione concorsuale, finisce per scomporre la realtà economica unitaria del gruppo, atomizzando le sue singole componenti insolventi. Risultato è una scorporazione del patrimonio fallimentare dal contesto economico in cui è inserito, nonché una pressoché totale svalutazione del valore organizzativo di gruppo.

Nei gruppi che presentano un basso grado di integrazione ciò non genera particolari problematiche; nei c.d. gruppi finanziari, ad esempio, le varie società partecipate svolgono attività diverse fra loro e fra le quali non è possibile instaurare forme di collaborazione operative. La forma organizzativa di gruppo risponde ad esigenze di frazionamento dei rischi, ma non genera interconnessioni particolarmente profonde fra le varie componenti del gruppo, che anche economicamente, oltre che giuridicamente, qui sì rimangono distinte ed autonome. In caso di insolvenza, in un'ipotesi simile, la gestione coordinata delle diverse società non offre particolari vantaggi[303].

Diversa è la conclusione laddove si trovino in dissesto finanziario più società dello stesso gruppo solite a cooperare fra loro costantemente nel perseguimento del proprio scopo sociale, che rappresenta una frazione dell'interesse generale di gruppo. La distorsione che si viene a generare trascurando in sede concorsuale l'organizzazione economica in forma di gruppo è tanto più marcata quanto più le più imprese sono integrate fra loro, così da essere percepite come una "impresa di gruppo" (più che come gruppo di imprese) dai loro creditori: i quali, anzi, nel concedere credito, fanno spesso affidamento proprio sulla consistenza economica del gruppo complessivamente considerato, più che su quella della singola società debitrice particolare. Nella "impresa di gruppo" invero la distribuzione di ricchezza è raramente operata equamente fra le varie società, cosicché le diverse masse di creditori, che pur, come visto, "percepisco-

---

[301] TOMBARI U., *op. cit.*, pp. 631 ss.
[302] ABETE L., *L'insolvenza nel gruppo…*, *cit.*, pp. 1111 e ss.
[303] PANZANI L., *Il gruppo di imprese…*, *cit.*, pp. 1358 ss.

no" la medesima garanzia patrimoniale, rischiano di essere penalizzate in relazione alla mera organizzazione interna del gruppo[304].

Queste compagini, che rappresentano la maggior parte dei gruppi di società esistenti sul piano economico, costituiscono un'entità economicamente integrata; assicurare una continuazione di quel coordinamento presente nel gruppo prima della sua crisi anche nel momento della sua gestione, in sede concorsuale, si è dimostrato essere l'approccio più efficiente[305], tanto sentito dalla prassi commerciale quanto dalle autorità istituzionali e giudiziarie coinvolte nelle procedure, tutte preposte alla massimizzazione del valore dei beni del debitore insolvente.

La norma fondante questo approccio in ambito concorsuale è l'art. 2740 c.c., secondo cui "*il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri*"; il debitore-società del gruppo deve offrire ai suoi creditori l'intero suo patrimonio, che, secondo l'orientamento tradizionale, non può invece essere imputato alla soddisfazione di creditori di altre società del gruppo, pena l'integrazione del reato di bancarotta fraudolenta per distrazione[306].

In questa direzione muove l'orientamento giurisprudenziale assolutamente maggioritario, secondo il quale "*al fine della dichiarazione di fallimento di una società, l'accertamento dello stato di insolvenza deve essere effettuato con esclusivo riferimento alla situazione economica della società medesima, anche quando essa sia inserita in un gruppo (...), atteso che (...) ciascuna di dette società conserva distinta la propria personalità giuridica ed autonoma qualità di imprenditore, rispondendo con il proprio patrimonio soltanto dei propri debiti*"[307].

Il principio di autonomia giuridica si articola in due declinazioni fondamentali in ambito concorsuale:

---

[304] BASTIA P., *L'integrazione societaria: gruppi, fusioni, scissioni nell'evoluzione competitive in periodo di crisi*, in BASTIA P., BROGI R., *Operazioni societarie straordinarie e crisi d'impresa*, IPSOA, 2016, pp. 29 ss.
L'autore mette in luce come non sia infrequente che, nell'ambito di un gruppo, siano allocati crediti e passività in modo disorganico, in ragione delle più disparate politiche di gruppo, così comportando una sensibile disomogeneità fra le società che lo compongono.

[305] Cfr. *supra*, capitolo I, §4.

[306] Cfr. POLI S., *Il "concordato di gruppo": I) profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplenza giurisprudenziale*, in *Contratto e Impr.*, 2014, 6, pp. 1345 ss.

[307] Cfr. Cass. 16.7.1992, n. 8656, in Dir. fall., 1993, II, pp. 381 ss.
Conformi anche Cass. 21.4.2011, n. 9260, in *Fallimento*, 2011, pp. 1163 ss. Cass. 18.11.2010, n. 23344, in *Fallimento*, 2011, pp. 565 ss.; Cass. 26.6.1992, n. 8012, in *Fallimento*, 1992, pp. 1026 ss.; Cass. 14.4.1992, n. 4550, in *Dir. fall.*, 1993, II, pp. 313 ss.

- sotto il profilo "procedurale", lo stato di crisi o d'insolvenza dev'essere valutato separatamente, dalle più autorità competenti per ciascuna impresa del gruppo, per poi sfociare in procedimenti che non comunicano gli uni con gli altri;
- sotto il profilo "sostanziale", dev'essere garantito il diritto dei creditori di soddisfarsi sul patrimonio della società loro debitrice impedendo che si pervenga a forme di confusione patrimoniale fra le società del gruppo o che si permettano interferenze nella gestione e composizione della crisi da parte delle altre società del gruppo e dei loro creditori[308].

Questa è l'impostazione sistemica che emerge dalla legge fallimentare e dal codice civile del 1942, che si focalizzano per lo più ancora oggi sulla società singolarmente considerata, sulla sua organizzazione interna, sul dialogo tra maggioranze e minoranze. Il gruppo, nel codice civile del 1942, era affrontato in via praticamente esclusiva dall'art. 2359 c.c., che tuttavia mirava sostanzialmente a prevenire forme di annacquamento del capitale a danno della garanzia patrimoniale dei creditori[309].

L'approccio è rimasto pressoché immutato fino ai giorni nostri, almeno sul piano della legge fallimentare. Le modifiche apportate negli anni al codice civile[310] hanno inciso prevalentemente sulla *governance* del gruppo, sull'ampiezza e sui limiti dei poteri della controllante nella gestione dell'interesse unitario; negletta ne risulta l'area della crisi patrimoniale, salvo che nell'ambito di alcune procedure concorsuali speciali[311], che, in quanto destinate a situazioni peculiari o settoriali, non risolvono le questioni problematiche sollevate su scala generale.

---

[308] Dati i risultati sfavorevoli di un simile *modus operandi*, gli operatori economici e giuridici hanno nel tempo fatto ricorso all'autonomia negoziale loro concessa in campo fallimentare per contemperare le due declinazioni, procedurale e sostanziale, dell'autonomia giuridica. La procedura concorsuale che meglio si adatta a interventi dei privati è senz'altro il concordato preventivo, che presenta una lunga storia di utilizzo al fine di risolvere le crisi patrimoniali dei gruppi di società (sul punto si veda *infra*, capitolo III, §4).

[309] Cfr. DI MAJO A., *I gruppi di società…*, *cit.*, p. 11.

[310] In questo senso si collocano vari interventi succedutisi negli anni, iniziati con la L. 216/1974, che ha modificato l'art. 2359, contrapponendo il controllo di fatto a quello di diritto, introdotto l'art. 2359*bis*, a ulteriore presidio del capitale sociale, ed è intervenuta sugli obblighi di informazione a carico delle società partecipate. Da ricordare è poi la riforma delle società di capitali, realizzata a partire dai D.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6, che, fra l'altro, hanno riscritto il Capo IX del Titolo V del Libro V del codice civile in materia di direzione e coordinamento di società (artt. 2497-2497-*sexies* c.c.; sul punto cfr. anche *supra*, capitolo I, §3.1).

[311] Su cui si veda *infra*, capitolo III, §3.

La legge fallimentare, infatti, si disinteressa sostanzialmente del fenomeno dei gruppi, a cui dedica pochissimi e scarni cenni; l'organizzazione di gruppo è oggetto di un atteggiamento di agnosticismo da parte della nostra legislazione concorsuale generale, particolarmente inspiegabile nella misura in cui il gruppo di imprese rappresenta un fenomeno tutt'altro che episodico della realtà economica.
Quanto alle disposizioni sparse per la legge fallimentare che si riferiscono ai gruppi di società, la dottrina ha parlato di "*tracce di gruppo*"[312]. Si tratta in sostanza di quattro norme: artt. 124, 127, 147 e 182-*quater* della legge fallimentare.

L'art. 124, 1° comma l.f., fa divieto, nell'anno successivo la dichiarazione di fallimento, di presentare la proposta di concordato fallimentare tanto al debitore fallito, quanto alle "*società cui egli partecipi*" e alle "*società sottoposte a comune controllo*"[313]. Con questa disposizione si presume una "parificazione di intenti" fra l'imprenditore insolvente e il gruppo di società di cui egli faccia parte.

L'art. 127 l.f. è dedicato, come noto, al voto dei creditori nel concordato fallimentare: il 6° comma (in combinato disposto con il 5°) stabilisce che "*sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze (...) i crediti delle società controllanti o controllate o sottoposte a comune controllo*". La norma è espressione della visione globale (risalente ma ancora attuale) dell'ordinamento nei confronti del gruppo quale "*fonte di pericolo per l'economia nazionale, da scongiurare mediante disposizioni dettate al fine di prevenire annacquamenti del capitale sociale*"[314]. Come infatti le disposizioni codicistiche (l'art. 2359 *in primis*) si pongono in continuità con il divieto di acquisto di azioni proprie[315], a presidio della garanzia patrimoniale dei creditori, l'art. 127 l.f. salvaguarda la genuina formazione del consenso dei creditori rispetto ad alterazioni che potrebbero derivare dalla partecipazione all'adunanza e alla votazione di soggetti

---

[312] DI MAJO A., *I gruppi di società…*, *op. cit.*, pp. 63 ss.
[313] Dubbi sono stati sollevati circa la facoltà in capo alla controllante di presentare immediatamente proposta di concordato fallimentare per la controllata, stante che, a stretto rigore letterale, ciò non sarebbe impedito. La soluzione non è scontata, in quanto, se, da un lato, è vero che tanto controllate che controllanti condividono il medesimo interesse di gruppo, dall'altro lato, il ruolo ricoperto dalla capogruppo sfocia in un potere-dovere di corretta gestione societaria e imprenditoriale; l'assolvimento di questo compito potrebbe venire a coincidere proprio con la presentazione di una proposta di concordato fallimentare laddove questa meglio risponda alle esigenze della controllata (cfr. ABRIANI N., PANZANI L…, *op. cit.*, pp. 2991 ss.).
[314] DI MAJO A., *I gruppi di società…*, *op. cit.*, p. 13.
[315] Cfr. JAEGER P. G., DENOZZA F, TOFFOLETTO A., *op. cit.*, p. 294.

che detengono una parte del capitale sociale stesso. Viene sostanzialmente impedito che votino quei creditori che, in ultima analisi, rappresentano una porzione di capitale sociale della società in fallimento.

La *ratio* di fondo della disposizione è stata individuata nel fatto che questi creditori-soci non solo presentano con la società insolvente una comunanza di interessi, ma, verosimilmente, non sono estranei al suo dissesto[316]. Si è parlato in proposito di una presunzione legale di conflitto di interessi, da ricondursi al fatto che i creditori così qualificati sarebbero inclini a chiudere la procedura ad ogni costo, a prescindere dalle effettive prospettive di successo della stessa[317]. Secondo questa logica la presunzione sarebbe per altro superabile, come ha ritenuto la giurisprudenza di merito, ove la società partecipante sia fallita: in tal caso, infatti, essa vota per il tramite del suo curatore fallimentare e "*il curatore agisce non quale rappresentante della società fallita (titolare del credito) bensì quale organo di giustizia per conto e nell'interesse della massa dei creditori di quest'ultima*". Secondo la sentenza del tribunale in esame, quindi, in questa eventualità scompare il pericolo "*che la volontà del ceto creditorio venga condizionata da ragioni estranee alla mera valutazione in ordine alla convenienza della proposta*"[318].

Ma la norma non ha solo la funzione di limitare un conflitto d'interessi di una particolare categoria di creditori; se così fosse "*non si spiegherebbe come mai una simile esclusione non sia riproposta in sede di concordato preventivo*"[319]. La dottrina che ha sollevato questa obiezione rintraccia un ruolo particolare giocato dall'art. 127 l.f. nella circostanza che, nell'ambito del concordato fallimentare, non è sempre necessario l'intervento di un professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano proposto[320], al contrario di quanto accade per il concordato preventivo. La figura del professionista garantirebbe che il concordato non sia strumentale a un rinvio pretestuoso di un fallimento non più evitabile; in assenza del suo operato si spiega la particolare premura del legislatore, di cui l'art. 127 sarebbe espressione, nella formazione delle maggioranze necessarie all'approvazione del piano di concordato fallimentare.

---

[316] ABRIANI N., PANZANI L., *op. cit.*, p. 3004.
[317] GARCEA M., *op. cit.*, pp. 943 ss.
[318] Trib. Mantova, 26 aprile 2007, ne *ilCaso.it*.
[319] GARCEA M., *op. cit.*, pp. 943 ss.
[320] Secondo l'art. 124, 3° comma, l.f. nel concordato fallimentare l'intervento del professionista è limitato alla sola ipotesi in cui il piano preveda che i creditori privilegiati non siano integralmente soddisfatti.

L'art. 147 l.f. disciplina l'estensione della procedura fallimentare ai soci illimitatamente responsabili di una società di persone.

È stato sostenuto che la disposizione sia in grado di comportare un'estensione della procedura fallimentare in capo alle varie società del gruppo, ove socio illimitatamente responsabile di una società in nome collettivo (o in accomandita semplice) sia a sua volta una società. In tali casi il fallimento a catena di tutti i soci illimitatamente responsabili della società di persone commerciale fallita comporterebbe l'estensione della procedura fallimentare anche a quei soci che fossero società, tanto di persone quanto di capitali[321].

La possibilità di un'operazione siffatta è stata resa più agevole dalla riforma intervenuta per mezzo del D.lgs. 9 gennaio 2006 n. 5, che ha modificato l'art. 147, il cui 1° comma oggi prevede il fallimento anche dei soci illimitatamente responsabili di una società di persone "*pur se non persone fisiche*". La precisazione è un corollario dell'art. 2361 c.c., scaturito dalla riforma societaria del 2003, che dispone che l'assunzione, da parte di una s.p.a., di partecipazioni in altre imprese, tale da comportare una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle stesse, deve essere deliberata dall'assemblea. Indirettamente la norma riconosce legittima la partecipazione in veste di socio, anche illimitatamente responsabile, di una società per azioni, ma in generale, si deve ritenere, di una società di capitali, in una società in nome collettivo o in accomandita semplice[322].

Queste due norme (artt. 147 l.f. e 2361 c.c.) sono altresì il fondamento della c.d. teoria della supersocietà di fatto[323].

L'art. 182-*quater* l.f., infine, introdotto dal D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con L. 30 luglio 2010, n. 122, sottrae al regime della postergazione i finanziamenti, "*in qualsiasi forma effettuati*", attuati in esecuzione di un concordato preventivo o accordo di ristrutturazione, che godono, pertanto, del regime riservato ai crediti prededucibili dall'art. 111 l.f.

Ricadono nel novero di questi finanziamenti anche quelli concessi da una società del gruppo a un'altra (i c.d. finanziamenti infragruppo). La norma ha particolare impor-

---

[321] Cfr. DI MAJO A., *I gruppi di imprese…, cit.,* pp. 185 ss.
[322] ABETE L., *L'insolvenza nel gruppo e del gruppo, op. cit.*
[323] Di cui si tratterà oltre, cfr. *infra*, capitolo III, §2.

tanza in considerazione del suo "*riconoscimento, implicito, dell'organizzazione di gruppo in «ambiente» concorsuale, e, segnatamente, del suo ruolo privilegiato nell'elaborazione delle soluzioni di superamento della crisi che coinvolga i membri del gruppo medesimo*"[324].

La rilevanza è pur sempre "debole" in quanto la disciplina di per sé non è in grado di valorizzare l'organizzazione di gruppo se non con l'ausilio e l'intervento dell'autonomia privata: la proposta di concordato o di accordo di ristrutturazione sole possono prevedere piani di sostegno con operazioni fra società del gruppo dirette alla ristrutturazione interna. Se ciò non avviene per mano dei redattori delle proposte, in nessun'altra fase, *rebus sic stantibus*, sarà più possibile intervenire in tal senso.

Da questa breve analisi delle disposizioni contenute nella legge fallimentare che si riferiscono al fenomeno del gruppo di società si deve concludere che il legislatore italiano non è riuscito, finora, a pervenire a una legislazione unitaria e generale sulla crisi dei gruppi. Ciò non vuol dire che non vi siano stati tentativi in questo senso: la c.d. Commissione parlamentare Trevisanato, insediatasi su nomina governativa nel dicembre del 2001 con lo scopo di elaborare un disegno di legge di riforma del diritto fallimentare, inizialmente si era prefissata fra i suoi obiettivi anche l'introduzione di una disciplina della crisi dei gruppi di imprese[325]. Il testo partorito dai lavori della Commissione prevedeva, fra l'altro, l'introduzione di criteri di individuazione della competenza territoriale unica per tutte le società del gruppo; la possibilità di nominare un comitato dei creditori integrato; una disciplina speciale sulla responsabilità della capogruppo[326]. Il parlamento non ha accolto nemmeno parzialmente le proposte di riforma della Commissione sul tema dei gruppi, rispondendovi con un "*consapevole e definitivo silenzio*"[327].

---

[324] GARCEA M.*, op. cit*, pp. 943 ss. Sul coinvolgimento del gruppo nella composizione della crisi si veda anche *supra*, capitolo I, §3.2.

[325] Il testo approvato a maggioranza dalla Commissione il 20 giugno 2003 riportava che "*la disciplina dell'insolvenza nei gruppi di imprese è volta a garantire il coordinamento dei procedimenti e a tendere all'uniformità del trattamento dei creditori nell'ambito del gruppo*".

[326] DI MAJO A., *I gruppi di imprese tra insolvenza…, op. cit.*, pp. 185 ss.

[327] SCOGNAMIGLIO G., *Gruppi di imprese…*, *op. cit.*, pp .1091-1092.

Più di recente, la Commissione Rordorf ha redatto un "*disegno di legge delega per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*"[328]. Il ddl prevede una disciplina organica generale dell'insolvenza di gruppo estesa anche alle situazioni di crisi[329].

2. La supersocietà di fatto

Per supersocietà di fatto si intende quella società personale di fatto alla quale partecipano in qualità di soci illimitatamente responsabili più soggetti, persone fisiche o giuridiche, tanto società di persone quanto di capitali. Sul piano fallimentare, una simile costruzione ha l'utilità di determinare, tramite la dichiarazione d'insolvenza della supersocietà di fatto, il fallimento per estensione, ai sensi dell'art. 147 l.f., dei soci illimitatamente responsabili della supersocietà, che il 1° comma della norma dispone altresì possano essere anche persone giuridiche.

La teoria della supersocietà è stata accolta solo da una parte della giurisprudenza[330]; nel 2016, peraltro, sono intervenute tre sentenze consecutive della Corte di cassazione[331] che hanno dato origine ad un "*orientamento consolidato, che assume una notevole importanza sostanziale oltre che giuridica*"[332].

Le argomentazioni esposte nelle sentenze non sono tuttavia del tutto sovrapponibili. Si analizzeranno, quindi, le impostazioni assunte sul tema della supersocietà, con l'intento di trovare una sintesi fra le varie ricostruzioni operate da giurisprudenza e dottrina.

---

[328] Reperibile sul sito web del Ministero di Giustizia, alla pagina https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_2.page;jsessionid=dVFLKalhq2TF4R8hr9sc9l6J?viewcat=csan_tipologia1&facetNode=4_18.

[329] Al momento il ddl è in discussione al Senato, dopo l'approvazione della Camera dei Deputati il 1° febbraio 2017. Sul contenuto del ddl si veda *infra*, capitolo III, §4.2 e 5.

[330] Per un elenco piuttosto esauriente della giurisprudenza che nei soli anni 2000 si è espressa a favore o contro la fallibilità della supersocietà, si veda FIMANNÒ F., *Il fallimento ascendente della supersocietà di fatto in liquidazione per subornazione delle società dominate*, in *Fallimento*, 2016, p. 11, nota 2.

[331] Cass. civ., Sez. I, 21 gennaio 2016, n. 1095; Cass. civ., Sez. I, 20 maggio 2016, n. 10507; Cass. civ., Sez. I, 13 giugno 2016, n. 12120 tutte reperibili in *Leggi d'Italia*.

[332] PROVERA V., *Supersocietà di fatto, costituzione e conseguenze in caso di insolvenza*, in *diritto24.ilsole24ore.com*, 16 settembre 2016.

2.1 La partecipazione di una società di capitali in una società di persone in veste di socio illimitatamente responsabile

Tradizionalmente, la sussunzione di una compagine eterogena di varie entità, fisiche e giuridiche, sotto la medesima supersocietà è operata invocando *in primis* l'art. 2361 c.c., scritto nell'ambito delle società per azioni, il cui 2° comma statuisce:

"*L'assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime deve essere deliberata dall'assemblea; di tali partecipazioni gli amministratori danno specifica informazione nella nota integrativa del bilancio*"**.**

Dalla norma si ricava, innanzitutto, chiaramente che il nostro ordinamento legittima, quantomeno le società per azioni, a partecipare, in veste di soci illimitatamente responsabili, in società di persone. È stato poi evidenziato come dall'art. 111-*duodecies* disp. att. c.c. si possa ricavare come tale facoltà sussista anche in capo alle società a responsabilità limitata e alle società in accomandita per azioni; la norma, infatti, dispone che s.n.c. e s.a.s. siano tenute a redigere il proprio bilancio secondo le regole proprie delle s.p.a. qualora tutti i soci (o almeno tutti i soci accomandatari) siano costituiti da s.p.a., s.r.l. o s.a.p.a. Implicitamente, pertanto, è affermata la legittimità di una partecipazione di una qualsiasi società di capitali in una società di persone commerciale[333].

La prima grande questione da risolvere è quale sia la conseguenza in caso di violazione degli obblighi formali prescritti dall'art. 2361; bisogna cioè indagare quale sia la sorte della supersocietà di fatto formata per volontà dei soci o degli amministratori senza l'assunzione della delibera assembleare e/o senza la formalizzazione dell'assunzione della partecipazione a responsabilità illimitata mediante informazione in nota integrativa.

Vi sono due approcci diametralmente opposti alla questione: secondo una prima ricostruzione il mancato rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 2361, 2° comma, renderebbe illegittima l'assunzione delle partecipazioni in società di persone, con conseguente non opponibilità ai terzi, e, quindi, ai creditori, dell'esistenza della supersocietà personale di fatto.

La questione è rilevante: se si accoglie questa prima impostazione cade la stessa ricorribilità al concetto di supersocietà di fatto al fine di estendere il fallimento alle al-

---

[333] GHIONNI CRIVELLI VISCONI P., *La c.d. supersocietà tra società di capitali al primo (e parziale) vaglio della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2017, 1, pp. 55 e ss.

tre società partecipanti, in quanto si attribuisce efficacia giuridica alla partecipazione di una società per azioni in una società di persone solo se essa è stata assunta in modo legittimo e palese. Così ragionando, non rimane alcuno spazio alla variante occulta della teoria: la stessa constatazione che la supersocietà sia di fatto, quindi per sua natura costituita per fatti concludenti e non mediante delibera assembleare e informazione in bilancio, vale a sancirne l'inopponibilità ai creditori.

Una diversa ricostruzione vuole invece che la delibera assembleare richiesta dal 2361, 2° comma, abbia un contenuto "autorizzativo"; in tal caso la sua mancanza non farebbe venir meno la partecipazione, ma avrebbe al più l'effetto di integrare una responsabilità degli amministratori che avessero agito pur in assenza dei requisiti legali richiesti[334]. A ulteriore suffragio di questa impostazione è la considerazione secondo cui i poteri di rappresentanza degli amministratori hanno carattere generale e le limitazioni a quei poteri, anche se pubblicate, non sono opponibili ai terzi salvo si provi che essi abbiano agito intenzionalmente a danno della società (art. 2384, comma 2, c.c.)[335].

Quanto esposto per l'autorizzazione assembleare vale anche per il secondo onere richiesto dall'art. 2361, 2° comma, c.c.: l'informazione in nota integrativa, la cui ottemperanza, in quanto dovere di natura sostanzialmente contabile, se mancante non può in alcun modo inficiare l'assunzione di una partecipazione ("*la corretta rilevazione in bilancio (...) non può incidere sull'efficacia delle operazioni che la società pone in essere*")[336].

Questa seconda impostazione è quella fatta propria dalla Cassazione, almeno inizialmente[337].

---

[334] È dall'art. 2364, 1° comma, n. 5 c.c. che si ricava che, in mancanza di autorizzazione assembleare, ove richiesta per il compimento di un atto gestorio, gli amministratori rispondono direttamente per quanto posto in essere. La norma in realtà si dedica precipuamente ai casi delle società prive di consiglio di sorveglianza, dove è disposto che sia l'assemblea ordinaria a deliberare "*sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti*". Nonostante l'ambito limitato della disposizione, si ritiene che essa sia espressione di un principio generale di responsabilità degli amministratori che abbiano agito in mancanza di autorizzazione necessaria.

[335] Cfr. GHIONNI CRIVELLI VISCONI P., *op. cit.*, pp. 55 ss

[336] *Ibidem*

[337] Cass. civ., Sez. I, 21 gennaio 2016, n. 1095, *cit.* in cui si afferma che "*la deliberazione assembleare, nel contesto dell'art. 2361 c.c., mira a rimuovere un limite ai poteri gestori all'unico fine di esonerare gli amministratori da responsabilità sociale, mentre l'assunzione della partecipazione resta valida ed efficace, come in altre fattispecie ove è richiesta la previa deliberazione assembleare (azioni proprie o della controllante); l'indicazione nella nota inte-*

La Corte, nella stessa sentenza, afferma peraltro che ritenere altrimenti, quindi accogliere la prima impostazione secondo cui dal mancato adempimento degli oneri prescritti dall'art. 2361, 2° comma, c.c. deriva l'illegittimità della partecipazione assunta, "*costituirebbe un privilegio discendente da un'omissione e non sarebbe ragionevole (...)*", in quanto avrebbe la conseguenza di sottrarre al fallimento per estensione la società di capitali per una mancanza ad essa stessa imputabile.

La dottrina ha mosso critiche alla caratterizzazione della natura autorizzativa della delibera assembleare *de qua*, mettendo in evidenza come la norma sembri al contrario "*attribuire un vero e proprio potere gestorio all'assemblea (...) essendo evidente il diverso tenore letterale rispetto a tutte le ipotesi in cui il legislatore ha chiaramente fatto riferimento ad un potere autorizzatorio*"[338].

Forse in risposta a queste critiche, la Cassazione, con l'ultima delle tre sentenze sopra richiamate[339], ha affinato il proprio percorso argomentativo, pur arrivando al medesimo risultato pratico. La Suprema Corte, in particolare, svaluta completamente la questione del ruolo rivestito dagli obblighi contenuti nel 2361, 2° comma, c.c. ritenuto in ultima analisi superfluo[340]. Si adduce, infatti, che anche laddove si ritenesse che la delibera assembleare sia necessaria per l'assunzione delle partecipazioni in veste di socio illimitatamente responsabile, ciò non comporterebbe altro se non che la supersocietà di fatto nascente, per comportamenti concludenti, in violazione degli obblighi imposti dal 2361, 2° comma, sia da qualificarsi come società nulla, ai sensi dell'art. 2332, commi 2 e 4. Ebbene la disciplina ivi contenuta, nell'ottica di tutela dei terzi e dei creditori, converte la nullità dell'intero rapporto in una causa di scioglimento, con la necessaria apertura di una fase liquidatoria[341], secondo il principio di conservazione degli atti posti in essere in forza di un contratto di società nullo[342]. Secondo la Cassazione, quindi, "*la società nulla è considerata, per il passato, una società valida e, per il futuro, una società valida in stato di liquidazione*"[343].

---

grativa, dal suo canto, è posta a tutela dei soli creditori della società di capitali, avendo i soci altri strumenti a disposizione, di carattere preventivo e sanzionatorio

[338] GHIONNI CRIVELLI VISCONI P., *op. cit.*, pp 55 ss.

[339] Cass. civ., Sez. I, 13 giugno 2016, n. 12120*, cit.*

[340] Cfr. GHIONNI CRIVELLI VISCONI P., *op. cit.*, pp. 55 ss.

[341] Cfr. FIMANNÒ F., *Il fallimento ascendente…, op. cit.,* pp. 1186 ss.

[342] Per la declaratoria di nullità della società di persone equiparata, *quoad effectum*, allo scioglimento della stessa si veda Cass. 19.1.1995, n. 565 in *Riv. Dir. Comm*., 1996, II, p. 35; Cass. 6.5.2015, n. 9124 in *Leggi d'Italia*.

[343] Cass. 12120/2016, *cit.*

In conclusione, pertanto, comunque si intendano le prescrizioni del 2631, 2° comma, la conseguenza è quella della messa in liquidazione della supersocietà e mai la caducazione retroattiva della sua esistenza.

Indagata la portata degli obblighi previsti dal 2631, 2° comma, resta da chiedersi se essi siano validi anche al di fuori della società per azioni, a cui la norma si rivolge per collocazione, e, quindi, da ritenersi vigenti anche per le altre società di capitali. Sul punto le prime due sentenze del 2016 della Cassazione sulla supersocietà si sono dimostrate concordi nel ritenere che "*la partecipazione di una società a responsabilità limitata in una società di persone, anche di fatto, non esige il rispetto dell'art. 2361, comma 2, dettato per le società per azioni*".

Il punto di partenza da cui la Corte muove è l'autonomia e autosufficienza dello statuto della s.r.l. rispetto a quello della s.p.a.; data tale premessa, l'interprete è chiamato a valutare l'esistenza di norme, appartenenti alla disciplina della s.r.l., applicabili al caso di specie, prima di ricorrere all'estensione in via analogica delle disposizioni proprie della s.p.a.

Ebbene, nel caso di specie, la norma con cui confrontarsi è l'art. 2479 c.c., che attribuisce inderogabilmente ai soci le decisioni relative al compimento di operazioni comportanti una sostanziale modifica dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo. La Corte conclude quindi che, nelle s.r.l., "*la partecipazione in esame costituisce atto gestorio proprio degli amministratori, qualora non comporti la modificazione dell'oggetto sociale, a norma dell'art. 2479 c.c., comma 2, n. 5*"[344]. In sostanza, l'acquisto della qualità di socio illimitatamente responsabile non comporta *sempre* un effettivo mutamento dell'oggetto sociale, ma può determinarlo, e in ciò consiste l'indagine, da effettuarsi nel caso concreto, necessaria per valutare se la partecipazione sia stata assunta legittimamente: solo laddove si accerti "*che la partecipazione in società personale sia così eterogenea rispetto ai fini sociali da modificare l'oggetto in*

[344] Cass. 1095/2016, *cit.*

concreto"[345], si dovrà concludere per la necessarietà di una autorizzazione da parte dei soci[346].

Invero, alla luce dell'ultima sentenza del 2016 della Cassazione, anche laddove si concludesse per l'illegittimità dell'assunzione di una simile partecipazione che avesse modificato l'oggetto sociale, alla luce del percorso interpretativo adottato dall'ultima delle tre sentenze, la conclusione non sarebbe altro che l'operare dell'art. 2332, commi 2 e 4: "*quand'anche ricorra un vizio genetico nell'atto costitutivo della società fra una società a responsabilità limitata ed una persona fisica (...) per il principio di conservazione degli atti posti in essere in forza di un contratto di società nullo, se ne darebbe la conversione in una causa di scioglimento*"[347].

La corretta distinzione fra partecipazione legittimamente e illegittimamente assunta rimane comunque rilevante anche relativamente al nuovo orientamento della Cassazione: se la partecipazione è legittimamente assunta, infatti, ai fini del fallimento della supersocietà è necessario indagare della sua insolvenza, prima di poterla dichiarare fallita ed eventualmente estendere il fallimento ai sensi dell'art. 147 l.f.

Al contrario, una partecipazione illegittimamente assunta porta alla nullità della società, che automaticamente, e a prescindere dalla sua insolvenza, ne determina la messa in liquidazione. Certo anche in questo secondo caso l'estensione del fallimento non potrà che aversi in caso di insolvenza della società di fatto[348].

---

[345] Per quanto riguarda la seconda categoria di atti riservati dall'art. 2497, 2° comma, n. 5) alla competenza dei soci, ossia la "*rilevante modificazione del diritto dei soci*", la Cassazione esclude che esso possa rilevare nel caso di specie:
"*la modifica derivante dall'acquisto della partecipazione consiste infatti nell'assunzione da parte della S.r.l. della responsabilità illimitata per le obbligazioni della partecipata, mentre non muta la posizione dei soci, che continuano ad essere vincolati nei limiti del conferimento*" (Cass. 12120/2016, *cit.*).

[346] La prima sentenza della Cassazione (1095/2016), nonché parte della dottrina, è d'opinione differente: anche l'assunzione di partecipazione con rischio illimitato che modifichi in concreto l'oggetto sociale non intaccherebbe la validità ed efficacia dell'acquisizione, comportando unicamente il diritto del socio di minoranza di recedere a norma dell'art. 2473, 1° comma c.c. In tal guisa, il comma 2 dell'art. 2479 c.c., n. *5)* sarebbe da "*intendere estensivamente fino a ricomprendervi l'acquisizione di una partecipazione eterogenea rispetto ai fini della società*" (cfr. ABETE L., *Il fallimento della supersocietà (di fatto) occulta: "controindicazioni" applicative – il commento*, in *Società*, 2017, 2, pp. 163 ss.).

[347] Cass. 12120/2016, *cit.*

[348] Così Cass. 10507/2016 *cit.*, secondo cui: "*Va escluso, in sostanza, che il fallimento di questi ultimi* (dei soci illimitatamente responsabili) *possa essere dichiarato in forza di un accertamento meramente incidentale della ricorrenza fra gli stessi e il fallito di una c.d. supersocietà di fatto* (…) *perché all'insolvenza del socio già dichiarato fallito potrebbe non corrispondere l'insolvenza della s.d.f. (cui gli altri soci potrebbero, in tesi, conferire le liquidità necessarie al pagamento dei debiti*)".

2.2 Il fallimento per estensione

Il comma 5 dell'art. 147 l.f. dispone che, "*qualora dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale risulti che l'impresa è riferibile ad una società di cui il fallito è socio illimitatamente responsabile*", è dichiarato il fallimento in estensione degli altri soci illimitatamente responsabili.

Dalla disposizione è sorto il dubbio se non sia possibile ricorrere al fallimento in estensione per risolvere i problemi di coordinamento della crisi del gruppo.

Si pensi a una controllata dichiarata fallita. Il tribunale potrebbe considerarla imprenditrice, ai sensi del 5° comma dell'art. 147, e individuare una impresa di fatto occulta costituita da detta controllata e dalla capogruppo, a cui partecipano in veste di soci illimitatamente responsabili tutte le altre società del gruppo. A questo punto, basterebbe dichiarare il fallimento della supersocietà di fatto e in estensione quello di tutti gli altri soci illimitatamente responsabili, cioè il fallimento di tutte le società del gruppo[349].

Una simile ricostruzione è stata esclusa. Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che la teoria della supersocietà non si adatti al gruppo di società "verticale", quello cioè nel quale *holding* controlla una serie di società partecipate.

Le ragioni poste a fondamento di questa conclusione non sono tuttavia omogenee.

La Suprema Corte, a dire il vero, si limita ad attestare che questa è l'interpretazione corretta, senza giustificarla[350].

Una parte della dottrina ha giustificato l'esclusione dalla regolamentazione *de qua* del gruppo verticale muovendo dal dato prettamente letterale dell'art. 147, comma 5, secondo il quale "*l'estensione del fallimento della società e dei soci illimitatamente responsabili* [può] *conseguire unicamente all'iniziale fallimento di un imprenditore individuale ed utilizza quindi un'espressione riferita (e riferibile) soltanto all'imprenditore persone fisica. Di conseguenza non è possibile estendere il fallimento iniziale di una società di capitali a una società di fatto (…)*"[351].

---

[349] Cfr. ABETE L., *Il fallimento della supersocietà (di fatto) occulta…, op. cit.*, pp. 163 ss.

[350] Cass. 10507/2016, *cit.*: "*Come è stato correttamente rilevato in dottrina, la norma non si presta, infatti, all'estensione al dominus (società o persona fisica) dell'insolvenza del gruppo di società organizzate verticalmente e da questi utilizzate in via strumentale, ma piuttosto all'estensione ad un gruppo orizzontale di società, non soggetto ad attività di direzione e coordinamento, che partecipano, eventualmente anche insieme a persone fisiche, e controllano una società di persone (la c.d. supersocietà di fatto)*".

[351] FIMANNÒ F., *Il fallimento ascendente…, op. cit.*, pp. 1186 ss.

Questa impostazione fa leva sulla mera constatazione che la prima controllata dichiarata fallita non è sussumibile sotto la qualifica di "*imprenditore individuale*" richiesta dal comma 5 dell'art. 147 l.f., essendo quest'ultima, al contrario, un imprenditore collettivo.

Tale argomentazione può sembrare convincente, ma è quantomeno "rischiosa". La Corte di cassazione, infatti, ha fatto proprio un orientamento secondo cui "*un'interpretazione dell'art. 147, comma 5 l.f., che conducesse all'affermazione dell'applicabilità della norma al solo caso (di fallimento dell'imprenditore individuale) in essa espressamente considerato risulterebbe in contrasto col principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. (...); non v'è alcuna ragione che (...) possa giustificare un differenziato trattamento normativo* [del socio]*, ammettendone o escludendone la fallibilità a seconda che il socio già fallito sia un imprenditore individuale o collettivo*"[352].

In pratica la Cassazione ritiene di poter estendere in via analogica il richiamo all'imprenditore individuale operato dalla norma oltre i confini del dettato letterale, per ragioni di equità.

Per giustificare in modo più convincente, così da evitare di porsi in contrasto con l'orientamento della Cassazione, nonché con l'art. 3 Cost, la non applicabilità dell'art. 147, comma 5, l.f. al gruppo verticale si può allora pensare di spostare l'attenzione sui requisiti necessari perché si concretizzi una società di fatto, requisiti che, per l'appunto, mal si adattano al gruppo verticale di società.

È d'altronde la stessa Suprema Corte ad affermare che una società può dirsi di fatto solo laddove "*il rapporto sociale scaturisc*[a] *(...) da un comportamento concludente, rispetto al quale l'inosservanza delle prescrizioni di legge in ordine all'acquisto della partecipazione è del tutto irrilevante: la società nasce, agisce, diventa titolare di diritti e di obbligazioni per effetto della condotta univocamente tenuta dai soci e dai soggetti ai quali è stata commessa la gestione*"[353].

L'esistenza della supersocietà di fatto dev'essere quindi provata "*in via rigorosa, in primo luogo attraverso la dimostrazione del comune intento sociale perseguito, che*

---

[352] Cass. 10507/2016, *cit.*

[353] BARTALENA A., *La partecipazione di società di capitali in società di persone,* in *Il Nuovo diritto delle società*, diretta da ABBADESSA P. e PORTALE G., Torino, Utet, 2006, pp. 99 ss.

deve essere conforme, e non contrario, all'interesse dei soci" [354]. In proposito è opportuno sottolineare come nella società di fatto le partecipazioni ed i poteri dei soci si presumano uguali, come occorra l'effettiva partecipazione ai profitti ed alle perdite dei soggetti interessati e, in definitiva, come debba riscontrarsi la c.d. *affectio societatis*[355].

Come visto in precedenza[356] il fenomeno dei gruppi verticali ruota intorno al concetto di controllo, che ne permea la disciplina nonché il funzionamento; la figura di una capogruppo controllante contrasta con la possibilità di ricostruire un'ipotetica società di fatto personale fra le imprese del gruppo. Nel gruppo verticale, infatti, i "poteri", lungi dall'essere eguali fra le società del gruppo, sono distribuiti secondo logiche fortemente gerarchiche, che discendono direttamente dalla dipendenza dell'attività economica svolta dalle controllate rispetto a quella globale del gruppo nel suo complesso; inoltre, il perseguimento dell'interesse di gruppo non è un obiettivo comune, uno scopo sociale, ma una direzione imprenditoriale imposta da chi detiene il controllo.

Si noti poi che il ricorso all'art. 147, comma 5, l.f. per risolvere la crisi patrimoniale dei gruppi verticali si tradurrebbe in una totale eterogenesi delle finalità della norma. Le dinamiche complesse che derivano dalle interconnessioni economiche e giuridiche fra le società di un gruppo non possono essere lasciate a una disposizione scritta e pensata per risolvere problematiche sensibilmente differenti, proprie di società personali di più modeste dimensioni e caratterizzate in massimo grado da ampi poteri in capo a soci-persone fisiche. Una struttura stabile e codificata, peculiare e complessa quale il gruppo di società esula completamente dalle ambizioni della disposizione *de qua*, che risulta del tutto inadeguata ad affrontare un coordinamento razionale delle complesse crisi patrimoniali che interessano i gruppi di imprese.

In definitiva, una supersocietà, nell'ambito di un gruppo verticale, non esiste nemmeno di fatto; la sua individuazione sarebbe puramente fittizia, un *escamotage* concepito per superare la rigidità del principio di autonomia giuridica. Si pensi, ad esempio, ai presupposti sulla base dei quali il tribunale possa arrivare a dichiarare insolvente e, quindi, fallita la supersocietà di fatto, cui farebbero capo le più società del gruppo: la supersocietà, in quanto fittizia, non costituisce un vero centro di imputazione giuridi-

---

[354] FIMANNÒ F., *La vera ragione dell'eccezionalità dell'art. 147, comma 5, legge fallim.: l'invulnerabilità della persona giuridica*, in Dir. Fall., 2017, 2, pp. 571 ss.
[355] *Ibidem*
[356] *Supra* capitolo I, §1.

ca, e i presupposti in base ai quali individuarne l'insolvenza sarebbero del tutto creativi, con grave nocumento alla certezza del diritto.

Non si ritiene infine possibile ricorrere alla disciplina di cui all'art. 147, comma 5, l.f. per reagire al caso dell'imprenditore collettivo "tiranno" che porti al dissesto una serie di società soggette al suo controllo; è alla legislazione relativa all'abuso di direzione e coordinamento di cui agli articoli 2497 ss c.c. che, allo stato delle cose, bisogna guardare a tal fine. Ciò in quanto "*nella quasi totalità dei casi le società dominate sono utilizzate (...) come mero strumento abusivo e non certo sulla base di un contratto sociale*"[357]; la disciplina di riferimento sarà, quindi, quella codicistica da abuso di direzione e coordinamento e non il fallimento in estensione qui in analisi, possibile solo nell'ambito di una "genuina" società di fatto.

Questo percorso interpretativo si adatta alle argomentazioni della Cassazione, la quale ha ritenuto che "*la responsabilità risarcitoria di cui all'art. 2497 c.c. non costituisce l'unica modalità di reazione all'abuso dello schermo societario; l'ordinamento appresta anche la figura ex art. 147, comma 5 l.f. della cosiddetta "supersocietà" di fatto occulta, il cui riscontro, tuttavia, esige il rigoroso accertamento dei parametri organizzativi ed essenziali del contratto di società*"[358].

In conclusione, l'art. 147, comma 5, l.f. è pensato quale strumento di reazione a un contratto sociale occulto fra più imprenditori, e comporta una responsabilità di tipo discendente: dal fallimento di uno dei soci illimitatamente responsabili di una società di fatto consegue, a cascata, l'estensione della procedura agli altri soci illimitatamente responsabili, in quanto corresponsabili della crisi dell'impresa di fatto cui fanno capo.

Laddove, tuttavia, uno di questi più imprenditori sia dominante rispetto agli altri, come avviene fisiologicamente nel gruppo di società verticale, la legislazione *de qua* non può trovare applicazione.

Discorso diverso è da farsi in merito al gruppo paritetico, quello cioè "*non soggetto ad attività di direzione e coordinamento, costituito da società che partecipano, eventualmente anche insieme a persone fisiche, e controllano una società di persone (la c.d. supersocietà di fatto)*"[359]. Rispetto a questo tipo di compagine sociale, non v'è dubbio che la teoria della supersocietà trovi applicazione; così ha ritenuto la Cassa-

---

[357] FIMANNÒ F., *Il fallimento ascendente..., op. cit.*, pp. 1186 ss.
[358] Cass. 12120/2016, *cit.*
[359] Cass. 10507/2016, *cit.*

zione nelle tre le sentenze del 2016. In via esemplificativa, la sentenza 10507/2016 ha visto la Suprema Corte avallare l'opera del tribunale fallimentare, che, dopo aver dichiarato il fallimento di una S.r.l., su domanda del relativo curatore fallimentare aveva esteso il fallimento alla società di fatto occulta, reale referente soggettivo dell'attività, ai sensi del comma 5 dell'art. 147 l.f.[360]. In via d'estensione era stato quindi dichiarato il fallimento di un'altra S.r.l. e di una terza persona fisica, quali soci occulti, illimitatamente responsabili, della supersocietà di fatto.

La concatenazione di fallimenti operata dal tribunale fallimentare e confermata dalla Cassazione è un esempio paradigmatico di utilizzo della teoria della supersocietà anche in ambito societario, relativamente al gruppo paritetico di società e imprenditori.

3. La rilevanza del gruppo al di fuori del fallimento: l'amministrazione straordinaria (c.d. "Legge Prodi bis" e c.d. "Legge Marzano"); la liquidazione coatta amministrativa; la crisi del gruppo bancario

La legge fallimentare non si occupa del fenomeno dei gruppi di società; il suo silenzio si contrappone alla legislazione relativa a una serie di procedure concorsuali, nell'ambito delle quali il legislatore ha dimostrato, sin da tempi non sospetti, una propensione alla considerazione delle dinamiche di gruppo nella composizione delle relative crisi patrimoniali. Come affermato dalla dottrina, "*se la legge fallimentare, ormai anacronisticamente, non prevede alcuna norma dedicata al gruppo di società, non era possibile ignorare il fenomeno con riferimento alla grande impresa, ove il gruppo è, non solo fenomeno tipico, ma, si potrebbe dire, immancabile*"[361].

Nel 1979 la c.d. "Legge Prodi"[362] istituì la procedura di amministrazione straordinaria per le grandi imprese, poi riformata dal D.lgs. 270/1999 (la c.d. "Legge Prodi *bis*"). La *ratio* motivatrice originale di una simile legislazione risiede nella crisi economica che investì l'Italia nel corso degli anni '70, che coinvolse anche importanti gruppi in-

[360] Si noti come la terminologia utilizzata dalla norma "imprenditore individuale" sia, come sopra già analizzato, utilizzata in senso estensivo ricomprendendovi anche l'imprenditore collettivo.

[361] FARENGA L., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di crisi, la fase prodromica di commisarriamento giudiziale (c.d. fase di osservazione)*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 112 ss.

[362] L. 3 aprile 1979, n. 959.

dustriali. In tale contesto, si rivelò insufficiente il sistema concorsuale introdotto dalla legge fallimentare del 1942, che non offriva strumenti adeguati per il perseguimento dell'obiettivo della ristrutturazione delle imprese, risolvendosi il fallimento in una procedura essenzialmente liquidativa, diretta a soddisfare principalmente l'interesse dei creditori. Il dissesto dei grandi gruppi industriali, al contrario, abbracciava problematiche nuove e differenti, esulanti la mera equità distributiva e talvolta incompatibili con la massima soddisfazione del ceto creditorio, quali l'integrità degli organismi produttivi e la protezione dei livelli occupazionali[363].

La normativa, nel momento in cui fu promulgata, fu particolarmente innovativa, perfino avanguardistica, nella misura in cui permise all'Italia di essere uno dei primi ordinamenti, ma tutt'ora uno dei pochi paesi industrializzati[364], a poter vantare una regolamentazione dell'insolvenza dei gruppi, seppur limitata alle imprese di maggiori dimensioni. Parallelamente, sull'onda della nuova consapevolezza circa i vantaggi apportati dalla considerazione del gruppo in fase concorsuale, dagli anni '80 i tribunali fallimentari iniziarono a riconoscere progressivamente la legittimità di concordati preventivi di gruppo[365].

Oltre alla c.d. "Legge Prodi *bis*", dispongono ad oggi di una regolamentazione specificamente dedicata alla crisi patrimoniale dei gruppi di società:

- la c.d. "Legge Parmalat-Marzano"[366], che ha affiancato la c.d. "Legge Prodi *bis*", introducendo la c.d. procedura di amministrazione straordinaria speciale, con le ulteriori modificazioni introdotte nel 2008 dal c.d. "Decreto Alitalia"[367]; anche questa regolamentazione presenta una disciplina speciale del gruppo di società;
- la liquidazione coatta amministrativa delle società fiduciarie e di revisione;
- relativamente ai gruppi bancari, il Testo unico bancario, nonché il d.lgs 180/2015 sul *bail-in*, che ha recepito la direttiva 2014/59/UE dedicata alla risoluzione delle crisi bancarie.

---

[363] Cfr. BONFATTI S., CENSONI P. F., *Manuale di diritto fallimentare*, Seconda edizione, Padova, Cedam, 2007, pp. 527 ss.
[364] Con pochi esempi paragonabili, sul punto si veda *supra*, capitolo I, §5.1.
[365] Si veda *infra*, capitolo III, §4.
[366] D.L. 23.12.2003, n. 347, convertito con L. 18.2.2004, n. 39.
[367] D. L. 28.8.2008 n. 134, convertito con modificazione nella L. 27.10.2008 n. 66.

3.1 L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di crisi: la disciplina del gruppo di imprese

Il D.lgs. 270/1999 (c.d. "Leggi Prodi *bis*") ha riformato la Legge Prodi del 1979. Il testo è denominato "*disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, a norma dell'articolo 1 della legge 30 luglio 1998, n. 274*".

Il decreto prende in considerazione i gruppi di imprese, dedicando loro le disposizioni degli artt. 80-91.

Può essere interessante dare uno sguardo preliminare alla legge delega: all'art. 1, 2° comma, lett. *i)*, essa detta le linee guida per la procedura di gruppo. In particolare, è menzionato il solo procedimento di estensione della procedura di amministrazione straordinaria alle altre imprese del gruppo: si chiede di attribuire al tribunale il "*potere di disporre, anche in via di conversione del fallimento, l'estensione della procedura alle imprese appartenenti al medesimo gruppo che si trovino in stato di insolvenza*", qualora vi siano concrete prospettive di recupero delle medesime o "*quando risulti comunque opportuna la gestione unitaria della procedura nell'ambito del gruppo*".

Il procedimento di estensione rappresenta senz'altro l'aspetto più innovativo e significativo di coordinamento della crisi di gruppo; non è tuttavia l'unico introdotto dal decreto legislativo di attuazione della legge delega. A parte una serie di elementi che si pongono, per così dire, a corredo della "*gestione unitaria*" della procedura, quali la previsione secondo cui gli organi di procedura per tutte le imprese ammesse ad amministrazione straordinaria debbono essere unici (artt. 82 e 85), manca nella legge delega un riferimento alle disposizioni poi confluite nel decreto legislativo agli articoli 90, in materia di responsabilità per direzione unitaria, e 91, in materia di revocatoria c.d. aggravata. Bisogna certo ricordare che la disciplina in oggetto non è una novità assoluta, essendo, per molti aspetti, una refusione della c.d. "Legge Prodi" n. 95 del 1979[368].

Ciò premesso, è diffusa in dottrina l'opinione secondo cui le disposizioni in materia di gruppi non siano riuscite a tratteggiare una procedura compiuta dell'insolvenza del gruppo; alla disciplina risultante dai Capi I e II del Titolo IV del D.lgs. 270 (intitolato appunto "*gruppo di imprese*") si imputa in particolare una mancanza di "*unitarietà di presupposti ed obiettivi*"[369].

---

[368] Su cui si veda, fra tutti, LIBONATI B., *op. cit.*

[369] MEO G., *Il risanamento finanziato dai creditori, lettura dell'amministrazione straordinaria,* Milano, Giuffrè, 2013, pp. 101 ss.

3.1.1 Il Capo I, Titolo IV: la procedura di estensione

Il Capo I del Titolo IV è dedicato alla procedura di estensione dell'amministrazione straordinaria alle imprese del gruppo.

La norma di apertura, l'art. 80, distingue in via preliminare la "procedura madre" dalle altre procedure d'insolvenza; la "procedura madre" è quella dichiarata, da un punto di vista meramente temporale, per prima, ai sensi dell'art. 3 del D.lgs. 270, nei confronti di un'impresa che sia in possesso dei requisiti dimensionali di cui all'art. 2. Non rileva, pertanto, che la società soggetta alla "procedura madre" sia capogruppo o controllata.

Inoltre, l'art. 80 individua i "criteri di collegamento" in presenza dei quali una determinata impresa è qualificabile come "impresa del gruppo":

a) i nn. 1 e 2 prendono a riferimento il controllo, includendo tanto le società controllate, quanto le società controllanti, direttamente o indirettamente. Il 2° comma dell'art. 80 precisa che il controllo sussiste nei casi previsti dall'art. 2359, 1° e 2° comma, c.c., quindi ricomprendendo tanto il controllo di diritto, dovuto alla disponibilità di un pacchetto dominante in assemblea, quanto il controllo di fatto, mediante la quale sia esercitata un'influenza dominante;

b) il n. 3 prende a riferimento la "direzione comune" che intercorra fra l'impresa sottoposta alla "procedura madre" ed altra impresa[370] "*per la composizione degli organi amministrativi, o sulla base di altri concordanti elementi*". Si ritiene che i "*concordanti elementi*" di cui parla la norma siano da ricondurre, ad esempio, a forme di confusione patrimoniale fra le diverse società che compongono il gruppo[371]. Quanto alla "*composizione degli organi amministrativi*" invece, essa sembra essere un riferimento al fenomeno delle c.d. *interlocking directorates*, ossia quelle situazioni in cui le stesse persone fisiche ricoprono il ruolo di consigliere d'amministrazione in più socie-

---

[370] Un caso "famoso" in cui è stata dichiarata l'estensione della procedura di amministrazione controllata a una impresa del gruppo in conseguenza della direzione comune delle due è quello della società Eurofood, oggetto di una importante sentenza in materia di insolvenza transfrontaliera innanzi alla Corte di giustizia dell'Unione Europea (su cui si veda *supra*, capitolo II, §4.3.1). Il Tribunale di Parma che aveva dichiarato in Italia l'insolvenza di Eurofood infatti parlò esplicitamente di "*direzione comune esercitata dalla capogruppo Parmalat S.p.a. assoggettata alla nuova procedura di amministrazione straordinaria*", Trib. Parma, 20.02.2004, in *Foro it.*, 2004, I, p. 1567.

[371] PANZANI L., *La nozione di COMI nella disciplina comunitaria dell'insolvenza transfrontaliera: i casi Interdil e Rastelli,* in *Int'l Lis*, 2012, 1, pp. 31 ss.

tà dello stesso gruppo[372]. In realtà, la mera comunanza degli organi amministrativi non è sufficiente, di per sé, a determinare una "direzione comune" tra le imprese interessate, costituendo meramente un elemento indiziario di un più intenso legame che dev'essere comunque accertato in concreto[373].

La nozione di "direzione comune", peraltro, ha avuto particolare fortuna, essendo poi stata ripresa dalla riforma del diritto societario del 2003, in occasione della quale è stato riscritto il Capo IX del Titolo V del codice civile, oggi incentrato proprio sulla direzione e coordinamento della capogruppo (artt. 2497 e ss. c.c.).

Si noti infine che l'art. 80 non parla mai di "società", ma utilizza il termine "imprese"; ciò consente di ricondurre nell'ambito del gruppo anche imprese non societarie[374].

Ciò premesso, la procedura madre non presenta alcuna differenza in termini di requisiti soggettivi ed oggettivi di assoggettabilità (artt. 2 e 3) rispetto all'impresa individuale; da ciò consegue che i requisiti dimensionali, relativamente al numero di lavoratori dipendenti e all'ammontare dei debiti (art. 2), debbano essere sempre considerati in relazione alla singola società considerata, e non invece al complesso delle società rappresentato dal gruppo[375]. Questo limite, insuperabile visto il dato positivo, è sintomo di una debolezza della procedura di amministrazione straordinaria: il meccanismo descritto è stato infatti definito "farraginoso", in quanto finisce per escludere "*gruppi che, pur presentando, nel loro insieme, dimensioni ragguardevoli, non comprendono una impresa che presenta, da sola, i requisiti richiesti dall'art. 2*"[376].

La problematica è stata risolta nella procedura di amministrazione straordinaria speciale regolata dal c.d. "Decreto Marzano", la quale prevede che i requisiti occupazionali e di esposizione debitoria possano essere considerati con riferimento al gruppo nel suo complesso, se costituito da almeno un anno[377].

Quanto all'estensione della procedura, essa è possibile solo qualora le altre imprese del gruppo, così come definite dall'art. 80, siano insolventi. L'insolvenza dev'essere

---

[372] Sulle problematicità generate dai c.d. consigli di amministrazione asserviti cfr. LAMANNA F., *op. cit.*

[373] Si pensi, ad esempio al caso della estraneità dei rispettivi settori di attività economica: pur in presenza dei medesimi organi amministrativi, le società opererebbero in totale autonomia e senza particolari interferenze l'una con l'altra.
Sul tema cfr. BONFATTI S., CENSONI P. F., *op. cit.*, p. 549.

[374] NIGRO A., VATTERMOLI D., *op. cit.*, p. 510.

[375] Di questa opinione Cass. civ. Sez. I, 15.03.2013, n. 6648, in *Fallimento*, 2013, 12, pp. 1499 ss.

[376] FARENGA L., *op. cit.*

[377] Sul punto si veda *infra*, capitolo II, §3.2.

parametrata sulla singola società del gruppo, così conservando in sostanza il principio di autonomia giuridica, in quanto si impedisce che alla procedura concorsuale partecipino società *in bonis*[378].

L'art. 84 disciplina invece la conversione del fallimento che sia stato dichiarato precedentemente l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria nei confronti di altra impresa del gruppo: si dispone in tal caso che "*il tribunale che ha dichiarato il fallimento ne dispone la conversione in amministrazione straordinaria, qualora sussistano i presupposti stabiliti dall'articolo 81*".

L'estensione della procedura di amministrazione straordinaria, o la conversione del fallimento in amministrazione straordinaria, avviene quindi indipendentemente dal fatto che le società del gruppo insolventi posseggano i requisiti dimensionali necessari per essere assoggettati all'amministrazione straordinaria (art. 81, 1° comma).

L'insolvenza dell'impresa del gruppo è necessaria ma non sufficiente affinché sia assoggettata ad amministrazione straordinaria per estensione; a tal fine, infatti, occorre anche che sia soddisfatta alternativamente una delle due seguenti condizioni:

a) che l'impresa del gruppo presenti concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali (art. 81, 2° comma), che devono, pertanto, investire specificamente la singola impresa e non già il gruppo nel suo insieme considerato;

b) se anche non vi siano *chance* di risanamento della singola impresa, almeno deve ritenersi opportuna la gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del gruppo, in quanto idonea ad agevolare, per i collegamenti di natura economica o produttiva esistenti tra le singole imprese, il raggiungimento degli obiettivi della procedura (art. 81, 2° comma). La previsione è particolarmente incisiva, in quanto consente di sottrarre al fallimento imprese senza prospettive di recupero, consentendo loro di partecipare alla procedura di amministrazione straordinaria; tale partecipazione va per altro a scapito dei creditori anteriori particolari, che si troveranno a dover sopportare i costi della procedura in prededuzione. Quanto all'opportunità della gestione unitaria, parte della dottrina ritiene debba essere parametrata sui migliori esiti auspicabili per la pro-

[378] Conforme App. Bologna Sez. I, 29.08.2014, in *Leggi d'Italia*.

cedura madre[379]; secondo un'altra parte della dottrina[380], invece, sui migliori esiti per le procedure delle altre imprese del gruppo, nel loro insieme considerate[381].

La disposizione *de qua* supera il "*diaframma costituito dall'autonomia giuridica delle singole componenti del gruppo*"[382], in quanto legittima l'introduzione di debiti per la società estranei alla gestione dell'insolvenza della singola società, contratti in funzione di vantaggi dei quali non godranno i creditori particolari.

L'art. 82, 2° comma, dispone che il ricorso per la dichiarazione di insolvenza di un'impresa del gruppo può essere proposto (oltre che dai soggetti di cui all'art. 3[383]) anche dal commissario straordinario della procedura madre: la disposizione consente all'organo gestorio dell'impresa soggetta a procedura madre di valutare l'opportunità di una gestione integrata a livello di gruppo e quindi di agire per ottenerla.

Competente ad accertare i presupposti e le condizioni per l'estensione della procedura di amministrazione straordinaria è il tribunale del luogo in cui la singola impresa del gruppo ha la sua sede principale ed il giudizio si svolge seguendo i medesimi passaggi cui sarebbe sottoposta la singola impresa: in prima battuta accertamento dello stato d'insolvenza, successivamente apertura di una fase intermedia, di natura giudiziaria, preposta all'accertamento delle concrete prospettive di recupero o, in questo caso, dell'opportunità di una gestione congiunta.

L'art. 83, al fine di tale accertamento, dispone la facoltà in capo al tribunale, al Ministero e al commissario straordinario di chiedere informazioni alla Consob e ad ogni altro pubblico ufficio, informazioni che devono essere fornite entro 15 giorni dalla richiesta. All'esito di questa verifica, il commissario giudiziale redige una relazione che presenta al tribunale; questi, quindi, provvederà all'apertura della procedura in estensione per l'impresa del gruppo, ovvero, qualora la verifica desse esito negativo, alla sua dichiarazione di fallimento.

---

379 Cfr. A. JORIO, *La riforma dell'amministrazione straordinaria e le alter procedure concorsuali,* in Fallimento e amministrazione straordinaria, Atti dei Convegno S.I.S.C.O. di Milano del 15 novembre 1997, Milano, 1999, p. 102.

380 Cfr. ALESSI G., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi: Commento sistematico al D.L.GS.8 luglio 1999*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 186.

381 MEO G., *op. cit.*

382 NIGRO A., VATTERMOLI D., *op. cit.*

383 L'art. 3 D.Lgs. 270/1999 dispone che possano presentare ricorso, al fine della dichiarazione dello stato d'insolvenza di un'impresa dotata dei requisiti dimensionali di cui all'art. 2 del medesimo decreto, l'imprenditore, uno o più creditori, il pubblico ministero, ovvero, d'ufficio, lo stesso tribunale del luogo in cui la società ha la sua sede principale.

Qualora invece l'impresa del gruppo sia già in fallimento, sarà il tribunale che lo ha dichiarato, su istanza di chiunque vi abbia interesse, a disporre la conversione in amministrazione straordinaria, qualora sussistano i presupposti stabiliti dall'art. 81 e "*sempre che non sia già esaurita la liquidazione dell'attivo*" (art. 84).

Conseguenza più importante dell'estensione della procedura, o conversione da fallimento, è l'unitarietà degli organi gestori, che saranno i medesimi nominati nell'ambito della procedura madre per tutte le altre imprese del gruppo (art. 85). A questo proposito, si ripresenta la già nota problematicità propria del consolidamento procedurale[384], ossia il possibile conflitto d'interessi in cui i commissari straordinari potrebbero trovarsi ad operare, in quanto preposti ad agire in conformità agli interessi di tutte e di ciascuna impresa del gruppo[385]. Il D.lgs. 270 non detta disposizioni tese alla composizione di questi conflitti.

La dottrina ha proposto che, in caso di conflitto di interessi, si proceda alla nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 c.p.c.[386]. Una differente opinione ha invece ritenuto che una nomina siffatta costituirebbe un meccanismo estraneo alla legislazione concorsuale in analisi; sarebbe, pertanto, compito del commissario straordinario risolvere in via autonomia i conflitti[387].

Il commissario straordinario, unico per tutte le imprese del gruppo assoggettate a procedura, ha il compito di predisporre un programma per ciascuna impresa; tale programma, a norma dell'art. 86, differisce a seconda che essa sia stata ammessa in presenza di concrete prospettive di recupero o in assenza di tali condizioni, in virtù della semplice opportunità di una gestione congiunta: nel primo caso, il contenuto verterà sulla modalità con cui attuare l'indirizzo di cessione o risanamento prescelto; nel secondo caso, il programma sarà meramente integrativo di quello approvato per la procedura madre o di altra impresa del gruppo.

In entrambi i casi, resta più che salda la distinzione delle masse attive e passive delle imprese del gruppo: la procedura posta in essere dal D.lgs. 270 pone in essere a pieno titolo un consolidamento procedurale, ma non lascia spazio a forme di consolidamento patrimoniale.

---

384 *Supra*, capitol I, §5.2.4.

385 Si pensi ad esempio al caso di una revocatoria infragruppo, che, inevitabilmente, svantaggia una società del gruppo a favore di un'altra; certamente un commissario non potrebbe, da un lato, agire in revocatoria e, dall'altro lato, costituirsi per contestarla.

386 Cfr. ALESSI G., *op. cit.*, p. 100.

387 FARENGA L., *op. cit.*, pp. 117, 118.

L'esito finale della procedura disposta a carico di un'impresa del gruppo in via d'estensione è diverso a seconda che essa sia stata ammessa all'amministrazione straordinaria in presenza delle concrete prospettive di recupero o unicamente in ottica dell'opportunità di una gestione unitaria. Nel primo caso, si applica la disciplina generale (conversione in fallimento o chiusura della procedura *ex* artt. 73-76). Nel secondo caso, la sorte dell'impresa del gruppo è connessa alla procedura madre: tanto la sua chiusura che la sua conversione in fallimento comportano infatti la conversione in fallimento della procedura gravante sull'impresa del gruppo (art. 87).

3.1.2 Il Capo II, Titolo IV: la responsabilità e le azioni revocatorie

La Relazione al D.lgs. 270 afferma che il Capo II contiene previsioni dirette al "*contrasto delle pratiche di svuotamento patrimoniale*".

La norma di apertura, l'art. 88, precisa che, ai fini del solo Capo II, per "*impresa dichiarata insolvente*" deve intendersi quella dichiarata tale ai sensi dell'art. 3, ossia l'impresa dotata dei requisiti dimensionali, per la quale si apra la fase intermedia e indipendentemente del fatto che ne consegua l'ammissione ad amministrazione straordinaria o la sottoposizione a fallimento per mancanza dei requisiti previsti dall'art. 27 (concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico). Pertanto, ciò che rileva è che l'impresa del gruppo sia di "grandi" dimensioni, a prescindere poi dal fatto che la sua crisi sia concretamente gestita in base a una procedura di amministrazione straordinaria o fallimentare.

Nonostante la collocazione, le previsioni in oggetto hanno, quindi, una portata sostanziale che trascende i confini dell'amministrazione straordinaria e investe ogni fenomeno di gruppo in cui una delle unità, di cui sia stata accertata l'insolvenza, superi i requisiti dimensionali di cui all'art. 27 e sia stata ammessa alla fase intermedia di loro verifica[388].

Fatte queste precisazioni, sono tre le misure previste dal Capo II:

- la denuncia al tribunale *ex* art. 2409 c.c.;
- la responsabilità nei casi di direzione unitaria;
- le c.d. azioni revocatorie aggravate.

[388] MEO G., *op. cit.,* p. 116.

3.1.3 Segue. La denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c.

Come già accennato, l'art. 89 consente, oltre che al commissario giudiziale e al commissario straordinario, anche al curatore dell'impresa dichiarata insolvente di "*proporre la denuncia prevista dall'art. 2409 codice civile contro gli amministratori e sindaci delle società del gruppo*". L'art. 2409 c.c. attribuisce a delle percentuali qualificate di soci la facoltà di denunciare "*gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate*" compiute dagli amministratori.

Si noti che la disposizione del D.lgs. 270 estende la portata della norma civilistica ai sindaci.

La sua *ratio* è di consentire all'organo gestorio della procedura di reagire ad irregolarità che potrebbero riverberarsi sulle attività o sulla prosecuzione del processo di salvataggio, o di liquidazione, dell'impresa di grandi dimensioni[389].

3.1.4 Segue. La responsabilità nei casi di direzione unitaria

L'art. 90 afferma la responsabilità degli amministratori delle società che hanno abusato della "direzione unitaria" delle imprese del gruppo, in solido con gli amministratori della società che sia stata dichiarata insolvente, per i danni ad essa cagionati in conseguenza dell'osservanza delle direttive impartite[390]. Con questa norma, il Capo II analizza la responsabilità connessa all'esercizio di quella "direzione comune" di cui parla l'art. 80, comma 1, n.3, quale nozione utile al delineamento dell'impresa di gruppo. Il concetto di "direzione comune" è da ritenersi infatti sovrapponibile a quello di "direzione unitaria". Entrambe le nozioni sono configurabili sulla base di un flusso costante di istruzioni che la società controllante impartisce alla controllata su modalità gestionali, sul reperimento di mezzi finanziari, su politiche di bilancio da adottare, sulla scelta dei contraenti, sulle politiche di pianificazione fiscale[391].

La disposizione fu da subito interpretata come applicabile anche alle società non insolventi[392]. In quest'ottica si pone come antesignana della responsabilità per abuso di direzione e coordinamento azionabile dai creditori oggi prevista dall'art. 2497 c.c., così come riscritto dopo la riforma del diritto societario del 2003, che contempla la

---

[389] MEO G., *op. cit.,* p. 118.
[390] BONFATTI S., CENSONI P. F., *op. cit.*, p. 548.
[391] DI MAJO A., *I gruppi di società…*, *op. cit.*, p. 25.
[392] ABRIANI N., PANZANI L., *op. cit.*, p. 3001, nota 24.

responsabilità solidale degli amministratori della società esercente attività di direzione e coordinamento, estendendola a chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, a chi ne abbia tratto beneficio[393].

Parte della dottrina, peraltro, ha ritenuto le due norme compatibili fra loro[394], collocandosi entrambe nel novero degli strumenti risarcitori a disposizione del curatore; secondo questo orientamento, laddove vi sia una fattispecie di abuso di direzione riconducibile alla previsione di entrambe le norme, gli organi della procedura si troveranno ad avere a disposizione entrambe le azioni in questione:

- quella diretta dell'art. 90 D.lgs. 270, incentrata sulla responsabilità degli amministratori persone fisiche, che comporta la responsabilità solidale di amministratori dominati e dominanti nei confronti della società danneggiata[395].
- quella surrogatoria dell'art. 2497 c.c., che delinea una responsabilità della società controllante che non si distingue sostanzialmente da quella degli amministratori che materialmente hanno commesso operazioni fonti di responsabilità[396].

Altra parte della diversa dottrina, tuttavia, ha fatto leva sull'ultimo comma dell'art. 2497 per sostenere l'implicita abrogazione dell'art. 90 dopo la riscrittura del 2497. Tale ultimo comma prevede che "*nel caso di (...) amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata (...) dal commissario straordinario*". Da ciò si è concluso che "*se l'impresa danneggiata da una direzione e coordinamento (...) è assoggettata alla «amministrazione straordinaria», la tutela invocabile dai creditori (e dalla società stessa) per lo «abuso» subito dovrebbe esprimersi nei termini più favorevoli dell'art. 2497 c.c. riformato, assorbendo la disciplina precedentemente disposta dall'art. 90 D.lgs. 270/1999*"[397]. Inoltre, si sostiene che le due norme abbiano fattispecie identiche, cui facciano tuttavia corrispondere diverse risposte disciplinari: l'art. 90 D.lgs. 270 costruisce una responsabilità *degli* amministratori; l'art. 2497 c.c. intesta direttamente alla società capogruppo un vincolo di correttezza. Dall'"*identità di fattispecie*

[393] Vd. anche *supra*, capitolo I, §3.1.
[394] NIGRO A., VATTERMOLI D., *op. cit.*, pp. 339, 340.
[395] DI MAJO A., *I gruppi di società…*, *op. cit.*, p. 33.
[396] DI MAJO A., *I gruppi di società…*, *op. cit.*, p. 32.
[397] BONFATTI S., CENSONI P. F., *op. cit.*, p. 549.

(...) e la radicale diversità della nuova disciplina (...)", si ricava, quindi, *"l'intervenuta abrogazione dell'art. 90 D.lgs. n. 270 del 1999 (...)*"[398].

Quanto alla giurisprudenza, una recente sentenza ha riconosciuto uno spazio autonomo all'art. 90, accogliendo il primo orientamento esposto in merito al rapporto fra le due norme[399].

Vi sono altre tre questioni dibattute circa la responsabilità dettata dall'art. 90:

a) quali siano i presupposti della responsabilità: a tal proposito, in realtà, si può ritenere che con la riscrittura, in occasione della riforma del diritto societario del 2003, dell'art. 2497 c.c. i dubbi in proposito possano dirsi dissipati. Presupposto dell'abuso di direzione unitaria diviene la violazione dei "*principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*" da parte degli amministratori della società capogruppo e di quelli che ne hanno eseguito le direttive, cui si aggiunge la necessità di un nesso di causalità fra il danno prodottosi e l'abuso posto in essere[400];

b) quale sia la natura dell'azione: se essa debba qualificarsi come una responsabilità contrattuale o extracontrattuale[401]. Il tema, discusso in dottrina e giurisprudenza, si è ripresentato con la riscrittura dell'art. 2497 c.c. Rilevanti sono le conseguenze, in particolare in materia di onere probatorio:

- qualificando la responsabilità come contrattuale, l'attore deve limitarsi ad allegare la prova della fonte dell'obbligo (quindi la direzione unitaria) e il danno;
- al contrario, qualificandola come extracontrattuale, l'attore dovrebbe dimostrare anche l'esistenza di specifici atti di ingerenza abusiva nella gestione della società eterodiretta, il nesso di causalità tra tali atti e il danno, nonché la connotazione soggettiva (dolo, colpa) in capo agli amministratori. Inoltre, la responsabilità aquiliana, a dif-

---

[398] ABBADESSA P., *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, pp. 288 ss.

[399] App. Torino, Sez. I, 26.05.2016, in *Leggi d'Italia*. La sentenza afferma che "*innanzitutto deve rilevarsi una distinzione fra le due azioni; quella prevista dall'art. 90 D.lgs. n. 270 del 1999 non contempla la responsabilità della holding; inoltre l'azione ex art. 90 cit. si riferisce ai soli danni provocati alla società e non ai danni ai soci o a terzi (creditori).*
L'azione ex art. 2497 c.c., rivolta sia verso la holding sia verso i concorrenti, è dettata a tutela dei creditori sociali e dei soci e non sembra dunque attribuire ai Commissari (ai sensi dell'ultimo comma) la facoltà di richiedere i danni cagionati alla società ma solo quelli subiti dai creditori sociali".

[400] NIGRO A., VATTERMOLI D., *op. cit.*, p. 513.

[401] Cfr. NEGRI CLEMENTI A., FEDERICI F. M., *La natura della responsabilità della capogruppo e la tutela del socio di minoranza*, in *Società*, 2013, 5, pp. 519 ss.

ferenza di quella contrattuale, sarebbe poi direttamente estensibile dagli amministratori alla controllante stessa, in forza del rapporto organico, che consente di imputare alla persona giuridica il fatto illecito del suo organo[402].

A favore della tesi della responsabilità extracontrattuale si suole addurre argomentazioni di carattere letterale: la norma sembra utilizzare lo schema degli elementi costitutivi tipici della responsabilità extracontrattuale, ossia la "condotta illecita" (l'abuso di direzione unitaria); il "danno ingiusto" (i danni cagionati alla società), il "nesso causale" (che deriverebbe dal verbo "cagionare")[403].

I fautori del secondo orientamento ritengono di dover superare le considerazioni letterali, inquadrando la responsabilità come da violazione di doveri di protezione, imposti dalla legge per assicurare una sana amministrazione[404];

c) a quali soggetti debba estendersi la responsabilità prevista dall'art. 90, in particolare se essa debba sempre coinvolgere indistintamente tutti gli amministratori della controllante, oppure solo gli autori delle direttive impartite. Per rispondere a questo quesito, data l'ambiguità lessicale della disposizione, bisogna preliminarmente prendere posizione circa la natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità. Nel primo caso, si dovrà concludere per un'estensione generalizzata a tutti gli amministratori, nel secondo caso, data la natura soggettiva della responsabilità da fatto illecito, "*sarebbe naturale propendere per l'affermazione della responsabilità dei soli amministratori autori delle direttive impartite alle società controllate*"[405].

3.1.5 Segue. Le c.d. azioni revocatorie aggravate

L'art. 91 D.lgs. 270/1999, fermi restando i limiti di azionabilità delle revocatorie disciplinate dalla legge fallimentare come disciplinati dall'art. 49, 1° comma del medesimo decreto[406], estende il periodo sospetto a cinque anni per l'esercizio della revoca-

---

[402] O, secondo un'altra opinione, in forza dell'art. 2409 c.c., secondo cui il preponente è responsabile del fatto illecito commesso dai suoi preposti.

[403] Ricostruzione di NEGRI CLEMENTI A., FEDERICI F. M., *op. cit.* A favore di questa tesi, fra tutti, NIGRO A., VATTERMOLI D., *op. cit.*, p. 513.

[404] Così MEO G., *op. cit.,* p. 98.

[405] BONFATTI S., CENSONI P. F., *op. cit.,* p. 550.

[406] Che ne dispone l'utilizzo solo "*se è stata autorizzata l'esecuzione di un programma di cessione dei complessi aziendali, salvo il caso di conversione della procedura in fallimento*". Si esclude quindi l'esperibilità di azioni revocatorie nel contesto di un programma di risanamento.

toria fallimentare prevista dall'art. 67, 1° comma, nn. 1, 2, 3 l.f. (o tre anni nel caso previsto dall'art. 67 n. 4), laddove l'atto sia stato posto in essere nei confronti delle imprese del gruppo.

Il periodo sospetto si computa a ritroso dalla sentenza dichiarativa di insolvenza; il termine di prescrizione decorre dalla data del decreto di nomina del commissario, ossia dal momento in cui il diritto può essere fatto valere (art. 2935 c.c.). Competente a giudicare è il Tribunale che ha dichiarato l'insolvenza, trattandosi di un'azione che deriva dalla procedura.[407]

Il 2° comma dell'art. 91 consente poi al commissario straordinario (o al curatore) di ricorrere, "*ai fini dell'esperimento dell'azione*", agli strumenti di indagine previsti per l'accertamento dell'esistenza delle situazioni di gruppo dall'art. 83, ossia le richieste di informazioni alla Consob, a qualunque pubblico ufficio, o alle società fiduciarie.

La *ratio* della revocatoria aggravata risiede nella volontà di appianare le disparità fra le imprese che compongono un gruppo, in quanto passibili di ledere la *par condicio creditorum*: i detentori del governo delle decisioni, quindi la società controllante, ha infatti il potere di "*nascondere gli atti lesivi in sequenze spesso impossibili da ricostruire ad opera del ceto creditorio*"[408]. L'azione è, pertanto, diretta al riequilibrio della massa attiva, distorta da operazioni dirette a traslare ricchezze dall'attivo di un'unità del gruppo a un'altra.

La disciplina delle azioni revocatorie fallimentari è applicabile nei confronti di ogni società del gruppo, anche *in bonis*, a prescindere da qualsiasi presupposto che non sia l'appartenenza al gruppo stesso[409].

Come visto in precedenza, se la revocatoria aggravata è promossa contro un'impresa del gruppo in amministrazione straordinaria o fallita possono sorgere problemi relativi al conflitto d'interessi dato dall'unicità del commissario straordinario; per la risoluzione di tale problematica si rimanda a quando già osservato[410].

Di particolare interesse è infine un orientamento giurisprudenziale consolidato in cui emerge l'appartenenza al gruppo, sempre in relazione alle azioni revocatorie promuovibili dal commissario giudiziale nell'ambito della procedura di amministrazione straordinaria, tese ad ottenere la revoca di un pagamento di un debito liquido ed esi-

---

[407] Cfr. DI MAJO A., *I gruppi di società…*, *op. cit.*, p. 102.
[408] MEO G., *op. cit.,* p. 120.
[409] Cfr. BONFATTI S., CENSONI P. F., *op. cit.,* p. 554.
[410] *Supra*, capitolo III, §3.1.1.

gibile effettuato dalla società in favore di un soggetto estraneo al gruppo (*ex* art. 67, 2° comma l.f.). La Corte di cassazione a tal proposito ha ritenuto che la prova della *scientia decotionis* possa essere desunta, "*in via presuntiva, anche dallo stato d'insolvenza in cui versava l'intero gruppo, purché risulti provato che l'accipiens era a conoscenza non solo del predetto stato di decozione, il quale si riflette sulla solvibilità dell'impresa collegata, ma anche dell'appartenenza della società al gruppo*".[411]

3.2 La speciale disciplina del c.d. "Decreto Marzano"

Il D.L. 23 dicembre 2003, n. 347, denominato "*Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato d'insolvenza*" (c.d. "Decreto Marzano"), poi convertito con modificazioni nella L. 18 febbraio 2004, n. 39, ha introdotto, nel contesto del dissesto Parmalat, una nuova procedura concorsuale, la c.d. amministrazione straordinaria speciale.

Una breve panoramica sulla genesi della procedura aiuta a comprendere le disposizioni della legislazione, rilevanti ai fini della presente indagine.

Nel 2003, come noto, "scoppia" il dissesto Parmalat. Se si fosse ricorsi alla c.d. "Legge Prodi *bis*" per la composizione della crisi del colosso industriale alimentare, Parmalat, dopo la dichiarazione d'insolvenza, sarebbe dovuta essere sottoposta alla verifica delle concrete prospettive di recupero. Era perfettamente noto che tali prospettive non vi fossero affatto e che la Parmalat sarebbe dovuta essere dichiarata fallita applicando la normativa vigente. L'idea alla base della procedura è proprio che, qualora l'impresa sia "grandissima", se ne debba tentare la ristrutturazione economico-finanziaria in ogni caso[412].

Sulla scorta di questa *ratio* ispiratrice di fondo, il governo Berlusconi II introdusse, per decreto legge, una nuova forma di amministrazione straordinaria. I requisiti dimensionali furono appositamente congeniati affinché la Parmalat vi rientrasse e si procedesse, direttamente, alla nomina di un commissario straordinario col compito di elaborare un piano di risanamento. La procedura, in quella situazione, si dimostrò un successo: se con la Legge Prodi e Prodi-*bis* raramente si riuscì a giungere a un con-

---

[411] Cass. Civ. Sez. I, 28.04.2015, n. 8579 in *Leggi d'Italia*. Concordi anche Cass. civ. Sez. I, 02.05.2006, n. 10115 in *Fallimento*, 2006, 12, pp. 1453 ss.; Cass. civ. Sez. I, 10.09.2015, n. 17906 in *Leggi d'Italia*.

[412] Cfr. CASTAGNOLA A., voce Legge Marzano, ne Il diritto, Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore, Milano, 2007.

creto risanamento delle imprese insolventi, il Decreto Marzano portò a termine con successo la sua missione di recupero della Parmalat. Ciò accadde, *in primis*, per le qualità professionali del commissario straordinario (dott. Enrico Bondi); ma in secondo luogo anche in considerazione di un *favor* legislativo che si tradusse in un testo costruito e continuamente aggiornato in base alle necessità del caso concerto[413].

È in questo contesto che debbono leggersi anche quelle disposizioni, sparse qua e là per il decreto, che trattano del gruppo, segnate da un'accentuazione della rilevanza unitaria del gruppo[414]. Un esempio fra tutti è l'art. 4-*bis* del Decreto Marzano, che prevede la possibilità del commissario straordinario di pervenire a una proposta di concordato unica per più società del gruppo: questo fu esattamente lo schema seguito dal commissario straordinario Bondi nel caso Parmalat[415].

Venendo al contenuto della procedura concorsuale *de qua*, essa è stata descritta dalla dottrina come una vera e propria "procedura del gruppo insolvente", un sistema normativo che guarda al gruppo come un'unica impresa articolata in più unità giuridicamente autonome[416].

L'approccio emerge sin dalla norma di apertura del decreto, laddove si prevede che i requisiti dimensionali (più elevati rispetto a quelli della procedura regolata dal D.lgs. 270/1999, ma sempre riguardanti il numero di lavoratori subordinati e i debiti) possano essere riferiti anche al gruppo di imprese complessivamente considerato (anziché ad almeno una delle imprese che la compongono) purché esso sia stato costituito da almeno un anno (art. 1). Grazie a questa disposizione possono accedere alla procedura anche più imprese che raggiungano le soglie rilevanti soltanto congiuntamente[417].

La possibilità di disporre l'apertura della procedura nei confronti delle imprese del gruppo, contestualmente a quella relativa all'impresa madre, è stata ritenuta fra le modificazioni più innovative rispetto alla Legge Prodi *bis*, in grado di agevolare l'attuazione del programma[418].

---

[413] Considerazioni ispirate alle lezioni di diritto fallimentare del professor Angelo Castagnola, tenutesi presso l'Università Statale di Milano nell'autunno del 2015.
[414] NIGRO A., VATTERMOLI D., *op. cit.*, p. 541.
[415] DI MAJO A., *I gruppi di società…*, *op. cit.*, p. 105.
[416] MEO G., *op. cit.*, p. 125.
[417] Cfr. BACCETTI N., *Commento all'art. 1*, in *La legge Marzano. Commentario*, a cura di CASTAGNOLA A., SACCHI R., Torino, Giappichelli, 2006.
[418] LO CASCIO G., *L'espansione dell'amministrazione straordinaria,* in *Fallimento*, 2005, 4, pp. 376 ss.

Una delle conseguenze di tale previsione è che la "procedura madre", nell'ambito dell'amministrazione straordinaria speciale, non è più necessariamente quella gravante sull'impresa del gruppo avente i requisiti dimensionali ad aver presentato il primo ricorso, ma può diventare quella presso cui è stato presentato il primo ricorso da parte di una serie di imprese attivatesi congiuntamente al fine di raggiungere assieme i requisiti individualmente non posseduti

L'art. 3, 3° comma, dispone che l'estensione dell'amministrazione straordinaria speciale alle imprese del gruppo possa essere chiesta dal commissario straordinario dell'impresa (o delle imprese) sottoposta a procedura al Ministro delle attività produttive, purché contestualmente egli presenti ricorso per la dichiarazione dello stato di insolvenza allo stesso tribunale che ha dichiarato l'insolvenza nella "procedura madre".

In sintesi, la competenza giurisdizionale in relazione alla globalità delle funzioni giudiziarie relative a tutte le procedure del gruppo si presenta non più frammentaria, com'era nell'amministrazione straordinaria "comune", ma accentrata presso un'unica sede[419].

Quanto alla definizione di "imprese del gruppo", il Decreto Marzano compie un rinvio alla definizione data dal D.lgs. 270/1999, all'art. 81[420]; il D.L. 134/2008, convertito dalla L. 22 maggio 2010, n. 73, in relazione al dissesto Alitalia, ha tuttavia previsto debbano ricomprendersi nella nozione di imprese del gruppo anche "*le imprese partecipate che intrattengono, in via sostanzialmente esclusiva, rapporti contrattuali con l'impresa sottoposta alle procedure previste dal presente decreto, per la fornitura dei servizi necessari allo svolgimento dell'attività*".

Quanto poi alla gestione della crisi di gruppo, ai sensi dell'art. 3, comma 3-*bis* del Decreto Marzano, le procedure relative alle imprese del gruppo possono, a scelta del commissario, "*attuarsi unitariamente a quella relativa alla capogruppo*", con redazione di un programma unico, oppure procedere autonomamente, come nell'amministrazione straordinaria "comune".

Come già accennato, è disposta la possibilità di presentare un concordato con proposta e procedura unica per più società del gruppo (art. 4-*bis*, 2° comma); la norma precisa tuttavia che le masse attive e passive di ciascuna società debbono tenersi distinte, prevenendo quindi forme di consolidamento patrimoniale, respinte dall'ordinamento.

---

[419] MEO G., *op. cit.*, p. 127.

[420] Su cui si veda *supra*, capitolo III, §3.1.1.

La disposizione prosegue affermando che "*da tale autonomia possono conseguire trattamenti differenziati, pur all'interno della stessa classe di creditori, a seconda delle condizioni patrimoniali di ogni singola società cui la proposta di concordato si riferisce*". La dottrina ha manifestato perplessità in relazione a quest'ultima precisazione: l'autonomia delle masse passive impone la formazione di classi distinte con riferimento a ciascuna società, cosicché non sarebbe possibile trattare creditori di diverse società nell'ambito della stessa classe[421] . È stato quindi ritenuto che la norma intenda consentire che il commissario straordinario, sotto la propria esclusiva valutazione e responsabilità, articoli la proposta "*anche con disparità finale di trattamento tra categorie nominalmente omogenee di creditori delle diverse imprese*"[422].

La propensione verso una dimensione integrata del gruppo si riscontra anche nell'art. 5, dedicato alle "*operazioni necessarie per la salvaguardia del gruppo*". La norma consente al commissario straordinario, su autorizzazione del ministro delle attività produttive, operazioni di cessione, di utilizzo di beni, aziende o rami di aziende se finalizzate alla salvaguardia del valore di gruppo. Il riferimento sembra essere rivolto al valore organizzativo del gruppo, irrimediabilmente disperso nelle composizioni delle crisi di gruppo frammentate e scoordinate quali risultanti dalla legge fallimentare. Il risultato tuttavia è decisamente invasivo e in un'ultima analisi capace di scalfire l'argine dell'autonomia giuridica delle singole società componenti il gruppo: "*operazioni incidenti sul patrimonio di un'impresa possono essere volte a soddisfare esigenze non necessariamente proprie della stessa impresa, ma anche del gruppo, e perfino di parti di esso*"[423]. La norma, infatti, non contiene alcun riferimento all'opportunità che sia tenuto conto degli interessi dei creditori, al contrario di quanto avviene, invece, in sede di amministrazione straordinaria comune, in materia di definizione del programma di ristrutturazione o di cessione (art. 55 D.lgs. 270/1999)[424].

Ad ampliare ulteriormente i poteri del commissario straordinario nel perseguimento dell'interesse di gruppo nella composizione della crisi è intervenuta la legge di conversione del decreto Marzano, che ha introdotto la precisazione in base alla quale l'autorizzazione ministeriale "*non è necessaria per gli atti non eccedenti l'ordinaria*

---

[421] NIGRO A., VATTERMOLI D., *op. cit.*, p. 541.
[422] MEO G., *op. cit.*, p. 167.
[423] *Ibidem*, p. 127.
[424] BONFATTI S., CENSONI P. F., *op. cit.*, pp. 570, 571.

amministrazione o il cui valore individuale sia inferiore a 250.000 euro" (art. 5, comma 2-*bis*).

Quanto alla terminologia utilizzata dal 2° comma dell'art. 5 ("*operazioni o categorie di operazioni*") è stato ritenuto che per "categorie di operazioni" debbano intendersi misure di cartolarizzazione di crediti dell'impresa finalizzate a conseguire la necessaria liquidità, o atti similari[425].

3.3 La liquidazione coatta amministrativa delle società fiduciarie e di revisione

Il D.L. 5 giugno 1985, n. 233, convertito dalla L. 1 agosto 1986, n. 430, ha stabilito che le società di revisione, nei cui confronti sia stata pronunciata la revoca dell'autorizzazione o sia dichiarato lo stato d'insolvenza, siano poste in liquidazione coatta amministrativa, con esclusione del fallimento, ai sensi degli artt. 197 ss. della legge fallimentare.

Per società fiduciarie e di revisione, ai fini della presente normativa, si devono intendere le imprese autorizzate ad esercitare l'attività di organizzazione e revisione contabile di imprese, attività qualificabili come servizi di consulenza professionale, di controllo contabile dei fatti aziendali, o di certificazione dei bilanci[426].

Il D.L. 233/1985 contiene alcune disposizioni dedicate alla gestione coordinata della crisi delle società fiduciarie e di revisione organizzate in forma di gruppo (il c.d. "gruppo fiduciario"); tali disposizioni sono in larga parte ispirate a quelle "gemelle" della procedura di amministrazione straordinaria, così come allora regolata dalla Legge Prodi (L. 95/1979)[427]. La disciplina del 1985 è tutt'ora sostanzialmente immutata, anche se, in conseguenza dell'emanazione del D.lgs. 58/1998 (TUF) con cui sono state introdotte nel nostro ordinamento le società di intermediazione mobiliare (c.d. SIM o società fiduciarie "di amministrazione")[428], ai c.d. "gruppi SIM" si applica una disciplina a parte.

---

[425] *Ibidem*

[426] BONFATTI S., *La disciplina delle crisi delle società fiduciarie e di revisione*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 12 e 13.

[427] Oggi, come visto *supra* (capitolo III, §3.2), la procedura è regolata invece dal D.lgs. 270/1999.

[428] La SIM è descritta dal TUF come "*l'impresa, diversa dalle banche e dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 107 del T.U. bancario, autorizzata a svolgere servizi o attività di investimento, avente sede legale e direzione generale in Italia*" (art. 1, comma 1, lett. *e)*.

Il D.L. 233/1985 regola, pertanto, le sole crisi del gruppo fiduciario "di gestione", composto da società non iscritte all'Albo delle SIM di cui all'art. 20 TUF.

Il succitato decreto legge contiene innanzitutto una disciplina dell'estensione della procedura di liquidazione coatta amministrativa della società fiduciaria alle "società collegate", di cui sia stato dichiarato lo stato di insolvenza. L'art. 2 D.L. 233/1985 specifica cosa debba intendersi per tale collegamento, richiamando in larga misura la normativa dettata in materia di amministrazione straordinaria (L. 95/1979)[429]. Si fa riferimento, pertanto, al controllo diretto o indiretto della società sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, nonché al criterio della direzione condivisa con le altre società in base alla composizione dei rispettivi organi amministrativi. La terminologia "*stessa direzione*" è stata sostituita nella Legge Prodi-*bis* da una più articolata perifrasi che qualifica imprese del gruppo quelle che, "*per la composizione degli organi amministrativi o sulla base di altri concordanti elementi, risultano soggette ad una direzione comune a quella dell'impresa sottoposta alla procedura madre*". All'ammodernamento della legislazione sull'amministrazione straordinaria non è succeduto tuttavia un corrispondente intervento nell'ambito della liquidazione coatta amministrativa, ciò nonostante si deve ritenere che il parametro per la valutazione della "*stessa direzione*" non possa che ricondursi in modo parallelo alla composizione degli organi amministrativi.

È previsto inoltre un criterio di collegamento ulteriore, assente nella Legge Prodi, ossia il finanziamento in via continuativa o in misura prevalente dalla società posta in liquidazione coatta amministrativa. La situazione qui prospettata vede la capogruppo fautrice di una politica di sostegno finanziario nei confronti di altre società avente i caratteri della continuatività e della prevalenza[430]. Il criterio, peraltro, prescinde dalla sussistenza di legami partecipativi o di una direzione comune, individuando un gruppo in una situazione del tutto atipica rispetto alla nozione utilizzata negli altri ambiti dell'ordinamento e al più inquadrabile in una sorta di controllo di fatto, di influenza notevole della capogruppo data dal sostegno finanziario.

Per estendere la procedura di liquidazione coatta amministrativa cui sia sottoposta una società fiduciaria anche alle altre società del medesimo gruppo occorre verificare se i criteri di collegamento sussistano al momento della messa in liquidazione della

---

[429] Cfr. DI MAJO A., *I gruppi di imprese…*, *op. cit.*, p. 51.
[430] BONFATTI S., *La disciplina delle crisi…, op. cit,* p. 242.

fiduciaria o, al più tardi, al momento dell'accertamento giudiziario dell'insolvenza della collegata[431].

L'autorità competente a dichiarare lo stato d'insolvenza delle società collegate è, ai sensi del comma 2° dell'art. 2 D.L. 233/195, il "*tribunale competente, anche su iniziativa del commissario*": si tratta dunque del tribunale del luogo della sede principale della società interessata[432]. Quanto invece all'autorità competente ai fini dell'accertamento della sussistenza dei criteri di collegamento, la questione è controversa[433]:

- la dottrina[434] fa leva sul comma 9 dell'art. 2, che attribuisce poteri ad una serie di autorità amministrative (Ministero dell'industria, del commercio, dell'artigianato…) di richiedere informazioni alla Consob ai fini dell'accertamento dei criteri di collegamento; da questa disposizione si ricaverebbe un principio generale secondo il quale è l'autorità amministrativa competente ad accertare l'esistenza dei criteri di collegamento;
- la giurisprudenza all'opposto ritiene che sia lo stesso tribunale competente per la dichiarazione dello stato d'insolvenza ad essere preposto all'accertamento dei criteri di collegamento[435].

Ci si è chiesti se, così come avviene nella procedura di amministrazione straordinaria, possa essere prefigurabile un meccanismo di conversione del fallimento in liquidazione coatta amministrativa, laddove una società che pur possa dirsi collegata all'impresa fiduciaria o di revisione soggetta a liquidazione coatta amministrativa fosse stata dichiarata (erroneamente) fallita. Sul punto è intervenuta la Corte costituzionale, la quale ha ritenuto costituzionale legittimo l'art. 3, comma 1, D.L. 233/1985[436] nonostante non preveda "*per le società controllanti o controllate o collegate ad una società fiduciaria la conversione del fallimento dichiarato successivamente alla data di pubblicazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa della socie-*

---

[431] Cfr. App. Genova, 10.10.1991, in Società, 1992, p. 496.
[432] Cfr. Trib. Milano, 4.12.1986, in *Dir. fall.*, 1987, II p. 488; Cass. 273.1992, n. 3700, in *Dir. fall.*, 1992, II, p. 913.
[433] BONFATTI S., *La disciplina delle crisi…, op. cit,* p. 249.
[434] Per esempio Di Gravio, come riportato da BONFATTI S., *La disciplina delle crisi…, op. cit,* p. 249 (cfr. nota 35).
[435] Cfr. Trib. Milano, 04.12.1986, *cit.;* Trib. Milano, 06.11.1986, in *Dir. Fall.*, 1987, II, p. 497.
[436] Norma di carattere transitorio che prevedeva la conversione in l.c.a. di tutte quelle procedure di fallimento di società di revisione o collegate che fossero pendenti nel momento di entrata in vigore della norma (modificata da una riforma del 1986).

tà fiduciaria"[437]. Da questa pronuncia, la dottrina ha ricavato l'inammissibilità della conversione dei fallimenti delle società collegate ad una fiduciaria in liquidazione coatta amministrativa "*laddove le sentenze di dichiarazione dei fallimenti siano (per quanto erronee) passate in giudicato*"; al contrario, se ancora sottoponibile a gravame, dovrebbe essere proponibile l'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento[438].

Sono infine riproposte le norme della Legge Prodi, poi rifuse nella Legge Prodi *bis*, relative alla legittimazione attiva degli organi della procedure a presentare denuncia *ex* art. 2409 c.c. (art. 2, comma 6), nonché in materia di responsabilità solidale degli amministratori della società controllante con quelli delle controllate per i danni cagionati dalla direzione unitaria posta in esse (art. 2, comma 11) [439].

Quanto alla disciplina della crisi delle società fiduciarie di amministrazione, ossia iscritte nella sezione speciale dell'Albo delle SIM di cui all'art. 20 D.lgs. 58/1998, esse sono sottoposte a liquidazione coatta amministrativa dall'art. 57 TUF, sotto la direzione della Banca d'Italia, ricorrendone i presupposti indicati. Fino al 2015 non esisteva una regolamentazione specifica dedicata alla crisi patrimoniale del gruppo di SIM: il D.lgs. 181/2015, tuttavia, ha colmato questa lacuna, introducendo il comma 6-*ter* dell'art. 57 del TUF. Il nuovo comma estende la procedura relativa all'insolvenza della singola SIM dettata dall'art 57 alla "*società posta al vertice del gruppo di SIM ai sensi dell'articolo 11*" e alle "*altre componenti del gruppo*". L'art. 11 demanda alla Consob l'individuazione del gruppo di SIM; per tale verifica, i due presupposti individuati dalla norma, la cui sussistenza Consob è chiamata ad accertare, fanno perno, di nuovo, sul concetto di controllo, diretto o indiretto, fra le società di intermediazione mobiliare o società di gestione del risparmio.

È inoltre prevista l'applicabilità in estensione di alcuni articoli del TUB[440] (artt. 99, 101, 102, 103, 104 e 105) dedicati alla liquidazione coatta amministrativa del gruppo bancario[441].

---

[437] C. cost., 26.03.1998, n. 74, in *Foro It.*, 1998, I, p. 1349.
[438] BONFATTI S., *La disciplina delle crisi…, op. cit,* p. 257.
[439] Su cui si veda *supra*, capitolo III, §3.1.3 e 3.1.4.
[440] D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385.
[441] Cfr. *infra*, capitolo III, §3.4.

3.4 La crisi patrimoniale del gruppo bancario (cenni)

Il Testo Unico Bancario (TUB)[442] delinea la nozione di gruppo bancario utile al fine dell'applicazione della relativa disciplina dell'insolvenza. In breve[443], ai sensi dell'art. 60 TUB concorrono a comporre il gruppo solo le società bancarie, quelle "finanziarie" (come definite dell'art. 59, 1° comma, lett. *b)*) e quelle "strumentali" (come definite dall'art. 59, 1° comma, lett. *c)*). Fra le varie società bancarie, finanziarie e strumentali deve ricorrere un rapporto di controllo, sulla base di due modelli: un primo modello vede una banca capogruppo e le altre bancarie, finanziarie o strumentali controllate; un secondo modello vede come capogruppo una società finanziaria e richiede ulteriori presupposti, ossia la "bancarietà" del gruppo e la forma di società di capitali o della cooperativa a responsabilità limitata assunta dalla finanziaria *holding*. L'iscrizione all'albo dei gruppi bancari di una società bancaria, finanziaria o strumentale ha natura costitutiva del gruppo bancario[444].

La disciplina della crisi dei gruppi bancari contenuta nel TUB si fonda sulla constatazione che l'attività svolta dalla società finanziaria controllata dalla società bancaria, o controllante del gruppo, è fonte di rischi; da qui nasce sostanzialmente la disciplina della vigilanza dei gruppi creditizi, di cui la disciplina della crisi è corollario. L'interesse perseguito in entrambe le fasi, di vita e di crisi, è ovviamente la tutela del risparmio bancario, pertanto le componenti non bancarie del gruppo sono coinvolte solo nella misura in cui la loro attività incida sull'attività bancaria.

Le disposizioni del TUB che si dedicano precipuamente al tema dei gruppi predispongono tradizionalmente un sistema binario, che vede, da un lato, l'amministrazione straordinaria (artt. 98 e 100) e, dall'altro lato, la liquidazione coatta amministrativa (artt. 99 e 101).

Come nelle altre procedure concorsuali che contengono una disciplina della crisi di gruppo, anche il TUB non consente alcuna forma di consolidamento patrimoniale fra le imprese del gruppo, che conservano la propria autonomia patrimoniale in ogni fase della loro vita.

Ciò premesso il TUB si articola in tre capitoli:

---

[442] D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385.
[443] Ricostruzione ispirata a COSTI R., *L'ordinamento bancario*, 5° edizione, Bologna, Il mulino, 2012, pp. 654 ss.
[444] *Ibidem*, p. 891.

a) l'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa della capogruppo (artt. 98 e 99);

b) l'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa delle società del gruppo (artt. da 100 a 102);

c) le disposizioni comuni alle procedure per capogruppo e società del gruppo (artt. da 103 a 105-*ter*).

L'art. 98 del TUB dispone che alla capogruppo si applichino le norme dettate per l'amministrazione straordinaria delle banche, salvo quanto previsto dalla norma stessa.

Nei confronti della capogruppo l'amministrazione straordinaria può essere disposta, oltre che nei casi "generali" propri di ogni banca previsti dall'art. 70 TUB[445], quando vi siano state inadempienze nell'attività di direzione e coordinamento, o quando una delle società del gruppo sia stata sottoposta a una procedura concorsuale, o ancora quando sia stato nominato un amministratore giudiziario per gravi irregolarità nella gestione e vi sia il rischio di una grave alterazione dell'equilibro finanziario o gestionale del gruppo. Si noti come la capogruppo sia responsabile, in termini oggettivi, dell'equilibrio finanziario e gestionale del gruppo[446].

I commissari straordinari dispongono di poteri più ampi che nell'amministrazione straordinaria della banca; ad esempio, sentito il comitato di sorveglianza e previa autorizzazione della Banca d'Italia, possono revocare o sostituire gli amministratori delle società del gruppo "*al fine di realizzare i mutamenti degli indirizzi gestionali che si rendono necessari*" (4° comma). I nuovi amministratori rimangono preposti al perseguimento degli interessi della propria società, nell'ottica della separazione patrimoniale e giuridica che permea il sistema. Di particolare rilevanza è poi il potere degli amministratori straordinari di proporre domanda volta a sentir dichiarare l'insolvenza delle altre società del gruppo (5° comma).

L'art. 99 si dedica alla liquidazione coatta amministrativa della capogruppo, che può essere disposta, oltre che nei casi generali previsti dall'art. 80 TUB[447], in presenza di

---

[445] L'art. 70, 1° comma, dispone che la Banca d'Italia possa "*disporre lo scioglimento degli organi con funzioni di amministrazione e di controllo delle banche quando ricorrono le violazioni o le irregolarità di cui all'articolo 69-octiesdecies, comma 1, lettera b), oppure sono previste gravi perdite del patrimonio ovvero quando lo scioglimento è richiesto con istanza motivata dagli organi amministrativi ovvero dall'assemblea straordinaria*".

[446] Costi R., *L'ordinamento bancario*…, p. 883.

[447] Che dispone che il Ministro dell'economia e delle finanze possa, su proposta della Banca d'Italia, "*disporre con decreto la liquidazione coatta amministrativa delle banche (...)se ri-*

irregolarità o violazioni di norme legislative, amministrative o statutarie di "eccezionale gravità", anche se la banca o la società finanziaria controllante non è insolvente (1° comma). Inoltre la liquidazione coatta amministrativa può essere disposta quando la capogruppo sia incorsa in inadempimenti nell'esercizio delle proprie funzioni di vigilanza di "eccezionale gravità" (2° comma). A differenza che nell'amministrazione straordinaria, la capogruppo può, quindi, essere posta in liquidazione coatta amministrativa solo per vicende che la riguardano direttamente.

Preposto a disporre la liquidazione coatta amministrativa è sempre il Ministro dell'economia e delle finanze, su proposta della Banca d'Italia. L'art. 99, così come l'art. 98, introduce una disciplina particolare per i commissari, che hanno, ad esempio, la facoltà di richiedere informazioni alle società del gruppo e l'onere di depositare presso l'Ufficio del registro delle imprese una relazione sulla situazione contabile e sull'andamento della liquidazione (3° comma). È inoltre prevista una disciplina della revocatoria aggravata per gli atti infragruppo (5° comma).

Gli articoli 100 e 101 si dedicano alle procedure rispettivamente di amministrazione straordinaria e di liquidazione coatta amministrativa delle imprese del gruppo.

Il 1° comma dell'art. 100 abbraccia, in realtà, anche la liquidazione coatta amministrativa e, in particolare, dispone la sottoposizione alla disciplina relativa alla procedura gravante sulla capogruppo anche a tutte le altre società del gruppo (quindi anche nei confronti delle società non bancarie), ove ne ricorrano i seguenti presupposti:

- quando la capogruppo sia stata sottoposta ad amministrazione straordinaria, la procedura si estende a quelle società del gruppo che presentino gravi irregolarità nell'amministrazione o siano incorse in gravi violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie, o ancora se si prevedano gravi perdite;
- se invece la procedura gravante sulla capogruppo è di liquidazione coatta amministrativa, oltre a tali presupposti è necessario anche l'accertamento dello stato di insolvenza.

---

corrono i presupposti indicati nell'articolo 17 del decreto legislativo [180/2015 di recepimento della direttiva 2014/59/UE] *ma non quelli indicati nell'articolo 20, comma 2, del medesimo decreto per disporre la risoluzione*".

In via riassuntiva, i presupposti indicati dal D.Lgs. 180/2015 si sostanziano, da un lato, nel rischio di dissesto (per irregolarità o violazioni di disposizioni legislative, per perdite patrimoniali di eccezionale gravità, per attività inferiori alle passività, per non essere in grado di pagare i propri debiti *ex* art. 17, comma 2, del medesimo decreto) e, dall'altro lato, nella circostanza che non si possano "*ragionevolmente prospettare misure alternative* [alla liquidazione coatta amministrativa] *che permettono di superare la situazione*" di rischio di dissesto (art. 17, comma 1, lett. *b)*).

Il 2° comma dell'art. 100 e il 2° comma dell'art. 101 affrontano la sorte di quelle procedure concorsuali di diritto comune già gravanti su una società del gruppo al sopravvenire del provvedimento che dispone l'amministrazione straordinaria o la liquidazione coatta amministrativa. La prima disposizione, più fumosa, stabilisce la conversione in amministrazione straordinaria dell'amministrazione controllata in corso presso una società del gruppo (procedura peraltro abrogata dal D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5). Si ritiene che la norma possa essere applicata anche con riferimento alle altre procedure concorsuali di diritto comune[448]. La seconda disposizione è, al contrario, più chiara nello stabilire che "*quando presso società del gruppo siano in corso il fallimento, la liquidazione coatta o altre procedure concorsuali, queste si convertono nella liquidazione coatta disciplinata dal presente articolo*".

Infine troviamo gli articoli 103, 104 e 105 del TUB dedicati alle disposizioni comuni per le crisi dei gruppi bancari e che si applicano tanto alle società capogruppo quanto alle loro controllate.

L'art. 103 tratta degli organi delle procedure, statuendo che possano essere nominate le medesime persone fisiche per le varie procedure concorsuali gravanti sulle società del gruppo. Del conflitto di interesse che può scaturire da una situazione consimile di consolidamento procedurale[449], il TUB si dimostra consapevole, prevedendo che in tali ipotesi il commissario debba dare comunicazione del conflitto agli altri commissari, al comitato di sorveglianza e alla Banca d'Italia; il comitato a tal fine "*può prescrivere speciali cautele e formulare indicazioni in merito all'operazione*" (2° comma).

L'art. 104, in materia di competenza giurisdizionale, attribuisce capacità attrattiva all'autorità giudiziaria della sede della capogruppo ai fini della competenza per azioni revocatorie "aggravate", atti intervenuti fra capogruppo e società controllate e controversie fra società del gruppo.

L'art. 105, infine, dispone che l'iscrizione all'Albo dei gruppi abbia natura costitutiva del gruppo bancario: la relativa disciplina di vigilanza non si applica in assenza dell'iscrizione. Tale prescrizione è mitigata dalla successiva previsione, contenuta nella stessa norma, che le disposizioni dettate per la crisi dei gruppi bancari, fin qui illustrate, "*si applicano anche nei confronti dei gruppi e delle società per i quali, pur*

---

448 Costi R., *L'ordinamento bancario*…, p. 888.
449 A proposito si veda *supra*, capitolo I, §5.2.4.

non essendo intervenuta l'iscrizione, ricorrano le condizioni per l'inserimento nell'Albo dei gruppi".

La disciplina relativa al gruppo bancario fin qui descritta è stata integrata e influenzata dal diritto dell'Unione Europea, che nell'ottica di uniformare la legislazione fra i vari Stati membri ha dettato disposizioni tese alla gestione efficiente delle crisi patrimoniali, improntate su tre principi fondamentali: la pianificazione delle azioni da intraprendersi in caso di crisi, mediante la normativizzazione di "piani di risanamento" e di "piani di risoluzione"; l'intervento precoce in situazioni di dissesto ancora non sfociate in insolvenza; la "risoluzione", ossia uno strumento ulteriore rispetto alla liquidazione coatta amministrativa, che consente di garantire la continuità delle funzioni essenziali bancarie senza il ricorso, o con un ricorso limitato, a fondi pubblici o ad aiuti esterni[450].

In quest'ottica si colloca la direttiva 59/2014/UE, detta anche *Bank Recovery and Resolution Directive* (o BRRD), che, ad opera dei D.lgs. "gemelli" 16 novembre 2015, nn. 180 e 181, ha trovato trasposizione in Italia. I nuovi testi normativi sono intervenuti sul Testo Unico Bancario, introducendo, fra l'altro, il "famigerato" meccanismo del salvataggio interno, o "*bail-in*", che, nell'ottica della "risoluzione" (da intendersi come ordinata gestione del dissesto) della crisi delle banche dissestate[451], pone a carico di azionisti e creditori il risanamento dell'intermediario.

Le complesse dinamiche e problematiche generate dal *bail-in* esulano dalle finalità di questo elaborato, tuttavia alcune delle innovazioni apportate dai decreti legislativi gemelli hanno interessato anche i gruppi bancari.

In particolare, gli artt. 5-9 della direttiva europea, nell'ambito della regolamentazione dei c.d. "*recovery plans*", finalizzati a consentire il riequilibrio della situazione finanziaria dell'intermediario mediante atti di autonomia, atti cioè posti in essere dallo stesso debitore, ha previsto che, per quegli intermediari strutturati in forma di gruppo, sia la capogruppo a redigere un piano unico, con lo scopo di stabilizzare la situazione finanziaria dell'intero gruppo. Sono inoltre previste procedure di coordinamento qualora sulle varie entità del gruppo siano competenti diverse autorità di vigilanza[452]. I

---

[450] STANGHELLINI L., *D.lgs. 180 e 181 del 16 novembre 2015: le nuove regole sulle crisi bancarie*, in *Quotidiano Giuridico*, 17 dicembre 2015.

[451] *Ibidem*

[452] STANGHELLINI L., *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea*, in Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, Roma, 2014, p. 157.

nuovi articoli 69-*ter* e ss. del TUB, introdotti dai decreti legislativi gemelli, compongono la legislazione di attuazione italiana di tale regolamentazione comunitaria.
Se i "piani di risanamento" descritti si collocano nell'ambito della pianificazione delle operazioni da intraprendere dal lato della banca, dal lato dell'autorità competente sono stati parallelamente introdotti i c.d. "piani di risoluzione" (o "*resolution plans*", artt. 10-14 direttiva 54/2014); tali piani sono redatti dall'autorità preposta alla gestione della crisi (in Italia, quindi, la Banca d'Italia o, per i gruppi transnazionali con sedi nell'Eurozona, il neocostituito *Single Resolution Board* con sede a Bruxelles[453]). Il loro scopo è di facilitare il futuro ed eventuale uso dei poteri di "risoluzione" (nel senso sopra inteso), con la finalità ultima di evitare, o quantomeno ridurre, i rischi sistemici e le perdite[454] (artt. 69-*noviesdecies* ss. TUB). Altra novità di rilievo è la previsione dell'art. 12, paragrafo 5, della direttiva 59/2014, secondo cui in caso di gruppi con operatività in più stati membri (nell'ambito quindi della c.d. insolvenza transfrontaliera), il piano di risoluzione di gruppo non può prevedere azioni che abbiano un impatto sproporzionato in uno Stato membro[455].
Sempre di rilevanza per il gruppo sono infine gli accordi finalizzati al sostegno finanziario, previsti dai nuovi artt. 69-*duodecies* ss. del TUB: si prevede, infatti, che le varie entità del gruppo possano stipulare tali accordi nell'eventualità di una crisi, al fine di prestarsi sostegno reciproco[456].

4. Il concordato preventivo di gruppo

L'inquadramento giuridico finora delineato della crisi patrimoniale dei gruppi vede un impianto della legge fallimentare ancora incardinato sulla figura dell'imprenditore individuale, con qualche apertura all'imprenditore collettivo, ma con un pressoché totale disinteresse per il gruppo di imprese.
Questo agnosticismo del legislatore fallimentare, di anno in anno sempre più immotivato, si contrappone alla progressiva diffusione del gruppo nella realtà economica imprenditoriale, tanto da diventarne una componente di primaria importanza.

---

[453] STANGHELLINI L., *D.lgs. 180 e 18…1, op. cit.*
[454] STANGHELLINI L., *La disciplina delle crisi bancarie…, op. cit*, p. 158.
[455] *Ibidem*, p. 159.
[456] STANGHELLINI L., *D.lgs. 180 e 181…, op. cit.*

Le strette interdipendenze finanziarie e gestionali che intercorrono fra le imprese di un gruppo hanno comportato il sorgere di esigenze di coordinamento anche in fase di crisi, nell'ottica di contemperare la dispersione di quel valore organizzativo – la conformazione in forma di gruppo – fondamentale in vita, ma negletto dall'ordinamento in fase di crisi.

La necessità di dare al gruppo insolvente una veste formale risulta particolarmente sentita nei tentativi di recupero e risanamento dell'attività d'impresa mediante ristrutturazione dei debiti: l'atomizzazione delle singole società, specie nelle realtà più integrate, si è dimostrata essere un'operazione fortemente svalutativa, tale da comportare una sostanziale dispersione dell'appetibilità dei beni oggetto del concorso. Ma le esigenze di coordinamento non vengono meno neanche nell'ambito di procedure meramente liquidatorie, dove il valore del patrimonio si riduce – e perfino scompare del tutto in gruppi particolarmente organici – se si procede a scomporre forzatamente (e artificiosamente) l'unità economica del gruppo di imprese, o dell'impresa di gruppo.

Premesse queste sintetiche considerazioni, *fil rouge* dell'intero elaborato, è possibile quindi trattare delle risposte che i soggetti coinvolti nelle crisi patrimoniali dei gruppi – i debitori stessi *in primis*, ma con l'avallo degli organi giudiziari e di procedura – hanno nel tempo congegnato per ottemperare alle sopra menzionate esigenze di coordinamento.

Pietra angolare dei "*tentativi empirici*"[457] in questione è la procedura concorsuale che più di tutte è riuscita ad accogliere le sollecitazioni della prassi verso il coordinamento nella composizione della crisi patrimoniale del gruppo: il concordato preventivo.

Il concordato preventivo[458], regolato dagli articoli 160 ss. l.f., anche in considerazione delle modifiche che nel tempo si sono succedute in merito, rappresenta la procedura concorsuale in cui l'autonomia privata trova la sua massima valorizzazione.

---

[457] Nella terminologia utilizzata dalla Suprema Corte nella, criticata e criticabile, sentenza 13 ottobre 2015, n. 20559 (in *Leggi d'Italia*), che così ha liquidato trent'anni di giurisprudenza e dottrina.

[458] Insieme anche agli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182-*bis* l.f..

Anche l'accordo di ristrutturazione, infatti, è stato ampiamente utilizzato per la composizione della crisi di gruppo; è stato affermato come, da un punto di vista casistico, l'istituto si presti meglio a risolvere, in via preventiva, le crisi dei gruppi di grandi dimensioni (cfr. POLI S., *Il "concordato di gruppo": I) profili problematici…*, *cit.*, pp. 1345 ss.). I due istituti presentano problematiche simili e in gran parte sovrapponibili, cosicché le considerazioni svolte in merito al concordato preventivo possono essere condivise, *latu sensu*, anche nell'ambito di applicazione dell'accordo di ristrutturazione.

Il concordato preventivo di gruppo ne rappresenta una variante applicativa, avallata dalla giurisprudenza di merito, ma recentemente rifiutata da quella di legittimità[459], caratterizzata dalla proposizione, nell'ambito di un'unica procedura, di un piano concordatario esteso a due o più società appartenenti al medesimo gruppo. Esso si è rivelato essere lo strumento più efficace, invalso nella prassi commerciale e giurisprudenziale, per rispondere a quelle esigenze di trattazione unitaria della crisi di gruppo.

4.1 Il concordato preventivo di gruppo nella giurisprudenza di merito

La giurisprudenza ha, sin dagli anni '80, riconosciuto pressoché pacificamente meritevolezza alla causa del concordato preventivo di gruppo. Le soluzioni applicative in concreto adottate tuttavia sono state particolarmente altalenanti[460]: l'assenza di una legislazione cui fare riferimento ha portato sovente a scelte diametralmente opposte, a scapito della certezza del diritto. L'opportunità di una regolamentazione di settore appare, pertanto, più che evidente e tanto più risulta incomprensibile il silenzio del legislatore sul punto quanto più frequente è stato progressivamente il ricorso alla procedura di concordato preventivo di gruppo, anche a causa della crisi economica globale che ha caratterizzato l'ultimo decennio.

Da ultimo, nel 2015, è intervenuta la Cassazione[461], la quale ha espresso un orientamento *tranchant*: la Suprema Corte ha sancito l'immeritevolezza a priori della causa in astratto del concordato preventivo di gruppo *de jure condito*. La sentenza è stata estremamente criticata dalla dottrina[462]; inoltre, una recente decisione di una corte di merito[463] ne ha disatteso il precetto conformandosi alla giurisprudenza di merito precedente, che ora si procede brevemente ad analizzare.

Nella ricostruzione di parte della dottrina[464], la giurisprudenza di merito può essere divisa fra decisioni assunte *ante* riforma del diritto fallimentare del 2005[465] e decisioni ad essa successive. Le varie sentenze si dimostrano concordi sull'assunto base secon-

---

[459] Sul punto si veda *infra*, capitolo III, §3.2 e 3.3.
[460] Cfr. anche *supra*, capitolo I, §4.
[461] Cass. civ., Sez. I, 13 ottobre 2015, n. 20559, in *Leggi d'Italia*.
[462] Cfr. *infra*, capitolo III, §4.2.
[463] Trib. Teramo, 5.1.2016, in *Fallimento*, 2009, p. 491.
[464] POLI S., *Il "concordato di gruppo": I) profili problematici…*, *cit.*, pp. 1345 ss.
[465] Attuato con il c.d. "decreto competitività", D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni in L. 14 maggio 2005, n. 80 che, all'art. 1, commi 5 e 6, conteneva una delega al Governo per la riforma del diritto fallimentare. Con D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, recante "r*iforma organica della disciplina delle procedure concorsuali*", il Governo ha ottemperato alla delega e concluso il processo di riforma.

do cui il concordato preventivo di gruppo è meritevole di accedere all'ordinamento, ma sono sensibilmente discordi sotto praticamente ogni altro profilo applicativo sostanziale.

Le questioni spinose da risolvere sono:

- la possibilità di presentare un'unica domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo delle società coinvolte o, al contrario, la necessità per ciascuna società di presentarne una propria, e in tale secondo caso se possa aversi trattamento unitario, o invece solo coordinato delle più domande;
- i presupposti di ammissione (soggettivi e oggettivi) al concordato preventivo, e in particolar modo se essi debbano essere valutati sul gruppo nel suo insieme o su ciascuna delle imprese che lo compongono;
- se possano essere ammessi fenomeni di attrazione della competenza giurisdizionale presso un unico foro, presumibilmente quello della sede della capogruppo, sulla scorta di considerazioni circa la "sede effettiva" delle sue controllate;
- la possibilità di pervenire a forme di consolidamento patrimoniale, tanto dal lato attivo (consolidamento delle masse attive con la creazione di un unico bacino da cui tutti i creditori del gruppo indistintamente attingono), che dal lato passivo (votazione in un'unica adunanza nell'ambito della quale tutti i creditori votano per l'approvazione della proposta di concordato rispetto al gruppo unitariamente considerato)[466].

Un primo blocco di sentenze *ante* riforma è rinvenibile in una pluralità di decisioni intervenute fra il 1983 ed il 1999[467], che, con una certa omogeneità, pur se progressivamente sempre più "liberali", hanno ammesso il concordato preventivo di gruppo alla condizione che sia soddisfatto un doppio vaglio giudiziale: la verifica della sussistenza di un legame di gruppo tra le società ricorrenti; l'accertamento della maggior efficienza della gestione unitaria della crisi di gruppo[468].

Elemento che accomuna queste decisioni è, inoltre, l'ammissione, *ab origine* mediante un solo provvedimento o con loro successiva riunione, a una procedura unica, cui

---

[466] Sul consolidamento patrimoniale si veda *supra*, capitolo I, §5.1.

[467] Cfr. POLI S., *op. cit.*, nota 39: Trib. Firenze, 30.8.1983, in *Fallimento*, 1984, p. 732; Trib. Perugia, 19.4.1985, in *Fallimento*, 1986, p. 311; Trib. Firenze 13.7.1992, in *Dir. fall.*, 1994, II, p. 563 ss.; Trib. Orvieto, 18.5.1994, in *Fallimento*, 1994, p. 1090; Trib. Ivrea, 21.2.1995, in *Fallimento*, 1995, p. 969 ss.; Trib. Roma, 16.12.1997, in *Dir. fall.*, 1998, II, p. 778 ss.; Trib. Terni, 19.5.1997, in *Fallimento*, 1998, p. 290 ss.
Per un'analisi più approfondita di queste sentenze si veda *supra*, capitolo I, §4.

[468] POLI S., *Il "concordato di gruppo": I) profili problematici…*, *cit.*, p. 1345 ss.

segue la nomina del medesimo giudice delegato e del medesimo commissario giudiziale; infine dalla lettura prevalente di queste sentenze emerge che i presupposti di ammissione alla procedura siano da accertare con riferimento a ciascuna società del gruppo e che le adunanze dei creditori, e relative votazioni, siano distinte a seconda della società a cui si riferiscono.

Unica voce contraria nel lasso temporale evidenziato è quella resa dal Tribunale di Perugia nel 1995[469], che ha negato meritevolezza al concordato preventivo di gruppo adducendo come "*l'autonomia propria di ogni società appartenente ad un gruppo di imprese impedisce l'apertura di una procedura concorsuale del "gruppo" (...)*".

A un osservatore esterno risulterebbe difficile comprendere come posizioni tanto distanti possano collocarsi nell'ambito del medesimo contesto legislativo: il primo orientamento dà quasi per scontata l'ammissibilità dell'istituto, indagando nel merito quali ne siano i limiti applicativi; il secondo, invece, rifiuta *ab origine* ogni possibilità di discutere di un suo utilizzo allo stato delle cose.

La perfetta contrapposizione è frutto di una differente "*weltanschauung*". Ed infatti, la giurisprudenza di merito prevalente fa leva sulle esigenze della prassi, sul risultato che si vuole perseguire, ritenuto meritevole di tutela rispetto ai principi ispiratori dell'ordinamento fallimentare e, nella specie, da ricollocarsi nel solco dell'autonomia negoziale propria del concordato preventivo. L'orientamento fatto proprio dal Tribunale di Perugia, al contrario, ipostatizza il dato positivo e, dopo aver accertato l'inesistenza di una regolamentazione dedicata, conclude per la prevalenza del dato formale su quello sostanziale.

Un secondo blocco di sentenze *ante* riforma del diritto fallimentare è quello rappresentato da due decisioni, una del Tribunale di Crotone del 1999[470] e una del Tribunale di Pavia del 2004[471].

Con la prima sentenza, il giudice calabrese è pervenuto al massimo grado possibile di integrazione procedurale, a fronte di una proposta concordataria unitaria, formulata all'interno di un unico ricorso da più società del gruppo, con l'apertura di un'unica procedura e la nomina degli stessi organi; infine, anche dal lato patrimoniale, i credi-

---

[469] Trib. Perugia, 3.3.1985, *cit*.

[470] Trib. Crotone, 28.5.2009, in *Giust. civ.*, 2000, I, pp. 1533 ss., in merito al gruppo Ninarello.

[471] Trib. Pavia 1.6.2004, in merito al gruppo Yomo (inedita ma su cui si veda GHIA L., PICCININNI C., SEVERINI F., *Trattato delle procedure concorsuali, Vol. 4*, Torino, Utet, 2011, pp. 362 ss. e nota 17).

tori sono stati convocati in un'unica adunanza, con votazione unica per il gruppo unitariamente considerato[472]. Unico elemento conservativo dell'autonomia giuridica delle società del gruppo coinvolte è stata la verifica dei presupposti di ammissione alla procedura, operata su ciascuna delle imprese del gruppo.

La decisione del Tribunale di Pavia è, al contrario, pervenuta alla conclusione opposta in merito all'ammissibilità del c.d. consolidamento patrimoniale, sottolineando "*la necessità di considerare separatamente le masse attive e passive di ogni società e quindi di procedere a distinte adunanze di creditori*", e ciò in quanto "*la legislazione vigente, come dimostrato ancora dalla recente legge n. 39/2004, non permette di considerare in modo unitario le rispettive masse attive e passive ritenendo che l'esistenza dei singoli enti e conseguentemente dei singoli patrimoni non possa in alcun modo essere superata dall'esistenza del «gruppo» neppure per far prevalere la reale situazione economica ed imprenditoriale rispetto all'assetto giuridico dello stesso*" [473].

Sul fronte *post riforma* del diritto fallimentare del 2005-2006, sono da citare innanzitutto due sentenze del Tribunale di Parma e di Bologna, fondanti orientamenti, contrapposti fra loro, definiti dalla dottrina rispettivamente di consolidamento "forte" e "debole"[474]. Come in passato, il disaccordo è di merito e attiene ai profili sostanziali-applicativi del concordato preventivo di gruppo, la cui causa è comunque ritenuta meritevole.

Il Tribunale di Parma nel 2008[475] ha dichiarato inammissibile la proposta poiché essa finiva col confondere le masse patrimoniali, prevedendo che il ricavato della cessione unitaria di vari beni appartenenti a più società del gruppo sarebbe stato utilizzato per il pagamento, in maniera indifferenziata, dei creditori delle diverse società; il principio generale di responsabilità patrimoniale affermato dall'art. 2740 c.c. comporterebbe infatti, secondo il Tribunale, che ciascuna società debba rispondere dei propri debiti esclusivamente col proprio patrimonio. Pur avendo disconosciuto la proposta concordataria presentata, il tribunale parmigiano si differenzia sensibilmente dalla posizione assunta dal Tribunale di Bologna l'anno seguente: esso, infatti, in linea con quanto affermato precedentemente dal Tribunale di Pavia nel 2004, accetta la competenza generalizzata per il ricorso presentato in via congiunta da più società del gruppo

---

[472] POLI S., *Il "concordato di gruppo": I) profili problematici…*, *cit.*, p. 1345 ss.
[473] GHIA L., PICCININNI C., SEVERINI F., *op. cit.*, p. 364.
[474] POLI S., *Il "concordato di gruppo": I) profili problematici…*, *cit.*, p. 1345 ss.
[475] Trib. Parma, 10.7.2008, inedito, riguardante il "gruppo Jam Session" (cfr. POLI S., *op. cit.*, p. 1345 ss.).

e ammette, pertanto, il consolidamento patrimoniale; per queste ragioni la dottrina ha definito la sua posizione come di consolidamento "forte".

Il Tribunale di Bologna nel 2009[476] ha omologato un concordato preventivo di gruppo introdotto con ricorsi distinti, argomentando tuttavia l'impossibilità di pervenire a forme di attrazione della competenza, che deve valutarsi per ciascuna società del gruppo alla stregua dei criteri previsti dall'art. 9 l.f.. Allo stesso modo, i presupposti di ammissione al concordato preventivo, secondo l'orientamento espresso, debbono essere valutati rispetto a ciascuna società. Il consolidamento procedurale viene altresì escluso, preferendo forme meno invasive di coordinamento fra procedure: nel caso di specie è stato nominato un unico giudice delegato, ma una pluralità di commissari giudiziali diversi. Evidentemente, da questo approccio rimangono del tutto estranei tentativi di consolidamento patrimoniale.

Come si è detto, quest'ultima sentenza è espressione di un orientamento definito di consolidamento "debole": il concordato preventivo di gruppo è ammesso, ne è riconosciuta la meritevolezza di causa, ma le procedure rimangono distinte, così come i patrimoni, e sono concesse al più forme meno pervasive di coordinamento e comunicazione fra gli organi di procedura, peraltro semplicemente opportune, non necessarie[477].

Fra il 2010 e 2012 trova spazio un ulteriore filone giurisprudenziale, che si caratterizza per la parziale ammissione del consolidamento patrimoniale, alternativamente ammesso dal solo lato passivo o dal solo lato attivo[478].

---

[476] Trib. Bologna, 8.10.2009, inedito, riguardante il "gruppo Fincar".

[477] POLI S., *Il "concordato di gruppo": I) profili problematici…*, *cit.*, p. 1345 ss.

[478] L'orientamento si compone di tre sentenze:

- Trib. Roma 7.3.2011, in *Dir. fall.*, 2011, II, pp. 247 ss.: nella sentenza si afferma che "*sotto il profilo sostanziale la scelta di autonomia privata del concordato preventivo relativo al gruppo è certamente legittima alla luce del principio di autonomia negoziale sancito dall'art. 1322 c.c., oltre che per la considerazione secondo cui, presentandosi il concordato preventivo come procedura concorsuale dell'impresa, non può che prendere in considerazione l'impresa stessa in tutte le conformazioni che ne costituiscono esplicazione pratica*". In sintesi il tribunale ha fissato un'unica adunanza dei creditori, ma con votazioni separate; quanto alle masse attive, il consolidamento non è esplicitamente riconosciuto nel provvedimento, "*ma sembra, tuttavia, ricavabile dalla descrizione della proposta ritenuta ammissibile dal Tribunale*" (cfr. POLI S., *op. cit.*, p. 1345 ss.).
- Trib. Terni 30.12.2010, ne *ilCaso.it*: secondo il tribunale umbro "*deve ritenersi ammissibile la gestione integralmente unitaria del concordato cd. di gruppo - con unica adunanza dei creditori e computo delle maggioranze riferito all'unico programma concordatario - qualora il gruppo risponda alla definizione dottrinale di "aggregazioni di imprese in forma individuale o collettiva, formalmente autonome e indipendenti l'una dall'altra, ma assoggettate tutte a direzione unitaria".*

Prima dell'intervento della Cassazione nel 2015, vi sono due ulteriori sentenze, espressione dell'andamento "a pendolo" della giurisprudenza: l'una, nel 2012[479], di nuovo riaffermativa del principio di autonomia patrimoniale, quindi contraria alla configurabilità del consolidamento patrimoniale; l'altra, nel 2014[480], espressione della più estrema delle posizioni a favore del consolidamento, tanto dal lato attivo quanto dal lato passivo.

4.2 Il concordato preventivo di gruppo: lo "stato dell'arte"

4.2.1 La sentenza 20559/2015 della Cassazione

Dall'analisi della giurisprudenza di merito che si è succeduta dagli anni '80 sul concordato preventivo di gruppo, risulta piuttosto evidente come un intervento della Corte di cassazione, nella sua funzione nomofilattica, risultasse più che opportuno. L'estrema diversità delle soluzioni prospettate, in assenza di indicazioni legislative capaci di indirizzare l'interprete verso mete quantomeno consimili, non può che ledere la certezza e stabilità del diritto; dinnanzi a un legislatore immotivatamente reticente, la Corte di cassazione avrebbe senz'altro avuto la forza di imporre un orientamento stabile nell'attesa di un intervento legislativo che disciplinasse più compiutamente il concordato preventivo di gruppo.

La risposta fornita dalla Suprema Corte nel 2015[481], tuttavia, è stata del tutto controcorrente, perfino rispetto a quel minimo assunto su cui le corti di merito sembravano concordare: la meritevolezza della causa in astratto del concordato preventivo di gruppo. La Corte, infatti, rifiuta in modo netto la stessa prefigurabilità dell'istituto, af-

---

- Trib. Benevento, 18.1.2012, in *unijuris.it*.: secondo cui "*qualora con riferimento ad un gruppo di imprese venga presentata un'unica domanda di concordato, con previsione di un'unica massa attiva da ripartire tra i creditori di tutte le società, l'approvazione del concordato da parte dei creditori dovrà aver luogo in adunanze separate e votazioni distinte per ciascuna società con conseguenti, rispettive e distinte maggioranze*".

[479] Trib. Roma, 25.7.2012, in *Fallimento*, 2013, pp. 748 ss., secondo cui, per l'appunto, sarebbe inammissibile soddisfare i creditori del gruppo attingendo al patrimonio di una società diversa dalla debitrice diretta.

[480] Trib. Palermo, 4.6.2014, ne *ilCaso.it,* secondo cui "*nel concordato di gruppo, i rapporti che legano le varie imprese del gruppo giustificano e legittimano sia una valutazione sostanziale che una trattazione a livello procedurale unitaria del piano concordatario e quindi una gestione integralmente unitaria della procedura concorsuale, con unica adunanza dei creditori e un computo delle maggioranze riferito non già ad ogni singola d'impresa bensì all'unico programma concordatario*".

[481] Cass. 20559/2015, *cit.*

fermando che "*nell'ordinamento italiano, allo stato dell'attuale legislazione, il concordato di un gruppo di società non è ammissibile*".

Il caso sottoposto al vaglio della Cassazione, per la verità, non riguardava direttamente un concordato di gruppo, almeno da un punto di vista formale: si trattava del caso, sopra accennato, di più società di un gruppo che conferiscono il proprio patrimonio in una S.n.c., che a sua volta fa domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo[482].

Ciò nonostante, come osservato dalla dottrina, la Corte "*con una virata processuale certo eccentrica (...) si è disinteressata dei motivi di ricorso e ha declamato che la crisi del gruppo societario non ha «dignità» nel comparto normativo della legge fallimentare, talché ogni tentativo esperienziale di ipotizzare una regolazione aggregata della crisi del gruppo va stroncata*"[483]. Nella visione della Corte, la costituzione della S.n.c. non è altro che un *escamotage* messo in atto per occultare la reale volontà, reietta nel nostro ordinamento, di coordinare la gestione della crisi di un gruppo mediante concordato preventivo.

L'atteggiamento fortemente conflittuale della Corte è ben visibile se si prendono in esame le due sentenze di primo e secondo grado che hanno preceduto la cassazione senza rinvio: il Tribunale di primo grado di La Spezia[484] aveva omologato il concordato proposto dalla S.n.c.. Avverso la sentenza veniva presentato reclamo da parte di alcuni creditori, fra i cui motivi del ricorso v'era un'eccezione di incompetenza territoriale, fondata sulla constatazione che avrebbe dovuto essere valorizzata la sede di ciascuna società del gruppo coinvolta.

La Corte d'Appello di Genova[485] rigettava questa impostazione, non semplicemente richiamandosi al dato formale della sede della società in nome collettivo, ma guardando alla sede effettiva delle società coinvolte. La Corte d'Appello ritiene infatti La Spezia essere "*non meramente coincidente con il luogo dell'attività produttiva, ma vero centro propulsivo delle società in questione, ove gravitano tutti gli affari di dette società"*.

Bisogna rendere merito alla articolata ricostruzione operata dal giudice di secondo grado, che entra a fondo nella questione di competenza e risolve i dubbi, anche giusti-

---

[482] Sul tema si veda *infra*, capitolo III, §4.3.2.
[483] FABIANI M., *Concordato preventivo e gruppo di società…, cit.,* pp. 1372 ss.
[484] Trib. La Spezia, 2.5.2011, ne *ilCaso.it*.
[485] App. Genova, sez. I civ., 23.12.2011, ne *ilCaso.it*.

ficati, sollevati dall'accentramento della medesima in ragione di un'architettura *ad hoc*, quale quella della S.n.c., fondandone l'attrazione in unico foro sul concetto di sede effettiva. Il percorso interpretativo è perfettamente aderente alla lettera della legge, laddove gli articoli 9 e 161 l.f. parlano, come noto, di "*sede principale dell'impresa*", che sì si presume essere il luogo in cui detta impresa ha sede legale, ma con presunzione *iuris tantum*, superabile provando che il centro direzionale si colloca altrove.

Un'ulteriore considerazione a sostegno della meritevolezza del processo logico seguito dalla Corte d'Appello di Genova è dato dalla legislazione comunitaria in materia di giurisdizione[486]: il Regolamento 848/2015/UE dispone che la giurisdizione concorsuale debba riconoscersi nel luogo in cui il debitore ha il suo centro di interessi principali; il c.d. COMI del debitore si presume essere coincidente con la sede legale dell'impresa, ma un abbondante giurisprudenza, sin dal Regolamento 1346/2000/CE di cui il nuovo Regolamento è rifusione, ha giustamente riconosciuto il carattere semplice della presunzione, indagando in plurime sentenze quali siano i criteri per superarla[487].

La Corte di cassazione del 2015 sul punto è stata perentoria: "la *L. Fall., art. 161, comma 1*, *non prevede l'attrazione degli altri fori a favore di quello della capogruppo, o di altro foro, allorché le società coinvolte abbiano sede legale in circondari diversi: donde il principio secondo cui la competenza ad accertare lo stato di insolvenza appartiene al tribunale del luogo in cui la singola impresa ha la sede principale, senza che a tale criterio possa derogarsi per ragioni di connessione con altre procedure relative a società diverse facenti parte di un gruppo*". La Cassazione sembra entrare in un'*impasse* logico: si afferma, giustamente, che la mera presenza di connessioni con altre procedure non è sufficiente a giustificare un'attrazione di competenza concorsuale; per localizzare la competenza è necessario indagare la sede principale. Senonché questo è esattamente il percorso seguito dalla Corte d'Appello, che, come visto, guarda proprio alla sede effettiva delle controllate in questione per poi affermare, sulla base di una valutazione in concreto, che essa coincide con quella della capogruppo.

---

486 Certo il Regolamento comunitario si dedica all'insolvenza transfrontaliera e non inerisce ai criteri di riparto della competenza in ambito nazionale; le due legislazioni, tuttavia, sono parallele e ineriscono a questioni fortemente consimili le une con le altre.

487 Cfr. *supra*, capitolo II, §4.

La Cassazione, al contrario, parla di "sede principale" ma sembra intendere "sede legale", quasi a voler assumere una presunzione *iuris et de iure* di coincidenza del foro competente con quello in cui si trova la sede legale.

La posizione è apparsa sin da subito particolarmente "*dirompente*"[488], in quanto contrastante con lo stesso dato letterale, tanto che, l'unica interpretazione ammissibile sul punto della sentenza è che i giudici abbiano voluto semplicemente affermare che "*non si configuri, per effetto della mera detenzione della partecipazione di controllo, un'attrazione a favore del foro concorsuale della capogruppo, non contemplata dal diritto positivo*"[489]. E ciò è senz'altro vero; ed infatti è così che la Corte d'Appello di Genova aveva agito, non limitandosi a confermare la competenza del giudice di primo grado di La Spezia sulla scorta della sede della S.n.c. in concordato, ma affermando, nel merito, che tale foro costituiva il "*centro propulsivo delle società in questione, ove gravitano tutti gli affari di dette società"*.

Bisogna quindi concludere che l'accentramento delle procedure sia senz'altro possibile mediante il ricorso ai "*consolidati approdi giurisprudenziali in tema di prevalenza, ai fini concorsuali, della sede effettiva sulla sede legale*"[490]. La giurisprudenza assolutamente maggioritaria, infatti, ha affermato "*il principio secondo il quale il collegamento societario di per sé non è sufficiente a spostare gli ordinari criteri di competenza territoriale (...),* [ma che] *diversamente* [debba] *concludersi laddove è data prova che sia stata creata una direzione unitaria delle singole imprese nella sede della capogruppo*"[491].

Il nucleo centrale della sentenza della Cassazione del 2015 è costituito dall'affermazione di immeritevolezza della causa in astratto del concordato preventivo di gruppo. La Cassazione ha rigettato l'impostazione del giudice di secondo grado non solo perché ritenuto incompetente *ab origine*, ma anche, e soprattutto, sulla scorta della tesi secondo cui "*il concordato preventivo avrebbe dovuto riguardare indivi-*

---

[488] Cfr. FAUCEGLIA G., *Uno*, *nessuno, centomila: il concordato preventivo di gruppo*, in *Giur. Comm.*, 2016, II, p. 129: l'Autore pone in evidenza come la posizione assunta dalla Cassazione sia totalmente sconnessa dal caso concreto su cui la Corte avrebbe dovuto pronunciarsi, che vedeva la domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo presentati da una società di nuova costituzione. La sentenza della Cassazione ha "*disconosciuto quel complesso ed articolato percorso che il formante dottrinale da anni ha tracciato in tema di «centro di interessi» dell'impresa, pervenendo ad una posizione sostanzialmente arretrata in tema di soluzione negoziale della crisi di società appartenenti da un «gruppo» (...)*".

[489] POLI S., *Ammissibilità e tecniche di proposizione…*, *cit.*, pp. 142 ss.

[490] Poli S., *Ammissibilità e tecniche di proposizione…*, *cit.*, pp. 142 ss.

[491] FAUCEGLIA G., *op. cit.*, p. 129.

dualmente le singole società del gruppo, non la società personale e le società di quella socie, non ammettendosi un unico giudizio omologatorio"[492].

La sentenza di secondo grado aveva ritenuto che "*nonostante il legislatore abbia ritenuto di non dettare una definizione positiva di una realtà economica in continua evoluzione quale il gruppo di imprese, non può che essere vista con favore e consentita quale esplicazione dell'autonomia privata la scelta di proporre un concordato che coinvolga l'impresa anche qualora questa si configuri in forma di gruppo di imprese*"[493].

A tale premessa, che privilegia l'unitarietà economica del gruppo sulla autonomia giuridica delle singole sue imprese, ha fatto seguito, da parte della Cassazione "*un vero e proprio fin de non recevoir in base all'argomento che «l'attuale sistema del diritto fallimentare, in particolare per quanto attiene al concordato preventivo, non conosce il fenomeno, non dettando alcuna disciplina al riguardo…»*"[494].

La sentenza della Cassazione parla, a questo proposito, di "*tentativi empirici di coordinamento delle procedure afferenti le diverse società del gruppo alla ricerca di una gestione unitaria della insolvenza*": con questa terminologia ("*tentativi empirici*"), la Suprema Corte rigetta trent'anni di giurisprudenza di merito finalizzata a valorizzare la realtà economica del gruppo anche in fase concorsuale, con lo scopo ultimo di agevolare il risanamento e/o massimizzare la liquidazione.

La Corte, in sostanza, bandisce apoditticamente il concordato preventivo di gruppo quale strumento di composizione della crisi dell'impresa di gruppo[495].

---

[492] Cass. 20559/2015, *cit.*

[493] App. Genova, 16.01.2012, *cit.*

[494] DI MAJO A., *Il fenomeno del concordato c.d. di gruppo…*, *cit.*, pp. 395 ss.

[495] Una dottrina (FABIANI M., *op. cit.*) ha tentato di ricostruire un concordato preventivo di gruppo quale risultante dalla giurisprudenza della Cassazione in analisi. In particolare sono stati individuati sei "peccati capitali", nel senso di limiti invalicabili che la Corte avrebbe messo in luce, superati i quali vi sarebbe spazio per una trattazione comune delle procedure di concordato preventivo. In sintesi, si fa perno su alcune considerazioni addotte nel merito dalla Cassazione:

a) la questione della competenza, che si ritiene superabile facendo ricorso al concetto di sede effettiva;

b) la necessarietà di tante omologazioni e tante proposte concordatarie quante sono le società del gruppo coinvolte;

c) l'impossibilità di ottenere l'esdebitazione delle società socie della S.n.c. (qualora questo sia il modello perseguito) relativamente ai debiti non oggetto di conferimento;

d) la necessaria distinzione dei patrimoni delle società del gruppo, con esclusione, pertanto, di qualsiasi forma di consolidamento patrimoniale;

e) l'esigenza che vi siano tante adunanze dei creditori e votazioni quante sono le società che accedono a concordato.

La sua posizione è stata estremamente criticata in dottrina.

Innanzitutto è stato censurato lo stesso presupposto su cui si fonda il giudizio di immeritevolezza: la carenza nell'ordinamento di un riconoscimento del gruppo. Non viene infatti presa in considerazione la disciplina dei vantaggi compensativi, introdotta con la riforma Vietti dal riscritto art. 2497 c.c.: tali vantaggi compensativi rappresentano il limite del perseguimento dell'interesse di gruppo[496] nell'ambito della gestione delle imprese controllate da parte della capogruppo. Se una rinuncia all'interesse della singola società – seppur parziale e solo se compensata – è possibile in virtù di un più ampio interesse di gruppo, non si vede perché ciò non debba essere possibile in ambito concorsuale, dove alcuni interessi dei creditori particolari di una società potrebbero essere in parte sacrificati nel nome del buon esito della procedura di gruppo. In particolare, si è sottolineato che "*il concreto rispetto del canone dei vantaggi compensativi nei piani di gruppo con cessione di masse (se la si ammetta) rientra nel giudizio di fattibilità giuridica del piano/proposta, che può e deve essere sindacato nei tre momenti (ammissione, revoca, omologa) cui tale vaglio è previsto*"[497]; starebbe quindi al tribunale valutare se gli interessi dei creditori lesi dall'ammissione a una procedura di gruppo possano ritenersi compensati da benefici futuri, derivanti dall'attuazione del piano, o invece siano da ritenersi già compensati dai benefici (concreti ed economici) apportati alla società controllata dall'appartenenza al gruppo[498].

Seconda critica mossa dalla dottrina alla sentenza della Cassazione è che essa non tiene conto dell'autonomia privata dell'operatore economico nel dare all'esercizio dell'impresa la forma organizzativa che ritiene più adeguata. I "*tentativi empirici*", come definiti dalla Cassazione, sono portatori di esigenze concrete, emerse nella realtà e da collocarsi nell'ambito della libertà di impresa: secondo parte della dottrina, an-

---

Soddisfatte queste condizioni, vi sarebbe spazio per un consolidamento quantomeno procedurale (medesime persone fisiche preposte a organi di procedura) e un coordinamento fra le varie procedure.

In realtà, a parere di chi scrive, le statuizioni della sentenza in esame vanno al di là di considerazioni tecnico-applicative sul concordato preventivo di gruppo, pur incidentalmente rilevate dalla Corte di cassazione. La Suprema Corte, infatti, sancisce la non configurabilità in sé dell'istituto rispetto all'ordinamento, talché il tentativo di delineare una procedura unitaria di concordato preventivo di gruppo che si adatti a un orientamento che ne esclude a priori la meritevolezza pare essere uno sforzo poco sensato.

[496] Poli S., *Ammissibilità e tecniche di proposizione…, cit.*, pp. 142 ss.

[497] Poli S., *Ammissibilità e tecniche di proposizione…, cit.*, pp. 142 ss.

[498] *Ibidem*, nota 63.

zi, dare rilevanza a forme di coordinamento tra singole imprese rientrerebbe perfino nella "libertà di iniziativa economica" sancita dall'art. 41 Cost.[499].

Senza voler scomodare la carta costituzionale, è innegabile come sia contrastante col principio secondo cui tutto ciò che non è vietato è lecito proibire con tanta durezza e assolutezza il concordato preventivo di gruppo. Esso è uno strumento ed in quanto tale necessita di essere riempito di contenuto, questo sì lecito o illecito, nel senso di conforme o difforme all'ordinamento. Un intervento della Suprema Corte in tale prospettiva sarebbe risultato, come si è detto, più che opportuno, al fine di uniformare, o quanto meno di dare un indirizzo univoco alla giurisprudenza di merito quanto alle tecniche applicative. Ma, di per sé, le finalità perseguibili con il concordato preventivo di gruppo possono ben dirsi meritevoli e, dato che il suo ricorso è invalso nella prassi di settore, la sua utilità è riconosciuta[500].

4.2.2 La riforma Rordorf sul concordato preventivo di gruppo

In tema di concordato preventivo di gruppo non può non farsi cenno al disegno di legge delega di riforma della legge fallimentare al momento in discussione al Senato della Repubblica redatta dalla c.d. Commissione Rordorf[501]. L'art. 3, comma 2, del ddl prevede espressamente la possibilità che vi sia una "*gestione unitaria della procedura di concordato preventivo di gruppo*", fissando alcuni criteri direttivi, rivolti all'Esecutivo. Fra i più significativi troviamo l'introduzione della possibilità di nominare un unico giudice delegato e commissario giudiziale, nonché il deposito di un unico fondo per le spese di giustizia. Il consolidamento patrimoniale "dal lato passi-

---

[499] DI MAJO A., *Il fenomeno del concordato c.d. di gruppo…, cit.,* pp. 395 ss.

[500] La dottrina ha messo in luce ulteriori elementi rinvenibili nell'ordinamento concorsuale che dovrebbero far propendere l'interprete per l'ammissibilità del concordato preventivo di gruppo:

- il fatto che un concordato di gruppo sia ammesso nell'ambito delle procedure di amministrazione straordinaria ordinaria e speciale (cfr. *supra*, capitolo III, §3.1 e 3.2), di liquidazione coatta amministrativa (cfr. *supra*, capitolo III, §3.3) e nell'ambito della crisi del gruppo bancario (cfr. *supra*, capitolo III, §3.4);
- l'art. 124 l.f. in tema di concordato fallimentare che, fra gli altri, legittima alla presentazione della domanda di concordato alle "*società sottoposte a comune controllo*". Per identità di *ratio*, dovrebbe ricondursi anche al concordato preventivo quantomeno la constatazione che diverse società appartenenti al gruppo giochino un ruolo anche nel concordato preventivo (cfr. FAUCEGLIA G., *op. cit.*, p. 120).

[501] Reperibile sul sito del Senato della Repubblica. Per un approfondimento sul ddl Rordorf e sulle sue disposizioni in tema di gruppi di società si veda *infra*, capitolo III, §5.

vo" è escluso, richiedendosi separate, ma contemporanee, votazioni dei creditori di ciascuna impresa.

Si chiede invece all'Esecutivo di includere la possibilità di formulare un piano unitario, che consenta anche operazioni straordinarie riorganizzative intragruppo "*funzionali alla continuità aziendale e al migliore soddisfacimento dei creditori*". Questa disposizione risulta di particolare interesse, in quanto attribuisce all'operatore economico notevole autonomia nel perseguire la riorganizzazione societaria, evidentemente guardata con favore dal legislatore[502]. In sede di concordato unitario, si prevede che siano esclusi dal voto i titolari di crediti nei confronti delle altre imprese del gruppo assoggettate alla procedura, in ragione del conflitto di interessi che ne deriverebbe[503].

Da segnalarsi tuttavia come il ddl Rordorf espunga il concordato preventivo liquidatorio, rimanendo in vita la sola procedura di risanamento in continuità aziendale[504].

Come si evince da queste prime indicazioni del disegno di legge, il legislatore, previo riconoscimento della possibilità di pervenire a un concordato preventivo di gruppo, implicitamente giudicato meritevole di tutela, prende posizione sulle questioni applicative che hanno diviso la giurisprudenza, risolvendo alcuni dei punti critici sui quali essa si era dimostrata meno uniforme. Anche da questo intervento, seppur al momento in stadio embrionale, si evince come vi sia un tendenziale e generale *favor* nei confronti dei "*tentativi empirici*" che hanno nel tempo accolto le esigenze sentite dagli operatori economici.

4.2.3 Conclusioni sul concordato preventivo di gruppo

Dal complesso delle osservazioni sopra svolte, dovrebbe ritenersi ammissibile, anche allo stato attuale delle cose, il ricorso al concordato preventivo di gruppo, quale strumento di gestione integrata della crisi di gruppo. Così sembra collocarsi parte della

---

[502] Sull'opportunità, gli obiettivi, l'efficacia e i limiti *de jure condito* di operazioni straordinarie poste in essere nell'ambito di un concordato preventivo al fine di gestire in modo ottimale la crisi di gruppo si veda *infra*, capitolo III, §4.3.

[503] La norma è riproduttiva dell'art. 127 della legge fallimentare, su cui si veda *supra*, capitolo III, §1.

[504] La ragione di fondo di tale operazione sembra essere connessa ai risultati insoddisfacenti dati dai concordati liquidatori; una dottrina ha messo in luce che, tuttavia, con tutta probabilità, la mancanza di un concordato preventivo liquidatorio comporterebbe la necessità di pervenire a ulteriori e differenti procedure di liquidazione "*comunque burocratiche che poco o nulla aggiungeranno – ma in tempi che non potranno essere celeri – alle attese dei creditori*" (cfr. FABIANI M., *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, in Fallimento, 2016, 3, pp. 261 ss.).

giurisprudenza successiva alla Cassazione del 2015, la quale, di recente, ha riconosciuto che "*la proposta di concordato preventivo di società appartenenti al medesimo gruppo può essere formulata previo conferimento ad una società ad hoc delle rispettive aziende (...) purché le masse attive e passive vengano mantenute separate, così come le maggioranze per l'approvazione*"[505]. La decisione si colloca in continuità con la giurisprudenza di merito: previo implicito riconoscimento della meritevolezza del concordato, che difatti è ammesso, il tribunale prende posizione sulle condizioni applicative perché esso sia ammissibile.

In conclusione, pur nell'altalenanza della giurisprudenza di merito, e anche volendo "ridimensionare" la portata della sentenza della Cassazione del 2015, così da attribuire quantomeno meritevolezza di causa al concordato preventivo di gruppo, comunque è difficile negare che l'art. 2740 c.c. sia un limite, *rebus sic stantibus*, invalicabile. L'impostazione più corretta sembra essere, quindi, quella di ammettere il coordinamento e fintanto il consolidamento procedurale, con tutte le implicazioni derivanti in tema di competenza (accentrabile ricorrendo al concetto di "sede effettiva"), di unicità di ricorsi e piani concordatari, di unificazione degli organi di procedura. Discorso diverso è da farsi per il consolidamento patrimoniale, tanto dal lato attivo quanto passivo, che deve ritenersi, allo stato delle cose, impraticabile.

4.3 Il concordato preventivo di gruppo e le "operazioni straordinarie"

Condividono la medesima finalità di superamento della separazione patrimoniale e della rigidità del principio di autonomia giuridica con il concordato preventivo, con cui sovente operano in concerto[506], due ulteriori operazioni, poste in essere con le medesime finalità:

- le operazioni straordinarie di fusione o scissione delle imprese del gruppo, nell'ottica di una riorganizzazione che precede o si colloca nel contesto di un concordato preventivo;
- la costituzione di una società in nome collettivo a cui le varie imprese del gruppo conferiscono il proprio patrimonio, salvo poi chiedere la medesima società di persone l'ammissione al concordato preventivo.

---

[505] Trib. Teramo 2016, *cit.*

[506] Nel senso che le operazioni straordinarie elencate possono essere previste nell'ambito di una proposta concordataria.

L'autonomia privata in campo concorsuale non trova spazi particolarmente ampi di manovra: le disposizioni che regolano il concorso dei creditori sono senz'altro imperative[507], ragion per cui non è infrequente che in particolar modo i grandi gruppi insolventi decidano di porre in essere operazioni straordinarie prima di chiedere l'accesso alla procedura concordataria, sovente condizionando sospensivamente l'efficacia dell'operazione all'omologazione del/dei concordati preventivi successivi.
La previsione di dette operazioni straordinarie nell'ambito di una proposta concordataria è ammessa dall'art. 160 l.f., lett. *a)*, il quale statuisce che "*la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti* [possa avvenire] *attraverso qualsiasi forma*, *anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie (...)*".

4.3.1 La fusione e scissione come strumenti di riorganizzazione del gruppo in crisi

Operazioni di fusione e scissione possono rivelarsi strumenti efficaci in vista di una riorganizzazione interna che il gruppo, e la capogruppo *in primis*, può decidere di operare al fine di massimizzare il valore dei beni del gruppo, nonché di scongiurare le problematiche scaturenti da una loro gestione frammentata in sede concorsuale.
Per ragioni di chiarezza espositiva, si farà riferimento nella trattazione al caso del singolo concordato preventivo di gruppo a cui più imprese ricorrano e nell'ambito del quale siano previste operazioni di fusione/scissione; il ragionamento non cambia se si opti per un "fascio di concordati" fra loro coordinati ma presentati singolarmente e separatamente dalle più società, cui corrispondono molteplici proposte concordatarie.
La scissione potrebbe sembrare un'operazione estranea agli scopi di recupero dell'organizzazione unitaria e di superamento della separazione patrimoniale in sede concorsuale. Ciò nonostante, la dottrina ne ha messo in evidenza un suo ricorso strumentale alle medesime finalità: la scorporazione di rami d'azienda omogeni, ma collocati in più società di uno stesso gruppo, così da attribuire le corrispondenti porzioni di patrimoni a società di nuova costituzione. La finalità di una simile operazione risiede nella volontà di addivenire a una suddivisione interna del gruppo più coeren-

[507] L'art. 2740, in particolare, non consentirebbe una distribuzione patrimoniale consolidata in ambito di gruppo. La norma è senz'altro imperativa, di ordine pubblico: cfr. Trib. Belluno 25.09.2002 in *Leggi d'Italia*; Trib. Roma 25.07.2012, in *Leggi d'Italia*; Cass. 20559/2015 in *Leggi d'Italia*. Si veda anche Trib. Milano 16.6.2009, in *Temi di diritto civile, penale, amministrativo*, a cura di GIOVAGNOLI R., Teramo, Giuffrè, 2012, p. 150: il Tribunale dichiarò la nullità di un *trust* liquidatorio ai sensi dell'art. 1418 c.c. per contrarietà a norme imperative, che nello specifico furono individuate nella generalità delle norme in materia di concorso di creditori nella procedura fallimentare.

te[508], che consenta ai soli rami che effettivamente versino in stato di crisi di accedere alla procedura concordataria e di farlo mediante una gestione unificata.
La fusione, in modo più evidente, persegue lo scopo di consolidare i patrimoni delle società del gruppo, laddove un simile risultato non è possibile in sede concorsuale sulla base del diritto *de jure condito*. L'operazione può avvenire tanto per incorporazione di più imprese dissestate in una società incorporante sana, quanto per unione tra società tutte in situazione di crisi, ma con condizioni di vitalità complessivamente superiori ai fattori di dissesto[509]. Le fusioni intragruppo presentano il vantaggio di avvenire fra società che già in precedenza disponevano di meccanismi di coordinamento e comunicazione, di un'interconnessione che non può che semplificare il procedimento di integrazione post fusione[510].
Gli scopi perseguiti da una fusione intragruppo sono primariamente di natura riorganizzativa e nello specifico tendono a razionalizzare la divisione dei compiti e delle attività produttive fra le imprese del gruppo, accorpando quegli organi e aree funzionali originariamente radicati in svariate società; il risultato è una semplificazione della struttura originaria del gruppo, al fine di consentire un'azione fortemente accentrata e unitaria del "*management* risanatore"[511], sia che esso operi in via pattizia (ad esempio nell'ambito di accordi di ristrutturazione *ex* art. 182-*bis* l.f.), sia che agisca nell'ambito di una procedura concorsuale concordataria e abbia quindi natura ibrida, in quanto coniughi gli sforzi del debitore con l'intervento dell'autorità giudiziaria.
Si tratterà ora specificamente dei problemi di integrazione fra concordato preventivo e fusione, in quanto questa è l'operazione straordinaria che presenta le maggiori problematicità di coordinamento con l'ordinamento concorsuale in materia. Si tenga presente che le considerazioni illustrate valgono anche nel caso di scissione.

Con la riforma del diritto societario attuata con il D.lgs. 5/2003 è stato abolito il divieto di partecipazione alla fusione di società sottoposte ad una procedura concorsuale, un tempo previsto dal 2° comma dell'art. 2501[512]. La rimozione di questo divieto si colloca in concerto con la previsione dell'art. 160 l.f., che consente, genericamente,

[508] BASTIA P., *L'integrazione societaria, cit.*, pp. 105 ss.
[509] BASTIA P., *L'integrazione societaria, cit.*, p. 44.
[510] *Ibidem*, p. 46.
[511] BASTIA P., *L'integrazione societaria, cit.*, pp. 105 ss.
[512] Ugualmente il decreto legislativo è intervenuto sul divieto di partecipazione a scissione per le società sottoposte a procedure concorsuali, un tempo contenuto nel 2° comma dell'art. 2504-*septies*.

che siano disposte "*operazioni straordinarie*" nell'ambito di una proposta concordataria; la norma tuttavia non contiene una più approfondita disciplina delle fusioni (o scissioni) poste in essere in ambito concordatario, cosicché deve ritenersi pienamente applicabile anche nel concordato preventivo la disciplina civilistica[513].

Ora, i limiti principali che si frappongono alla riuscita di un'operazione di fusione in esecuzione di una proposta concordataria sono essenzialmente riconducibili:

- al giudizio di fattibilità giuridica operato dal tribunale fallimentare;
- all'opposizione dei creditori, in merito alla quale deve risolversi preliminarmente la questione se tale diritto di opposizione si esaurisca negli strumenti di reazione offerti ai creditori dalle regole concordatarie, ai sensi degli artt. 174 ss. l.f.; o se, accanto a queste forme di espressione del diniego all'operazione, rimanga in vita l'opposizione civilistica alla fusione di cui all'art. 2503 c.c.[514, 515].

Quanto al primo profilo, le Sezioni Unite della Cassazione hanno precisato che "*non è dubbio che spetti al giudice di verificare la fattibilità giuridica del concordato e quindi esprimere un giudizio negativo in ordine all'ammissibilità quando modalità attuative risultino incompatibili con norme inderogabili*"[516].

Ebbene, lo si è visto, la norma inderogabile per eccellenza quando si tratta di crisi del gruppo è l'art. 2740 c.c. che, in ultima analisi, vieta, allo stato delle cose, il consolidamento patrimoniale fra le società del gruppo, tanto dal lato attivo quanto dal lato passivo[517].

---

[513] BROGI R., *Il concordato preventivo di gruppo e la fusione*, in www.osservatorio-oci.org, 2014. Dal saggio in questione si è tratta ispirazione per il presente paragrafo.

[514] Che, in forza dell'ultimo comma dell'art. 2506-*ter* c.c., è applicabile anche in caso di scissione.

[515] Si ricorda che con l'art. 2503 c.c. non si esauriscono le tutele previste dal codice civile in tema di fusione e scissione. L'art. 2473 c.c., infatti, in tema di società a responsabilità limitata, accorda un'ulteriore forma di opposizione: il diritto di recesso al socio che sia dissenziente rispetto all'operazione straordinaria.
Della disposizione bisogna senz'altro tener conto nel caso in cui talune delle società del gruppo coinvolte nell'operazione straordinaria siano strutturate sotto forma di S.r.l.. In tal caso, infatti, la facoltà di recesso del socio sicuramente, e a prescindere da quale dei due orientamenti dottrinali esposti si scelga di condividere, non potrà comunque ritenersi riassorbita dalle tutele concordatarie. Queste ultime si rivolgono ai creditori, la facoltà di cui all'art. 2473 c.c. è, al contrario, accordata al socio e si ricollega alla maggiore centralità di cui egli gode nell'ambito delle società a responsabilità limitata rispetto alle società per azioni (Sul tema si veda ZANARONE G., *Della società a responsabilità limitata*, in *Il Codice Civile Commentato* diretto da SCHLESINGER P., Milano, Giuffrè, 2010, pp. 792 ss.).

[516] Cass. S.U. n. 1521/2013, in *Leggi d'Italia*.

[517] Cfr. *supra*, capitolo III, §4.1 e 4.2.3.

Pertanto, conseguenze significativamente diverse si produrranno a seconda che la fusione si sia perfezionata prima dell'omologazione del concordato preventivo o sia da porre in essere nell'ambito dell'esecuzione della proposta concordataria; nel primo caso l'impresa sarà ormai unica e i creditori voteranno in una sola adunanza, con un'unica votazione, per una distribuzione patrimoniale che grava su un solo patrimonio risultante.

Nel secondo caso, la situazione è più complessa: prima di potersi dare una risposta definitiva in merito, è necessario risolvere il quesito sopra esposto circa la convivenza o meno fra le forme di opposizione in mano ai creditori concordatarie e civilistiche. A seconda che si ritengano le due forme di opposizione alternative o coesistenti, diverse sono le conseguenze circa la stabilità della fusione e, di conseguenza, la sorte dei creditori.

Sulla questione, tuttavia, la dottrina è divisa.

Secondo un primo orientamento, qualora la fusione sia parte di un piano concordatario, il diritto di opposizione (civilistico) alla fusione di cui all'art. 2503 c.c. sarebbe riassorbito dalla tutela fornita al creditore dalle regole concordatarie, risolvendosi la sua tutela nel voto, separato per ciascuna impresa, in sede di adunanza dei creditori (*ex* art. 177 l.f.), nonché nella facoltà di proporre opposizione all'omologazione (*ex* art. 180 l.f.), salvo che con riferimento alle società *in bonis* che partecipino all'operazione straordinaria[518].

Una differente ricostruzione vede invece le due forme di tutela concorrere, in funzione della loro differente ragion d'essere: l'art. 2503 c.c. si ricollegherebbe al principio di cui all'art. 2740 c.c., consentendo al creditore di opporsi alla fusione che pregiudichi i suoi interessi in quanto lesiva della propria garanzia patrimoniale; l'art. 180, al contrario, introduce dei limiti soggettivi[519] e oggettivi[520] alla proponibilità dell'opposizione, che ne riconducono la *ratio* al principio maggioritario[521].

---

[518] Così BUONAURA C., *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, in ABBADESSA P., *Società, banche e crisi di impresa, Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da CAMPOBASSO M. *et al.*, Torino, Utet, 2014. L'autore sostiene che "*non appare azzardato sostenere che la tutela dell'interesse comune dei creditori che si realizza attraverso la votazione e l'approvazione a maggioranza della proposta concordataria e l'eventuale opposizione all'omologazione, quando ne ricorrano i presupposti, si sostituisca alla tutela individuale rappresentata dal diritto di opposizione del creditore alla fusione*".

[519] Solo i creditori appartenenti a classi dissenzienti nel voto di cui all'art. 177 o, in assenza di classi, i creditori che rappresentino almeno il 20% dei crediti ammessi al voto possono proporre opposizione all'omologazione.

L'opposizione civilistica alla fusione, al contrario, spiega i suoi effetti inibitori in ogni caso in cui il creditore opponente tragga uno svantaggio economico dall'operazione, salvo che non ricorrano le ipotesi espressamente contemplate dalla norma[522], al di fuori di qualsivoglia logica maggioritaria di convenienza globale.

Questo secondo orientamento appare più convincente: non si dimentichi che l'art. 160 l.f. si limita ad annoverare fra le operazioni attuabili mediante concordato preventivo non meglio precisate "operazioni straordinarie"; tanto basta per ritenere fusione e scissione perfettamente lecite nell'ottica di ristrutturazione del debito propria della procedura concordataria. Eccessivo invece è il passo che conduce a ritenere che la disciplina del concordato preventivo, sicuramente non pensata per sopperire agli scompensi generati sulla garanzia patrimoniale da operazioni tanto invasive, sia autosufficiente nel disciplinare le tutele concesse ai soggetti coinvolti. La disciplina civilistica in materia di fusione e scissione si atteggia, pertanto, quale necessario *pendant* della legislazione concorsuale.

Come si diceva, dalla coesistenza delle opposizioni di cui all'art. 2503 c.c. e 180 l.f. derivano conseguenze sul piano applicativo per la fusione messa in atto nell'ambito di una proposta concordataria che si perfezioni successivamente la presentazione della domanda di concordato preventivo, quindi nel corso (o dopo) la procedura.

---

520 Con l'opposizione, infatti, non si può che contestare, per espressa previsione, la convenienza della proposta concordataria. È inoltre espressamente riconosciuto al tribunale il potere-dovere di omologare il concordato "*qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili*". Da ciò si deduce che risulterebbe superflua un'opposizione creditoria laddove la proposta concordataria, approvata dal voto dei creditori ai sensi dell'art. 177, pur ledendo parzialmente il diritto di soddisfazione dei ricorrenti, risultasse essere in concreto la migliore, in termini di realizzo economico, per la maggior parte dei creditori concorsuali, sulla scorta di una *ratio* di fondo maggioritaria.

521 BROGI R., *Il concordato preventivo di gruppo e la fusione…, cit.*, pp. 12, 13.

522 Ai sensi dell'art. 2503, infatti, la fusione non può avere luogo in assenza del consenso dei creditori, salvo che la società non ponga in essere una serie di adempimenti che hanno lo scopo di impedire che i creditori opponenti subiscano pregiudizio dalla fusione (e non di comprovare che l'operazione straordinaria come disegnata sia migliore rispetto ad altre consimili, come invece richiede l'art. 180 l.f. ai fini dell'omologazione del concordato da parte del tribunale). In particolare l'art. 2503 c.c. impone alla società che voglia proseguire con la fusione in assenza del consenso plenario dei suoi creditori di pagare i creditori che non hanno dato il proprio consenso o di depositare le corrispondenti somme, o di presentare una speciale relazione degli esperti, operata da una società di revisione, che attesti, sotto la propria responsabilità, che dalla fusione non vi siano rischi per i creditori.
Solo qualora tali adempimenti siano posti in essere dalla società, o il tribunale ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori, sarà possibile disporre che l'operazione abbia luogo nonostante l'opposizione dei creditori (*ex* art. 2445 c.c., applicabile a fusione e scissione in forza del rinvio operato dall'ultimo comma dell'art. 2503 c.c.).

Innanzitutto, laddove i termini di cui all'art. 2503 c.c.[523] non siano ancora decorsi, in quanto l'operazione è meramente prospettata o condizionata all'omologazione del concordato, innanzitutto sarà onere dei debitori indicare nel piano concordatario le risorse per far fronte ad eventuali opposizioni dei creditori, anche al fine di consentire al professionista incaricato di attestare la fattibilità del piano[524].

Inoltre, una volta che i termini siano decorsi senza opposizioni, il tribunale non potrà rifiutarsi di omologare il concordato adducendo che l'operazione di fusione determinerebbe una minor soddisfazione dei creditori: "*la disciplina della fusione rimette, infatti, inequivocabilmente al creditore la valutazione circa la convenienza dell'operazione*"[525].

4.3.2 Il modello della costituzione di una newco in forma di s.n.c. e l'aumento di capitale

Come si è accennato in precedenza, una delle operazioni straordinarie che la prassi ha congegnato con la finalità di consentire, *de jure condito*, una trattazione integrata della crisi di gruppo nell'ambito del concordato preventivo è quella di costituire una s.n.c. *ex novo*, cui sono conferiti i più patrimoni delle società del gruppo. La società di persone presenterà, quindi, domanda di ammissione a procedura di concordato preventivo *ex* artt. 160 ss. l.f. con lo scopo di consentire alle imprese, sue socie illimitatamente responsabili, di godere dell'esdebitazione ai sensi dell'art. 184, 2° comma[526].

Sulla questione bisogna riportare la posizione assunta dalla Cassazione secondo la quale l'effetto esdebitatorio di cui beneficiano i soci illimitatamente responsabili è limitato ai soli debiti sociali, e non si estende, pertanto, ai debiti personali di ciascuno di essi[527]. Ciò significa che l'esdebitazione opera solo per quei debiti delle società-socie che siano stati oggetto di conferimento. La posizione assunta della Cassazione limita l'efficacia dell'operazione straordinaria *de qua*, in quanto, a differenza di un concordato preventivo di gruppo "in senso proprio", il risultato di una procedura, pur

---

[523] Termine di 60 giorni entro i quali i creditori possono proporre opposizione alla fusione (o scissione).

[524] Ai sensi dell'art. 161, comma 3.

[525] BROGI R., *Il concordato preventivo di gruppo e la fusione…, cit.*, pp. 15.

[526] Secondo il quale "*il concordato della società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili*".

[527] Conformi Cass. 20559/2015, *cit.*, nonché Cass. 26 marzo 2010, n. 7273 e 30 agosto 2001, n. 11343, entrambe in *Leggi d'Italia*.

se portata a termine efficacemente, vedrebbe comunque parte dei debiti delle società del gruppo ancora pienamente esigibili.

Una seconda operazione straordinaria di recente legittimata nell'ambito di un concordato preventivo[528] riguarda la possibilità di prevedere, se il debitore ha la forma di società per azioni o a responsabilità limitata, "*un aumento di capitale della società con esclusione o limitazione del diritto d'opzione*" (art. 163 l.f.).
Come messo in luce dalla dottrina, una simile operazione ha la capacità di "*mutare gli assetti proprietari, con la conseguente possibile estromissione del legame tra società controllata e capogruppo o, nell'ipotesi in cui la crisi coinvolga l'intero gruppo di imprese, l'intero controllo di quest'ultimo*"[529].

4.4 Il gruppo come forma organizzativa in grado di rispondere ad alcune esigenze particolari in stato di crisi

Non sempre la separazione patrimoniale è d'ostacolo a una composizione efficiente della crisi di gruppo. Nonostante nella maggior parte dei casi la prassi senta la necessità di gestire in via coordinata le procedure gravanti sulle più imprese di un gruppo, vi sono alcune ipotesi in cui, al contrario, l'autonomia giuridica delle società del gruppo risulta utile. In particolare si è messo in evidenza come i gruppi consentano di attuare un piano di risanamento che preveda un ridimensionamento selettivo, intervenendo sulle sole realtà in crisi senza che ciò vada a intaccare la solvibilità delle componenti del gruppo *in bonis*.
In particolare, in tale prospettiva, sono state individuate[530] tre situazioni essenziali in cui la separazione patrimoniale e giuridica fa buon gioco alla gestione della crisi:

a) la messa in liquidazione di singole società del gruppo prive di continuità operativa mediante la domanda, presumibilmente su coordinamento della *holding*, di ammissione alla procedura di concordato preventivo;

b) la predisposizione di piani di risanamento in continuità per le società in crisi, sulle cui sole il concordato preventivo interviene;

---

[528] Cfr. art. 3 D.L. 27.6.2015 n. 83, convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2015, n. 132, che ha modificato l'art. 163 l.f. La facoltà di prevedere un aumento di capitale in esame è stata introdotta in sede di conversione del decreto legge.
[529] In merito si veda BASTIA P., BROGI R., *I gruppi di impresa…, cit.*, p. 120.
[530] BASTIA P., *L'integrazione societaria…, cit.*, p. 38.

c) la cessione parziale o totale delle partecipazioni in determinate società del gruppo appetibili sul mercato da parte della controllata, anche al di fuori di un concordato preventivo. In tal modo la *holding* è in grado di acquisire la liquidità necessaria per il risanamento della crisi di gruppo, o, in ogni caso, per lo sviluppo delle attività che rimangono sotto la sua direzione. A differenza della cessione di ramo d'azienda, che comporta uno scorporamento dalla società principale con tutte le problematicità connesse, la cessione di partecipazioni possibile nelle compagini societarie organizzate sotto forma di gruppo risulta, comprensibilmente, più agevole.

5. Il disegno di legge delega in esame in Parlamento redatto dalla c.d. Commissione Rordorf

In conclusione, doverosa è un'analisi generale delle disposizioni relative ai gruppi di società contenute nel disegno di legge delega al momento in discussione in Senato, denominato "*Delega al governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*"[531].

Il ddl si compone di sedici articoli e, ove l'*iter* dovesse concludersi, modificherebbe in modo sensibile la disciplina concorsuale: la delega, infatti, non si limita alla legge fallimentare ma si estende anche alle procedure per la risoluzione delle crisi da sovraindebitamento, nonché all'amministrazione straordinaria (ordinaria e speciale). Fra le altre innovazioni, quella che più salta all'occhio è la scomparsa del termine fallimento, probabilmente in relazione al discredito sociale di cui si fa carico[532], sostituita dalle più neutre "insolvenza" e "liquidazione giudiziale".

---

[531] Si tratta del disegno di legge n. 2681, XVII legislatura; il ddl è stato approvato dalla Camera dei deputati il 1° febbraio 2017.

[532] Così FITTANTE A., *Il ddl delega della Commissione Rordorf: una riforma organica della crisi di impresa*, ne *ilFallimentarista.it*, *Focus* 17 giugno 2016.
Per una prima analisi del ddl Rordorf si vedano:
- FABIANI M., *Di un ordinato…, cit.*, pp. 261 ss.
- FITTANTE A., *op. cit*.
- PANZANI L., *La disciplina della crisi di gruppo…, cit.*, pp. 1153 ss.
- DE CESARI P., *Riforma Rordorf e sollecitazioni europee…*, *cit.*, pp. 1143 ss.
- ABETE L., *La "bozza Rordorf": l'impatto delle innovazioni prefigurate in ambito societario*, in *Fallimento*, 2016, 10, pp. 1132 ss.

Quanto ai gruppi di società, si è già analizzato quanto il ddl dispone in merito al concordato preventivo di gruppo[533], che, peraltro, diverrebbe una procedura di solo risanamento e non più liquidatoria; resta da vedere come si pone il disegno di legge in merito alla nozione di gruppo e quali disposizioni detta circa la procedura di liquidazione giudiziale (il nuovo fallimento) che coinvolga una realtà di gruppo.

Quanto alla prima questione, il progetto di riforma non fornisce una nozione autonoma di gruppo di società, ma chiede al Governo di delinearne i contorni sulla base dei criteri contenuti nella disciplina civilistica (art. 1, comma 1, lett. *a)*), che è modellata, come noto, sul concetto di direzione e coordinamento; si prevede altresì che sia confermata anche in ambito concorsuale la presunzione semplice di assoggettamento a direzione e coordinamento in presenza di un rapporto di controllo, così come disposto dall'art. 2359 c.c.

Nel merito, la disciplina, particolarmente densa e più simile a un compiuto testo normativo che a una delega in senso proprio[534], esclude, all'art. 1, comma 1, lett. *d)* il consolidamento patrimoniale, laddove afferma che restano ferme "*in ogni caso l'autonomia delle rispettive masse attive e passive*".

L'art. 3, comma 1, prevede, nell'ambito della "*crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese*" una serie di obblighi gravanti sulle imprese del gruppo, in particolare "*obblighi dichiarativi, nonché il deposito del bilancio consolidato di gruppo (...), a scopo di informazione sui legami di gruppo esistenti, in vista del loro assoggettamento a procedure concorsuali*". Parallelamente sono disposti poteri in capo all'organo di gestione della procedura, che potrebbe in particolare richiedere alla Consob, o a qualsiasi altra pubblica autorità, informazioni utili ad accertare l'esistenza di collegamenti di gruppo.

La stessa disposizione chiede all'Esecutivo di introdurre la possibilità di proporre un unico ricorso per il gruppo di imprese sia per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti del gruppo, sia per l'ammissione delle società del gruppo alla procedura di concordato preventivo, con la presentazione di un piano concordatario unico o di piani distinti ma fra loro collegati.

---

533 Cfr. *supra*, capitolo III, §4.2.

534 Così FABIANI M., *Di un ordinato…, cit.*, pp. 261 ss. L'autore sottolinea anche come sia stata persa l'opportunità di superare, seppur parzialmente, il principio di autonomia giuridica ricorrendo alla teoria dei vantaggi compensativi anche in sede concorsuale.

Infine, è richiamato il principio di postergazione del rimborso dei finanziamenti erogati fra società o imprese appartenenti allo stesso gruppo, così come previsto dall'art. 2497-*quinquies* c.c., che dispone l'applicazione dell'art. 2467 c.c. in tema di finanziamenti dei soci ai gruppi di società, salvo che tali finanziamenti siano posti in essere "*in funzione o in esecuzione di una procedura di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione dei debiti*". La disposizione ricalca l'art. 182-*quater* dell'attuale legge fallimentare[535].

Il comma terzo dell'art. 3 del ddl Rordorf si dedica poi specificamente all'ipotesi di gestione unitaria della procedura di liquidazione giudiziale di gruppo. A tal proposito, si prevede che sia nominato un unico giudice delegato ed un unico curatore e che i costi della procedura siano ripartiti fra le singole imprese del gruppo secondo un criterio proporzionale.

Il ddl attribuisce al curatore la legittimazione ad esperire le azioni revocatorie e di responsabilità nei confronti delle imprese e degli organi gestori delle imprese del gruppo (art. 3, lett. *c)*). Non è invece prevista la possibilità di introdurre un'azione revocatoria aggravata, come quella disciplinata nell'ambito dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di crisi[536].

Al curatore spetta anche l'esercizio delle azioni di responsabilità di cui all'art. 2497 c.c., nonché il potere di presentare denuncia di "*gravi irregolarità gestionali*" nei confronti di società del gruppo che non siano assoggettate alla procedura concorsuale di gruppo.

La procedura di liquidazione giudiziale così delineata ha la capacità di interferire sulle altre imprese del gruppo; massima espressione di tale interconnessione in fase concorsuale è la disposizione contenuta alla lett. *c)*, n. 4 dell'art. 3, a norma della quale il curatore può chiedere direttamente l'accertamento dello (o segnalare ai relativi organi di amministrazione e controllo lo) stato d'insolvenza delle imprese del gruppo non ancora assoggettate alla procedura di liquidazione giudiziale.

Infine, il curatore è legittimato a proporre il concordato liquidatorio giudiziale, regolato dall'art. 7, comma 10, lett. *d)* del ddl: la disposizione è "*opportuna, in quanto consente al curatore di favore con la propria iniziativa la composizione concordata della crisi*"[537].

---

[535] Su cui si veda *supra*, capitolo III, §1.
[536] Cfr. *supra*, capitolo III, §3.1.
[537] PANZANI L., *La disciplina della crisi di gruppo…, cit.*, pp. 1153 ss.

L'azione della riforma *de qua* sulla disciplina della crisi dei gruppi è stata definita "conservativa"[538], nel senso che non supera il dogma della separazione patrimoniale preferendo forme più o meno accentuate di consolidamento procedurale. Il che, peraltro, non è necessariamente un dato negativo, anche se, come visto in precedenza[539], il consolidamento patrimoniale è oggetto di forti critiche da parte della dottrina, che ne ha posto in luce molteplici "difetti" e problematicità applicative.

Una regolamentazione della crisi patrimoniale dei gruppi di società, peraltro, è, come si è detto più volte e come sottolineato dalla dottrina in modo trasversale[540], più che auspicabile. Sono pertanto riconosciuti i vantaggi di una legislazione concorsuale che, finalmente, riconosca dignità al gruppo anche nella sua fase patologica di crisi.

[538] FABIANI M., *Di un ordinato…, cit.*, pp. 261 ss.
[539] *Supra*, capitolo I, §5.1.
[540] *Supra*, capitolo I, §4.

Conclusioni

Alla luce del presente lavoro, traspaiono due diverse prospettive in base alle quali la crisi del gruppo di società può essere affrontata:

- con riferimento all'intervento dell'autonomia nel perseguimento del risanamento delle società del gruppo in stato di crisi, o quanto meno della loro liquidazione con lo scopo di preservare la produttività del gruppo medesimo nel suo complesso;
- con riferimento alle procedure concorsuali da applicarsi effettivamente quando una o più società del gruppo versino in stato di crisi o di insolvenza.

Quanto al primo profilo, di natura essenzialmente civilistico-commerciale, è la disciplina dei vantaggi compensativi che entra in gioco, primariamente nell'individuazione dei limiti entro cui la capogruppo possa disporre il coinvolgimento del gruppo nella crisi di alcune delle sue componenti; tale attività, interna al gruppo, può svolgersi mediante finanziamenti, interventi sugli organi di amministrazione oppure riorganizzazioni societarie sotto forma di operazioni straordinarie. Ciò che rileverà, oltre alla disciplina specifica di ciascun istituto, sarà il più generale principio (dettato *in primis* dall'art. 2497 c.c.) secondo cui ciascun atto posto in essere a danno di una società nel perseguimento dell'interesse di gruppo deve essere compensato da un beneficio di pari intensità a vantaggio della medesima società.

Quanto al secondo profilo, relativo più precipuamente alle procedure concorsuali, non è del tutto autonomo rispetto al primo; vi sono, infatti, punti di contatto, proprio ad opera degli operatori economici, che, nell'ambito di quelle procedure concorsuali che consentono un intervento del debitore insolvente, si sono nel tempo attivati per veder riconosciuta, anche in fase di crisi, quell'unitarietà economica che caratterizzava le società del gruppo finché erano *in bonis*, altrimenti negletta in base al diritto positivo.

Così sono nati i concordati preventivi di gruppo, la teoria della supersocietà di fatto e tutto quell'insieme di "tentativi empirici", così come definiti dalla Suprema Corte[541], che hanno cercato di dare veste formale al gruppo di società insolvente.

Queste manovre sono state poste in essere dalla prassi commerciale e giudiziaria al fine di superare la rigidità dell'autonomia giuridica delle singole componenti del gruppo e della conseguente separazione patrimoniale e frammentazione procedurale

[541] Cass. civ., sent. 20559/2016, *cit.*

nella gestione delle crisi: esse vanno lette alla luce della diffusione del gruppo di società, che ormai si atteggia a forma organizzativa *standard* nella realtà economica imprenditoriale nazionale ed internazionale.

Date queste premesse, si può certamente affermare come sia non solo sentita, ma anche razionale e ragionevole, la necessità di un coordinamento nella gestione delle crisi patrimoniali e finanziarie delle varie entità che compongono il gruppo, che, nella assoluta maggioranza dei casi, si presenta quale realtà economica integrata, sintetizzabile nella definizione di impresa di gruppo, piuttosto che di gruppo di imprese.

Questa è l'idea di fondo che ha mosso le prime legislazioni concorsuali in materia: l'Italia si è dimostrata all'avanguardia quando, sul finire degli anni '70, introdusse una procedura concorsuale, l'amministrazione straordinaria, che, sebbene destinata alle sole imprese di grandi dimensioni, era dotata di disposizioni specificamente dedicate ai gruppi. Fu probabilmente lo scopo ultimo di tale procedura, il recupero dell'attività produttiva, a determinare la necessità di prendere in considerazione il gruppo: è proprio nei tentativi di risanamento, infatti, che una gestione sconnessa e disarticolata della crisi, svalutando il valore organizzativo del gruppo, genera maggiori problematicità.

Su quest'onda è andato formandosi, sul piano interno, un *favor* legislativo che ha portato alla codificazione di una pluralità di procedure concorsuali speciali dotate di regolamentazioni di raccordo per i gruppi di imprese.

Simile tendenza è riscontrabile sul piano internazionale, laddove la frammentazione nella gestione dell'insolvenza transfrontaliera del gruppo multinazionale è capace di produrre complicazioni ancora più tangibili che non su scala nazionale. Quando le questioni di competenza si trasformano in questioni di riparto di giurisdizione, infatti, non solo si moltiplicano le procedure concorsuali, ciascuna isolata dalle altre, ma, parallelamente, vengono applicate regole differenti, facenti capo a ciascun ordinamento coinvolto, relativamente a beni facenti capo al medesimo "debitore sostanziale". Da ciò discende un'altissima probabilità che il patrimonio del gruppo si disgreghi e perda di appetibilità sul mercato.

Per risolvere tali difficoltà, la comunità internazionale ha, sin dagli anni '90, introdotto regolamentazioni *ad hoc* dedicate all'insolvenza transfrontaliera, con lo scopo di garantire una continuità fra struttura economica e giuridica dei gruppi multinazionali.

I testi internazionali in materia hanno così promosso il coordinamento fra procedure, la comunicazione e cooperazione fra corti giudiziarie, il riequilibrio dei patrimoni so-

ciali delle imprese del gruppo e, in sostanza, una gestione della crisi tesa a favorire una composizione quanto più vantaggiosa possibile per l'attività economica dell'impresa guardata nel suo complesso e non estrapolata dal contesto di gruppo in cui opera.

In sostanza, tanto sul piano interno quanto su scala internazionale, l'orientamento tradizionale, fondato sull'autonomia giuridica delle società del gruppo, genera scompensi non indifferenti che portano o alla svalutazione dei beni del debitore, o, laddove le corti di merito decidano di supplire al silenzio del legislatore, a inevitabili, ma inaccettabili, rischi per la certezza del diritto, vista l'estrema diversificazione delle risposte possibili in assenza di principi codificati.

Ad oggi, in Italia, non esiste una regolamentazione di carattere generale della crisi del gruppo di società e, anzi, la legge fallimentare si disinteressa sostanzialmente del fenomeno. Risultato è che il dato positivo, a stretto tenore letterale, vuole che ogni tentativo, per quanto timido, di superare l'inflessibilità dell'autonomia giuridica sia stroncato sul nascere.

La giurisprudenza di merito ha spesso disconosciuto questa lettura, omologando negli anni svariati concordati preventivi di gruppo; così anche la giurisprudenza della Cassazione ricorrendo, nell'ambito del gruppo paritetico, alla teoria della supersocietà, ha accolto una ricostruzione tesa a consolidare, almeno in determinate situazioni limite, i patrimoni e le procedure di più società del gruppo.

La stessa Suprema Corte, tuttavia, si è dimostrata di recente intransigente, esaltando il dato formale, sull'ammissibilità del concordato preventivo di gruppo, argomentando come, *de jure condito*, non sia possibile valorizzare la natura unitaria del gruppo.

Le risposte alle sollecitazioni della prassi di settore si risolvono, quindi, da un lato negli orientamenti integrativi della giurisprudenza di merito, che, tuttavia, può supplire al perdurante agnosticismo del legislatore nei limiti della legge, quindi entro confini, in materia, ben poco accomodanti. Dall'altro lato, si attende un intervento riformatore del legislatore che aggiorni la legge fallimentare alla realtà economica oramai predominante.

In tal senso muove la riforma Rordorf della legge fallimentare, al momento in discussione al Senato della Repubblica. Allo stato attuale delle cose, non è possibile valutare a fondo i contenuti di questo testo, mero disegno di legge delega dal destino fortemente incerto, data l'attuale instabilità politica e il poco tempo rimasto al termine fisiolo-

gico della legislatura. Ciò nonostante, il ddl si colloca in continuità con il generale *favor* legislativo ravvisabile su scala europea che spinge verso una regolamentazione del fenomeno, in continuità con le nuove discipline di diritto internazionale e comunitario[542].

Si può dunque concludere che una gestione razionale della crisi del gruppo di società, laddove esso sia una realtà economica integrata, non può che dipanarsi in procedure coordinate (o uniche per l'intero gruppo) e in meccanismi e strumenti di raccordo fra i patrimoni delle sue varie componenti. Come affermato da autorevole dottrina, del resto, "*se la necessità di garantire la piena tutela dei creditori di ogni società assicurando la separazione delle masse attive e passive rimane un punto formo, occorre tuttavia che il progetto di ristrutturazione o il programma di liquidazione delle attività le investa in modo unitario, essendo evidente che altrimenti le possibilità di conservazione dell'impresa o di liquidazione in termini tali da assicurare la massimizzazione del valore degli assets risulterà gravemente compromessa, con conseguenze pregiudizievoli proprio per i creditori*"[543].
Questa, pertanto, è la direzione che ci si augura che verrà (finalmente) intrapresa, con convinzione, del legislatore nazionale.

[542] Come ovvio, ci si riferisce rispettivamente alla Parte terza della *Legislative guide on insolvency law* dell'Uncitral del 2010 e al Regolamento UE n. 848/2015.
[543] PANZANI L., *La disciplina della crisi di gruppo…, cit.*, pp. 1153 ss.

Bibliografia

- AA. VV., *Manuale di Diritto commerciale*, a cura di BUONOCORE V., Torino, Giappichelli, 2001.
- ABBADESSA P., *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, pp. 288 ss.
- ABETE L., *Il fallimento della supersocietà (di fatto) occulta: "controindicazioni" applicative – il commento*, in *Società*, 2017, 2, pp. 163 ss.
- ABETE L., *L'insolvenza nel gruppo e del gruppo*, in *Fallimento*, 2009, n.9, pp. 1111 e ss.
- ABETE L., *La "bozza Rordorf": l'impatto delle innovazioni prefigurate in ambito societario*, in *Fallimento*, 2016, 10, pp. 1132 ss.
- ABRIANI N., PANZANI L., *Crisi ed insolvenza nei gruppi di società*, in CAGNASSO O., PANZANI L. (a cura di), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Torino, Utet, 2016, II, pp. 2991 ss.
- ALESSI G., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi: Commento sistematico al D.L.GS.8 luglio 1999*, Milano, Giuffrè, 2000.
- ANGELI F. (a cura di), *Rapporto Unioncamere 2005*, *Centro Studi*, Camere di commercio d'Italia, 2006.
- ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali*, Seconda edizione, 2006, Padova, Cedam, pp. 189 ss.
- Assonime, *Rapporto sull'attuazione della riforma della legge fallimentare e sulle sue più recenti modifiche,* Roma, aprile 2012, p. 14, rinvenibile in www.assonime.it.
- BACCETTI N., *Commento all'art. 1*, in *La legge Marzano. Commentario*, a cura di CASTAGNOLA A., SACCHI R., Torino, Giappichelli, 2006.
- BARIATTI S., CORNO G., *Il Regolamento (UE) 848/2015 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015 relativo alle procedure di insolvenza (rifusione). Una prima lettura*, ne ilFallimentarista.it, *Focus* del 9 settembre 2015.
- BARIATTI S., CORNO G., *Il Regolamento (UE) del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015 relativo alle procedure (rifusione). Una prima lettura*., ne ilFallimentarista.it, *Focus* del 9/9/2015.

- BARTALENA A., *La partecipazione di società di capitali in società di persone,* in *Il Nuovo diritto delle società*, diretta da ABBADESSA P. e PORTALE G., Torino, Utet, 2006, pp. 99 ss.
- BASTIA P., BROGI R.**,** *Operazioni societarie straordinarie e crisi d'impresa*, IPSOA, 2016.
- BOGGIO L., *Insolvenza internazionale – centre of main interests, dipendenze e trasferimento della sede: cercando di sfuggire al giudicato sulla giurisdizione concorsuale…,* in *Giur. It.*, 2017, 2, pp. 379 ss.
- BUONAURA C., *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, in ABBADESSA P., *Società, banche e crisi di impresa, Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da CAMPOBASSO M. *et al.*, Torino, Utet, 2014.
- BONFATTI S., *La disciplina delle crisi delle società fiduciarie e di revisione*, Milano, Giuffrè, 2001.
- BONFATTI S., CENSONI P. F., *Manuale di diritto fallimentare*, Seconda edizione, Padova, Cedam, 2007.
- BLASSES, *Reading into Reality, Substantive Consolidation of Parent Corporations and Subsidiaries*, 24 *Emory Bankruptcy Developments Journal*, 2008, pp. 473 ss.
- BROGI R., *Il concordato preventivo di gruppo e la fusione*, in www.osservatorio-oci.org, 2014.
- CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società*, a cura di Campobasso M., Torino, Utet, 2006.
- CARBONE S. M., *Una nuova ipotesi di disciplina italiana sull'insolvenza transfrontaliera*, in *Fallimento*, 2000, 9, pp. 950 ss.
- CASTAGNOLA A., voce Legge Marzano, ne *Il diritto, Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, Milano, 2007.
- *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, and the European Economic and Social Committee*, 12 dicembre 2012, p. 2.
- COSTI R., *L'ordinamento bancario*, 5ª edizione, Bologna, Il mulino, 2012, pp. 654-658 e 881- 891.
- DE CESARI P., *Il rapporto tra procedura principale e procedure secondarie nel regolamento n. 1346/2000: un aiuto dalla cassazione, ma molti sono i problemi ancora aperti*, in *Fallimento*, 2016, 7, pp. 829 ss.
- DE CESARI P., *Riforma Rordorf e sollecitazioni europee: le parallele cominciano a convergere*, in *Fallimento*, 2016, 10, pp. 1143 ss.

- DE CESARI P., MONTELLA G., *Osservatorio internazionale sull'insolvenza – sviluppi dell'attività dell'Uncitral in materia d'insolvenza*, in *Fallimento*, 2016, 7, pp. 870 ss.
- DI MAJO A., *Il fenomeno del concordato c.d. di gruppo e il diniego espresso della Corte di cassazione*, in *Giur. It.*, 2016, 2, pp. 395 ss.
- DI MAJO A., *I gruppi di imprese nel concordato preventivo*, in GHIA L., PICCININNI C., SEVERINI F., *Trattato delle procedure concorsuali, Vol. 4*, Torino, Utet, 2011.
- DI MAJO A., *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Torino, Giappichelli, 2012.
- DI MAJO A., *I gruppi di società. Responsabilità e profili concorsuali*, in G. Lo Cascio (a cura di), *Il nuovo Diritto Societario*, Milano, Giuffrè, 2012.
- DI MAJO A., *Il "gruppo di imprese" entra nelle procedure concorsuali,* ne *Il Sole 14 Ore*, 18 gennaio 2016, p. 27.
- DI MAJO A., *Il fenomeno del concordato c.d. di gruppo e il diniego espresso dalla Corte di cassazione*, ne *ildirittodegliaffari.it*, 29 marzo 2016.
- DOTEVALL R., *EU Insolvency Regulation and Multiregulational Combines*, in *Scandinavian Studies in Law*, 2012, Vol. 57.
- ESSER H. P., *Reform of the EU Regulation: New Framework for Insolvent Company Groups: Part I*, in *ABIJ*, 2015, vol. 34, issue 3, pp. 38 ss. e *Part II*, in *ABIJ*, 2015, vol. 34, issue 4, pp. 46 ss.
- FABIANI M., *Concordato preventivo e gruppo di società: colpito ma non affondato*, in *Foro it.*, 2016, Parte I, pp. 1372 ss.
- FABIANI M., *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2016, 3, pp. 261 ss.
- FARENGA L., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di crisi, la fase prodromica di commissariamento giudiziale (c.d. fase di osservazione)*, Giuffrè, Milano, 2005.
- FERRI J., *Insolvenza e crisi dell'impresa organizzata in forma societaria*, in *Riv. dir. comm*, 2011, I, pp. 413 ss.
- FAUCEGLIA G., *Uno*, *nessuno, centomila: il concordato preventivo di gruppo*, in *Giur. Comm.*, 2016, II, p. 129.
- FIMANNÒ F., *Il fallimento ascendente della supersocietà di fatto in liquidazione per subornazione delle società dominate*, in *Fallimento*, 2016, 11, pp. 1186 ss.

- FIMANNÒ F., *La vera ragione dell'eccezionalità dell'art. 147, comma 5, legge fallim.: l'invulnerabilità della persona giuridica*, in *Dir. Fall.*, 2017, 2, pp. 571 ss.
- FIMMANÒ F., *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società madre*, in *Riv. not.*, 2012, 2, pp. 267-318.
- FITTANTE A., *Il ddl delega della Commissione Rordorf: una riforma organica della crisi di impresa*, ne *ilFallimentarista.it*, *Focus* 17/6/2016.
- Forum Europaeum sul diritto dei gruppi di società, *Un diritto dei gruppi di società per l'Europa*, in *Riv. dir. soc.*, 2001, 1, pp. 348 e ss.
- GALLAGHER A., CHAN N., *Recast EU Insolvency Regulation: a welcome development*, in *ABIJ*, 2015, vol. 34, issue 10, pp. 22 ss.
- GARCEA M., *La rilevanza del gruppo nelle gestioni negoziate della crisi d'impresa*, in *Società*, 2012, pp. 943 ss.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, XVII edizione, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.
- GHIA L., PICCININNI C., SEVERINI F., *Trattato delle procedure concorsuali, Vol. 4*, Torino, Utet, 2011.
- GHIONNI CRIVELLI VISCONI P., *La c.d. supersocietà tra società di capitali al primo (e parziale) vaglio della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2017, 1, pp. 55 e ss.
- GIOVAGNOLI R. (a cura di), *Temi di diritto civile, penale, amministrativo*, Teramo, Giuffrè, 2012.
- GOPALAN S., GUIHOT M., *Cross-border insolvency law and multinational enterprise groups: judicial innovation as an international solution*, in *George Washington International Law Review*, vol. 48, n.3, 2016.
- JAEGER P. G., DENOZZA F, TOFFOLETTO A., *Appunti di diritto commerciale, Impresa e società,* 7ª edizione, Milano, Giuffrè, 2010.
- JORIO A., *La riforma dell'amministrazione straordinaria e le alter procedure concorsuali,* in *Fall. e amm. str.*, Atti dei Convegno S.I.S.C.O. di Milano del 15 novembre 1997, Milano, 1999, p. 102.
- LAMANNA F., *La "crisi" nel gruppo d'imprese: breve report sull'attuale stato dell'arte*, ne *ilFallimentarista.it*, *Focus* del 31 luglio 2012.
- LIBONATI B., *Il gruppo insolvente*, Firenze, Nardini, 1981.
- LO CASCIO G., *L'espansione dell'amministrazione straordinaria,* in *Fallimento*, 2005, 4, pp. 376 ss.
- LOPUCKI L.M., *Global and Out of Control?*, in 79 *Am. Bankr. L. J.*, 2005, p. 92.

- MANGANELLI P., *The Modernization of European insolvency law: an ongoing process*, in *J. Bus. & Tech.*, 2016, 11, pp. 153.
- MAZZONI A., *Concordati di gruppi transfrontalieri e disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, pp. 552 ss.
- MEO G., *Il risanamento finanziato dai creditori, lettura dell'amministrazione straordinaria,* Milano, Giuffrè, 2013.
- MEVORACH I., *Is the future bright for enterprise groups in insolvency? – analysis of UNCITRAL's new recommendations on the domestic aspects*, in OMAR P. (a cura di), *International insolvency law: challenges and reforms*, Ashgate, Aldershot, 2012.
- MINUTOLI G., *L'insolvenza transnazionale nei gruppi di imprese: il punto in dottrina e in giurisprudenza*, in *Giur. mer.*, 2010, n.6, pp. 1570 ss.
- MIOLA M., *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 5, pp. 11079 ss.
- MIOLA M., *Riflessioni su responsabilità per eterodirezione dell'impresa e procedure concorsuali*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, rivista telematica, 2015: http://rivistaodc.eu/.
- MONTALENTI P., *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, pp. 820-829.
- MONTELLA G., *La Corte di Giustizia e il COMI: eppur (forse) di muove!*, ne *ilFallimentarista.it*, *Focus* del 1/3/2012.
- NEGRI CLEMENTI A., FEDERICI F. M., *La natura della responsabilità della capogruppo e la tutela del socio di minoranza*, in *Società*, 2013, 5, pp. 519 ss.
- NEIL H. COOPER, *Insolvency proceedings in case of groups of companies: prospects of harmonisation at EU level*, in *europarl.europa.eu*, 2011.
- NIGRO A., VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, il Mulino, 2009.
- PANZANI L., *Il gruppo di imprese nelle soluzioni giudiziali della crisi*, in *Società*, 2013, 12, pp. 1358 ss.
- PANZANI L., *L'insolvenza dei gruppi di società*, in *Riv. dir. imp.*, 2009, pp. 525 ss.
- PANZANI L., *La disciplina della crisi di gruppo tra proposte di riforma e modelli internazionali*, in *Fallimento*, 2016, 10, pp. 1153 ss.
- PANZANI L., *La nozione di COMI nella disciplina comunitaria dell'insolvenza transfrontaliera: i casi Interdil e Rastelli,* in *Int'l Lis*, 2012, 1, pp. 31 ss.

- Poli S., *Ammissibilità e tecniche di proposizione del "concordato di gruppo" dopo l'intervento della S.C.*, in *Fallimento*, 2016, 2, pp. 142 ss.
- POLI S., *Il "concordato di gruppo": I) profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplenza giurisprudenziale*, in *Contr. imp.*, 2014, 6, pp. 1345 ss.
- POLI S., *Il "concordato di gruppo": II) verifica critica degli approdi giurisprudenziali con tentativo di ricavare dal sistema le chiavi per un parziale superamento del dogma della separazione delle masse (attive)*, in *Contr. imp.*, 2015, 1, pp. 100 e ss.
- PROVERA V., *Supersocietà di fatto, costituzione e conseguenze in caso di insolvenza*, in *diritto24.ilsole24ore.com*, 16 settembre 2016.
- PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1974.
- Report Istat 2013, *I gruppi di impresa in Italia*, in http://www.istat.it.
- SCOGNAMIGLIO G., *"Clausole generali" e disciplina dei gruppi di società*, presentato al convegno "*Le clausole generali nel diritto commerciale e industriale*", Roma, 2011, consultabile sul sito www.orizzontideldirittocommerciale.it.
- SCOGNAMIGLIO G., *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2008, II, pp. 1091 ss.
- STANGHELLINI L., *D.lgs. 180 e 181 del 16 novembre 2015: le nuove regole sulle crisi bancarie*, in *Quot. giur.*, 17 dicembre 2015.
- STANGHELLINI L., *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, Roma, 2014, pp. 147 ss
- TOMBARI U., *Crisi di impresa e doveri di "corretta gestione societaria e imprenditoriale" della società capogruppo. Prime considerazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, pp. 631 ss.
- VATTERMOLI D., *Gruppi insolventi e "consolidamento" di patrimoni (substantive consolidation)*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, pp. 586 ss.
- VATTERMOLI D., *Gruppi multinazionali insolventi*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, pp. 585-627.
- VATTERMOLI D., *La subordinazione "equitativa" (Equitable Subordination)*, in *Società*, 2009, pp. 1390 ss.
- VATTERMOLI D., *Par condicio omnium creditorum*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 165.
- WESSELS B., MARKELL B. A., KILBORN J. J., *International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters*, pp. 123 e ss.

- ZANARONE G., *Della società a responsabilità limitata*, in *Il Codice Civile Commentato* diretto da SCHLESINGER P., Milano, Giuffrè, 2010.