

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE A CICLO UNICO IN GIURISPRUDENZA

I gruppi di imprese nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

Relatore:

Prof. Angelo Castagnola

Correlatore:

Dott. Alessio Filippo Di Girolamo

Candidato: Matteo Engheben Matricola n. 856809

Anno accademico 2018/2019

Indice

Capitolo 1. La nozione e la definizione di "gruppo di								
imprese"								
1.1 La nascita e lo sviluppo del fenomeno dei gruppi di imprese pag.	9							
1.1.1 Gruppi di imprese e procedure concorsuali: le prime esperienze legislative	ir							
taliapag.	1(
1.1.2 Il d.lgs. 6/2003 e la positivizzazione di una disciplina generale per i grup	p							
pag.	15							
1.1.3 Il perdurante silenzio riguardo i gruppi di imprese nelle procedure concorsus	ıl							
(ordinarie) anche a seguito delle riforme della legge fallimentarepag.	17							
1.2 Le definizioni di gruppo a livello sovranazionale pag.	19							
1.2.1 La nuova <i>Model Law</i> elaborata dall'UNCITRALpag. 2	2(
1.2.2 Il regolamento (UE) 2015/848	22							
1.3 La recente attività parlamentare avente ad oggetto i gruppi insolver	t							
pag. 2	26							
1.3.1 I lavori della commissione Rordorf e la successiva legge 19 ottobre 2017, n. 1:	55							
pag. 2	26							
1.3.2 La (prima) definizione generale positiva di "gruppo di imprese" <i>ex</i> art. 2, lett.	h)							
e i) del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenzapag. 2	28							
Capitolo 2. Concordato preventivo di gruppo								

2.1.1 Il silenzio della normativa fallimentare in tema di concordato prevent	:1VO d1
gruppor	ag. 39
2.1.2 I tentativi della prassi e l'apparente <i>favor</i> della giurisprudenzap	ag. 43
2.1.2.1 La prassi anteriore alla riforma del 2005p	ag. 43
2.1.2.2 La prassi successiva alla novellazione normativa	ag. 45
2.1.2.3 Concordato di gruppo ed esperienza pratica: gli esiti	ag. 48
2.1.3 I principali orientamenti dottrinalip	ag. 49
2.1.3.1 Concordato di gruppo ed art. 2740 c.cp	ag. 49
2.1.3.2 Concordato di gruppo, fusione e newco	ag. 52
2.1.3.3 Il plusvalore derivante dalla gestione unitaria della crisi del gruppop	ag. 54
2.1.3.4 Alcune osservazioni conclusive sul puntop	ag. 56
2.1.4 Il definitivo diniego della Corte di Cassazionep	ag. 56
2.2 Il nuovo approccio del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenzap	ag. 59
2.2.1 Ammissibilità del concordato preventivo di gruppo e procedural consoli	dation
r	ag. 59
2.2.2 Modalità di proposizione della domanda e competenzap	ag. 62
2.2.3 (Segue) Contenuto del piano	ag. 68
2.2.4 (Segue) Votazione e opposizione all'omologazionep	ag. 72
2.2.5 (Segue) L'esecuzione del concordato preventivo di gruppo	ag. 77
2.3 Assetto pre e post codice: osservazioni conclusive p	ag. 79
Capitolo 3. Liquidazione giudiziale di gruppo	
3.1 La procedura unitaria di liquidazione giudiziale p	ag. 88
3.1.1 Una doverosa premessa: la nuova nomenclatura della procedurap	ag. 88
3.1.2 L'opportunità di un'unica procedura liquidatoriap	ag. 89
3.1.3 Competenzap	ag. 94
3.1.4 (Segue) Gli altri profili procedurali	ag. 97
3.2 I poteri del curatore nella liquidazione giudiziale di gruppo pa	g. 102
3.2.1 L'estensione della procedura ad altre imprese insolventi del gruppopa	g. 102
3.2.2 Azioni revocatorie e azioni di inefficacia	g. 106

3.2.3 Azioni di responsabilità <i>ex</i> art. 2497 c.c. e denuncia al tribunale <i>ex</i> art. 2409 c.c.
pag. 113
3.3 Postergazione dei crediti da finanziamenti infragruppo pag. 119
Capitolo 4. Accordi di ristrutturazione dei debiti
Capitolo 4. Mecol di di listi uttul azione dei debiti
4.1 La <i>vexata quaestio</i> circa la loro natura: le risposte di dottrina, giurisprudenza
e, ora, del legislatorepag. 129
4.1.1 Inquadramento della problematicapag. 129
4.1.2 L'orientamento della Cassazionepag. 132
4.1.3 La natura degli accordi di ristrutturazione alla luce del Codice della crisi
d'impresa e dell'insolvenzapag. 134
4.2 Accordi di ristrutturazione e gruppi: la disciplina codicistica pag. 139
4.3 La direttiva (UE) 2019/1023pag. 142
4.3.1 I principi e i valori perseguiti, anche in relazione ai gruppi di impresepag. 142
4.3.2 Probabili modifiche alla disciplina degli accordi di ristrutturazione (di gruppo)
alla luce della direttiva (UE) 2019/1023pag. 146
Capitolo 5. Profili fiscali
5.1 Il bilancio consolidato: il rapporto bidirezionale tra norme civili/fiscali e nuove norme concorsuali
5.2 Il ruolo dei "creditori pubblici qualificati" in relazione al nuovo istituto
dell'allertapag. 155
5.2.1 La disciplina <i>ex</i> art. 15 CCIIpag. 155
5.2.2 I profili problematici delle previsioni concernenti l'Agenzia delle entrate
5.3 La transazione fiscale
5.3.1 L'evoluzione della disciplina dedicata all'istituto
5.3.2 La "nuova" transazione fiscale nel concordato preventivopag. 166

5.3.3	La "nuova"	transazione	fiscale	negli	accordi	di	ristrutturazio	ne de	i debiti
	•••••						•••••]	pag.169
5.4 Fis	sco e gruppi	in dissesto:	alcuni s	punti	di rifles	sion	e	р	ag. 173
Conc	lusioni	•••••	•••••	•••••	•	••••	•••••	pa	g. 177
Bibli	ografia	•••••	•••••	•••••	••••••	••••	•••••	pa	g. 180
Indic	e della giu	risprudenz	za cita	ta	••••••	••••	•••••	pa	g. 193
Ring	raziamenti	İ	•••••	•••••	•••••	••••		pa	g. 196

Introduzione

Il 12 gennaio 2019, dopo un lungo *iter* parlamentare, ha visto finalmente la luce il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, con il quale la disciplina concorsuale è stata, in modo non irrilevante, innovata.

In particolare, è stata finalmente introdotta un'organica disciplina dedicata ai gruppi di imprese, dandosi in tal modo seguito ad un'esigenza che la prassi e la dottrina, come si approfondirà meglio nel corso dell'elaborato, hanno a più riprese evidenziato, soprattutto in tema di concordato preventivo.

Le procedure concorsuali che verranno in questa sede prese in considerazione sono il concordato preventivo, la liquidazione giudiziale e gli accordi di ristrutturazione dei debiti (sulla cui natura, concorsuale o meno, ci si soffermerà nel quarto capitolo): ci si è limitati a questi tre istituti in quanto sono quelli centrali nell'ambito della disciplina dettata dal nuovo codice.

L'analisi che segue si concentrerà pertanto, *principaliter*, sulle disposizioni espressamente dedicate ai gruppi, ossia gli artt. da 284 a 292 del codice, facendosi però riferimento anche alle disposizioni di carattere generale, quando ciò sarà necessario per meglio comprendere la disciplina dedicata al fenomeno, di volta in volta, esaminato o per colmare le possibili lacune che verranno segnalate.

L'indagine prenderà le mosse dalla definizione di "gruppo di imprese" che il codice, all'art. 2, lett. h), prevede: in particolare, dopo aver analizzato le definizioni contenute nelle fonti italiane e sovranazionali, si tenterà di dimostrare come quella prevista dal codice risulti la prima definizione generale del fenomeno in esame, valevole quindi anche in altri settori del diritto, quale quello societario.

Il secondo capitolo sarà invece dedicato alla disciplina dettata per il concordato preventivo di gruppo. Dopo aver analizzato l'esperienza pratica e teorica che ha preceduto (ed incentivato l'introduzione di) questa disciplina, ci si concentrerà, anzitutto, sulle norme procedurali da seguire per potersi avvalere di tale strumento: competenza, modalità di presentazione e contenuto del piano di gruppo, modalità di votazione e di esecuzione dello stesso.

Oggetto delle pagine finali del capitolo in esame saranno, invece, i limiti e le modalità tramite le quali poter superare la soggettività giuridica delle singole imprese (ed in

particolare l'apparente limitazione *ex* art. 2740 c.c. in tema di responsabilità patrimoniale del debitore), sì da consentire trasferimenti di risorse intersocietari per meglio gestire la crisi di gruppo.

La liquidazione giudiziale di gruppo sarà argomento del terzo capitolo. Anche in tal caso, la prima parte del capitolo sarà dedicata agli aspetti procedurali, ponendo in seguito l'attenzione sul rilevante ruolo che il curatore avrà nell'ipotesi in cui alla procedura ricorra un gruppo: egli potrà estendere la procedura ad altre imprese insolventi del gruppo, promuovere l'azione di responsabilità *ex* art. 2497 c.c. e quella di denunzia al tribunale di cui all'art. 2409 c.c. In aggiunta, il codice ha previsto un'apposita azione d'inefficacia esperibile dal curatore all'interno di una procedura di gruppo, sulla cui natura si presterà particolare attenzione, non essendovi chiare indicazioni nel testo di legge.

Infine, si porrà l'attenzione sulla possibilità di postergazione dei crediti da finanziamenti infragruppo: la nuova norma concorsuale non appare ben coordinata con le due previsioni civilistiche dettate sulla medesima tematica (art. 2467 c.c., art. 2497 *quinquies*), pertanto si tenterà di proporre una interpretazione che possa assicurare coerenza al sistema.

Nel quarto capitolo, invece, l'oggetto della trattazione saranno gli accordi di ristrutturazione dei debiti: analizzate le conseguenze che potranno discendere, dalla introduzione del codice, nell'ambito del dibattito concernente la natura giuridica di tali accordi, si analizzerà la disciplina di gruppo ad essi dedicata, sottolineandone, in particolare, le differenze con quella riguardante il concordato preventivo.

Al termine del capitolo, poi, si analizzerà brevemente la nuova direttiva (UE) 2019/1023 dedicata all'armonizzazione dei quadri di ristrutturazione nei singoli ordinamenti europei, evidenziando quali modifiche potrebbe essere opportuno introdurre, in forza di quest'ultima, nella disciplina codicistica degli accordi di ristrutturazione.

Infine, nell'ultimo capitolo, si prenderanno in considerazione taluni profili fiscali inerenti alla disciplina concorsuale: dopo aver rilevato il rinnovato ruolo che il bilancio consolidato potrà avere, si analizzeranno, da un punto di vista generale, l'istituto dell'allerta, nell'ipotesi in cui siano i creditori tributari ad avere l'onere di iniziativa, e quello della transazione fiscale. A ciò seguirà, in conclusione, un'analisi delle possibili

declinazioni di questi due ultimi istituti se rapportati con l'ipotesi in cui alle procedure concorsuali ricorrano dei gruppi, anziché un'impresa singolarmente considerata.

Capitolo 1. La nozione e la definizione di "gruppo di imprese"

1.1 La nascita e lo sviluppo del fenomeno dei gruppi di imprese

Sebbene il Codice civile del 1942 avesse adottato la prospettiva di impresa monade¹ per disciplinarne il funzionamento, la realtà economica e fattuale proponeva invero già modelli organizzativi più complessi, articolati nella struttura di gruppo². Con il tempo la conglomerazione di imprese ha assunto sempre più importanza³, data una serie di vantaggi che tale conformazione permette di conseguire, quali ad esempio la diversificazione del rischio d'impresa oppure il cd. *leverage* finanziario⁴: meccanismo, quest'ultimo, che per parte della dottrina risulta essere *«uno dei più importanti motivi della formazione dei gruppi di imprese»*⁵.

Le classificazioni dei gruppi possono dipendere dalla natura della capogruppo (potendosi quindi trattare di gruppi pubblici, gruppi privati e gruppi misti, in quest'ultimo caso qualora il controllo della *holding* sia suddiviso tra azionisti pubblici e azionisti privati); dal tipo di integrazione economica intercorrente tra le imprese del gruppo (scindendosi pertanto tra gruppi orizzontali, se le imprese svolgono attività analoghe nei medesimi settori di mercato, gruppi verticali, qualora le imprese si occupino di fasi diverse del medesimo processo produttivo, e gruppi conglomerati, se le imprese operano in settori di mercato diversi); dal tipo di attività svolta dalla

⁻

¹ Anche se nella Relazione al Codice civile del Ministro Guardasigilli Dino Grandi, ed in particolare al Libro V "Del Lavoro", vi era una sezione intitolata "Dei gruppi di società e delle partecipazioni". Veniva ivi detto come «Il raggruppamento di varie società attorno ad una che le controlla è un fenomeno che risponde tipicamente agli orientamenti della moderna economia organizzata», specificando però come il codice si fosse «essenzialmente preoccupato di arginare quelle combinazioni che possono sorprendere la buona fede dei soci (...) e rappresentare di conseguenza un pericolo per l'economia nazionale».

² Ciò non solo a livello privatistico, ma anche nel settore pubblico: si pensi ad esempio all'istituzione nel 1933, sotto regime fascista, dell'IRI, il quale assunse la fisionomia di gruppo d'imprese.

³ Anche grazie al riconoscimento della meritevolezza giuridica di tale modello, operato della Cassazione nel noto "caso Caltagirone", con la sentenza 26 febbraio 1990, n. 1439.

⁴ Fenomeno che, essenzialmente, consiste in un moltiplicatore del capitale controllato a parità di capitale di rischio, con effetti non sempre positivi.

⁵ Cfr. A. DI MAJO, *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Giappichelli, Torino, 2012, pag. 9.

holding, la quale può compiere solamente attività finanziaria (in tal caso si parla di holding pura) o anche attività operativa⁶.

In Italia sono diffusi principalmente gruppi di piccole dimensioni, in cui la *holding* risulta essere il più delle volte un'impresa individuale o una persona fisica, e sono all'incirca 100.000 quelli presenti sul suolo nazionale⁷.

Nonostante l'indubbia diffusione e la grande importanza che i gruppi d'imprese rivestono all'interno dell'economia nazionale, per molto tempo è mancata una disciplina giuridica che si occupasse di svariati profili problematici ad essi connessi, tra i quali, per quello che qui interessa, i profili concorsuali.

In aggiunta, va sottolineato come, all'interno del nostro ordinamento, sia fino ad oggi mancata una generale definizione di "gruppo d'imprese", scelta probabilmente consapevole del legislatore, il quale sembrava preferire, data la dinamicità di tale realtà, che venisse lasciata all'interprete l'individuazione dei confini del fenomeno in relazione alla singola fattispecie concreta.

Ma, a partire dagli anni '80, la tendenza degli anni precedenti, seppur settorialmente, iniziò a cambiare, come ora meglio si vedrà.

1.1.1 Gruppi di imprese e procedure concorsuali: le prime esperienze legislative in Italia

Primo esempio di positivizzazione di un legame tra gruppi d'imprese e diritto concorsuale si rinviene nella legge 1 agosto 1986, n. 430⁸, in tema di liquidazione coatta amministrativa delle società fiduciarie e delle società di revisione. In tale testo normativo era prevista ⁹ l'estensione della procedura liquidatoria alle società controllanti o controllate dalla società fiduciaria o di revisione sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, qualora fossero sottoposte alla «stessa direzione»

⁶ In relazione alla classificazione dei gruppi d'imprese si vedano più diffusamente: G. GUIZZI, *I gruppi di società*, in AA. VV., *Diritto delle società*. *Manuale breve*, Giuffrè, Milano, 2012, pag. 360 e ss.; G. PRESTI, M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, vol. I e II, Zanichelli, Torino, 2017, pag. 670.

⁷ Si veda, per tali dati, il Report Istat del 9 novembre 2018, relativo all'anno solare 2016, a pag. 6. Tale Report è consultabile al sito: https://www.istat.it/it/files/2018/11/Report-Risultati-economici-imprese-2016.pdf/.

⁸ Tramite la quale è stato convertito in legge il d.l. 5 giugno 1986, n. 233.

⁹ All'art. 2 del d.l. 233/1986, poi convertito in legge con alcune modifiche contenute nell'art. 1 della legge di conversione.

della società de qua e fossero «finanziate in via continuativa o in misura prevalente dalla società posta in liquidazione coatta amministrativa». Tralasciando una più approfondita analisi nel merito della specifica procedura, viene in rilievo, in relazione alla tematica oggetto di questo capitolo, come in tal caso il legislatore abbia omesso una generale definizione di gruppo d'imprese. Anzi, è bivalente quanto contenuto nell'articolo in questione: a differenza di quanto previsto nella legge Prodi bis (si veda infra), ove alla definizione di gruppo segue l'elencazione dei presupposti di applicabilità della disciplina, qui la definizione è, allo stesso momento, presupposto per l'applicazione della normativa in questione. Si vengono quindi a sommare due elementi diversi, e, partendo da tale osservazione, si capisce come quanto contenuto in tale normativa non possa essere assunto come definizione generale con valenza sistemica per l'ordinamento.

Cronologicamente successivo è poi il Testo Unico Bancario (TUB)¹⁰, all'interno del quale sono presenti gli artt. 98-105 ter dedicati ai profili concorsuali concernenti i gruppi bancari¹¹. All'interno del TUB è contenuto anche l'art. 60¹², che parte della dottrina ha definito come «l'unica definizione compiuta del gruppo d'impresa» in quanto «almeno a livello generale il gruppo può identificarsi con un'aggregazione di società formalmente autonome e indipendenti l'una dall'altra, ma tutte assoggettate ad una direzione unitaria perché una di esse detiene quote di maggioranza assoluta o relativa, anche indirettamente, nelle altre società»¹³. Ciò che però, a mio avviso, tale dottrina non considera (rectius: non considera debitamente, in quanto, dopo averne fatta rapida menzione, ne tralascia le implicazioni) è il fatto che l'art. 60 TUB, letto in combinato disposto con l'art. 61 TUB¹⁴, definisca sostanzialmente il solo gruppo

¹⁰ D. lgs. 1 settembre 1993, n. 385.

¹¹ Riguardo al merito delle previsioni ivi contenute si veda: R. COSTI, F. VELLA, *Commentario breve al testo unico bancario*, Cedam, Padova, 2019, pag. 550 e ss.

¹² Il quale recita «Il gruppo bancario è composto alternativamente: a) dalla banca italiana capogruppo e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali da questa controllate; b) dalla società finanziaria o dalla società di partecipazione finanziaria mista capogruppo italiana e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali da questa controllate, quando nell'insieme delle società da essa partecipate vi sia almeno una banca italiana controllata e abbiano rilevanza determinante, secondo quanto stabilito dalla Banca d'Italia, le partecipazioni in società bancarie e finanziarie».

 ¹³ Cfr. G. FAUCEGLIA, Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza, Giappichelli, Torino, 2019, pag. 214.
 ¹⁴ Secondo il quale «1. Capogruppo è la banca italiana o la società finanziaria o la società di partecipazione finanziaria mista con sede legale in Italia, cui fa capo il controllo delle società componenti il gruppo bancario e che non sia, a sua volta, controllata da un'altra banca italiana o da un'altra società finanziaria o società di partecipazione finanziaria mista con sede legale in Italia, che possa essere considerata capogruppo. 2. Comma abrogato dal d.l. 27 dicembre 2007, n. 297, convertito

verticale, ove la banca è la società capogruppo, la quale controlla «società bancarie, finanziarie e strumentali». Questo dato, se considerato insieme alle note peculiarità che contraddistinguono il settore bancario (tanto da essersi resa opportuna l'emanazione di un testo unico che lo disciplinasse organicamente), ritengo possa essere argomentazione soddisfacente per negare la valenza generale della definizione di gruppo contenuta nella disciplina in commento. Ciò sembra essere confermato anche dal fatto che oggetto di definizione sia il 'gruppo bancario': il dato letterale non è certamente decisivo di per sé, ma, se unito a quanto prima detto, ritengo sia elemento ulteriore che avalla la tesi sostenuta.

Segue, in tema di Amministrazione straordinaria, la normativa, non modificata dalle successive revisioni¹⁵, contenuta nella c.d. "Legge Prodi *bis*"¹⁶, della quale interessa soprattutto l'art. 80¹⁷, ove è contenuta una definizione di "imprese del gruppo", basata essenzialmente sui concetti di controllo¹⁸, con un richiamo esplicito all'art. 2359 c.c.¹⁹, e di 'direzione comune'. Già da una prima lettura dell'articolo in questione, si evince

con modificazioni dalla l. 23 febbraio 2007, n. 15. 3. Ferma restando la specifica disciplina dell'attività bancaria, la capogruppo e' soggetta ai controlli di vigilanza previsti dal presente capo. La Banca d'Italia accerta che lo statuto della capogruppo e le sue modificazioni non contrastino con la gestione sana e prudente del gruppo stesso. 4. La capogruppo, nell'esercizio dell'attività di direzione e di coordinamento, emana disposizioni alle componenti del gruppo per l'esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilita' del gruppo. Gli amministratori delle società del gruppo sono tenuti a fornire ogni dato e informazione per l'emanazione delle disposizioni e la necessaria collaborazione per il rispetto delle norme sulla vigilanza consolidata. 5. Alla società finanziaria e alla società di partecipazione finanziaria mista capogruppo si applica l'articolo 52».

¹⁵ Si fa riferimento al d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito poi, con modifiche, nella l. 18 febbraio 2004, n. 34 (la cd. Legge Marzano).

¹⁶ D. lgs. 8 luglio 1999, n. 270, avente ad oggetto la nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, a norma dell'articolo 1 della legge 30 luglio 1998, n. 274.

¹⁷ Il quale recita: «1. Ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente capo si intendono: a) per "procedura madre", la procedura di amministrazione straordinaria di una impresa che ha i requisiti previsti dagli articoli 2 e 27, facente parte di un gruppo; b) per "imprese del gruppo": 1) le imprese che controllano direttamente o indirettamente la società sottoposta alla procedura madre; 2) le società direttamente o indirettamente controllate dall'impresa sottoposta alla procedura madre o dall'impresa che la controlla; 3) le imprese 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. 2. Agli effetti del comma 1, lettera b), numeri 1) e 2), il rapporto di controllo sussiste, anche con riferimento a soggetti diversi dalle società, nei casi previsti dall'articolo 2359, primo e secondo comma, del codice civile».

¹⁸ Tra l'altro, merita di essere sottolineato il fatto che, per la prima volta, tale articolo ammette che il controllo possa essere detenuto non solo da compagini societarie, ma anche da imprese individuali. In proposito si veda: A. DI MAJO, *I gruppi di imprese nel concordato preventivo e nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, in *www.gliorizzontideldirittocommerciale.it*, pag. 10 e ss.

¹⁹ Articolo che enuclea le ipotesi in cui si è in presenza di società controllate e società collegate. Per il contenuto dell'articolo ed un'analisi approfondita si veda: M. LAMANDINI, *Commento all'art. 2359*, in M. CAMPOBASSO, V. CARIELLO, U. TOMBARI (a cura di), *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, Giuffrè, Milano, 2016.

come l'intento definitorio del legislatore abbia una valenza solamente 'interna' rispetto alla singola procedura concorsuale, data la stretta interconnessione che la definizione di "imprese del gruppo" ha con quella di "procedura madre", concetti che si trovano ad essere tra loro interdipendenti. Con le dovute distinzioni, si può anche dire che la tecnica utilizzata dal legislatore sia assimilabile a quella adottata dalla Corte Costituzionale quando essa si autoqualifica giudice "ai limitati fini" per la definizione di una questione di legittimità costituzionale sottopostale. In tale testo di legge, quindi, si è preferito non sedimentare la nozione di gruppo in una definizione generale, valevole in tutte le aree del diritto.

L'art. 81 della Legge Prodi *bis*, poi, prevede la possibilità di estendere la procedura di Amministrazione straordinaria ad imprese facenti parte del gruppo e che si trovino in stato di insolvenza qualora «presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali (...) ovvero quando risulti comunque opportuna la gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del gruppo, in quanto idonea ad agevolare, per i collegamenti di natura economica o produttiva esistenti tra le singole imprese, il raggiungimento degli obiettivi della procedura». Pertanto, se vi è una procedura madre²⁰ e alcune delle imprese appartenenti al gruppo si trovano in stato di insolvenza²¹, pur non avendo esse i requisiti per accedere alla procedura di amministrazione straordinaria possono essere comunque sottoposte a quest'ultima. Il procedimento di estensione però può avvenire solo qualora vi sia la concreta possibilità di recupero dell'equilibrio economico delle attività d'impresa oppure se la gestione unitaria risulti opportuna al fine della più proficua gestione della procedura.

È questo forse il più rilevante intervento del legislatore in cui viene preso atto della necessità di una regolamentazione dedicata ai gruppi di imprese con riguardo alle procedure di regolazione della crisi. Difatti il gruppo, pur restando ferma l'autonoma soggettività delle imprese²² che lo costituiscono, da un punto di vista economico assume rilievo come fenomeno unitario, caratterizzato quindi da importanti

²⁰ Come definita dall'art. 80 della legge Prodi bis.

²¹ Su quale significato attribuire al termine 'insolvenza' e riguardo a quali soggetti vada attribuito lo stato di dissesto si veda più approfonditamente, dato il relativo interesse rispetto alla tematica qui trattata: A. DI MAJO, *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario, cit.*, pag. 62 e ss.

²² Si veda sul tema, *ex multis*: L. FORNACIARI, *Gruppi aziendali e bilancio consolidato in Italia*, Giappichelli, Torino, 2017, pag. 4 e ss. Si veda anche: Cass., 8 maggio 1991, n. 5123, in *Società*, 1991, pag. 1351 e ss., ove vien detto che *«il gruppo di imprese non costituisce un soggetto giuridico o comunque un centro di interessi autonomo rispetto alle società collegate».*

peculiarità, che necessariamente emergono anche nel momento in cui lo stato di dissesto si propaga al suo interno. Ma, anche in quest'occasione, si è preferito dare una definizione di gruppo che non fuoriuscisse dal perimetro applicativo del testo di legge. Ultima normativa che viene in rilievo, per quanto qui interessa, è il Codice delle assicurazioni private²³, ulteriore intervento (solamente) settoriale nel rapporto tra procedure concorsuali e gruppi d'imprese, ai quali sono dedicati gli artt. 275-282, con riguardo alla liquidazione coatta amministrativa e all'amministrazione straordinaria del gruppo assicurativo. Anche qui, all'art. 1, lett. r-bis) 24, si è proceduto all'individuazione di una definizione di gruppo, incentrata sostanzialmente sui concetti di controllo ex 2359 c.c., anche se non richiamato esplicitamente. Vi sono però ulteriori elementi da tenere in considerazione: per tale testo si è in presenza di un gruppo anche quando siano stati instaurati, su base «contrattuale o di altro tipo, (...) rapporti finanziari solidi e sostenibili tra tali imprese che può includere anche mutue assicuratrici o altre società di tipo mutualistico, a condizione che (...) la costituzione e lo scioglimento di tali relazioni ai fini del titolo XV siano soggetto all'approvazione preventiva dell'autorità di vigilanza del gruppo»²⁵. Anche qui mi sembra difficilmente contestabile la valenza meramente interna dell'apporto definitorio del legislatore, non potendosi ritenere applicabile quanto qui contenuto al di fuori del perimetro delle imprese assicuratrici.

Traendo delle prime conclusioni da questo breve *excursus*, emerge senza dubbio un duplice valore in relazione a questi specifici settori del diritto sopra analizzati: se da un lato, in quanto circoscritti ma allo stesso tempo in forte via di sviluppo, hanno stimolato e messo in evidenza la necessità dell'inclusione di un'apposita disciplina

²³ D.lgs. 7 settembre 2005, n. 209.

²⁴ La lettera r-bis) è stata inserita all'interno dell'art. 1 del Codice delle assicurazioni private dall'art. 1, c. 1, lettera m), del d.lgs. 12 maggio 2015, n. 75. Testualmente, la disposizione recita: «gruppo: un gruppo 1) composto da una società partecipante o controllante, dalle sue società controllate o da altre entità in cui la società partecipante o controllante o le sue società controllate detengono una partecipazione, nonché da società legate da direzione unitaria ai sensi dell'articolo 96; ovvero 2) basato sull'instaurazione, contrattuale o di altro tipo, di rapporti finanziari solidi e sostenibili tra tali imprese che può includere anche mutue assicuratrici o altre società di tipo mutualistico, a condizione che: 2.1) una delle imprese eserciti effettivamente, tramite un coordinamento centralizzato, un'influenza dominante sulle decisioni, incluse le decisioni finanziarie, di tutte le imprese che fanno parte del gruppo; e 2.2) la costituzione e lo scioglimento di tali relazioni ai fini del titolo XV siano soggetti all'approvazione preventiva dell'autorità di vigilanza del gruppo; laddove l'impresa che esegue il coordinamento centralizzato è considerata l'impresa controllante o partecipante e le altre imprese sono considerate le imprese controllate o partecipate».

²⁵ Cfr. art 1, lett. r-*bis*), del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209.

(anche concorsuale) dei gruppi di imprese, dall'altro essi sono stati il limite per una definizione di gruppo con portata sistematica. Certamente si tratta di settori con evidenti peculiarità e con necessità di specifiche caratterizzazioni, ma va aggiunto che l'atteggiamento del legislatore è stato il medesimo anche in settori molto più vasti dell'ordinamento giuridico, ovvero il diritto societario, come ora si dirà.

1.1.2 Il d.lgs. 6/2003 e la positivizzazione di una disciplina generale per i gruppi

Nel 2001, tramite la legge n. 366²⁶, venne delegato al Governo il compito di riformare organicamente il diritto societario, riforma che doveva essere informata ad una serie di principi generali in tale testo enunciati. Tra questi principi, se ne rinvengono taluni espressamente dedicati ai gruppi di imprese: anzitutto la lettera h)²⁷ contenuta nel comma 1 dell'art. 2, ma anche l'intero art. 10²⁸, destinato ad essere il vero 'faro' dell'attività delegata in tema di gruppi.

I successivi lavori hanno portato all'adozione del d.lgs. 6/2003²⁹, il cui art. 5³⁰ è interamente dedicato all'adozione di una specifica disciplina in materia di gruppi, tramite la sostituzione del Capo IX ("Direzione e coordinamento di società"), all'interno del Titolo V del Libro V del Codice civile (artt. 2497-2497 septies c.c.)³¹. Si è finalmente preso atto della necessità di una strutturale disciplina dei gruppi e degli aspetti fisiologici e patologici ad essi connessi, anche perché tali aspetti non possono essere valutati se non in base a *«una considerazione complessiva dell'assetto di interessi (...) in quanto le posizioni economiche di coloro che sono interessati ad uno*

_

²⁶ Legge 3 ottobre 2001, n. 366, "Delega al Governo per la riforma del diritto societario", pubblicata nella G. U. n. 234 dell'8 ottobre 2001.

²⁷ Secondo la quale era necessario «disciplinare i gruppi di società secondo principi di trasparenza e di contemperamento degli interessi coinvolti».

²⁸ Rubricato "gruppi" e secondo il quale: «La riforma in materia di gruppi è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi: a) prevedere una disciplina del gruppo secondo principi di trasparenza e tale da assicurare che l'attività di direzione e di coordinamento contemperi adeguatamente l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime; b) prevedere che le decisioni conseguenti ad una valutazione dell'interesse del gruppo siano motivate; c) prevedere forme di pubblicità dell'appartenenza al gruppo; d) individuare i casi nei quali riconoscere adeguate forme di tutela al socio al momento dell'ingresso e dell'uscita della società dal gruppo, ed eventualmente il diritto di recesso quando non sussistono le condizioni per l'obbligo di offerta pubblica di acquisto».

²⁹ Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, "Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366".

³⁰ Sono ivi testualmente contenuti i novellati artt. 2497-2497 septies, come introdotti nel codice civile.

³¹ Per una visione d'insieme di tale normativa si veda: G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi e la riforma di diritto societario: prime riflessioni*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 2003, I, pag. 161 e ss.

soltanto di quei "centri" risentono inevitabilmente della circostanza che esso partecipa ad una più ampia attività»³². L'epicentro della normativa dedicata ai gruppi diviene quindi la "attività di direzione e coordinamento"³³, che dalla legge viene (seppur indirettamente) legittimata in quanto porta alla responsabilità risarcitoria della holding ³⁴ solamente se esercitata "in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale", fatta però salva l'ipotesi della presenza di vantaggi compensativi³⁵.

In aggiunta, l'art. 2497 *sexies* c.c. ³⁶ prevede una presunzione *iuris tantum* circa l'esistenza dell'attività di direzione e coordinamento qualora l'impresa ritenuta esercente tale attività sia tenuta al consolidamento dei bilanci o qualora controlli le imprese ad essa sottostanti *ex* art. 2359 c.c.

Ancora, riguardo la ricerca di una definizione generale di gruppo, nella relazione illustrativa³⁷ che accompagna il decreto legislativo si legge: «Nell'attuare la delega, all'art. 2497 si è innanzitutto ritenuto non opportuno dare o richiamare una qualunque nozione di gruppo o di controllo per due ragioni: è chiaro da un lato che le innumerevoli definizioni di gruppo esistenti nella normativa di ogni livello sono funzionali a problemi specifici; ed è altrettanto chiaro che qualunque nuova nozione si sarebbe dimostrata inadeguata all'incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica»³⁸. Quanto riportato, oltre che confermare quanto fino ad ora

³² Così: C. Angelici, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale,* Cedam, Milano, 2006, pag. 190.

³³ Ritengo opportuno accennare a una particolare corrente dottrinale, secondo la quale l'attività di direzione e coordinamento, come disciplinata dagli artt. 2497 e ss. c.c., ha introdotto nel nostro ordinamento il concetto giuridicamente unitario di gruppo, in quanto l'accentramento del potere gestionale nella capogruppo comporta la perdita di autonomia gestionale, ed anche giuridica, delle società controllate. Si veda più diffusamente: L. M. QUATTROCCHIO, *L'insolvenza dei gruppi*, in *Dir. ed econ.*, 2016, pag. 88 e ss.

³⁴ Sul tema si veda, in particolare riguardo alla brillante tesi sostenuta dall'Autrice: G. SCOGNAMIGLIO, Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento, in P. ABBADESSA e G. B. PORTALE (diretto da), Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum G. F. Campobasso, III, Utet, 2007, pag. 965 e ss. Inoltre, si veda anche: E. DI FEDE, La responsabilità della holding, in Cammino Diritto, 2018.

³⁵ In proposito, in luogo di molti: N. ABRIANI, *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi. Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario,* in *Giur. comm.*, 2002, I, pag. 613 e ss.; L. BENEDETTI, *I vantaggi compensativi nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, pag. 127 e ss.

³⁶ Come modificato dall'art. 5, lettera aaa), del d.lgs. 29 febbraio 2004 n. 34.

³⁷ Consultabile al sito: https://www.tuttocamere.it/files/dirsoc/RDS_RELAZIONE_Cod_Civ.pdf

³⁸ Cfr. la relazione illustrativa, al link sopracitato, a pag. 43.

detto³⁹, coglie il plauso di parte della dottrina⁴⁰. Essendo il primo intervento organico in relazione al più ampio (rispetto a quanto evidenziato nei paragrafi precedenti) diritto societario, probabilmente la circoscrizione del fenomeno dei gruppi ad una definizione unica avrebbe potuto portare ad una più difficile applicazione della nuova normativa. In altri termini, sembra che il legislatore abbia preferito verificare come la prassi avrebbe reagito rispetto ad un *corpus* di norme fino a quel momento sconosciute all'ordinamento, senza 'appesantirla' ulteriormente con l'onere di rigida verifica dell'esistenza di parametri necessari per poter applicare quella normativa.

Anzi, addirittura l'art. 2497 c.c. viene rubricato "Responsabilità", senza che nel testo venga fatta alcuna menzione al termine gruppo: tendenza antitetica sia con il contenuto della legge delega sia con altre norme contenute nel codice civile, quali gli artt. 2621, 2622, 2634 oppure l'art. 2545 *septies*, quest'ultimo novellato dallo stesso d.lgs. 6/2003. Difatti, tali disposizioni, nonostante l'eterogeneità contenutistica⁴¹, fanno tutte espresso riferimento al gruppo al fine dell'applicazione della disciplina in esse contenuta.

Insomma, le norme positive indicano elementi per poter identificare cosa intendere per gruppo di società (il richiamo è al combinato disposto degli artt. 2497 e 2497 sexies c.c.), ma la tecnica stilistica di stesura si è ancora una volta sottratta a pretese di universalità.

1.1.3 Il perdurante silenzio riguardo i gruppi di imprese nelle procedure concorsuali (ordinarie) anche a seguito delle riforme della legge fallimentare

L'emanazione del d.lgs. 6/2003 sembrava a tutti gli effetti poter essere la giusta occasione perché il legislatore introducesse anche nella legge fallimentare ⁴² un'opportuna disciplina circa i gruppi insolventi, magari formulando una definizione del fenomeno con rilevanza anche *extra legem*. I presupposti sembravano esserci, in

⁴⁰ Si vedano: C. Angelici, La riforma delle società di capitali, cit., pp. 210 e 211; M. Arato, Regolazione della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese, in www.ilcaso.it, 2018, pag. 1.

17

³⁹ Cfr. *supra* par. 1.1.1.

⁴¹ Difatti gli artt. 2621 e 2622 c.c. si occupano delle sanzioni in caso di false comunicazioni sociali degli organi gestori, l'art. 2634 c.c. dei profili penali derivanti da intenzionale danno patrimoniale ad opera degli organi gestori e l'art. 2545 *septies* c.c. del gruppo cooperativo paritetico.

⁴² Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267.

quanto la riforma del diritto societario concernente i gruppi era ormai stata assimilata dalla prassi, facendo quindi parzialmente venir veno le ragioni che avevano fatto propendere per il silenzio normativo in materia. Ma così non fu.

Nonostante nei primi anni del 2000, con l'istituzione delle due Commissioni Trevisanato⁴³, vi fossero state proposte di adozione di specifiche discipline per i gruppi di imprese⁴⁴, gli interventi atti a modificare la legge fallimentare nulla hanno previsto in materia.

Poche sono le tracce rinvenibili all'interno della legge fallimentare in tema di gruppi, ed essenzialmente riguardano le procedure di votazione del concordato preventivo e del concordato fallimentare; in particolare emergono:

- l'art. 127, c. 6, l. fall., articolo introdotto, in tema di concordato fallimentare, dall'art. 117 del d.lgs. 9 gennaio 2006 n. 5, e in virtù del quale «la stessa disciplina si applica ai crediti delle società controllanti o controllate o sottoposte a comune controllo»;
- l'art. 177, c. 4, l. fall., ove è stato introdotto, in tema di concordato preventivo, dall'art. 3 del d.l. 27 giugno 2015, n. 83⁴⁵, il sintagma «la società che controlla la società debitrice, le società da questa controllate e quelle sottoposte a comune controllo» in tema di esclusione dal diritto al voto nel concordato⁴⁶.

La ratio di tali previsioni è quella di «evitare 'inquinamenti' nella formazione della volontà collettiva del ceto creditorio; ed è, al fondo, la stessa che ispira la negazione del diritto di voto – onde prevenirne il 'mercato' (art. 233 c.c.) – anche ai cessionari di crediti trasferiti per atto tra vivi dopo la dichiarazione di fallimento (art. 127, comma 7, legge fallimentare)»⁴⁷. Appare quindi evidente come il riferimento ai gruppi

⁴⁶ Quanto ivi introdotto era, invero, ritenuto da parte della dottrina già applicabile, tramite estensione analogica del contenuto del comma 6 dell'art. 127 l. fall., in quanto ritenute decisive l'*«eadem ratio»* e la mancata coordinazione delle discipline di concordato preventivo e concordato fallimentare a seguito delle riforme, rispettivamente, del 2005 e del 2006. Si veda sul punto: S. AMBROSINI, *La deliberazione nel concordato*, in *www.ilcaso.it*, 2014, pp. 7 e 8.

⁴³ La prima istituita tramite il decreto del Ministro della Giustizia del 28 novembre 2001, la seconda tramite il decreto del Ministro della Giustizia del 27 febbraio 2004. Per l'operato di tali due commissioni parlamentari e i relativi riferimenti dottrinali si veda: N. GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Giappicchelli, Torino, 2016, pag. 21 e ss. e le relative note.

⁴⁴ Si vedano in proposito l'art. 6 della proposta elaborata dalla prima Commissione Trevisanato e gli artt. 194 e 195 della proposta elaborata dalla seconda Commissione Trevisanato.

⁴⁵ Convertito in legge, con modifiche, dalla l. 6 agosto 2015, n. 132.

⁴⁷ Cfr. F. Guerrera, *Il concordato fallimentare nella riforma: novità, problemi, prospettive, anche alla luce del «decreto correttivo»,* in *Dir. fall.*, I, 2007, pag. 831. L'Autore qui si riferisce al solo concordato

sia unicamente finalizzato alla salvaguardia della posizione dei creditori della società in stato di crisi o di insolvenza, essendo il voto delle società appartenenti al gruppo (voto chiaramente non neutrale) escluso dal computo per il raggiungimento delle maggioranze previste dalla legge fallimentare. Null'altro intento si può individuare in tali previsioni di legge, soprattutto nella prospettiva in tale paragrafo utilizzata, volta a sottolineare come i gruppi di imprese (prima come fenomeno empirico, poi come oggetto di disciplina giuridica) non abbiano trovato spazio come autonomo soggetto all'interno delle procedure concorsuali cd. ordinarie.

Riprendendo l'ossimoro utilizzato da Silvia Monti, *«il perdurante silenzio della legge fallimentare sui gruppi di imprese era ormai divenuto un "silenzio assordante"*»⁴⁸.

1.2 Le definizioni di gruppo a livello sovranazionale

«L'importanza del diritto comparato (comprendente ... anche lo studio del diritto straniero o di certi diritti stranieri) si fonda [tra gli altri motivi] su (...) la formazione di varie (...) comunità che si formano in relazione a certi campi del diritto o a certi principi di esso. (...) anche l'Italia (...) deve stare al gioco o al passo delle armonizzazioni o uniformazioni del suo diritto e delle ricerche del quid comune nelle materie pertinenti o connesse con le comunità suddette»⁴⁹. Così si esprimeva negli anni '80 Gino Gorla, con affermazioni di indubbia lungimiranza ed evidente attualità. Proprio per tali motivazioni ritengo opportuno, prima di analizzare la definizione di gruppo di imprese contenuta nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, volgere l'attenzione ad esperienze sovranazionali definitorie del concetto di gruppo di impresa. Non potendo in questa sede procedere ad un'analisi compiuta di tutti i sistemi giuridici che non siano quello italiano, analizzerò due testi con valenza transnazionale, i quali sono di enorme importanza e permettono di avere una prospettiva non circoscritta ad un unico ordinamento giuridico⁵⁰.

fallimentare, ma è fuor di dubbio che il medesimo ragionamento possa essere esteso anche al concordato preventivo.

⁴⁸ Cfr. S. Monti, *La crisi e l'insolvenza dei e nei gruppi d'imprese*, in S. Sanzo, D. Burroni (a cura di), *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, Zanichelli, Torino, 2019, pag. 310.

⁴⁹ Cfr. G. GORLA, *Il diritto comparato in Italia e nel «mondo occidentale» e una introduzione al «dialogo civil law – common law»*, Giuffrè, Milano, 1983, pag. 620.

⁵⁰ Per un quadro d'insieme sulle esperienze giuridiche di Francia, Gran Bretagna e Germania in materia si veda: A. DI MAJO, *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario, cit.*, pag. 163 e ss. Si vedano

Come meglio si evidenzierà più avanti, tali testi hanno certamente rivestito un ruolo di grande rilievo nell'ultimo intervento riformatore del legislatore italiano, non solo a livello contenutistico, ma anche stilistico. Nel tentativo di uniformarsi il più possibile a previsioni e principi sovranazionali (uno fra tutti, la preferenza accordata a procedure di recupero dell'impresa rispetto alla sua mera liquidazione⁵¹), il legislatore italiano cerca di garantire la maggior competitività economico-giuridica al nostro mercato.

1.2.1 La nuova Model Law elaborata dall' UNCITRAL

Il primo testo che viene in rilievo è la nuova *Model Law*, elaborata dall'UNCITRAL⁵², denominata "*Model Law on Enterprise Group Insolvency*"⁵³ ed approvata il 15 luglio 2019: nuova in quanto non si tratta del primo testo che l'UNCITRAL elabora in materia di gruppi insolventi, dato che nel 2010 venne adottata la Parte Terza della "*Legislative guide on insolvency law*"⁵⁴. La differenza principale tra *Model Law* e *Legislative Guide* consiste nel fatto che la prima è concepita per essere adottata tramite una riproposizione quasi integrale di quanto in essa contenuto, mentre la seconda è niente più che una raccomandazione agli Stati, rendendosi quindi necessaria maggiore e ulteriore attività del legislatore recepente⁵⁵.

anche i cenni di diritto comparato effettuati da: M. L. VITALI, Sistemi di allerta e crisi di gruppo nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: prime riflessioni (anche) alla luce delle recenti tendenze europee, in Dir. fall., 2019, I, pag. 581 e ss.

⁵¹ Tendenza invero già avviata con le riforme della legge fallimentare del primo decennio del XXI secolo, ma oggi ancora più rimarcata. Esaustivo esempio mi sembra essere l'introduzione dello strumento dell'allerta, volto a far emergere il prima possibile il dissesto della società. Chiaro è come, anticipando il momento in cui si interviene, il fine sia ricercare il riassestamento dell'impresa.

⁵² Acronimo di *United Nations Commission on International Trade*, ovverosia la Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale. Istituita nel 1966 dalla risoluzione 2205 (XXI) dell'Assemblea Generale delle Nazioni unite, ha essenzialmente il mandato di promuovere l'armonizzazione del diritto commerciale internazionale. È composta da più gruppi di lavoro, ed è il *Working Group V* quello che si occupa del diritto dell'insolvenza. Si veda al riguardo: E. LANDOLFI, *Mai sentito parlare dell'Uncitral?*, in *www.diritto.it*.

Il cui testo è integralmente consultabile al sito https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mlegi_-_advance_pre-published_version_-_e.pdf/.

⁵⁴ Per la quale si rimanda a: S. GOPLAN, M. GUIHOT., Cross-border insolvency law and multinational enterprise groups: judicial innovation as an international solution, in George Washington International Law Review, 2016, pag. 549 e ss. Il testo è consultabile al sito: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/leg-guide-insol-part3-ebook-e.pdf/.

⁵⁵ Si veda più diffusamente: L. GHIA, *Gli obbiettivi della guida legislativa sull'insolvenza dell'Uncitral*, in *Fallimento*, 2005, pag. 1229 e ss.

Nella Legislative Guide, dopo aver constatato come «Legislation addressing the treatment of enterprise groups in insolvency is rare»⁵⁶ e come «much legislation avoids specifically defining the term "enterprise group"»⁵⁷, non vi è una presa di posizione sull'opportunità o meno di adottare una definizione di 'gruppo'. Difatti si fa solo menzione di alcuni elementi esemplificativi utili al fine dell'individuazione del fenomeno, senza che nulla venga detto riguardo alla definizione. Invero, va evidenziato come ciò sia ovvia conseguenza della tipologia di atto adottato, anche se esprimersi sull'opportunità di adottare una definizione di gruppo ritengo non avrebbe esorbitato gli obiettivi che la Guida Legislativa si proponeva.

In occasione del quarantaquattresimo incontro del *Working Group V*, tenutosi nel dicembre 2013, venne deciso di procedere ad un'attività di integrazione di quanto contenuto nella Guida legislativa. La bozza ⁵⁸ che però emerse al termine del cinquantesimo incontro, svoltosi nel dicembre 2016, non era più un'integrazione al testo precedente, ma un testo nuovo, che aveva la forma di una *Model Law*. E diverso era anche quanto previsto al suo interno, in tema di definizione di gruppo di imprese. Difatti l'art. 2, rubricato "*Definitions*", individua, tra le altre, tali esplicitazioni:

- "Enterprise group" means two or more enterprises that are interconnected by control or significant ownership;
- "Enterprise group member" means an enterprise (...) that forms part of an enterprise group (...);
- "Group representative" means a person or body, including one appointed on an interim basis, authorized to act as a representative of a planning proceeding in which one or more group members are partecipating for the purpose of developing (and implementing) a group insolvency solutions.⁵⁹

Si tratta, all'evidenza, di definizioni a carattere generale, ma la motivazione sembra essere abbastanza chiara: come abbiamo poc'anzi sottolineato, l'UNCITRAL ha preso atto della tendenza dei singoli Stati ad evitare soluzioni definitorie in materia di gruppi,

⁵⁸ Denominata "Draft legislative provisions on facilitating the cross-border insolvency of multinational enterprise groups" (Doc. A/CN.9/WG.V/WP.142), e consultabile al sito: https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.V/WP.142/.

⁵⁶ Pag. 8 della Legislative guide on insolvency law.

⁵⁷ Pag. 9 della *Legislative guide on insolvency law*.

⁵⁹ Le tre definizioni sono prese dalla bozza datata 2016, ma in sostanza sono equivalenti a quelle contenute nel testo definitivo. Solamente la parte finale del periodo relativo al "*Group representative*" è stata eliminata, ma senza apportare significative modifiche al contenuto della disposizione.

e ciò, unito al fatto che quanto elaborato da tale Commissione è diretto ad una molteplicità di Nazioni, fa ben comprendere quanto la specificità non possa essere tratto caratterizzante di questo testo.

Da apprezzare è invece la volontà definitoria, che si dipana oltre al macro-fenomeno in sé, tratteggiandone realtà complementari. In aggiunta, il fatto che la definizione sia contenuta all'interno di una *Model Law* significa che tutti gli Stati che adotteranno tale modello si doteranno, con ogni probabilità, anche di una definizione positiva di gruppo. Definizione non solo positiva, ma anche armonizzata, il che senz'altro avrà indubbi vantaggi nella gestione delle insolvenze *cross-border*, alle quali l'UNCITRAL, quanto l'Unione europea, hanno dedicato grande attenzione⁶⁰.

1.2.2 Il regolamento (UE) 2015/848

Il 5 giugno 2015 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il regolamento (UE) 2015/848⁶¹, dedicato a norme procedurali in tema di cooperazione per una miglior gestione delle procedure di insolvenza transfrontaliere, tramite il quale è stato abrogato e sostituito il precedente regolamento (CE) 1346/2000⁶². All'interno del nuovo regolamento è contenuto il Capo V⁶³, un *corpus* normativo del tutto nuovo e sconosciuto al precedente regolamento 1346/2000, interamente dedicato alle procedure di insolvenza di società appartenenti ad un gruppo. A tal proposito, il considerando n. 51 del regolamento n. 848 recita: «È opportuno che il presente

⁶⁰ Si veda in proposito anche la *Model Law on Cross-Border Insolvency*, datata 1997 e consultabile al sito: https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/1997-Model-Law-Insol-2013-Guide-Enactment-e.pdf

⁶¹ Regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento e del Consiglio del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza (rifusione). Per una visione d'insieme su quanto ivi previsto si vedano, fra i molti: P. DE CESARI, G. MONTELLA (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa. Il regolamento (UE) 2015/848 relativo alle procedure d'insolvenza*, Giappichelli, Torino, 2017; L. SCOLLO, *Promulgato il nuovo regolamento (UE) n. 2015/848 sulle procedure di insolvenza transfrontaliere: principali profili di riforma*, in *Dir. comm. internaz.*, 2015, pag. 907 e ss.; G. CORNO, S. BARIATTI, *Il regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015 relativo alle procedure di insolvenza (rifusione). Una prima lettura*, ne il Fallimentarista, 2015. 62 Regolamento (CE) 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza.

⁶³ Con riguardo specificatamente alla disciplina dedicata ai gruppi nel regolamento n. 848 si vedano: L. PANZANI, La disciplina della crisi di gruppo tra proposte di riforma e modelli internazionali, in Fallimento, 2016, pag. 1153 e ss.; T. SENNI, Il regolamento (UE) 848/2015 sulle procedure di insolvenza transfrontaliere. Il fenomeno dell'insolvenza di gruppo: quale impatto sul diritto italiano?, in sennipartners.com, 2019.

regolamento garantisca la gestione efficiente delle procedure d'insolvenza relative a società diverse che fanno parte di un gruppo di società».

L'ottica di intervento di tale regolamento è quella del coordinamento e della facilitazione delle procedure concorsuali⁶⁴ che interessino più Stati membri, e da tale considerando emerge come sia stata ritenuta esiziale l'assenza di apposite disposizioni dedicate ai gruppi d'impresa. L'attenzione del legislatore europeo prende atto della rilevanza che il fenomeno dei gruppi di impresa ormai riveste nell'economia contemporanea e degli inevitabili vantaggi derivanti dalla gestione unitaria della procedura di insolvenza⁶⁵.

Pertanto, inserire i gruppi all'interno della disciplina di coordinamento procedurale in tema di insolvenza transfrontaliera viene ritenuto passo necessario per una migliore gestione della crisi, soprattutto nell'ottica europea di preferenza di soluzioni recuperatorie rispetto a quelle liquidatorie⁶⁶.

Dopo questo brevissimo quadro di riferimento, quel che a noi interessa è vedere se e come il legislatore europeo si sia cimentato in una definizione di gruppo. Viene qui in luce l'art. 2, dedicato, come da tradizione comunitaria, a definire i principali termini rinvenibili all'interno del testo di legge. Al termine di suddetto articolo, trovano spazio due definizioni, strettamente interconnesse, che riguardano i gruppi, ossia:

- «"gruppo di società", un'impresa madre e tutte le sue imprese figlie;

⁶⁴ Definite dall'art. 2, n. 1), come procedure comprensive di «tutti o una parte significativa dei creditori di un debitore a condizione che, nel secondo caso, la procedura non pregiudichi i crediti dei creditori non interessati dalla procedura stessa». Il regolamento (UE) 2015/848 è accompagnato dall'Allegato A, nel quale vengono elencate, per ogni Stato membro, le singole procedure a cui il regolamento 848 è applicabile. In Italia si tratta di: fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, accordi di ristrutturazione e la liquidazione dei beni. In sintesi, ritengo opportuno sottolineare un profilo che sembra avere qualche criticità: l'art. 1 del regolamento 848 elenca tutta una serie di requisiti che le procedure concorsuali devono possedere al fine di poter ricadere nel perimetro applicativo del regolamento. In considerazione di ciò, l'elencazione tassativa contenuta nell'Allegato A mal si coordina con la previsione dell'art. 1, e sembra, almeno prima facie, poter comportare qualche difficoltà applicativa. Ritengo in merito condivisibile tale proposta dottrinale, a cui si rinvia: P. De Cesari, G. Montella (a cura di), Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa, cit., pag. 28 e ss.

⁶⁵ Al riguardo si veda la relazione della Commissione europea, del 12 dicembre 2012, sull'applicazione del precedente regolamento (CE) 1346/200, in particolare pag. 3.

⁶⁶ Si veda sul punto la raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014 su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza, ove è più volte asserita la preferibilità di una soluzione recuperatoria. Emblematico è il fatto che, in tema di obiettivi della raccomandazione, venga detto: «La presente raccomandazione ha il duplice obiettivo di incoraggiare gli Stati membri a istituire un quadro giuridico che consenta la ristrutturazione efficace delle imprese sane in difficoltà finanziaria e di dare una seconda opportunità agli imprenditori onesti, promuovendo l'imprenditoria, gli investimenti e l'occupazione e contribuendo a ridurre gli ostacoli al buon funzionamento del mercato interno».

- "impresa madre", l'impresa che controlla, direttamente o indirettamente, una o più imprese figlie. Un'impresa che redige un bilancio consolidato ai sensi della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio è considerata quale impresa madre»⁶⁷.

Due sono i rilievi che vengono in considerazione in prima istanza. Il primo è che, fondandosi tale definizione sul concetto di controllo (diretto e indiretto) e prescindendo dalla forma giuridica delle società, il regolamento 848 si assesta sulla linea di quanto previsto nella Parte Terza della "Legislative guide on insolvency law"68. Il secondo è che il legislatore europeo, nella composizione di Parlamento europeo e Consiglio 69, ha adottato una definizione più ampia di quella che la Commissione europea aveva indicato all'interno della proposta di modifica 70 del regolamento 1346/2000. In quella sede, la Commissione aveva elaborato una definizione di gruppo essenzialmente incentrata sulla figura del 'gruppo verticale', fondandosi principaliter sul rapporto azionario 71. Indubbiamente, non circoscrivere il fenomeno dei gruppi ai soli gruppi verticali ha il vantaggio di consentire l'inclusione di un maggior numero di casi nell'ambito applicativo delle nuove disposizioni, meglio rispecchiando l'empirica fenomenologia di gruppo.

In aggiunta, va approfondito il richiamo che la norma *de qua* fa alla direttiva 2013/34/UE⁷². All'interno di tale testo, il gruppo è definito come *«l'impresa madre e tutte le sue figlie»*: è impresa madre quella che *«controlla una o più imprese figlie»*; è impresa figlia quella *«controllata da un'impresa madre, inclusa l'impresa controllata*

⁶⁷ Cfr. art. 2, n. 13) e 14), del regolamento (UE) 2015/848.

⁶⁸ Cfr. *supra* par. 1.2.1.

⁶⁹ Trattasi, infatti, della procedura legislativa ordinaria (o procedura di codecisione, se si preferisce la nomenclatura antecedente al Trattato di Lisbona) *ex* art. 294 TFUE.

⁷⁰ Trattasi della COM(2012) 744 fin, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza. Il testo di tale atto è reperibile al sito: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/DOC/?uri=CELEX:52012PC0744&from=it/.

⁷¹ Difatti, all'interno dell'art. 2 di suddetta proposta, la società madre era definita come quella che « i) ha la maggioranza dei diritto di voto degli azionisti o soci in un'altra società (...) oppure ii) è azionista o socia della società controllata e ha il diritto di: aa) nominare o revocare la maggioranza dei membri dell'organo di amministrazione, direzione o vigilanza della società controllata, oppure bb) esercitare un'influenza dominante sulla società controllata in virtù di un contratto stipulato con tale società o di una clausola dello statuto di quest'ultima».

⁷² Direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 relativa ai bilanci d'esercizio, ai bilanci consolidati e alle relative relazioni di talune tipologie di imprese, recante modifica della direttiva 2006/43/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e abrogazione delle direttive 78/660/CEE e 83/349/CE del Consiglio.

da un'impresa a sua volta controllata da un'altra impresa» ⁷³. Il richiamo e l'interconnessione tra i due testi è evidente, ma la direttiva 2013/34/UE non si limita a ciò, in quanto all'art. 3 tripartisce la figura del gruppo in gruppi di piccole, medie e grandi dimensioni, in base ad una serie di dati patrimoniali e occupazionali⁷⁴. Tale tripartizione, come poi meglio si dirà⁷⁵, ha avuto dei risvolti applicativi di non poco conto nella nuova legislazione concorsuale italiana.

Ultimo rilievo concerne il fatto che il legislatore italiano, recependo la direttiva 2013/34/UE tramite il d.lgs. 136/2015⁷⁶, sebbene abbia dedicato il primo articolo alle definizioni rilevanti per il testo, ha del tutto trascurato quella relativa ai gruppi. Fatto che dimostra quanto prima ho scritto, ovvero il "cosciente silenzio" del nostro legislatore.

Sembra quindi essere uniforme quanto previsto a livello comunitario, essendosi utilizzata una tecnica definitoria quasi pedissequa, con espliciti richiami intertestuali. Di non scarso rilievo è poi un ulteriore fatto: mentre il testo europeo del 2013 era una direttiva, quello adottato nel 2015 è un regolamento. Il che significa che quest'ultimo è direttamente applicabile (*self-executing*), *ex* art. 288, par. 2, TFUE, senza che sia necessario alcun intervento attuativo del Parlamento italiano.

Certo, il contenuto del regolamento è prettamente procedurale, e tale definizione è finalizzata all'individuazione del giudice competente, ma ritengo possa essere la prima definizione che avrebbe potuto avere una portata generale all'interno del nostro ordinamento. Non è infatti norma speciale quanto quelle analizzate nei paragrafi precedenti, applicandosi a tutte le procedure concorsuali (sebbene nell'accezione espressamente identificata nel regolamento⁷⁷), e la formulazione è tale da non essere

72

⁷⁷ Cfr. nota n. 64.

⁷³ Per tutte tali definizioni si veda l'art. 2 della direttiva 2013/34/UE.

⁷⁴ Va ivi richiamata una corrente dottrinale, la quale sostiene che il richiamo alla direttiva 2013/34/UE «dovrebbe consentire di estendere l'applicazione della disciplina [del regolamento n. 848] (...) anche ai piccoli gruppi». Cfr. A. LEANDRO, Le procedure concorsuali transfrontaliere, in A. JORIO, B. SASSANI (a cura di), Trattato delle procedure concorsuali. Il fallimento, Vol. III, Giuffrè, Milano, 2016, pag. 869.

⁷⁵ Cfr. *infra*, in particolare i paragrafi 1.3.2, 2.2.2, 3.1.2, 4.3.1.

⁷⁶ Decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 136. Attuazione della direttiva 2013/34/UE relativa ai bilanci d'esercizio, ai bilanci consolidati e alle relative relazioni di talune tipologie di imprese, recante modifica della direttiva 2006/43/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e abrogazione delle direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE, per la parte relativa ai conti annuali ed ai conti consolidati delle banche e degli altri istituti finanziari, nonché in materia di pubblicità dei documenti contabili delle succursali, stabilite in uno Stato membro, di enti creditizi ed istituti finanziari con sede sociale fuori di tale Stato membro, e che abroga e sostituisce il decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 87.

eccessivamente stringente, pur identificando con chiarezza e, soprattutto, senza conseguenti difficoltà pratiche il fenomeno in questione.

A tale definizione si è ispirato il legislatore italiano nella stesura di quella contenuta nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, pur con qualche peculiarità.

1.3 La recente attività parlamentare avente ad oggetto i gruppi insolventi

I lavori della commissione Rordorf e la successiva legge 19 ottobre 2017, 1.3.1 n. 155

L'attenzione delle Istituzioni europee alle procedure concorsuali, insieme con i quadri normativi di taluni Stati, hanno posto l'attenzione sull'inadeguatezza della legge fallimentare italiana, nonostante i vari interventi volti a modificarne il contenuto. Anzitutto perché tali interventi sono ispirati ad una ratio completamente differente a quella sottostante al regio decreto del 1942: quest'ultimo aveva un'ottica sanzionatoria, che ancora sopravvive nelle disposizioni non oggetto di successiva modifica, mentre gli interventi correttivi più recenti vedono l'insolvenza quale possibile deriva nella normale vita d'impresa. Inoltre, rispetto alle tendenze europee⁷⁸, la legge fallimentare è ispirata ad un forte sfavor verso il debitore insolvente, fatto del tutto contrapposto alle spinte verso l'emersione anticipata della crisi e il conseguente riassesto dell'impresa. Una legge fallimentare, pertanto, non competitiva con quella degli altri ordinamenti già dotati di un nuovo corpo normativo volto a far fronte a situazioni patologiche nell'attività d'impresa.

Si è quindi deciso di intervenire, e nel 2015, tramite Decreto Ministeriale⁷⁹, venne istituita la 'commissione Rordorf', onerata del compito di provvedere a tutto ciò, formulando proposte di riforma. Tale decreto prevedeva, tra le altre indicazioni, anche la necessità di una «valutazione di tutte le possibili ricadute della proposta, di imminente approvazione, di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che

⁷⁸ Si veda la già citata raccomandazione n. 135 del 2014 della Commissione europea.

⁷⁹ Decreto 28 gennaio 2015 – Costituzione Commissione per elaborare proposte di interventi di riforma, ricognizione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali. Il decreto è consultabile al sito: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg 1 8 1.page;jsessionid=XN7k+SZ+Aw2zD5IutcV4kkQ2?facet Node 1=0 10&facetNode 2=4 69&facetNode 3=1 1(2015)&facetNode 4=0 10 63&contentId=S DC119771&previsiousPage=mg 1 8/.

modifica il regolamento del Consiglio (CE) n. 1346 del 2000 relativo alle procedure di insolvenza transfrontaliere, in particolare valutando l'opportunità di introdurre una specifica disciplina nazionale dell'insolvenza di gruppo».

Già dai primi passi, pertanto, la compiuta regolazione circa il dissesto economico dei gruppi di imprese era ritenuto elemento qualificante di una legislazione che riuscisse a far fronte alle esigenze della prassi. Lo stesso Renato Rordorf, sottolineando «la necessità di una più specifica attenzione da parte del legislatore su questo tema, per valutare se (...) il fenomeno dell'insolvenza imponga anche di modificare le regole di diritto societario, oggi non adeguatamente correlate con la normativa concorsuale»⁸⁰, aveva evidenziato l'obsolescenza del regio decreto del 1942.

All'esito dell'operato di tale commissione, e dopo i lavori del Ministero della Giustizia, ha preso forma il disegno di legge n. 3671-*bis*⁸¹, il quale successivamente è diventato la legge 19 ottobre 2017, n. 155⁸².

Tra le disposizioni contenute in tale legge, particolarmente rilevante è l'intero art. 3, rubricato "Gruppi di imprese" e dedicato ai principi e criteri direttivi per la riforma delle procedure concorsuali. Per quanto qui interessa, è stato sancito come il legislatore delegato dovesse «prevedere una definizione di gruppo di imprese modellata sulla nozione di direzione e coordinamento di cui agli articoli 2497 e seguenti nonché di cui all'articolo 2545-septies del codice civile, corredata della presunzione semplice di assoggettamento a direzione e coordinamento in presenza di un rapporto di controllo ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile» 83. La scelta del Parlamento è stata, pertanto, quella di ancorare la definizione di gruppo ai precetti di diritto societario introdotti nel codice civile nel 200384, in un'ottica multidisciplinare che si disallinea, almeno in parte, dalle precedenti esperienze legislative italiane. Difatti, mentre l'art. 2359 c.c. era già stato elemento di richiamo in precedenti testi normativi, lo stesso

8

⁸⁰ Si veda l'intervento di Renato Rordorf al convegno "Investire in Italia – Legalità e certezza delle regole come volàno per la competitività" tenutosi nel 2016 e consultabile qui: http://www.deputatipd.it/files/documenti/RORDORF-relazione_0.pdf/. La citazione è rinvenibile a pagina 7.

⁸¹ Disegno di legge n. 3671 *bis* – Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, presentato il 15 febbraio 2016.

⁸² Legge 19 ottobre 2017, n. 155. Delega al governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, pubblicato in G. U. n. 254 il 30 ottobre 2017. Per una visione d'insieme su tale testo normativo si veda: G. CHERUBINI, *Riforma fallimentare e guida commentata alla legge 155/2017*, Maggioli Editore, 2017.

⁸³ Cfr. art. 3, c. 1, lett. a), della 1. 155/2017.

⁸⁴ Tutti e tre i riferimenti normativi sono oggi frutto del d.lgs. 6/2003.

(direi inspiegabilmente) non era avvenuto con riferimento agli articoli 2545 *septies* e 2497 e ss. del codice civile, rispettivamente dedicati ai gruppi cooperativi paritetici e all'attività di direzione e coordinamento. L'art. 2359 c.c. diventa quindi la "ancora" di collegamento che permette l'inclusione degli articoli sopracitati nella definizione positiva di gruppo: il legislatore delegante richiede che, qualora vi sia uno dei tre casi di rapporto di controllo *ex* art. 2359 c.c. ⁸⁵, debba discendere una presunzione semplice sulla presenza anche di attività di direzione e coordinamento, elemento qualificante l'esistenza del gruppo.

Il commento a tale criterio direttivo è duplice. Anzitutto è da apprezzare, in quanto modellato in modo tale da far sì che la definizione che sarebbe stata adottata non fosse perimetrata al solo diritto della crisi: leggendo la disposizione emerge, per il fatto che nulla esplicitamente venga detto, come la portata definitoria possa avere carattere generale. In secondo luogo, va però rilevato come il contenuto sia scarno, essendo minimali i riferimenti indicati al legislatore delegato. Certo, si tratta pur sempre di criteri direttivi, ed infatti nel testo successivamente adottato si è andati, pur nel rispetto della delega, oltre a quanto indicato.

1.3.2 La (prima) definizione generale positiva di "gruppo di imprese" *ex* art. 2 lett. h) e i) del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

Il punto di arrivo del percorso legislativo avviato con il D. M. del 2015 è il d.lgs. n. 14/2019⁸⁶, mediante il quale l'Italia si dota di un codice in materia di crisi e di insolvenza. Due sono le premesse a questo paragrafo, la prima nel merito e la seconda nel metodo. La prima è che il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d'ora in poi "CCII") prevede, salvo che per alcune disposizioni⁸⁷, all'art. 389, c. 1, un

_

⁸⁵ Per il quale si considerano controllate «1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa», considerando che per le ipotesi 1) e 2) si computano anche i voti spettanti a società controllate e fiduciarie e a persona interposta.

⁸⁶ Decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14. Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155, pubblicato nel supplemento ordinario alla G. U. n. 38 del 14 febbraio 2019.

⁸⁷ Si tratta, *ex* art. 389, c. 2, CCII, degli articoli: 27, c. 1, 350, 356, 357, 359, 363, 364, 366, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 387 e 388 CCII. Per tali disposizioni la *vacatio legis* è di 30 giorni, sempre decorrenti dalla pubblicazione del decreto legislativo sulla Gazzetta Ufficiale.

periodo di *vacatio legis* di diciotto mesi, decorrenti dalla pubblicazione dell'atto sulla Gazzetta Ufficiale. Non è pertanto certo che il testo che vi sarà al momento dell'entrata in vigore della normativa in questione sarà corrispondente in ogni sua parte a quello che oggi possiamo leggere⁸⁸. La seconda è volta a specificare quale sarà la metodologia seguita in questo paragrafo: *in primis*, si analizzerà la definizione di gruppo contenuta nel CCII, evidenziandone in particolare le peculiarità rispetto a quanto previsto nella legge delega; *in secundis*, si cercherà di dimostrare perché tale definizione possa essere ritenuta la prima avente portata generale all'interno dell'ordinamento italiano.

Ciò premesso, viene in evidenza l'art. 2, lett. h) e i), CCII, contenente la definizione di più termini utilizzati all'interno del codice, sulla scia della tecnica redazionale utilizzata dal legislatore europeo. Si rinvengono ivi tali disposizioni:

- «gruppo di imprese»: l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, escluso lo Stato, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545-septies del codice civile, sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica, sulla base di un vincolo partecipativo o di un contratto; a tal fine si presume, salvo prova contraria, che: 1) l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci; 2) siano sottoposte alla direzione e coordinamento di una società o ente le società controllate, direttamente o indirettamente, o sottoposte a controllo congiunto, rispetto alla società o ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento;
- «gruppi di imprese di rilevante dimensione»: i gruppi di imprese composti da un'impresa madre e imprese figlie da includere nel bilancio consolidato, che rispettano i limiti numerici di cui all'articolo 3, paragrafi 6 e 7, della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013.

Partendo dalla prima delle due preposizioni, il primo rilievo, di immediata evidenza, è la scelta di riferirsi ai gruppi di imprese e non di sole società, il che consente di ricondurre alla figura del gruppo anche imprese non societarie, le quali possono rivestire il ruolo di soggetti sia attivi che passivi dell'attività di controllo⁸⁹.

-

⁸⁸ Anche in considerazione del fatto che è stata promulgata la legge 8 marzo 2019, n. 20, la quale delega il Governo, nel rispetto dei criteri direttivi contenuti nella legge 155/2017, ad adottare provvedimenti correttivi e integrativi al d.lgs. 14/2019.

⁸⁹ Stessa scelta adottata nel d.lgs. 270/1999 all'art. 80. Sul punto si veda: A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Il Mulino, Bologna, 2017, IV ed., pag. 540.

L'elemento identificativo è dunque, come richiesto nella legge delega, l'attività di direzione e coordinamento, la quale viene ad essere esistente in due casi. Anzitutto quando vi sia un 'vincolo partecipativo', il che è chiaro riferimento all'articolo 2359, c. 1, nn. 1) e 2), c.c.: si tratta delle ipotesi c.d. di 'controllo interno di diritto' e di 'controllo interno di fatto', esistenti quando una società abbia nell'assemblea di un'altra società la maggioranza dei voti o voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante. Il che può avvenire, *ex* art. 2359, c. 2, c.c., anche in maniera indiretta, per il tramite di società controllate, società fiduciarie o persone interposte.

Seconda ipotesi su cui può basarsi l'attività di direzione e coordinamento è quella dell'esistenza di un 'contratto'. Al riguardo la dottrina ⁹⁰ ha (condivisibilmente) evidenziato quanto la genericità del dato letterale possa comportare una duplice lettura del termine. Se può essere letto quale riferimento all'art. 2359, c. 1, n. 3, c.c. (il cd. 'controllo contrattuale'), lo stesso può dirsi anche con riguardo ai cd. 'contratti di dominazione' ⁹¹ di cui all'art. 2497 *septies* c.c. La dottrina in esame giunge alla conclusione che l'attività di direzione e coordinamento possa essere desunta *«sia dal controllo contrattuale sia da eventuali patti di dominio (...) ferma restando la netta alterità delle due situazioni»* ⁹², anche se qualche ulteriore considerazione può essere fatta.

Se si segue la tesi di F. Galgano sull'art. 2497 *septies* c.c.⁹³, secondo la quale suddetta disposizione si riferisce ai soli gruppi orizzontali o paritetici con il fine di ampliare anche questi ultimi la disciplina della direzione e coordinamento, tale articolo diviene

 ⁹⁰ Cfr. M. PALLADINO, *La nuova disciplina dei gruppi d'imprese*, Neldiritto Editore, Molfetta, 2019, pag. 9 e 10.
 91 Il termine è qui utilizzato con finalità semplificative, in quanto è acceso in dottrina il dibattito sulla

natura di quanto previsto nell'art. 2497 septies, e non è questa la sede opportuna per approfondire dettagliatamente la questione. In estrema sintesi, per parte della dottrina l'art. 2497 septies ha dato cittadinanza nel nostro ordinamento ai contratti di dominazione, i quali darebbero vita ai "gruppi di diritto". Per tale posizione si veda: R. ROSOTTO, V. CRESTA, Direzione e coordinamento di gruppo nella riforma societaria: prime riflessioni, in Corr. giur., 2003, pag. 825; A. JORIO, I gruppi, in S. AMBROSINI (a cura di), La riforma delle società. Profili della nuova disciplina, Giappichelli, Torino, 2003, pag. 197 e ss. Per altra corrente, invece, l'art. 2497 septies si riferisce invece ai soli gruppi orizzontali, non riferendosi quindi ai contratti di dominazione, ma optando solamente per l'estensione della disciplina di direzione e coordinamento anche a tali figure. Sul punto si segnala: F. GALGANO, I gruppi nella riforma delle società di capitali, in Contr. impr., 2002, pag. 1036 e ss. Si segnala infine una posizione intermedia, che avalla entrambe le tesi: A. IRACE, Direzione e coordinamento di società, in M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), La riforma delle società. Aggiornamento commentato, Giappichelli, Torino, 2004, pag. 125.

⁹² Cfr. M. PALLADINO, La nuova disciplina dei gruppi d'imprese, cit., pag. 9.

⁹³ Cfr. F. GALGANO, I gruppi nella riforma delle società di capitali, cit., pag. 1036.

il parallelo di quanto previsto dall'art. 2545 *septies* c.c. ⁹⁴ in tema di gruppi cooperativi paritetici. Ciò, se sommato al fatto che, da un lato, il richiamo all'art. 2359 c.c. è già presente (sia per quanto già detto che per la seconda presunzione contenuta in tale definizione) e che, dall'altro, l'art. 2545 *septies* c.c. affianca l'art. 2497 c.c. nella disposizione in commento, fa qui propendere per la tesi secondo cui il termine 'contratto' vada riferito al contratto come previsto nell'art. 2497 *septies* c.c.

Come evidenzia M. Palladino⁹⁵, l'alterità delle due norme è evidente: se ci si riferisce all'art. 2497 *septies* c.c., l'oggetto principale del singolo contratto è proprio l'influenza dominante, mentre, se si tratta dell'art. 2359, c. 1, n. 3, c.c., quest'ultima è la conseguenza di più rapporti contrattuali, che devono propagare i loro effetti lungo la vita dell'attività d'impresa.

Secondo elemento che viene in rilievo rispetto alla prima delle due definizioni in esame è il riferimento alla persona fisica quale soggetto esercente attività di direzione e coordinamento. In prima istanza, va detto che la legge delega 155/2017 richiedeva che la definizione di gruppo fosse modellata sulla nozione di direzione e coordinamento contenuta negli artt. 2497 e seguenti del codice civile. Ebbene, parte della dottrina 96 sostiene che tale ipotesi esorbiti quanto la legge delega 155/2017 richiedeva poiché la persona fisica «non è contemplata tra i soggetti esercenti l'attività di direzione e coordinamento dalle disposizioni civilistiche, a cui il governo (...) avrebbe dovuto ispirarsi» Non ritengo però condivisibile quanto detto. Infatti, il comma 2 dell'art. 2497 c.c. fa riferimento alla persona fisica quale responsabile in

⁹⁴ Il quale recita: «1. Il contratto con cui più cooperative appartenenti anche a categorie diverse regolano, anche in forma consortile, la direzione e il coordinamento delle rispettive imprese deve indicare:1) la durata; 2) la cooperativa o le cooperative cui è attribuita direzione del gruppo, indicandone i relativi poteri; 3) l'eventuale partecipazione di altri enti pubblici e privati; 4) i criteri e le condizioni di adesione e di recesso dal contratto; 5) i criteri di compensazione e l'equilibrio nella distribuzione dei vantaggi derivanti dall'attività comune. 2. La cooperativa può recedere dal contratto senza che ad essa possano essere imposti oneri di alcun tipo qualora, per effetto dell'adesione al gruppo, le condizioni dello scambio risultino pregiudizievoli per i propri soci. 3. Le cooperative aderenti ad un gruppo sono tenute a depositare in forma scritta l'accordo di partecipazione presso l'Albo delle società cooperative».

⁹⁵ M. PALLADINO, *La nuova disciplina dei gruppi d'imprese, cit.*, pag. 9, ove è richiamata inoltre la posizione sulla questione di: F. GALGANO, G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, in G. DE NOVA (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2014, pag. 125.

⁹⁶ S. Monti, La crisi e l'insolvenza dei e nei gruppi d'imprese, cit., pag. 318. Stesso ragionamento è riscontrabile in: M. Arato, Regolazione della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese, cit., pag. 6; F. Guerrera, La regolazione negoziale della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese nel nuovo CCII, in Questione Giustizia, 2019, II, pag. 229.

⁹⁷ S. MONTI, La crisi e l'insolvenza dei e nei gruppi d'imprese, cit., pag. 318.

solido o nel limite dei vantaggi conseguiti (a seconda dei casi) con la società o l'ente che abbia esercitato attività di direzione e coordinamento in violazione dei principi di corretta gestione societaria. Sul punto, la dottrina ha evidenziato come ciò riguardi il caso «della c.d. persona fisica holding, quando cioè la direzione e il coordinamento di una pluralità di società è operata non avvalendosi di una società capogruppo, ma direttamente da una persona fisica che a tutte partecipa e che tutte controlla» Errata pare la critica in esame e, anzi, ritengo opportuno l'esplicito richiamo fatto dal legislatore, in quanto dal già citato report Istat⁹⁹ emerge come in Italia la maggioranza dei gruppi faccia capo ad una persona fisica o a un'impresa individuale¹⁰⁰.

Condivisibile, invece, un'ulteriore questione posta dalla dottrina¹⁰¹, ovverosia se la persona fisica debba intendersi quale *ultimate beneficial owner* dei soggetti esercenti attività di direzione e coordinamento ovvero quale 'socio tiranno' o 'socio di fatto' della supersocietà di fatto¹⁰² costituita dalle imprese del gruppo.

Propenderei per quest'ultima ipotesi, sulla base delle considerazioni di altra dottrina¹⁰³, affini ma non coincidenti.

La tesi a cui si fa riferimento è quella per cui il richiamo alla persona fisica assume valore solo in relazione alla possibilità di esperire azioni revocatorie e risarcitorie infragruppo, e non invece all'assoggettabilità della persona fisica alla procedura concorsuale. Ciò in quanto gli artt. 284 e 287 CCII richiedono, per accedere alla procedura di liquidazione giudiziale, il requisito dell'imprenditorialità, di cui tendenzialmente le *holding* persone fisiche sono sfornite. Combinando però le due posizioni della dottrina, ne deriverebbe, in caso di liquidazione giudiziale, la possibilità di liquidazione giudiziale in estensione quale socio illimitatamente responsabile della

⁻

⁹⁸ Così: C. ANGELICI, La riforma delle società di capitali, cit., pag. 201.

⁹⁹ Si veda la nota n. 7.

¹⁰⁰ Nel dettaglio, il citato report, a pagina 6 evidenzia come nell'anno solare 2016 il 47,1 % dei gruppi avesse a capo una persona fisica o un'impresa individuale, mentre, ad esempio, solo nel 25,4% dei casi a capo della struttura vi era una società per azioni.

¹⁰¹ Cfr. S. Monti, La crisi e l'insolvenza dei e nei gruppi d'imprese, cit., pag. 318; M. Arato, Regolazione della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese, cit., pp. 6 e 7.

¹⁰² Sulla teoria della supersocietà di fatto, non unanimemente accolta in giurisprudenza, si vedano, senza pretesa di completezza: P. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, La c.d. supersocietà tra società di capitali al primo (e parziale) vaglio della Cassazione, in Corr. giur., 2017, pag. 63 e ss.; L. ABETE, Il fallimento della supersocietà (di fatto) occulta: "controindicazioni" applicative, in Società, 2017, pag. 163 e ss.; F. FIMMANÒ, Supersocietà di fatto ed estensione di fallimento alle società eterodirette, in www.ilcaso.it, 2016.

¹⁰³ Nello specifico: M. PALLADINO, *La nuova disciplina di gruppi di imprese, cit.*, pp. 15 e 16.

supersocietà occulta ex art. 256 CCII; in caso di concordato, il dato testuale «potrebbe consentire l'accesso al concordato di gruppo anche al cd. "gruppo di fatto"»¹⁰⁴.

Credo sia questa la lettura preferibile della disposizione, non ritenendola circoscrivibile alle sole necessità in tema di azione revocatoria. Indubbio è comunque che la dottrina in futuro dedicherà molte pagine a tale questione. L'unico dato che ritengo essere pacifico, in conclusione, è che, riferendosi alla persona fisica, il legislatore delegato non abbia ecceduto i criteri direttivi assegnatigli.

L'art. 2, lett. h), CCII introduce poi due presunzioni *iuris tantum* circa la sussistenza dell'attività di direzione e coordinamento. Secondo la prima, si presume, salvo prova contraria, che tale attività sia esercitata dalla società o dall'ente tenuto al consolidamento dei bilanci delle società sottoposte. Previsione non nuova né al diritto italiano né a quello europeo: identica presunzione è contenuta all'interno dell'art. 2497 *sexies* c.c. 105 e nella definizione di 'impresa madre' contenuta nel regolamento europeo n. 848/2015 106. La seconda presunzione circa la sussistenza dell'attività concerne invece l'esistenza di un rapporto di controllo, che sia diretto, indiretto o congiunto. Tale previsione conferma gli approdi giurisprudenziali circa la possibilità o meno di sovrapporre i concetti di controllo e di attività di direzione e coordinamento. Difatti, i giudici di merito hanno ravvisato, seppur non unanimemente 107, come la seconda sia un concetto più ampio di quello di controllo, in quanto a quest'ultimo si aggiunge *«un potere di ingerenza più intenso, consistente nel flusso costante di istruzioni impartite dalla società controllante»* 108.

A tali presunzioni, si somma poi il potere, per gli organi delle procedure, di richiedere alla Consob o ad altra autorità ogni informazione utile circa la sussistenza dei legami infragruppo (artt. 286, c. 4, e 289, c. 1, CCII).

La seconda definizione (art. 2, lett. i), CCII) concerne invece i gruppi di rilevante dimensione, categoria con particolari rilievi pratici, che meglio verranno approfonditi nei capitoli successivi. La disposizione richiama il contenuto della direttiva

¹⁰⁴ M. ARATO, Regolazione della crisi, cit., pag. 7.

¹⁰⁵ Viene quindi rispettato il criterio direttivo contenuto nella legge delega.

¹⁰⁶ Cfr. *supra* par. 1.2.2.

¹⁰⁷ Si veda: Trib. Mantova, 16 ottobre 2014, in *Società*, 2015, pag. 1405 e ss.

¹⁰⁸ Cfr. Trib. Palermo, 15 giugno 2011, in *Giur. comm.*, 2013, II, pag. 507 e ss. Sulla stessa linea anche Trib. Milano, 20 dicembre 2013, ordinanza, in *www.ilcaso.it*.

2013/34/UE e del relativo art. 3, par. 6^{109} e 7^{110} , ma sembra quantomeno inopportuna la scelta del nostro legislatore. Anzitutto non si comprende il motivo per il quale siano ricompresi nella definizione di gruppi di rilevante dimensione anche quelli che il legislatore europeo definisce come di "dimensioni medie". Se la questione fosse circoscritta solo a ciò, si potrebbe concludere che sia stata una semplice scelta ritenuta opportuna dal legislatore, ma così non è. Difatti l'art. 4, c. 1, lett. a), della legge delega 155/2017, in tema di procedure d'allerta, richiede che queste ultime «non si applichino (...) alle grandi imprese come definite dalla normativa dell'Unione europea». Con molta probabilità sarà questo uno dei punti su cui il Governo interverrà in sede di correzione della normativa, data l'erronea trasposizione dei criteri direttivi appena evidenziata.

Da un punto di vista generale, ritengo comunque positivo l'intervento definitorio in materia dei gruppi, caratterizzato da elasticità, ampio respiro ma anche da un ben definito quadro di riferimento entro cui individuare il fenomeno. Sono molteplici gli strumenti offerti all'interprete per rintracciare la coincidenza della realtà fenomenica con la previsione normativa, in modo tale da permetterne l'applicazione.

Come già premesso, si tenterà ora di dimostrare la portata generale che la definizione di 'gruppo di imprese' potrà avere in futuro nel nostro ordinamento. Per fare ciò, mi baserò sulle tesi, in tema di analogia *legis*, di Ezio Vanoni¹¹¹, il quale non circoscrive le proprie osservazioni al solo diritto tributario, ma anzi «applica all'ambito disciplinare eletto tesi generali sull'analogia giuridica»¹¹².

¹⁰⁹ Il quale recita: «I gruppi di dimensioni medie sono gruppi che non sono piccoli gruppi e sono composti da un'impresa madre e imprese figlie da includere nel bilancio consolidato e che, su base consolidata, alla data di chiusura del bilancio dell'impresa madre non superano i limiti numerici di almeno due dei tre criteri seguenti: a) totale dello stato patrimoniale: 20 000 000 EUR; b) ricavi netti delle vendite e delle prestazioni: 40 000 000 EUR; c) numero medio dei dipendenti occupati durante l'esercizio: 250».

¹¹⁰ Il quale recita: «I grandi gruppi sono gruppi composti da un'impresa madre e imprese figlie da includere nel bilancio consolidato e che, su base consolidata, alla data di chiusura del bilancio dell'impresa madre superano i limiti numerici di almeno due dei tre criteri seguenti: a) totale dello stato patrimoniale: 20 000 000 EUR; b) ricavi netti delle vendite e delle prestazioni: 40 000 000 c) numero medio dei dipendenti occupati durante l'esercizio: 250».

¹¹¹ In particolare, farò riferimento a quanto contenuto in: E. VANONI, Natura ed interpretazione delle leggi tributarie, Cedam, Padova, 1932. Per completezza, ritengo opportuno segnalare una nota critica sulle tesi sostenute dall'Autore, ossia: V. VELLUZZI, Ezio Vanoni e l'analogia giuridica: note a margine, in G. RAGUCCI (a cura di), Ezio Vanoni: giurista ed economista: atti, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 177-195.

112 Così V. Velluzzi, *Ezio Vanoni e l'analogia giuridica, cit.*, pag. 177.

Riassumendo in estrema sintesi quanto sostenuto dal giurista, emerge come i presupposti per l'utilizzo dell'analogia giuridica siano, in ordine, i seguenti: *i*) rilevare l'esistenza di una lacuna all'interno dell'ordinamento; *ii*) identificare la *ratio* sottostante alla disposizione che si intende applicare analogicamente; *iii*) valutare se la lacuna sia stata intenzionalmente lasciata dal legislatore, nel senso che egli abbia voluto non regolamentare positivamente la fattispecie; *iiii*) constatare la presenza di caratteri giuridici analoghi tra la fattispecie che si vuole applicare analogicamente e quella a cui si vuole applicare la disposizione.

Partendo dal primo dei quattro presupposti appena identificati, sembra abbastanza evidente, soprattutto se si condivide quanto prima esposto¹¹³, la presenza di una lacuna definitoria nel nostro ordinamento. Ciò non in quanto manchino definizioni positive, ma in quanto queste ultime non ambiscono a disciplinare ipotesi al di fuori del contenente normativo dal quale traggono origine. Un esempio per tutti: l'art. 2 del d.l. n. 233/1986, in tema di liquidazione coatta amministrativa delle società fiduciarie e delle società di revisione, ha una valenza meramente interna, valenza che risulta con chiarezza dal tenore letterale del testo. Quand'anche non si condividesse tale argomentazione, alla stessa conclusione si addiverrebbe sulla base di quanto contenuto nell'art. 14 delle preleggi, ove è indicata l'impossibilità di interpretazione analogica di una 'legge eccezionale', per la sussistenza della quale si ritiene «occorra l'esistenza di una disposizione che disciplini un gruppo di casi, fissando una regola rispondente alle direttive generali dell'ordinamento giuridico e che poi a tale regola vengano introdotte delle limitazioni in forma derogatoria» 114. E tale è proprio il caso del d.l. n. 233/1986, il quale si pone in rapporto di species a genus con il regio decreto n. 267/1942.

Chiarito ciò, tocca ora cercare di rintracciare la *ratio* sottostante all'art. 2, lett. h), CCII. Il legislatore ha introdotto il nuovo Codice dell'insolvenza con l'obiettivo, tra gli altri, di dare una precisa sistematizzazione al diritto concorsuale, riunendo in unico *corpus* normativo aggiornato e razionalizzato discipline e principi prima caratterizzati da una discontinuità temporale. Inoltre, ha voluto colmare il vuoto di disciplina che la prassi e l'ordinamento eurounitario hanno evidenziato (si pensi, rispettivamente, al titolo

¹¹³ Cfr. par. 1.1.1.

¹¹⁴ Così: F. Antolisei, Manuale di diritto penale. Parte generale, Giuffrè, Milano, 1994, pag. 90 e ss.

dedicato ai gruppi di imprese e all'introduzione degli strumenti volti a far emergere anticipatamente il dissesto dell'impresa). Per l'efficace applicazione del Titolo VI dedicato ai gruppi, si è giustamente ritenuto necessario dare una definizione al fenomeno, data la lacuna presente nel nostro ordinamento. E ciò è stato fatto, partendo da una serie di precetti già esistenti nel nostro ordinamento: si tratta quindi di una definizione *per relationem*, ma al contempo di ampio respiro.

Il terzo passo porta ad analizzare l'intenzionalità o meno della lacuna. Come già più volte sottolineato, è stata certamente intenzionale la scelta del legislatore di non definire compiutamente il fenomeno dei gruppi, ma quel che va aggiunto è la necessaria contestualizzazione storica delle scelte del legislatore. Se ci riferiamo ai testi di legge della seconda metà del XX secolo, tanto deve valutarsi la volontà del legislatore quanto esigua (rispetto ad oggi) era la dimensione empirica dei gruppi. Se invece ci si riferisce al d.lgs. 6/2003 e ai testi di legge non di molto successivi, la prospettiva è un'altra: si trattava della prima disciplina generale in materia, per cui si è ritenuto opportuno lasciare più libertà possibile all'interprete così da evitare una costante esclusione di casi concreti dall'ambito applicativo di tali disposizioni. In altre parole, si preferiva lasciare la libertà di valutazione di un fenomeno dinamico.

Tali osservazioni non possono più valere al giorno d'oggi. Ormai il fenomeno ha assunto portata tale da interessare qualsiasi ramo del diritto¹¹⁵, e l'intervento nel campo concorsuale affronta questa evoluzione prendendone coscienza. Occupandosi dei gruppi, il legislatore chiarisce la volontà di superare il suo precedente approccio, dettando una definizione e una disciplina apposita in antitesi con quanto precedentemente fatto.

Concludendo, la lacuna c'era ed era intenzionale, ma ritengo che quanto emerge dal nuovo Codice della crisi sia una volontà legislativa volta a sovvertire quanto prima avvenuto, e ciò in conseguenza sia del mutamento del contesto economico sia di quello giuridico.

In ultima istanza, va valutata la presenza di caratteri giuridici analoghi che permettano l'applicazione dell'analogia *legis*. Per tale ultimo passaggio non si può che procedere in via esemplificativa, e a tal fine si farà utilizzo del caso di utilizzo patologico del

¹¹⁵ Un esempio per tutti: sono stati introdotti, nel ramo fiscale italiano, il regime opzionale di tassazione del consolidato nazionale, il regime CFC (*Controlled Foreign Companies*) o il regime di trasparenza dei gruppi.

contratto di *cash pooling*. Si tratta, in breve, di un contratto intersocietario, tramite il quale si ha una gestione unitaria della situazione finanziaria del gruppo e che permette di ottenere una serie di vantaggi nei confronti degli istituti di credito. È un contratto di per sé ammesso dall'ordinamento, *ex* art. 1322 c.c., e riguarda specificamente i gruppi di imprese.

Qualora l'utilizzo di quest'ultimo assumesse una fisionomia patologica, ad esempio con riferimento agli interessi attivi e passivi, la questione arriverebbe con tutta probabilità di fronte ad una commissione tributaria, la quale si ritroverebbe indubbiamente a dover rilevare se si sia in presenza, o meno, di un gruppo di società. Anche il diritto tributario adotta singole definizioni, di maggior o minor ampiezza, per regolare singole fattispecie concernenti i gruppi 116, ma non vi è una definizione specifica per il fenomeno in questione. Ecco quindi che, sussumendo tale ipotesi alla *ratio* della definizione in questione, come prima evidenziata, ritengo che ai fini analogici le due ipotesi possano essere accostate, e che pertanto l'art. 2, lett. h), CCII possa fuoriuscire dall'ambito delle sole procedure concorsuali.

Obiezione, invero abbastanza debole, che può essere opposta a quanto finora detto è quella per cui il testo dell'art. 2 CCII recita inizialmente: *«Ai fini del presente codice»*. Basarsi su di una interpretazione solamente letterale ritengo non sia opportuno, in quanto al dato letterale del testo deve affiancarsi una cornice sistemica che concorre, con il primo elemento, a delineare la vera portata dell'enunciato.

Quanto contenuto nell'art. 2, lett. h), CCII non è di per sé innovativo, dato che, come prima evidenziato più volte, si rifà a concetti già noti al nostro ordinamento. Anzi, se si volesse unicamente dar valore al solo dato letterale, bisognerebbe riconoscere anche come il contenuto della definizione *de qua* non contenga alcun esplicito riferimento all'ambito 'fallimentare', il che indurrebbe, al contrario della possibile obiezione di cui sopra, a ritenere non preclusa un'interpretazione analogica della stessa. Indubbiamente più opportuna è una valutazione d'insieme, che sommi al dato letterale anche l'evoluzione storica della questione, l'intenzione legislativa e la tecnica di stesura della disposizione. Elementi che, tutti insieme, mi fanno ritenere che la

¹¹⁶ Cfr. F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario - Vol II: Parte Speciale*, Utet, Vicenza, 2018, pag.

definizione contenuta nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza sia la prima definizione positiva generale di gruppi di imprese.

Capitolo 2. Concordato preventivo di gruppo

2.1 La situazione anteriore all'introduzione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

2.1.1 Il silenzio della normativa fallimentare in tema di concordato preventivo di gruppo

Il concordato preventivo è la procedura concorsuale che più di tutte ha fatto emergere la necessità di una normativa positiva che ne disciplinasse il rapporto con il gruppo di imprese. Ciò vale sia per la situazione antecedente che per quella successiva alle riforme dell'istituto avviate nel 2005 con il cd. "decreto competitività" come i tentativi della prassi di utilizzarlo per gestire la crisi di gruppo hanno fatto emergere in più occasioni. Ma è soprattutto il novellato art. 160 l. fall. ad aver dato adito alla tesi della legittimità di un'unica proposta concordataria per più società appartenenti al medesimo gruppo: ciò che emerge dalla lettura dell'articolo in questione è il principio di atipicità della proposta concordataria per più società appartenenti di atipicità della proposta concordataria la quale si contestualizza in un più generale favor legislativo per la soluzione negoziata della crisi d'impresa. Difatti, rispetto all'originaria formulazione la concordataria la fall., oggi, in tema di presupposti

¹¹⁷ Decreto-legge 14 marzo 2005, convertito con legge 14 maggio 2005, n. 80. Per un compiuto resoconto dello sviluppo delle riforme in materia concorsuale si veda: A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese, cit.*, pag. 28 e ss.

¹¹⁸ Anche se sul tema il Tribunale di Bergamo, il 25 novembre 2016, si è espresso, dopo la riforma del 2015, in senso sfavorevole, almeno per quanto riguarda la soglia minima di pagamento dei creditori chirografari. Per una lettura critica a tale sentenza si veda: A. Di Iullo, *Concordato liquidatorio: condizioni legali di ammissibilità e principio di atipicità della proposta*, ne *il Fallimentarista*, 2017, pag. 6.

pag. 6.

119 Ossia: «I. L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza, fino a che il suo fallimento non è dichiarato, può proporre ai creditori un concordato preventivo secondo le disposizioni di questo titolo, se: 1) è iscritto nel registro delle imprese da almeno un biennio o almeno dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, ed ha tenuto una regolare contabilità per la stessa durata; 2) nei cinque anni precedenti non è stato dichiarato fallito o non è stato ammesso a una procedura di concordato preventivo; 3) non è stato condannato per bancarotta o per delitto contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria o il commercio. II. La proposta di concordato deve rispondere ad una delle seguenti condizioni: 1) che il debitore offra serie garanzie reali o personali di pagare almeno il quaranta per cento dell'am-montare dei crediti chirografari entro sei mesi dalla data di omologazione del concordato; ovvero, se è proposta una dilazione maggiore, che egli offra le stesse garanzie per il pagamento degli interessi legali sulle somme da corrispondere oltre i sei mesi; 2) che il debitore offra al creditore per il pagamento dei suoi debiti la cessione di tutti i beni esistenti nel suo patrimonio alla data della proposta di concordato, tranne quelli indicati dall'articolo 46, semprechè

d'ammissione alla procedura, lascia ampia discrezionalità all'imprenditore in stato di crisi nel proporre questo strumento, non essendo, in particolare, più necessaria (secondo il testo di legge) la destinazione integrale dei beni esistenti nel suo patrimonio alla soluzione concordataria.

La legge fallimentare nulla dice espressamente riguardo ad una possibile proposta unitaria di concordato di gruppo. Una disciplina esplicita la si rinviene unicamente all'interno della legge Marzano¹²⁰, in una disposizione, l'art. 4 *bis*, comma 2, emanata solamente per la miglior gestione del caso Parmalat. Superfluo sarebbe analizzarne dettagliatamente il contenuto, data la specialità che caratterizza tale normativa, mentre rilevante è quanto ne fa discendere parte della dottrina: è ritenuto che *«la novella della disciplina del concordato preventivo del 2005 sia stata ispirata proprio dalla legge Marzano»*, sebbene non venga ritenuto *«possibile trapiantare la peculiare fattispecie (...) ivi contemplata nel diritto concorsuale ordinario»*¹²¹.

Tornando ad una prospettiva più generale, svariate sono le motivazioni che hanno indotto la prassi a ricercare la via del concordato di gruppo. Anzitutto, se si parla di concordato meramente liquidatorio, è indubbio il plusvalore che si realizzerebbe tramite una cessione aggregata degli *assets*¹²², il quale verrebbe a mancare in caso di trattamento frazionato delle singole società. Sul punto, merita considerazione l'art. 105 l. fall., concernente le modalità con cui l'attività di liquidazione deve avvenire: pur riferendosi a una società singolarmente intesa, esso assegna, quale valore guida di tale attività, la preferenza ad una cessione aggregata, dovendosi procedere ad una cessione atomistica solo qualora non si possa ottenere una maggior soddisfazione dei creditori. Si può quindi rilevare la piena coincidenza tra volontà legislativa e necessità della pratica, essendo indubbia la meritevolezza dell'interesse giuridico-economico in questione.

-

la valutazione di tali beni faccia fondatamente ritenere che i creditori possano essere soddisfatti almeno nella misura indicata al n. 1».

¹²⁰ Legge 18 febbraio 2004, n. 39. "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 23 dicembre 2003, n. 347, recante misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza".

¹²¹ Cfr. R. SANTAGATA, Concordato preventivo "di gruppo" e teoria dei vantaggi compensativi, in Riv. dir. impresa, 2015, pag. 239.

¹²² Sul punto si vedano le argomentazioni di: D. VATTERMOLI, *Gruppi multinazionali insolventi*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, pag. 588 e ss.

In secondo luogo, se si parla invece di concordato in continuità, la gestione procedurale unica permette di mantenere le sinergie imprenditoriali tra le varie realtà di gruppo, che accompagnerebbero le società anche nella fase patologica del proprio corso. Inoltre, dalla gestione unitaria della procedura di concordato deriverebbe una consequenziale economia procedurale, in quanto la nomina dei medesimi organi in un'unica procedura permetterebbe un considerevole risparmio di risorse e di tempo. Certo, non privo di difficoltà pratiche è il perseguimento di tale via. Non essendoci

Certo, non privo di difficoltà pratiche è il perseguimento di tale via. Non essendoci una regolamentazione positiva in materia, alcuni profili problematici emergono¹²³: la valutazione della sussistenza del presupposto soggettivo e oggettivo in capo ad ogni società ricorrente; l'individuazione del tribunale competente per la procedura unica; la possibilità o meno di una *substantive consolidation*¹²⁴.

Una serie di profili che prassi, dottrina e giurisprudenza (soprattutto di merito) hanno analizzato approfonditamente, proponendo una serie di modelli pratici e di elaborazioni concettuali sempre più elaborate e raffinate.

La linea di tendenza era comunque quella di avallare tale prassi, in forza della valorizzata autonomia negoziale¹²⁵ (da intendersi nel significato di cui all'art. 1322 c.c.) concessa alle imprese in sede di formulazione di una proposta concordataria dalle riforme del 2005 e del 2007. Si aggiunga il fatto che la legge fallimentare, all'art. 160, comma 1, lett. b), in tema di piano proposto dall'imprenditore in stato di crisi, prevede la possibilità di *«attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore* [e che possano] *costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura»*. Da tale breve inciso è stata dedotta¹²⁶ la possibilità, anche da un punto di vista positivo, di proposta congiunta da parte di società facenti parte di un gruppo.

¹²³ Alcuni di questi profili sono stati rilevati da: G. D'ATTORE, *I concordati di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2019, pag. 278.

¹²⁴ La *substantive consolidation* consiste, in sintesi, nell'aggregazione dei patrimoni delle singole imprese del gruppo, e si differenzia dalla *procedural consolidation* in quanto, in quest'ultima ipotesi, vi è solamente un'unificazione delle diverse procedure, rimanendo invece autonomi i patrimoni delle singole imprese.

¹²⁵ Per parte della dottrina, la «"privatizzazione" della gestione della crisi di impresa attraverso il negoziato tra debitore e creditori (...) consente di ritenere superata la questione della (presunta) indisponibilità dell'insolvenza», come sostenuta da altri autori. Cfr. T. GALLETTO, Nuove prospettive nel diritto fallimentare italiano: il gruppo insolvente e la risoluzione negoziata delle crisi d'impresa, in Rass. Forense, 2010, I, pag. 274.

¹²⁶ Cfr. V. VITALONE, *Il nuovo concordato preventivo*, Hoepli, Milano, 2008, pag. 67.

Alternativa alla proposizione di un'unica domanda di concordato è la preventiva¹²⁷ fusione¹²⁸, a seguito della quale vi è la presentazione della domanda di concordato da parte della società risultante da tale operazione straordinaria. Questa soluzione ha il vantaggio della costituzione di un'unica massa attiva e di un'unica massa passiva¹²⁹, superando l'autonoma soggettività giuridica delle pregresse società. Inoltre, grazie a tale tecnica, l'intero gruppo potrebbe accedere allo strumento del concordato preventivo anche qualora fossero solo alcune delle società che lo compongono a versare in stato di crisi.

Sono però presenti anche rilevanti problematiche: anzitutto a livello di tempistiche, in quanto al fine di un'efficace gestione dello stato di dissesto è necessaria una celere reazione, ontologicamente incompatibile con l'atto di fusione (potendosi procedere a una fusione cd. semplificata solo quando si è in presenza di una partecipazione totalitaria nella/e società incorporata/e, o almeno pari al 90%). Inoltre, i creditori delle società potrebbero opporsi alla fusione, con conseguenti, ulteriori, ritardi, ed i soci dissenzienti potrebbero recedere. Insomma, sembra trattarsi di un'alternativa valida da un punto di vista teorico, ma difficilmente praticabile.

Il dato di partenza era comunque chiaro. Dato lo stato dell'arte, non si poteva parlare di una figura speciale di concordato preventivo, ma di una sua modalità attuativa, divenendo la sussistenza del gruppo un elemento in base al quale declinare le modalità di proposizione ed il contenuto della domanda concordataria.

Il legislatore fallimentare non aveva preso in considerazione in maniera organica il gruppo nella normativa di sua pertinenza, non potendosi quindi attribuire al fenomeno rilevanza in termini di presupposto soggettivo per l'accesso alla procedura concorsuale¹³⁰. Il che, come del resto dimostrano i casi che ora analizzeremo, non

_

¹²⁷ Importante è sottolineare la demarcazione temporale: se la fusione è perfezionata prima della proposizione della domanda di ammissione al concordato preventivo è strumento alternativo al ricorso unitario o collegato di più società; in caso contrario, si tratta di una modalità attuativa del piano concordatario di gruppo.

¹²⁸ Sul punto: S. Poli, *Il "concordato di gruppo": i) profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplenza giurisprudenziale,* in *Contr. impr.*, 2014, pag. 1347 e ss. Va inoltre precisato che, con il d.lgs. 6/2003, è stato soppresso il divieto di fusione per società sottoposte a procedure concorsuali.

¹²⁹ Si accenna qui alla preponderante rilevanza della tematica della necessaria distinzione delle masse attive e passive di ogni società appartenente al gruppo in sede di concordato preventivo di gruppo. L'argomento sarà *infra* abbondantemente approfondito, e saranno ivi indicati tutti i relativi riferimenti dottrinali.

¹³⁰ Sul punto si veda: A. Nigro, *I soggetti delle procedure concorsuali*, in F. VASSALLI, F. LUISO, E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare. I presupposti dell'apertura delle procedure concorsuali*, Vol. I, Giappichelli, Torino, 2013, pag. 125.

poteva ritenersi elemento tale da eliminare qualsiasi possibilità di coordinamento, almeno di fatto, tra le procedure¹³¹ relative alle diverse imprese del medesimo gruppo.

2.1.2 I tentativi della prassi e l'apparente favor della giurisprudenza

Pare opportuno, innanzitutto, analizzare alcuni dei più rilevanti¹³² precedenti in cui si è fatta applicazione del concordato di gruppo. In particolare, si tratteranno due differenti momenti, ossia quello antecedente e quello successivo alla riforma¹³³ della disciplina del concordato preventivo. Ulteriore precisazione preliminare: indicando un "apparente *favor* della giurisprudenza" nel titolo di questo paragrafo, ci si ferisce ad una tendenza maggioritaria, ma non unanime, e circoscritta alla sola giurisprudenza di merito.

2.1.2.1 La prassi anteriore alla riforma del 2005

In questo periodo storico, rilevano anzitutto una serie di pronunce¹³⁴, risalenti alla fine degli anni '90, che si assestano tutte su di un atteggiamento favorevole a tale pratica. Affermata la meritevolezza ¹³⁵ del concordato, si riteneva, in estrema sintesi, ammissibile il concordato di gruppo qualora: *i)* la gestione unitaria della procedura avvantaggiasse i creditori in misura maggiore rispetto a singole e separate procedure ¹³⁶; *ii)* fossero favorevoli le maggioranze dei creditori di ogni impresa

¹³¹Cfr. R. SANTAGATA, Concordato preventivo "di gruppo", cit., pag. 219.

¹³² Non verranno analizzate tutte le esperienze offerte dalla prassi. Per uno sguardo più ampio si vedano tali opere, con i relativi riferimenti a dottrina e giurisprudenza: A. DI MAJO, *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario, cit.*, pag. 43 e ss.; A. DI MAJO, *I gruppi di imprese nel concordato preventivo e nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, in www.orizzontideldirittocommerciale.it, pag. 3 e ss.; S. POLI, *Il concordato di gruppo, cit.*, pag. 1360 e ss.; R. SANTAGATA; *Concordato preventivo "di gruppo", cit.*, pag. 213 e ss.; M. PALLADINO, *La nuova disciplina dei gruppi d'imprese, cit.*, pag. 16 e ss.; S. POLI, *Il concordato preventivo di gruppo*, in *Giur. comm.*, 2014, II, pag. 735 e ss.; L. M. QUATTROCCHIO, *L'insolvenza dei gruppi, cit.*, pag. 94 e ss.; C. RAVINA, *Concordato di gruppo: inammissibile la confusione delle masse attive e passive*, ne *il Fallimentarista*, 2015. Sarà su questi testi che, *principaliter*, ci si appoggerà per la rassegna che segue, come comunque sarà segnalato in nota.

¹³³ Il riferimento è, ancora, al decreto competitività di cui *supra*.

¹³⁴ Cfr. Trib. Ivrea, 21 febbraio 1995, in *Fallimento*, 1995, pag. 969 e ss.; Trib. Roma, 16 dicembre 1997, in *Dir. fall.*, 1998, II, pag. 778 e ss.; Trib. Terni, 19 maggio 1997, in *Fallimento*, 1998, pag. 290 e ss.

¹³⁵ Presupposto all'epoca necessario. Si veda: G. VALCAVI, *Sulla meritevolezza di una società di capitali nel concordato preventivo, con cessione dei beni ai creditori,* in *Dir. fall.*, 1998, II, pag 742. ¹³⁶ Trib. Roma, 16 dicembre 1997, *cit.*

ricorrente¹³⁷; *iii*) le varie società ricorrenti avessero sede legale ed amministrativa all'interno della circoscrizione del medesimo tribunale e si verificassero per tutte le condizioni di ammissibilità¹³⁸.

Meritano poi considerazione due distinte pronunce risalenti a tale periodo, tra di loro in antitesi ma con rilevanti profili peculiari.

Anzitutto il Tribunale di Crotone¹³⁹ che, nel 1999, si trovò a doversi pronunciare su tale fattispecie: un gruppo, con a capo un'impresa individuale, proponeva un unico concordato in cui era previsto l'integrale pagamento dei creditori privilegiati e il pagamento dei chirografari nella misura del 45%. Sebbene, in sede di votazione, la maggioranza dei creditori votò in senso favorevole, lo stesso non accadde con riguardo alla maggioranza dei crediti, non essendo stata raggiunta, con riferimento alla *holding* individuale, la soglia necessaria. In sede di omologa il Tribunale privilegiò però l'ottica di gruppo e omologò il concordato, fondandosi sul presupposto formale dell'unica adunanza dei creditori convocata per la votazione e su quello sostanziale del mancato pregiudizio dei creditori dissenzienti. Da sottolineare è che la mancanza di un'espressa disciplina positiva portò, in quel caso, il giudice a ritenere che il criterio della convenienza divenisse l'elemento dirimente della questione.

Su tutt'altra linea si assestò invece il Tribunale di Perugia¹⁴⁰, il quale negò la possibilità di una procedura concorsuale di gruppo, fondandosi essenzialmente sulla formale alterità soggettiva delle imprese che lo costituiscono. Tale pronuncia, la cui motivazione è alquanto sintetica, si pone in controtendenza con quanto finora analizzato e con la generale tendenza dell'epoca storica in cui si colloca. Dall'altro lato mette però in luce la malleabilità della situazione di cui si discute, situata nel mezzo tra le necessità pratico-economiche di efficace risoluzione della crisi e un contesto giuridico che non disciplinava la possibilità di trattazione unitaria dello stato di crisi.

¹³⁷ Trib. Terni, 19 maggio 1997, *cit*.

¹³⁸ Trib. Ivrea, 21 febbraio 1995, cit.

¹³⁹ Trib. Crotone, 28 maggio 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, pag. 1533 e ss. Cfr. A. Di Majo, *I gruppi di imprese nel concordato preventivo e nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, cit.*, pag. 5 e ss; S. Poli, *Il concordato di gruppo: i) profili problematici, cit.*, pag. 1363. ¹⁴⁰ Trib. Perugia, 3 marzo 1995, in *Foro it.*, 1995, I. Caso analizzato anche da: S. Poli, *Il concordato di*

gruppo: i) profili problematici, cit., pag. 1361 e ss.

In una fase intermedia tra i due periodi storici che sono stati assunti, in questa sede, quale criterio espositivo si colloca il caso (inedito) sottoposto al Tribunale di Pavia (avente ad oggetto il concordato del gruppo Yomo): intermedia in quanto l'ammissione 141 è intervenuta nella vigenza della normativa ante riforma, mentre l'omologazione 142 successivamente alle modifiche introdotte dal decreto competitività.

Il gruppo Yomo richiese, con unico ricorso proposto dalla capogruppo e da tre società del gruppo, l'instaurazione di un'unica procedura, la quale si sarebbe articolata in una cessione unitaria delle aziende del gruppo ad altra società esterna: cessione già avviata tramite un contratto preliminare di vendita sospensivamente condizionato all'omologa della proposta. In sede di ammissione, il Tribunale di Pavia, verificata la sussistenza del rapporto di gruppo e dei presupposti oggettivi e soggettivi per l'ammissione al concordato, ammise le quattro società alla procedura di concordato, optando per il consolidamento procedurale 143 e sottolineando l'impossibilità della formazione di un'unica massa attiva e passiva¹⁴⁴. In sede di omologa, il Tribunale confermò quanto già sostenuto.

2.1.2.2 La prassi successiva alla novellazione normativa

Ponendo ora l'attenzione al periodo post-riforma, la quantificazione numerica degli interventi è sensibilmente incrementata, in conseguenza del nuovo approccio legislativo volto a valorizzare l'autonomia negoziale dei ricorrenti. Alla luce di ciò, sono emerse una maggiore focalizzazione sulle problematiche conseguenti all'utilizzazione di tale strumento a questi fini e diverse modalità di proposizione della domanda di ammissione.

¹⁴¹ Cfr. Trib. Pavia, 26 maggio 2004, inedito, come commentato da S. POLI, *Il concordato di gruppo: i)*

profili problematici, cit., pag. 1364.

142 Cfr. Trib. Pavia, dicembre 2005, inedito, come commentato da S. Poli, *Il concordato di gruppo: i)* profili problematici, cit., pag. 1365.

¹⁴³ Diversamente da quanto fatto dal Tribunale di Crotone, ove al consolidamento procedurale si era affiancato quello sostanziale, in quanto l'omologazione era avvenuta, come detto, in seguito ad una valutazione complessiva delle votazioni dei creditori, non considerando il non raggiungimento della maggioranza necessaria rispetto ad una delle società ricorrenti.

¹⁴⁴ Va tenuto presente che, pochi mesi prima di tale decisione, era entrato in vigore il decreto Marzano, il quale deponeva espressamente in tale direzione. Pur non potendosi applicare al caso concreto, va tenuta presente l'importanza che l'enunciazione di tale principio da parte del legislatore può aver avuto.

In questo contesto emerge, anzitutto, la decisione 145 del Tribunale di Parma, il quale dichiarò l'inammissibilità di una domanda di concordato il cui piano prevedeva la cessione unitaria dell'azienda ad un soggetto terzo, così da pagare, in maniera indifferenziata, i creditori di ciascuna società ricorrente. Affermata l'astratta ammissibilità del concordato di gruppo, venne rilevato quale elemento impediente la violazione della separazione delle masse attive e passive delle singole società. Venne in tal sede sollevata per la prima volta in modo organico l'argomentazione del necessario rispetto dell'articolo 2740 c.c., il quale prevede il principio dell'universalità della responsabilità patrimoniale del debitore. La confusione delle masse attive e passive delle varie società venne vista quale violazione di tale principio, e tale osservazione può dirsi il *fil rouge*, seppur con qualche eccezione, di tutta la successiva giurisprudenza in materia.

Proprio per tali ragioni, il Tribunale di Bologna, in una successiva pronuncia¹⁴⁶, ha ritenuto ammissibili distinti ricorsi tra loro collegati proposti da un gruppo, il quale aveva ben evidenziato la separazione di masse attive e passive. Anche in tal sede è stata riconosciuta la legittimità di tale strumento, ma necessario è stato ritenuto il mantenimento dell'autonomia tra le varie società. In termini pratici, ben possibile è la cessione aggregata degli *assets* così da ottenerne un plusvalore, ma tale plusvalore deve necessariamente essere ripartito in maniera proporzionale tra ogni società.

Una peculiare tecnica tramite cui la prassi, in aggiunta alla già vista domanda congiunta ed al fascio di domande interconnesse, ha esperito questo strumento è quella dell'utilizzo della fusione quale modalità attuativa del concordato.

Nello specifico, il Tribunale di Monza¹⁴⁷ ha ritenuto ammissibile la proposta congiunta di due società, controllata e controllante, ove era dato conto di un già predisposto piano di fusione, il quale sarebbe stato attuato solamente una volta che il piano di concordato fosse stato omologato. Era prevista la votazione separata dei rispettivi creditori, così da rispettare formalmente l'autonomia delle due società, anche se nei fatti si sarebbero poi soddisfatti su di un patrimonio ridotto ad unità.

46

¹⁴⁵ Trib. Parma, 10 luglio 2008, inedito, per cui si veda: S. POLI, *Il concordato di gruppo: i) profili problematici, cit.*, pag. 1367.

¹⁴⁶ Trib. Bologna, 8 ottobre 2009, inedito, commentato dallo stesso Autore di cui alla nota precedente.

¹⁴⁷ Trib. Monza, 24 aprile 2012, ne il Fallimentarista, 2012.

Altra tecnica rinvenibile nella prassi, sempre finalizzata ad un trattamento unitario della crisi di gruppo, è quella della costituzione di una *newco*, solitamente con la forma giuridica di una s.n.c.¹⁴⁸, a cui le società del gruppo conferiscono i loro interi patrimoni. Successivamente è la *newco* stessa a presentare domanda di ammissione al concordato preventivo, e qualora l'*iter* si concludesse positivamente, a beneficiarne sarebbero tutte le imprese conferenti. Sul punto, la giurisprudenza si è espressa tendenzialmente in maniera positiva, come nel caso passato al vaglio del Tribunale di La Spezia¹⁴⁹, ove la proposta è stata omologata, e stesso esito si è avuto in sede di gravame dopo l'opposizione all'omologazione proposta da diversi creditori.

Come già detto, la negazione della possibilità di una *substantive consolidation* sembra essere il punto focale della posizione giurisprudenziale, ribadito in più occasioni.

Un esempio è un caso sottoposto al Tribunale di Roma¹⁵⁰, ove più società appartenenti ad un gruppo hanno proposto un'unica istanza di matrice liquidatoria. Era ivi previsto che parte ricavato delle società maggiormente patrimonializzate fosse destinato al soddisfacimento dei creditori di altre società del gruppo, e tale soluzione veniva giustificata in un'ottica di vantaggi compensativi, in quanto ai creditori delle società più capienti era assicurata la non applicazione di revocatorie fallimentari. Il Tribunale di Roma si pronunciò nel senso dell'inammissibilità della proposta, ribadendo come tramite il concordato preventivo non si potesse violare il principio enunciato dall'art. 2740 c.c.

Se questo è il quadro maggioritario, non vanno taciute pronunce che si pongono in antitesi con quanto appena detto. A tal proposito, rileva indubbiamente quanto deciso dal Tribunale di Benevento¹⁵¹, in relazione ad un caso in cui era stata proposta l'unificazione delle masse attive e passive, a cui il tribunale non si oppose: era infatti stato previsto che, sulla base del totale dell'attivo liquidabile e della massa passiva complessiva del gruppo, si sarebbe giunti al pagamento integrale di tutti i creditori

¹⁴

¹⁴⁸ La forma giuridica rileva ai fini dell'esdebitazione dei soci illimitatamente responsabili. L'argomento verrà *infra* approfondito.

¹⁴⁹ Trib. La Spezia, 27 aprile 2012, in www.ilcaso.it.

¹⁵⁰ Trib. Roma, 25 luglio 2012, in *Fallimento*, 2013, pag. 748 e ss. Tale decisione è stata confermata anche dalla Corte d'Appello di Roma, 5 marzo 2013, in *www.ilcaso.it*. Si veda al riguardo ancora: S. POLI, *op. cit.*, pag. 1376. Per una lettura critica a tale sentenza si veda invece: R. SANTAGATA, *Concordato preventivo di gruppo, cit.*, pag. 213 e ss.

¹⁵¹ Trib. Benevento, 18 gennaio 2012, in *Dir. banca mercato fin.*, 2012, I, pag. 378 e ss. In proposito si veda il commento critico, all'interno della stessa rivista: D. VATTERMOLI, *Concorso e autonomia privata nel concordato preventivo di gruppo*.

privilegiati e al pagamento nella misura dell'80% di tutti i creditori chirografari. Come sottolineato nel commento ¹⁵² a tale sentenza, leggendo il decreto del tribunale «sembrerebbe che i giudici si siano preoccupati esclusivamente degli aspetti formali della proposta, disinteressandosi del profilo sostanziale della violazione dei principi concorsuali, da ritenere decisamente più rilevante».

Sulla stessa posizione il Tribunale di Palermo¹⁵³, il quale, affermando l'ammissibilità del piano concordatario di gruppo qualora rispondente ai preminenti interessi dei creditori, ha legittimato una trattazione unitaria non solo da un punto di vista procedurale, ma anche sostanziale, consentendo un'unica adunanza di creditori ed il computo delle maggioranze riferito all'unico programma concordatario.

2.1.2.3 Concordato di gruppo ed esperienza pratica: gli esiti

Da questo indicativo, seppur incompleto, quadro generale possono trarsi delle prime conclusioni. Il problema era indubbiamente avvertito nella prassi, e si sono tentate più strade per risolverlo: proporre un unico ricorso per tutte le società del gruppo; proporre distinti ma collegati piani; costituire una *newco* e presentare tramite quest'ultima la domanda d'accesso anche per le imprese conferenti; proporre la fusione quale piano attuativo del concordato. Si aggiunga a ciò che il contenuto delle proposte concordatarie, quale che sia la modalità di proposizione adottata, può a sua volta essere scisso in due macro-categorie: *i)* coordinamento di fatto tra le varie procedure instaurate, magari con la nomina degli stessi organi (*procedural consolidation*); *ii)* commistione patrimoniale (attiva e/o passiva) delle società ricorrenti (*substantive consolidation*).

La risposta della giurisprudenza maggioritaria circa la praticabilità del concordato di gruppo è stata nel senso favorevole alla sua astratta ammissibilità, verificandosi gli arresti, soprattutto nel periodo post-riforma, sull'impossibilità di deroga all'art. 2740 c.c., mentre, in tema di coordinamento procedurale, la risposta è stata quasi univoca. D'altronde il quadro normativo esistente sembrava tacitamente avallare questa prassi:

-

¹⁵² Cfr. D. VATTERMOLI, Concorso e autonomia, cit., pag. 386.

¹⁵³ Trib. Palermo 4 giugno 2014, in www.ilcaso.it. Si veda al riguardo: L. M. QUATTROCCHIO, L'insolvenza dei gruppi, cit., pag. 97 e ss.

proporre un piano di gruppo era pienamente compatibile sia con l'autonomia negoziale accordata alle parti in sede di stesura dello stesso, oltre ad essere strumento per una più efficace gestione della crisi.

Gli esiti giurisprudenziali hanno avuto inevitabili conseguenze nelle riflessioni della dottrina, la quale ha in particolare dedicato molto inchiostro al rapporto tra consolidamento sostanziale delle masse e art. 2740 c.c., alla luce di principi generali che regolano l'attività dei gruppi e, più in generale, l'intero ordinamento.

2.1.3 I principali orientamenti dottrinali

2.1.3.1 Concordato di gruppo ed art. 2740 c.c.

In prima istanza, viene in considerazione un argomento di ampio respiro, preso in considerazione, con esiti parzialmente differenti, da più autori¹⁵⁴, e che in estrema sintesi consiste in ciò: indagare se e come il concordato preventivo di gruppo si relazioni all'art. 2740 c.c., vedendo se e come possano essere compatibili, ragionando in termini sia di *procedural* che di *substantive consolidation*¹⁵⁵.

La fattispecie da cui prende spunto il primo degli autori¹⁵⁶ in questione è la seguente: un concordato di gruppo ove due società avrebbero provveduto ad una liquidazione parziale dei propri beni, con destinazione parziale del ricavato ai propri creditori e destinazione delle rimanenze ai creditori di altre società del gruppo¹⁵⁷. Il Tribunale di Roma ¹⁵⁸ dichiarò l'inammissibilità della proposta, richiamando il limite posto

¹⁵

¹⁵⁴ Si prenderanno qui principalmente in considerazione, salvo ulteriori riferimenti opportunamente indicati in nota: R. Santagata, *Concordato preventivo "di gruppo"*, cit., passim; M. Facci, Concordato di gruppo, cit., pag. 7 e ss; S. Poli, Il concordato di gruppo: ii) verifica critica degli approdi giurisprudenziali con tentativo di ricavare dal sistema le chiavi per un parziale superamento del dogma delle masse (attive), in Contr. impr., 2015, pag. 106 e ss.; G. D'Attore; Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore, in Riv. dir. comm., 2014, II, pag. 359 e ss.

¹⁵⁵ Sull'opportunità di forme di *substantive consolidation*, dopo un'approfondita analisi circa la sua nascita e il suo utilizzo nel sistema americano, si è espresso negativamente: D. VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e consolidamento dei patrimoni (substantive consolidation), Riv. dir. soc.*, 2010, I, pag. 586 e ss. In particolare, l'Autore rileva come possa avere forti effetti negativi nei confronti dei creditori, effetti che potrebbero, secondo lo stesso, valere *«anche in termini di efficienza complessiva del sistema»* (pag. 607). Si rimanda alla lettura dell'articolo per gli approfondimenti del caso.

¹⁵⁶ R. SANTAGATA, Concordato preventivo "di gruppo", cit., pag. 213.

¹⁵⁷ Identica fattispecie, conclusasi anch'essa con un espresso diniego, è quella decisa da: Cass., 17 ottobre 2018, n. 26005, in *Fallimento*, 2019, con nota (critica) di L. BENEDETTI, *Il concordato con cessione parziale dei beni nell'ambito del gruppo fra passato e futuro*, pag. 491 e ss. ¹⁵⁸ Trib. Roma, 25 luglio 2012, cit.

dall'art. 2740 c.c., e la dottrina in esame, indagando entro l'ambito del concordato con finalità liquidatorie, richiama anzitutto l'incoerenza della decisione giurisprudenziale con il *favor* legislativo nei confronti dell'autonomia negoziale delle società per la risoluzione della crisi. Nella sua analisi, in sede preliminare, questa corrente richiama gli esiti dottrinali ¹⁵⁹ in materia di evoluzione del principio di responsabilità patrimoniale, in particolar modo con riguardo allo strumento del concordato preventivo con destinazione parziale dei beni ai creditori¹⁶⁰.

Prima di continuare con la tesi *de qua*, meritano quindi un breve accenno tali esiti. Constatando la ferma posizione della giurisprudenza avverso la possibilità di un concordato con cessione parziale dei beni, basata sul più volte richiamato art. 2740 c.c., viene rilevato¹⁶¹ anzitutto che l'accentuata autonomia negoziale dell'impresa al momento della proposizione del piano è argomento che, seppur valido, non può ritenersi esaustivo. Elemento dirimente per tale dottrina è invece il fatto che *«ogni concordato preventivo con cessione dei beni determina sempre un fenomeno di separazione patrimoniale e, di conseguenza, una limitazione della responsabilità patrimoniale»*¹⁶², ciò in quanto a seguito dell'omologa si creano due distinti patrimoni, uno dedicato ai creditori precedenti alla pubblicazione del ricorso sul registro delle imprese e uno a quelli successivi. Da tale dato, unito anche alla facoltà del debitore di suddividere i creditori in classi, con il conseguente trattamento differenziato, vien fatta discendere la debolezza argomentativa circa il ruolo preminente dell'art. 2740 c.c. nell'istituto in esame.

Tornando alla questione prima avviata e lasciata in sospeso, detta dottrina traccia quale punto di partenza il fatto che il concordato con parziale *cessio bonorum* non sia deroga al principio di cui all'art. 2740 c.c., ma *«peculiare definizione dell'area del patrimonio*

-

¹⁵⁹ G. D'ATTORE, Concordato preventivo, cit. Ritengo opportuno rammentare che l'Autore, in tale scritto, ha inteso valutare il rapporto tra responsabilità patrimoniale e concordato preventivo come generalmente inteso, senza focalizzarsi sull'ipotesi di gruppo. Va altresì detto però che l'Autore stesso, al termine dell'opera, evidenzia come vi sia «un campo nel quale i concordati con destinazione parziale dei beni ai creditori possono trovare ampia e meritevole applicazione e dove possono essere funzionali ad un effettivo soddisfacimento dei creditori (...) Si intende far riferimento ai concordati di gruppo, ove i concordati con destinazione parziale consentono (...) trattamenti tra i creditori non esattamente proporzionali alle condizioni patrimoniali delle società nei cui confronti vantano la pretesa creditoria» (pp. 386 e 387).

¹⁶⁰ Va segnalato, in proposito, il diverso tenore letterale dell'attuale art. 160 l. fall. rispetto alla precedente versione, ove era previsto che il debitore dovesse offrire ai creditori «la cessione di tutti i beni esistenti nel suo patrimonio alla data della proposta di concordato».

¹⁶¹ G. D'ATTORE, Concordato preventivo, cit., pag. 372.

¹⁶² Ihidem.

destinato al soddisfacimento delle pretese creditorie sorte anteriormente all'omologazione»¹⁶³, aggiungendovi l'irrilevanza della tipologia di concordato, che sia liquidatorio o in continuità.

Partendo da ciò, indaga¹⁶⁴ sulla possibilità di destinazione di parte del ricavato dalla cessione di beni di talune società ai creditori di altre società del gruppo. Ponendo quali premesse la necessità di distinte adunanze di creditori in sede di votazione e quella dell'esclusione dal conteggio dei voti delle società controllate, controllanti o sottoposte a comune controllo, così da non ottenere un voto 'inquinato', ritiene ammissibile tale soluzione. Ciò in quanto ritiene necessario¹⁶⁵ rimodellare il dogma della responsabilità patrimoniale alla luce degli artt. 2497 e ss. c.c., mettendo in risalto il ruolo che i vantaggi compensativi possono rivestire nella proposta concordataria: la società 'pregiudicata' del gruppo dovrà ottenere (e ciò dovrà ben essere indicato nella proposta, incidendo sulla sua fattibilità) in cambio dei vantaggi ¹⁶⁶ derivanti dalla soluzione negoziata della crisi. Per tali motivi riveste grande importanza l'attestazione del professionista *ex* art. 161, comma 3, 1. fall., la quale dovrà accertare quanto appena detto.

Accostabile, ma non del tutto sovrapponibile, alla tesi appena esposta è un ulteriore orientamento dottrinale¹⁶⁷. Anche in tal caso oggetto d'indagine riguarda la possibilità di distribuzione non proporzionale, rispetto alle rispettive masse attive, del ricavato dalle cessioni concordatarie. La ricostruzione operata dalla dottrina in esame è simile a quella appena analizzata, ma differenti sono le conclusioni a cui perviene. Difatti anch'essa giunge ad una risposta positiva, affermando però la possibilità di giungere a forme di *substantive consolidation*, in tema di masse attive.

Assumono rilievo in tale ragionamento i vantaggi compensativi, per cui è sopportabile il sacrificio imposto ad una società solo qualora esso sia compensato dalla partecipazione al piano di gruppo: divengono quindi essi, allo stesso tempo, causa giustificatrice e limite dell'aggregazione patrimoniale. È ritenuto che ciò non vada contro l'interesse del ceto creditorio in quanto, pur ammettendo vi sia un'unica

¹⁶³ R. SANTAGATA, Concordato preventivo "di gruppo", cit., pag. 223.

¹⁶⁴ *Idem*, pag. 230 e ss.

¹⁶⁵ *Idem*, pag. 245 e ss.

¹⁶⁶ Che, seppur mediati ed indiretti, devono essere fondatamente prevedibili in un arco temporale predeterminato. Cfr. R. SANTAGATA, *Concordato preventivo "di gruppo", cit.*, pag. 249.

¹⁶⁷ Si fa qui riferimento a: S. POLI, *Il concordato di gruppo: ii) verifica critica, cit.*

adunanza, si reputa che l'identificazione nel piano delle masse separate e dell'opportunità dell'aggregazione sia elemento idoneo *«ai fini dell'esercizio consapevole del diritto di voto»*¹⁶⁸.

Le due tesi in esame muovono dalle stesse premesse e cercano lo stesso punto d'approdo, ma vi arrivano con due differenti ragionamenti: la prima, assodata la possibilità di concordato di gruppo e la non violazione dell'art. 2740 c.c., ritiene che, mantenendo separati gli elenchi dei creditori e le adunanze di voto, sia possibile cedere parte del proprio attivo ad un'altra società qualora ciò sia contrappesato da vantaggi compensativi che emergano dalla proposta. La seconda dà rilievo ai vantaggi compensativi quali motivo di aggregazione delle masse attive, sulle quali si esprimerà un'unica adunanza di creditori, e quali conseguenza della proposta unica di concordato.

2.1.3.2 Concordato di gruppo, fusione e *newco*

Come visto, una delle tecniche adottate in concreto per addivenire all'omologazione del concordato di gruppo è stata quella che prevedeva la fusione quale modalità attuativa della proposta. In via preliminare, va detto che sembrerebbe deporre in senso favorevole a tale soluzione la lettera dell'art. 160 l. fall., ove vien detto che «l'imprenditore in stato di crisi può proporre ai creditori (...) un piano che può prevedere: a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti, anche mediante (...) operazioni straordinarie». Ma il pensiero della dottrina è andato ben oltre.

Un primo profilo oggetto di analisi è stato quello concernente il rapporto tra l'opposizione alla fusione ex art. 2503 c.c. e l'opposizione all'omologazione del concordato ex art. 180 l. fall. Parte della dottrina ¹⁶⁹ ha concluso nel senso dell'assorbimento del primo articolo nel secondo (salvo che per i creditori di una società in bonis eventualmente coinvolta nell'operazione), in quanto la tutela del singolo creditore confluisce in quella collettiva, tipica caratteristica delle regole concordatarie: «non appare azzardato sostenere che la tutela dell'interesse comune

¹⁶⁸ *Idem*, pag. 122.

¹⁶⁹ Cfr. V. CALANDRA BUONAURA, La gestione della società in crisi, in Società, banche e crisi d'impresa - Liber amicorum Pietro Abbadessa, Utet, Torino, 2014, pag. 2593 e ss.

dei creditori che si realizza attraverso (...) l'eventuale opposizione all'omologazione (...) si sostituisca alla tutela individuale rappresentata dal diritto all'opposizione alla fusione» ¹⁷⁰. Di diverso avviso invece altra corrente ¹⁷¹, la quale basa il non assorbimento ¹⁷² della disposizione civilistica sulla non espressa deroga apportata all'art. 2503 c.c. La medesima corrente individua inoltre due diverse *rationes* sottostanti alle due disposizioni: l'art. 2503 c.c. mira alla salvaguardia del principio dell'universalità della responsabilità patrimoniale ed è estraneo a qualsiasi logica maggioritaria; l'art. 180 l. fall. è invece conseguenza della logica maggioritaria tipica del concordato.

Se si segue la tesi da ultimo ricordata, discende che, anche una volta che il concordato sia stato omologato e che si sia proceduto alla fusione, sopravvive il diritto di opposizione dei singoli creditori davanti al tribunale delle imprese e di ciò deve essere tenuto conto nel piano *«sia in punto di fattibilità che in riferimento alla corretta informazione dei creditori»*¹⁷³, individuando le risorse necessarie a far fronte alle eventuali opposizioni dei creditori. Secondo tale orientamento, qualora siano decorsi i termini *ex* 2503 c.c. senza che sia stata proposta opposizione, dette risorse non saranno nel concreto utilizzate¹⁷⁴.

Altra corrente¹⁷⁵ afferma per altra via l'assorbimento della norma civile in quella concorsuale: ritiene che, data l'impossibilità per gli obbligazionisti di proporre opposizione qualora si sia espressa in senso favorevole l'assemblea di appartenenza (art. 2503 *bis* c.c.), lo stesso ragionamento possa essere utilizzato in tema di rapporto tra art. 2503 c.c. e art. 180 l. fall. Di tale tesi vien però criticato¹⁷⁶, correttamente, che quanto previsto nell'art. 2503 *bis* si pone in rapporto 'regola generale-regola eccezionale' con l'art. 2503 c.c., derivandone quindi il divieto di analogia *ex* art. 14 preleggi.

-

¹⁷⁰ *Idem*, pag. 2613.

¹⁷¹ R. Brogi, Il concordato preventivo di gruppo e la fusione, in www.osservatorio-oci.org, 2014.

¹⁷² Allo stesso esito è giunta, in tempi recenti: Cass., 18 gennaio 2018, n. 1181, in www.ilcaso.it.

¹⁷³ R. Brogi, *Il concordato preventivo, cit.*, pag. 14.

¹⁷⁴ *Idem*, pag. 19, ove si evidenzia inoltre come ciò possa agevolare garanzie di terzi nei confronti di questi esborsi.

¹⁷⁵ F. Guerrera, M. Maltoni, Concordati giudiziali e operazioni societarie di riorganizzazione, in Riv. soc., 2008, spec. pag. 88 e ss.

¹⁷⁶ R. Brogi, *Il concordato preventivo, cit.*, pag. 13.

L'utilizzo della fusione viene altresì paragonato alla tecnica (alternativa) consistente nella costituzione di una *newco*: una società veicolo in cui le società del gruppo conferiscono i loro interi patrimoni. Viene rilevata la maggior stabilità degli effetti in caso di fusione, in quanto per l'ipotesi di società veicolo vengono in luce dei particolari profili problematici: la possibilità dell'esperimento di azioni revocatorie *ex* art. 2901 c.c.¹⁷⁷ e il conseguente periodo di cinque anni entro cui non si può ritenere consolidata la situazione.

Si aggiunga, sempre in merito alla costituzione di una società veicolo e alla domanda congiunta di quest'ultima e delle società conferenti, un ulteriore profilo critico: l'effetto esdebitatorio *ex* art. 184, c. 2, l. fall., nel caso in cui la nuova società sia stata costituita con la forma di una s.n.c., si ritiene valevole solamente per i debiti della società neocostituita, e non anche per i precedenti debiti delle società conferenti¹⁷⁸. Nel dettaglio, si considera che tali debiti, non derivando dal nuovo vincolo sociale, non ricadano nell'ambito applicativo dell'art. 184 l. fall. e che pertanto persista l'esigibilità dei debiti delle varie società, in solido con la s.n.c. conferitaria.

2.1.3.3 Il plusvalore derivante dalla gestione unitaria della crisi del gruppo

Ulteriore, e ultima, tesi dottrinale ¹⁷⁹ qui considerata si avvale di una diversa prospettiva d'analisi. L'ottica entro cui questa corrente dottrinale si muove è quella della *procedural consolidation*, da intendersi quale coordinamento di fatto tra le differenti procedure, ritenuta quale *«soluzione che, per il tramite di opportuni accorgimenti, riuscirebbe, al contempo, da un lato ad evitare interpretazioni ortopediche del dato normativo e, dal lato opposto, a beneficiare comunque di (quasi)*

¹⁷⁷ Idem, pag. 20. L'Autrice qui, con tutta probabilità, ritiene assorbita la possibilità di esperimento di azione revocatoria sulla base di quanto disposto dagli artt. 2503 c.c. e 2504 c.c. Va sottolineato che di diverso avviso è stato Trib. Pescara, 19 maggio 2017, in www.fondazionenazionalecommercialisti.it. Sulla stessa posizione dell'Autrice si assesta invece: M. FACCI, Concordato di gruppo e autonomia privata, intervento presentato al convegno 'Concordato preventivo e riforma del diritto fallimentare', tenutosi a Roma nel 2016 e consultabile al sito https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/472234/774669/10%20-%20Paer%20CdG.pdf/, pag. 5.

¹⁷⁸ Cfr. M. FACCI, Concordato di gruppo, cit., pag. 6; R. SANTAGATA, Sulla ristrutturazione del gruppo mediante costituzione di una società in nome collettivo funzionale al concordato preventivo, in Dir. fall., 2015, II, pag. 643. Quest'ultimo, in particolare, evidenzia anche la possibilità che, nelle more della procedura, venga dichiarato il fallimento di una delle imprese conferenti, la quale non gode dell'effetto esdebitatorio tipico del concordato preventivo, con le evidenti conseguenze problematiche.

¹⁷⁹ M. FACCI, *Concordato di gruppo, cit.*, pag. 7 e ss.

tutti i risultati positivi ottenibili da una gestione unitaria della crisi dell'impresa di gruppo»¹⁸⁰.

Ciò premesso, il fine di tale dottrina è comprendere se vi sia la possibilità di ripartire in maniera non proporzionale tra le società del gruppo il plusvalore derivante dalla gestione unitaria degli *assets*.

A tale fine, in primo luogo, individua la capogruppo quale soggetto a cui spetta il plusvalore generato dalla direzione unitaria: ritiene che il plusvalore derivante dalla gestione unitaria degli assets sia conseguenza delle sinergie intersocietarie, le quali sono il frutto dell'attività di direzione e coordinamento della holding. In secondo luogo, si pone in un rapporto ben differente da quanto prima visto in tema di art. 2740 c.c.: non muove alla ricerca della presenza o meno di una fattispecie derogatoria, come al comma 2 del suddetto articolo, ma anzi ritiene che tale ipotesi non sia ricompresa nell'ambito di applicazione della norma. L'argomentazione in tal senso è alquanto convincente. L'art. 180, c. 4, l. fall. richiede, ai fini dell'ammissibilità del concordato, che con esso i creditori non siano soddisfatti in misura deteriore rispetto a quanto avverrebbe in sede fallimentare. Ebbene, prosegue suddetta dottrina, se non si procedesse ad un concordato di gruppo il plusvalore verrebbe meno con riferimento alla capogruppo¹⁸¹ e, di conseguenza, una volta realizzato grazie ad una procedura unitaria, non deve andare necessariamente a beneficio dei soli creditori della capogruppo, «in quanto sarebbe sufficiente che il piano assicurasse a questi ultimi valore non inferiore a quello estraibile dal fallimento. Ma, come si è visto, un tale plusvalore non sarebbe stato in alcun modo realizzabile in tale sede»¹⁸².

Pertanto, è ritenuto possibile un "travaso di finanza" tra più società del gruppo, riferito al plusvalore realizzabile da gestione unitaria della crisi, in quanto non incompatibile con l'art. 2740 c.c., esulandone nei fatti l'ambito d'applicazione.

¹⁸⁰ Ibidem.

¹⁸¹ In quanto, si ribadisce, è ritenuto ascrivibile a lei tale valore.

¹⁸² M. FACCI, Concordato di gruppo, cit., pag. 35.

2.1.3.4 Alcune osservazioni conclusive sul punto

Questa sommaria rappresentazione circa le principali posizioni dottrinali in materia di concordato di gruppo dà adito ad alcuni rilievi. Il primo è l'indubbia ampiezza del panorama interpretativo entro cui cercare di delimitare e disciplinare il fenomeno; il secondo concerne il fatto che la dottrina è, seppur con declinazioni applicative diverse, compatta sull'ammissibilità del fenomeno sul piano causale.

Infine, quanto ora analizzato non potrà che essere il punto di partenza per leggere e commentare la nuova disciplina che il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha emanato in tema di concordato preventivo di gruppo. Si vedrà infatti, in seguito¹⁸³, se e in che modo quanto elaborato dalla dottrina ora esaminata possa essere contestualizzato nel nuovo *corpus* normativo dedicato alla gestione della crisi delle conglomerazioni di imprese.

2.1.4 Il definitivo diniego della Corte di Cassazione

Nonostante l'evoluzione della giurisprudenza di merito prima analizzata¹⁸⁴, e la quasi unanime posizione favorevole della dottrina, sulla proponibilità di un concordato preventivo di gruppo si è espressa, in senso del tutto negativo, la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 20559 del 2015¹⁸⁵. Il caso *de quo* riguardava la domanda di ammissione, proposta al Tribunale di La Spezia, avanzata da una s.n.c. veicolo, costituita appositamente a tal fine¹⁸⁶, e delle società conferenti, domanda che era stata accolta in primo grado¹⁸⁷ e confermata in sede di gravame¹⁸⁸. La questione è arrivata

¹⁸³ Si veda in particolare *infra* il par. 2.3.

¹⁸⁴ Cfr. par. 2.1.2

¹⁸⁵ Cass., 13 ottobre 2015, n. 20559, in *Giur. comm.*, 2016, II, pag. 114 e ss., con commento di G. FAUCEGLIA, *Uno, nessuno e centomila: il concordato preventivo di gruppo;* in *Foro it.*, 2016, I, pag. 1367 e ss., con commento di M. FABIANI, *Concordato preventivo e gruppo di società: colpito ma non affondato.* Per un'analisi del contenuto di tale sentenza si veda: L. M. QUATTROCCHIO, *L'insolvenza dei gruppi, cit.*, pag. 98 e ss. Per una lettura critica si veda invece: A. DI MAJO, *Il fenomeno del cd. concordato di gruppo e il diniego espresso della Corte di Cassazione,* in *Ildirittodegliaffari.it,* 2016, pag. 4 e ss.

¹⁸⁶ Trattasi della tecnica di costituzione di una *newco* come analizzata e commentata nei paragrafi precedenti. La peculiarità consisteva nel fatto che i conferimenti alla s.n.c. erano risolutivamente condizionati all'omologazione della proposta.

¹⁸⁷ Cfr. Trib. La Spezia, 2 maggio 2011, in www.ilcaso.it.

¹⁸⁸ Cfr. App. Genova, sez. I civ., 23 dicembre 2011, in www.ilcaso.it.

di fronte alla Corte di Cassazione, la quale ha cassato senza rinvio il decreto di omologazione del concordato.

Quanto contenuto in tale sentenza può essere definito quale un *climax* ascendente, in quanto la Corte, dopo aver negato sia la possibilità di *procedural consolidation* sia quella di *substantive consolidation*, è giunta ad asserire la non cittadinanza del concordato preventivo di gruppo nel nostro ordinamento.

Procedendo con ordine nella disamina di tale pronuncia, la Suprema Corte ha sostenuto che la competenza territoriale per l'omologazione del concordato, *ex* art. 161 l. fall., andava individuata in ragione della sede principale di ogni impresa ricorrente, senza che la necessità di una cooperazione tra le procedure potesse divenire elemento giustificatore di una deroga al testo di legge. In aggiunta la Corte, richiamando dei precedenti¹⁸⁹, ha affermato l'irrilevanza, in tema di attrazione della competenza presso un unico Tribunale, del *«centro direttivo ed amministrativo degli affari dell'impresa in cui vengono individuate e decise le scelte strategiche cui dare seguito»*.

In secondo luogo, non ha ritenuto possibile lo svolgimento di un unico giudizio di omologazione per tutte le società appartenenti ad un gruppo. Ha delineato come centrale la distinzione di masse attive e passive, e ha ritenuto che, nel caso di specie, la tecnica della costituzione di una newco con conferimento dei patrimoni avesse «nei fatti operato una commistione dei medesimi, nonostante il formale rispetto del principio della loro distinzione». La Corte ne ha fatto conseguire che le maggioranze per l'approvazione del concordato dovessero essere calcolate in relazione ad ogni singola società, non potendosi in alcun caso procedere ad un'unica adunanza (come invece era accaduto nel caso di specie).

Ha poi aggiunto che, in ogni caso, non era ammissibile un concordato di gruppo fintantoché fosse assente una disciplina positiva che si occupasse di tutti i profili ad esso concernenti, evidenziando inoltre che la «descritta operazione ha forzato il dato normativo – in particolare gli artt. 161 l.f. e 2740 c.c. – oltre i limiti che, a mezzo di una mera interpretazione (...) esso poteva ragionevolmente tollerare».

Sulla stessa linea si è assestata una successiva sentenza della Cassazione del 2017¹⁹⁰, ove il precedente del 2015 è stato espressamente richiamato: nel caso di specie la

¹⁸⁹ Cass. Sez. Un., 25 giugno 2013, n. 15872, in www.dirittoegiustizia.it.

¹⁹⁰ Cass., 31 luglio 2017, n. 19014, in *Società*, 2017, pag. 1386, con nota di G. FAUCEGLIA, *La Cassazione separa il "grano" dal "loglio": i confini del concordato preventivo di gruppo*.

Suprema Corte dubitava, invero, che si trattasse di un gruppo di imprese, ma sottolineava nuovamente, da un lato, la mancanza di una disciplina espressa che regolasse la fattispecie e, dell'altro, la necessaria impossibilità che masse attive e passive fossero oggetto di commistione.

Qualche commento merita di essere speso, soprattutto in relazione alla prima delle due sentenze citate, in quanto le conclusioni a cui è giunta la Cassazione non sono del tutto condivisibili.

Se, da un lato, la scelta e l'opportunità di giungere ad un consolidamento patrimoniale, od almeno procedurale, risulta essere discorso ampio e che vede contrapposte una vasta serie di argomentazioni sia giuridiche che economiche, maggiormente criticabile è il terzo punto della sentenza sopra evidenziato.

Escludere del tutto l'utilizzabilità di tale strumento in forza di una mancanza di disciplina organica in materia risulta essere argomentazione, oltre che debole, contraria ai valori e agli obiettivi che la legge, dalla Corte evocata, tutela. Dico che l'argomentazione è debole in quanto, nonostante un'apposita disciplina positiva mancasse, sono molteplici gli spunti ricostruttivi ed interpretativi che comunque avrebbero portato alla possibilità di utilizzo dello strumento. Si pensi ad esempio al principio di atipicità della proposta concordataria *ex* art. 160 l. fall., conseguente alla rafforzata autonomia negoziale attribuita alle società dal già citato decreto competitività del 2005. Si pensi anche, nell'ottica di un consolidamento solo procedurale, al valore che la legge fallimentare attribuisce al principio del 'miglior soddisfacimento dei creditori': principio che, permeando tutta la legge fallimentare, diviene criterio guida della gestione dello stato di dissesto, e che indubbiamente la gestione unitaria della crisi di gruppo può valorizzare.

Sarebbe forse stato più opportuno fermarsi al solo caso *de quo*, il quale effettivamente proponeva talune criticità, per la cui risoluzione sarebbe stato opportuno un intervento legislativo. Mi riferisco all'unitaria adunanza dei creditori in sede di votazione, la quale può ben portare alla lesione dei diritti di taluni interessi dei creditori. Censurando tale prassi, si sarebbero tutelati i valori che emergono dal testo della legge fallimentare. Ma delineare il concordato di gruppo come ontologicamente incompatibile con la disciplina in vigore, ripeto, appare inopportuno e argomentato in maniera imprecisa e non convincente.

Insomma, tale intervento giurisprudenziale non ha fatto altro che far emergere ancor di più (in una duplice chiave: sia evidenziandolo testualmente, sia in forza delle negative conseguenze applicative che questo precedente avrebbe potuto creare) la necessità di una disciplina organica in tema di gruppi insolventi. Disciplina che ha visto la luce agli inizi del 2019, ponendosi, per quanto riguarda il concordato preventivo, in linea, almeno per la maggior parte, con i precedenti di merito.

2.2 Il nuovo approccio del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

2.2.1 Ammissibilità del concordato preventivo di gruppo e procedural consolidation

All'esito dei lavori della commissione Rordorf, il legislatore ha optato per l'introduzione, nella legge delega n. 155 del 2017, di una disciplina organica in tema di concordato preventivo di gruppo. Si è quindi voluto dare seguito agli esiti giurisprudenziali (di merito) e dottrinali sopra analizzati, e realizzare l'opera positivizzatrice richiesta dalla Corte di Cassazione. La scelta del legislatore delegante è stata quella di optare per la *procedural consolidation* (*rectius:* per il 'concentramento' e il 'consolidamento' delle procedure¹⁹¹), tipizzando l'istituto e quindi riconoscendone a monte la meritevolezza giuridica.

Inoltre, proseguendo quanto già aveva avviato, il legislatore ha inteso, con riferimento al generale istituto concordatario e pertanto, di riflesso, anche sul concordato di gruppo, «rendere marginale il modello di concordato liquidatorio»¹⁹². Muovendo da tale dato, si può sostenere che l'interesse sotteso all'introduzione del concordato di

¹⁹¹ Trattasi della scelta lessicale operata da: G. D'ATTORE, *I concordati di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2019, pag. 279. Nello specifico, l'Autore parla di 'concentramento delle procedure' quando vi è un fascio di procedure distinte ma davanti allo stesso tribunale e con gli stessi organi, e di 'consolidamento delle procedure' quando invece la procedura è unitaria. D'ora in poi, salvo non si specifichi diversamente, la locuzione '*procedural consolidation*' sarà utilizzata in questa duplice accezione, per ragioni di economia espositiva.

¹⁹² Cfr. M. Fabiani, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Zanichelli, Torino, 2017, pag. 623. L'A. giustifica tale affermazione sulla base della necessaria sussistenza di due requisiti per potervi accedere, ovvero l'afflusso di maggiori risorse rispetto al patrimonio al momento della domanda e la percentuale minima di soddisfazione dei creditori chirografari. Si può aggiungere che ciò è stato asseverato con l'art. 2, c. 1, lett. g), della legge n. 155/2017, il quale recita, in tema di principi generali: *«dare priorità di trattazione, fatti salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale (...) purché funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori e purché la valutazione di convenienza sia illustrata nel piano».*

gruppo sia ravvisabile nell'offerta alla prassi di uno strumento idoneo principalmente al superamento dello stato di crisi, tramite il recupero di tutte o alcune le società del gruppo, piuttosto che di uno strumento meramente alternativo alla liquidazione giudiziale di gruppo.

Venendo al merito di quanto contenuto nella legge delega, l'art. 3 prevede, quale criterio guida per l'introduzione della facoltà di proposizione di un'unica domanda, il mantenimento dell'autonomia delle masse attive attive e passive¹⁹³. Si tratta quindi di una presa di distanza da quei precedenti giurisprudenziali¹⁹⁴ che avevano, a vario titolo, ammesso forme di consolidamento sostanziale, anche se, ad "edulcorare" tale divieto, concorre *«una ampia autonomia con riferimento alle opportunità di far leva sulle operazioni di riorganizzazione societaria»* ¹⁹⁵. Per la realizzazione della *procedural consolidation* viene inoltre chiesto di introdurre: la nomina unitaria degli organi della procedura; la contemporanea ma separata votazione dei creditori; la disciplina riguardante l'eventuale annullamento/risoluzione del concordato omologato; l'esclusione dal voto delle imprese creditrici facenti parte del gruppo¹⁹⁶. Infine, il legislatore delegante si occupa anche dell'ipotesi in cui le imprese di un gruppo siano sottoposte a separate procedure concorsuali, in Italia quanto all'estero, prevedendo che comunque vi siano *«obblighi specifici di informazione e di collaborazione tra gli organi di gestione delle diverse procedure»*¹⁹⁷.

Questi sono i criteri direttivi nel rispetto dei quali hanno visto la luce gli artt. 288, 289 e 290 CCII, del cui contenuto si parlerà nei paragrafi successivi.

In via preliminare, si deve far menzione della definizione positiva che vien data in merito a uno dei due presupposti oggettivi (art. 85 CCII) d'accesso al concordato¹⁹⁸, ovvero lo stato di crisi.

¹⁹³ Cfr. art. 3, c. 1, lett. d), della l. 155/2017.

¹⁹⁴ Uno fra tutti: Trib. Benevento, 18 gennaio 2012, cit.

¹⁹⁵ Così: M. FABIANI, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza, cit.*, pag. 621. Si fa qui riferimento all'art. 3, c. 1, lett. f) e all'art. 3, c. 2, lett. f) della l. 155/2017. Il tema sarà *infra* approfondito, al par. 2.3.

¹⁹⁶ Cfr. rispettivamente l'art. 3, c. 2, lett. a), b), c), d), l. 155/2015.

¹⁹⁷ Cfr. art. 3, c. 1, lett. e), 1. 155/2015.

¹⁹⁸ L'altro è, come noto, lo stato di insolvenza. Sul punto, va evidenziato come in dottrina sia però sostenuto come lo stato di insolvenza irreversibile sia incompatibile con la struttura e gli obiettivi del concordato in continuità. Si veda più approfonditamente: S. Ambrosini, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche,* in www.ilcaso.it, 2019, pag. 24.

Come noto, si è a lungo discusso¹⁹⁹ su quale fosse il significato sottostante a tale espressione, introdotta dall'art. 160 l. fall., sostenendo alcuni che si trattasse d'insolvenza prospettica, altri che si trattasse di un concetto tendenzialmente sovrapponibile a quello di insolvenza. Preso atto di ciò, nel rispetto dei criteri direttivi della legge delega²⁰⁰, l'art. 2, lett. a), CCII prevede che per "crisi" debba intendersi «lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate». Dunque, tale nuova disposizione sembra distaccarsi dal precedente impianto, nel quale era ricompreso, entro lo stato di crisi, anche lo stato di insolvenza. Difatti, tale definizione si basa su fattori interni all'impresa e tendenzialmente non conosciuti dai terzi, avvicinandosi più a concetti di matrice aziendalistica ed evitando invece il richiamo a meri dati di bilancio 201 . Opportuno 202 inoltre definire tale concetto, e ciò in conseguenza di due ordini di argomentazioni: in primis in quanto, se la finalità della nuova legislazione concorsuale è l'anticipata emersione dello stato di dissesto finalizzata al suo ricomponimento²⁰³, diviene indefettibile la puntuale definizione dello stato di crisi, che viene ad essere l'epicentro dell'intervento normativo. In

¹⁹⁹ In merito alle varie tesi susseguitesi sul tema si vedano: S. AMBROSINI, *Crisi e insolvenza, cit.*, pag. 4 e ss.; A. M. AZZARO, *Le procedure concordate dell'impresa in crisi*, Giappichelli, Torino, 2017, pag. 11 e ss.

²⁰⁰ La quale richiedeva, all'art. 2, c.1, lett. c), di «introdurre una definizione dello stato di crisi, intesa come probabilità di futura insolvenza, anche tenendo conto delle elaborazioni della scienza aziendalistica, mantenendo l'attuale nozione di insolvenza di cui all'articolo 5 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267».

²⁰¹ In tal senso: G. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza, cit.*, pag. 7.

²⁰² Di diverso avviso è, invece: A. Rossi, *Dalla crisi tipica ex CCII alla resilienza della twilight zone*, in *Fallimento*, 2019, pag. 291 e ss. In estrema sintesi, è dubbia l'utilità di tale definizione, sostiene l'Autore, in quanto non ben coordinata con gli indicatori propedeutici all'attivazione di una procedura d'allerta (*ex* artt. 13, 15 e 24 CCII) e in quanto risponderebbe a problemi che la prassi non avrebbe in realtà riscontrato (senza però argomentare in tal senso). Ritiene, inoltre, che la definizione sia troppo vicina allo stato di insolvenza, ma non dà adeguato risalto ad un ulteriore dato: quello che ritengo il legislatore abbia voluto sottintendere è la reversibilità di quello che vien definito come stato di crisi, elemento questo che permette una netta scissione rispetto al concetto di insolvenza, per sua natura connotato, al contrario, da irreversibilità. Difatti, l'art. 2, lett. b), CCII definisce l'insolvenza come *«lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fattori esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni».*

²⁰³ Sul punto, la dottrina osserva che la nuova normativa «contemplando la discontinuità aziendale come criterio indicatore della crisi, non solo accoglie una prassi già diffusa, ma ne estende la applicabilità facendone un criterio generale di gestione dell'impresa. In tal modo la riforma intende offrire soprattutto alle piccole e medie imprese uno strumento di crescita e sviluppo sollecitando un rafforzamento della governance, della pianificazione e del monitoraggio dell'attività». Così si esprime: M. C. CARDARELLI, Insolvenza e stato di crisi tra scienza giuridica e aziendalistica, in Dir. Fall., 2019, I, pag. 25.

secundis, ed in stretta consequenzialità con quanto appena visto, data l'introduzione, su spinta europea, degli strumenti di allerta, non era prospettabile trattare di 'indicatori di crisi' senza che preliminarmente fosse chiarito cosa si intendesse per crisi.

2.2.2 Modalità di proposizione della domanda e competenza

Venendo al merito della disciplina concordataria di gruppo, il punto di partenza è l'art. 284 CCII, il quale, al comma 1, recita: «Più imprese in stato di crisi o di insolvenza appartenenti al medesimo gruppo e aventi ciascuna il centro degli interessi principali nello Stato italiano possono proporre con unico ricorso la domanda di accesso al concordato preventivo di cui all'art. 40 con un piano unitario o con piani reciprocamente collegati ed interferenti».

Primo, ed invero forse banale, rilievo concerne il presupposto soggettivo per l'accesso alla procedura: il testo della norma in esame fa riferimento alle 'imprese appartenenti al medesimo gruppo', non potendosi quindi in alcun modo evocare l'assoggettamento a concordato del gruppo in quanto tale. Anche il presupposto oggettivo, di conseguenza, dovrà riferirsi singolarmente ad ogni società ricorrente²⁰⁴.

Ciò detto, sarà necessaria, *ex* artt. 44, c. 5, e 265 CCII, la deliberazione dell'assemblea di tutte le società che vogliano accedere alla procedura, anche se tale votazione rifletterà solo un rispetto formale della lettera della legge. Con ogni probabilità sarà infatti decisa, e deliberata in prima istanza, presso la capogruppo²⁰⁵ l'opportunità di accedere alla procedura concordataria unificata, conseguendone poi le singole deliberazioni presso le altre imprese del gruppo. Si deduce ciò, oltre che in via astratta, anche dal novellato²⁰⁶ artt. 2086 c.c., poiché viene ivi codificata la necessità di attivarsi

⁻

²⁰⁴ Sul punto, merita di essere evidenziata la possibilità che partecipino all'operazione anche le imprese del gruppo *in bonis*, le quali potrebbero sottoscrivere il piano concordatario quali assuntori, garanti o finanziatori. In una siffatta ipotesi, gli amministratori delle società esterne dovranno valutare con estrema attenzione tale possibilità, alla luce della logica di compensazione *ex* art. 2497 c.c., potendo altrimenti incorrere in azioni di responsabilità. In tal senso l'art. 85, c. 4, CCII. Per quanto appena esposto si veda: F. GUERRERA, *La regolazione negoziale della crisi, cit.*, pag. 233.

²⁰⁵ Soprattutto quando sia in una posizione di controllo interno di diritto o di fatto *ex* art. 2359 c.c.

²⁰⁶ Difatti l'art. 375 CCII, già in vigore, ha previsto l'introduzione di un nuovo secondo comma, il quale recita: «L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale». Così formulato, l'articolo evidenzia il rilievo che ha la governance dell'impresa anche in funzione della

tempestivamente e senza indugio per adottare gli strumenti necessari al superamento della crisi. Se il dissesto riguarda l'intero gruppo, tale onere riguarda indubbiamente, almeno in prima istanza, la holding.

In caso di piano unitario, sembra poi prospettabile una procura speciale ad hoc conferita alla holding²⁰⁷, la quale sarà portatrice dell'intento assembleare delle varie società.

Il secondo rilievo riguarda invece il fatto che l'accesso unitario, tramite un ricorso unitario o più ricorsi separati ma collegati, sia una facoltà e non un obbligo imposto alle imprese del gruppo. Ciò trova conferma sia nella lettera della norma ("possono proporre") sia nell'art. 289 CCII, il quale affronta l'ipotesi di impresa del gruppo che acceda in solitudine ad una procedura di regolazione della crisi, imponendole una serie di obblighi dichiarativi e informativi²⁰⁸.

Va poi affrontato il discorso riguardante la modalità di proposizione della domanda: è duplice la possibilità attribuita alle imprese del gruppo, ovverosia l'utilizzo di un piano unitario o di più piani, tra loro distinti, ma reciprocamente collegati e interferenti. Tale ultima ipotesi è certamente da ritenersi adottata quando «i piani delle diverse imprese sono tutti parte di un'operazione economica unitaria», quest'ultima da ritenersi esistente quando «l'attuazione del fine unitario è possibile solo attraverso la corretta attuazione delle misure previste nei singoli piani collegati o interferenti» 209. L'unitarietà dell'operazione economica è infatti confermata dal fatto che, ex art. 284, c. 5, CCII, venga richiesta un'unica attestazione da parte di un unico professionista²¹⁰, concernente sia la veridicità dei dati che la fattibilità del/i piano/i.

risoluzione della crisi. Per un commento al nuovo art. 2086 c.c. si veda: G. VERNA, Strumenti per il nuovo assetto organizzativo delle società, in Società, 2019, pag. 929 e ss.

²⁰⁷ Su questa linea: F. GUERRERA, La regolazione negoziale della crisi, cit., pag. 232.

²⁰⁸ Nota critica riguardo tale disposizione è stata sollevata dalla dottrina, seppur in sede di commento al disegno di legge. A tal riguardo, essa non condivide la rinuncia alla traslatio iudicii, «soprattutto nel caso in cui sia stata aperta la procedura di liquidazione giudiziale nei confronti di una società del gruppo su istanza dei creditori» e sia stata proposta domanda unitaria di accesso al concordato preventivo. Così: L. PANZANI, *La disciplina della crisi di gruppo, cit.*, pp. 1160-1161. ²⁰⁹ Così: G. D'ATTORE, *I concordati di gruppo, cit.*, pag. 280.

²¹⁰ Su tale evenienza meritano di essere prese in considerazione, seppur brevemente, le parole di: L. BENEDETTI, I flussi informativi nella crisi del gruppo societario: spunti di diritto interno e comparato in vista della ventura riforma della normativa italiana, in A. PACIELLO, G. GUIZZI (a cura di), Crisi dell'impresa e ruolo dell'informazione, Giuffrè, Milano, 2016, spec. pag. 438 e ss. Da un lato, l'Autore evidenzia come la nomina di un unico attestatore favorisca «l'esatta ricostruzione dei rapporti infragruppo ed, in particolare, degli effetti delle garanzie prestate e dei finanziamenti effettuati nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento», ciò in quanto si supera il problema «di accesso del professionista incaricato ad informazioni essenziali (...) relative ad altre società del gruppo

La scelta tra l'una o l'altra opzione, come visto quasi collimanti, è pertanto lasciata alla discrezionalità dei ricorrenti, i quali opteranno in un senso o nell'altro a seconda dello specifico contenuto che intenderanno articolare. Vi è però un altro dato di cui si dovrà tener conto, ovvero quanto disposto dall'art. 284, c. 4, CCII: la scelta di un piano unitario o di più piani collegati dovrà essere effettuata nell'ottica del miglior soddisfacimento dei creditori delle singole imprese, e ciò dovrà essere debitamente illustrato nella domanda.

Quanto appena detto in tema di art. 284, c. 4, CCII va visto anche in un'ottica più ampia: la stessa scelta di proporre un concordato di gruppo, indipendentemente dalla forma, deve soddisfare maggiormente i creditori rispetto a quanto avverrebbe in caso di singoli concordati per le singole società. Sembra quindi necessario vedere, seppur brevemente, se il principio del 'miglior soddisfacimento dei creditori' possa, in ambito di gruppo, assumere una qualche particolare connotazione.

A tal fine pare utile il raffronto con il tema della suddivisione delle masse attive e passive derivante dalla gestione unitaria del concordato. Il decreto legislativo codifica la necessaria separazione delle masse attive e passive²¹¹, anche se sembra poi, in parte, derogare tale disposizione prevedendo, tra le possibili operazioni riorganizzative, l'esplicita facoltà di *«trasferimenti di risorse infragruppo»*²¹². Basti in questa sede²¹³ rilevare come la tematica sembra doversi risolvere nel senso che dette operazioni, debitamente attestate dal professionista (sia in termini di veridicità che di fattibilità), debbano consentire un miglior soddisfacimento dei creditori, non implicando ciò però, ad esempio, la necessaria suddivisione proporzionale del plusvalore derivante dalla gestione unitaria della procedura. Va infatti notato che l'art. 284, c. 4, CCII parla di 'creditori delle singole imprese', mentre in tema di trasferimenti infragruppo si parla di 'creditori di tutte le imprese del gruppo'.

rispetto a quella da cui ha ricevuto il proprio incarico» (pag. 440). In secondo luogo, ritiene, però, che l'unicità di tale figura «implica il rischio dell'insorgere di conflitti di interesse» (pag. 442), rendendosi quindi necessaria una valutazione caso per caso da parte delle corti. Per una più approfondita analisi si rimanda alla lettura integrale del testo sopraindicato. Ai fini del presente elaborato, le parole dell'Autore fanno ritenere come la previsione di una qualche cautela all'interno del testo di legge, rispetto a potenziali conflitti d'interesse (come del resto accade per la nomina di un unico curatore in caso di liquidazione giudiziale di gruppo, vedasi l'art. 287, c. 2, CCII), sarebbe quantomeno opportuna in sede di correttivo.

²¹¹ Cfr. art. 284, c. 3, CCII.

²¹² Cfr. art. 285, c. 2, CCII.

²¹³ La tematica sarà diffusamente affrontata in seguito, al par. 2.3.

Ora, a meno che non lo si ritenga un mero vezzo stilistico, il dato letterale diviene indicativo²¹⁴. Sembra qui volersi intendere il 'miglior soddisfacimento dei creditori delle singole imprese' quale esito di una valutazione singolarmente orientata della proposta, considerando inoltre che il vaglio giudiziale in sede di omologa riguarda il trattamento non deteriore rispetto alla liquidazione giudiziale delle singole società²¹⁵. Riferendosi invece ai 'creditori di tutte le imprese del gruppo' il legislatore sembra predicare un requisito diverso, trattandosi di ipotesi di deroga ad un principio cardine della disciplina, quale è la necessaria separazione di masse attive e passive.

La proposizione in sé di un concordato di gruppo è invece una facoltà che, seppur alternativa, rientra nel ventaglio degli strumenti di risoluzione della crisi offerti dal legislatore. In altre parole, non si tratta di ipotesi con connotati di specialità, poiché la sola presenza di taluni presupposti d'accesso non può essere argomento decisivo in tal senso. Perché la proposta concordataria unitaria, in quanto tale, venga ammessa dal giudice sembra necessaria, quindi, una valutazione nel dettaglio, che constati per l'impresa la preferibilità di un piano unitario, mentre nel caso operazioni infragruppo sembra rendersi necessaria una valutazione d'insieme, di più ampio spettro.

Chiarito il *quomodo*, deve ora essere affrontato il tema della competenza del tribunale, tema che ha spesso caratterizzato le vicende anteriori²¹⁶ all'emanazione del codice della crisi, e la cui risoluzione positiva può dirsi encomiabile. Della competenza si occupa l'art. 286, c. 1, CCII²¹⁷, il quale prevede due diversi criteri, gerarchicamente subordinati, volti a risolvere i conflitti di competenza in caso di imprese del gruppo non appartenenti al medesimo circondariato giudiziario.

In tale ipotesi, il primo, e generale, criterio è quello per cui competente è il tribunale ove la capogruppo (da intendersi come la società, ente o persona fisica che esercita l'attività di direzione e coordinamento e la sottopone alle forme di pubblicità *ex* art.

²

²¹⁴ Soprattutto se si considera che l'approdo dottrinale è per ora, tutt'altro che cospicuo e che, per ovvie ragioni, quello giurisprudenziale è nullo. Ci si è già qui più volte pronunciati negativamente sulla valenza decisiva del solo dato letterale, ma, trattandosi di normativa del tutto nuova e non ancora in vigore, è in via principale questo il campo di studio.

²¹⁵ Cfr. art. 285, c. 4, CCII.

²¹⁶ Un esempio per tutti: Cass., 13 ottobre 2015, n. 20559, cit.

²¹⁷ Il quale recita «Se le diverse imprese del gruppo hanno il proprio centro degli interessi principali in circoscrizioni giudiziarie diverse, è competente il tribunale individuato ai sensi dell'articolo 27 in relazione al centro degli interessi principali della società o ente o persona fisica che, in base alla pubblicità prevista dall'articolo 2497-bis del codice civile, esercita l'attività di direzione e coordinamento oppure, in mancanza, dell'impresa che presenta la maggior esposizione debitoria in base all'ultimo bilancio approvato».

2497 bis c.c.) ha il proprio 'centro degli interessi principali'. Tale locuzione è la riproposizione nel nostro ordinamento del concetto di *centre of main interests* (COMI)²¹⁸ di cui, da ultimo, al regolamento (UE) n. 848/2015. Tale ultimo testo europeo, a differenza del precedente regolamento 1346/2000, ne dà una definizione, delineandolo come «il luogo in cui il debitore esercita la gestione dei suoi interessi in modo abituale e riconoscibile dai terzi»²¹⁹, e ciò al fine dell'individuazione, in ottica transfrontaliera, della procedura principale.

Anche il CCII ne dà una definizione²²⁰, identica a quella appena vista, introducendo poi tre presunzioni²²¹, all'art. 27, per le quali il COMI è presunto coincidere con: *i)* la sede legale o, in mancanza, la sede effettiva dell'attività, se si tratta di persona fisica esercente attività d'impresa; *ii)* la residenza, il domicilio, l'ultima dimora nota o, in mancanza, il luogo di nascita²²², se si tratta di persona fisica non esercente attività d'impresa; *iii)* la sede legale o, in mancanza, la sede effettiva dell'attività abituale, se si tratta di persona giuridica o ente²²³. Va anche precisato che, in tema di gruppi di imprese di rilevante dimensione²²⁴, l'art. 27, c. 1, CCII prevede che la competenza sia attribuita al tribunale ove ha sede la sezione specializzata in materia di imprese, da individuarsi sempre con riferimento al centro degli interessi principali della capogruppo.

Supplettivo è poi il secondo criterio individuato dall'art. 286 CII: qualora non si riesca ad individuare il soggetto esercente attività di direzione e coordinamento, sarà competente il tribunale nel cui circondariato si trovi l'impresa con maggior esposizione debitoria. Si tratta di norma di chiusura, applicabile quale *extrema ratio*, che ha il pregio di una semplice individuazione del tribunale competente, in quanto

²¹⁸ Per una dettagliata disamina su come il CCII si sia rapportato a tale nozione si veda: A. FAROLFI, *La crisi dei gruppi alla luce del nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, ne *il Fallimentarista*, 2019, pag. 6 e ss.

²¹⁹ Cfr. art. 3, par. 1, reg. 848/2015, ove sono inoltre previste presunzioni circa l'ubicazione del COMI. ²²⁰ Cfr. art. 2, lett. m), CCII.

²²¹ Il tenore letterale sembra far ritenere si tratti di una presunzione *hominis* e non *iuris tantum*. Potrebbe far propendere per la tesi contraria il fatto che le presunzioni previste all'art. 3, par. 1, del reg. 848/2015, in parte assimilabili a quelle contenute nel CCII, siano invece espressamente presunzioni *iuris tantum*. Non si hanno, in questa sede, abbastanza elementi per dare una risposta quantomeno adeguata al quesito. ²²² Se tale luogo è all'estero, la competenza è attribuita al Tribunale di Roma.

²²³ Aggiunge inoltre la norma che, qualora nessuno dei due criteri sia idoneo, si dovranno utilizzare le presunzioni riferite alla persona fisica non esercente attività d'impresa con riferimento al legale rappresentante.

²²⁴ Come definiti all'art. 2, lett. i), CCII.

basata su di un mero dato contabile, riscontrabile con la semplice lettura dei bilanci delle società del gruppo.

La soluzione legislativa in tema di competenza è, come detto, encomiabile, e ciò sotto un duplice profilo: anzitutto detta una regola chiara, completa e oggettiva, la quale può lasciare poco spazio a dubbi applicativi ²²⁵; in secondo luogo, si uniforma alle previsioni europee in materia²²⁶ e al principio, *ex* art. 7 CCII, di trattazione unitaria delle domande.

Accertata la propria competenza e accolto il ricorso, il tribunale nominerà poi un unico giudice delegato e un unico commissario giudiziale²²⁷, disponendo il deposito di un unico fondo per le spese di giustizia (art. 286, c. 2, CCII).

-

²²⁵ Un'apparente problematica è sollevata da: G. D'ATTORE, *I concordati di gruppo, cit.*, pag. 282 e ss. L' A. Rileva come potrebbe accadere che, su istanza di un creditore, sia proposta domanda di liquidazione giudiziale nei confronti di una sola delle imprese del gruppo, e che tale domanda sia pendente di fronte ad un diverso tribunale rispetto a quello competente per la domanda di gruppo (anch'essa, nel frattempo, proposta). La soluzione da lui indicata (condivisibile) è quella per cui, sulla base del principio di trattazione unitaria delle domande ex art. 7 CCII e di quello di trattazione prioritaria delle domande di concordato ex art. 7, c. 2, CCII, la competenza spetterà anche in tal caso al tribunale competente ex art. 286 CCII. Altra soluzione a tale (apparente) problematica è proposta da A. FABBI, Procedure sulla crisi e l'insolvenza dei gruppi di imprese, in M. GIORGIETTI (a cura di), Codice della crisi e dell'insolvenza: commento al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, Pacini, Pisa, 2019, pp. 281 e 282. Ivi anche l'Autore ritiene che la soluzione debba vertere ad una reductio ad unum, attuabile tramite l'applicazione dell'art. 40, commi 1 e 2, c.p.c. Da quanto qui brevemente esposto, opportuna sarebbe probabilmente stata una previsione, in tema di concordato, analoga a quella dell'art. 287, c. 4, CCII in tema di liquidazione giudiziale di gruppo, onde evitare ab origine qualsivoglia problema applicativo, anche se tale ultima disposizione (come meglio si dirà nel capitolo 3) non è esente da critiche.

²²⁶ Sul punto si veda anche l'art. 26 CCII. Qualche perplessità è invece lasciata da quanto contenuto nell'art. 28 CCII, ove è sancita l'irrilevanza del trasferimento del COMI se intervenuto nell'anno antecedente al deposito della domanda di concordato, con lo scopo, come noto, di evitare fenomeni di *forum shopping*. Tale disposizione non è però coordinata con l'art. 3 del reg. 848/2015, per il quale il periodo di irrilevanza è invece di tre mesi. Ora, stanti così le cose, si avrebbe una evidente discrasia tra le due discipline qualora la procedura d'insolvenza aperta in Italia si inserisse all'interno di un più ampio fenomeno transfrontalierio, che vedrebbe la luce nel momento in cui il giudice italiano dovesse valutare la propria competenza. Della questione si occuperà, si auspica, l'intervento correttivo del Governo.

²²⁷ Condivisibile è quanto sostenuto da: D. CORRADO, *La disciplina del concordato di gruppo nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, ne *il Fallimentarista*, 2019, pag. 6. L'A., osservato come in caso di liquidazione giudiziale di gruppo la nomina di un unico curatore sia subordinata all'assenza di un conflitto di interessi, ritiene che, qualora suddetta ipotesi si verifichi in caso di concordato di gruppo, la previsione *ex* art. 287, c. 2, CCII sia analogicamente applicabile.

2.2.3 (Segue) Contenuto del piano

Nel nuovo codice dell'insolvenza è sicuramente stato ridotto lo spazio operativo del concordato liquidatorio²²⁸, in ossequio a quanto il legislatore aveva richiesto e alle più volte citate tendenze europee. Ma è bene procedere con ordine.

Il punto di partenza non può che essere, in tema di contenuto del piano, l'art. 84 CCII, il quale, al comma 1, prevede che «con il concordato preventivo il debitore realizza il soddisfacimento dei creditori mediante la continuità aziendale o la liquidazione del patrimonio». Persiste quindi la dicotomia tra concordato liquidatorio e concordato in continuità, diretta o indiretta che sia²²⁹, e vengono esplicitati i caratteri qualificanti dell'uno e dell'altro.

Trattasi di concordato in continuità quando il soddisfacimento dei creditori avviene in maniera prevalente per il tramite dei flussi derivanti dalla continuità aziendale. Vi è, in aggiunta, presunzione iuris et de iure circa la sussistenza di tale tipologia di concordato quando «i ricavi attesi dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano derivano da un'attività d'impresa alla quale sono addetti almeno la metà della media [dei lavoratori] (...) in forza nei due esercizi antecedenti il momento del deposito del ricorso»²³⁰. Tali due previsioni soccorrono l'interprete anche nel caso di concordato misto, ove liquidazione e continuità si sommano, dirimendo così possibili incertezze in tema di disciplina applicabile.

_

²²⁸ In questo senso anche la relazione illustrativa al d.lgs. 14/2019, ove viene detto, alle pagine 48 e 49, che «il concordato in continuità aziendale» è «l'opzione sulla quale la disciplina della crisi punta particolarmente in quanto finalizzata al recupero della capacità dell'impresa di rientrare (...) nel mercato».

²²⁹ Si fa brevemente cenno alla dibattuta questione circa la natura della continuità indiretta, che si ha allorché il concordato preventivo si basi sull'affitto dell'azienda o di un ramo della stessa, già effettuato o da effettuarsi in esecuzione del piano concordatario. Per alcuni, infatti, una siffatta ipotesi non rientrava nel perimetro del concordato in continuità, soffermandosi principalmente sul carattere della non "pienezza" imprenditoriale dell'attività del debitore la cui domanda fosse così strutturata. Alla questione ha dato una risposta la Cassazione (Cass., 3 settembre 2018, n. 39517, in www.ilcaso.it; Cass., 19 novembre 2018, n. 29742, in www.ilcodicedeiconcordati.it), che ha affermato la piena corrispondenza giuridica di questa ipotesi con quella del concordato in continuità diretta. Per una più approfondita analisi e per i relativi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, si veda: S. AMBROSINI, La Cassazione risolve i dubbi sulla cd. continuità indiretta nel concordato preventivo, in www.osservatorio-oci.it, 2018.

²³⁰ Cfr. art. 84, c. 3, secondo periodo, CCII.

Il concordato liquidatorio è invece ammesso, *ex* art. 84, c. 4, CCII, solamente se vi sia un apporto esterno di finanze ²³¹ che incrementi almeno del dieci per cento il soddisfacimento dei creditori chirografari rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, ferma restando la soglia minima di loro soddisfazione pari al venti per cento del totale del credito chirografario²³².

La distinzione tra le due tipologie non è meramente teorica, in quanto a seconda dei casi vi sarà una diversa disciplina applicabile. Si pensi alla possibilità, a determinate condizioni ²³³, di differire il pagamento dei creditori privilegiati sino a due anni successivi all'omologazione, possibile nel solo concordato in continuità (art. 86 CCII), o alla facoltà di pagamento di crediti anteriori alla domanda di concordato, se necessari alla prosecuzione dell'attività di impresa (art. 100, c. 1, CCII). L'esempio forse più importante è, però, quello della soglia minima di soddisfacimento dei creditori chirografari: mentre, nel concordato liquidatorio, ammonta al venti per cento del complessivo credito chirografario, alcuna soglia minima è prevista per il concordato in continuità, sì da incentivarne la adozione.

Questa è, per sommi capi, la disciplina generale riguardo il contenuto del piano concordatario che interessi l'impresa monade.

In tema di gruppi, emerge la previsione dell'art. 285, c. 1, CCII, a mente del quale «Il piano concordatario o i piani concordatari di gruppo possono prevedere la liquidazione di alcune imprese e la continuazione dell'attività di altre imprese del gruppo. Si applica tuttavia la sola disciplina del concordato in continuità quando, confrontando i flussi complessivi derivanti dalla continuazione dell'attività con i flussi complessivi derivanti dalla liquidazione, risulta che i creditori delle imprese del gruppo sono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta, ivi compresa la cessione del magazzino» 234. Quanto

⁻

²³¹ Osserva la dottrina come tali *«risorse non siano spesso così "terze"*, in quanto è ben noto a tutti che esse costituiscono il semplice reinvestimento di disponibilità sottratte all'impresa», e che esse *«possono essere distribuite nell'esecuzione del concordato a prescindere dall'ordine legale»*. Così: D. GALLETTI, Il miglior soddisfacimento dei creditori: brevi note sui principi generali e sugli interessi tutelati (II), ne il Fallimentarista, 2019, pag. 11 e ss. Si rinvia alle predette pagine anche per un approfondimento sulle posizioni giurisprudenziali sul tema.

²³² Pienamente rispettato è il criterio direttivo di cui all'art. 6, c. 1, lett. a), della legge delega 155/2017.

²³³ A tal fine si veda l'art. 86 CCII.

²³⁴ Tale disposizione è frutto del parere espresso dalla Camera dei Deputati. Sul punto si veda: G. Lo CASCIO, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura*, in *Fallimento*, 2019, pag. 273.

emerge dalla disposizione in esame è la riproposizione del principio di prevalenza di cui all'art. 84, c. 3, CCII, e, di conseguenza, l'ammissibilità del concordato misto anche in caso di insolvenza di gruppo.

Sembra inoltre potersi interpretare estensivamente anche la seconda ipotesi di prevalenza prevista dal suddetto articolo (ci si riferisce al secondo periodo dell'art. 84, c. 3, CCII) e ciò in forza di una duplice argomentazione²³⁵. Anzitutto si tratterebbe, se si sostenesse il contrario, di un'ingiustificata limitazione alla continuità aziendale, limitazione che non tutelerebbe alcun interesse ulteriore e specifico rispetto a quanto previsto nella prima ipotesi di prevalenza. In secondo luogo, un'interpretazione siffatta sarebbe perfettamente in linea con la logica volta alla salvaguardia della continuità d'impresa quale criterio guida dell'intento riformatore.

Se si condivide quanto appena detto, residua comunque un'ulteriore questione, ovvero se i ricavi attesi dalla continuità e la soglia minima di lavoratori debbano riferirsi alle singole imprese o al gruppo complessivamente considerato. La dottrina²³⁶ in proposito ritiene che la risposta dipenda dalla modalità di proposizione della domanda, sostenendo che in caso di piano unitario la valutazione debba essere complessiva, mentre in caso di separati piani collegati, la valutazione debba essere effettuata in relazione ai singoli piani. L'argomentazione è in tal senso poiché si ritiene che questa soluzione abbia «il pregio di attribuire un significato normativo alla differenza tra piano unitario e piani reciprocamente collegati» in quanto «la distinzione tra piano unitario e piani collegati non può rimanere a livello meramente terminologico o documentale»²³⁷.

Ritengo non condivisibile quanto da questa corrente sostenuto, e ciò poiché non mi pare argomento decisivo l'attribuzione di uno specifico significato alla terminologia utilizzata dal legislatore. Anzitutto perché la disciplina *ex* art. 285, c. 1, CCII non dà alcun rilevo alla differenza tra la proposizione di un piano unitario o di piani distinti. Inoltre, la dicotomia in questione²³⁸ è conseguenza della precedente prassi giudiziaria

_

²³⁵ In questo senso anche: G. D'ATTORE, *I concordati di gruppo, cit.*, pag. 285; F. GUERRERA, *La regolazione negoziale della crisi, cit.*, pag. 234 e ss.

²³⁶ Cfr. G. D'ATTORE, I concordati di gruppo, cit., pag. 285.

²³⁷ Ibidem.

²³⁸ Dicotomia che, tra l'altro, presenta apprezzabili caratterizzazioni dal punto di vista aziendalistico. Sul punto, e trattasi di ulteriore argomentazione avversa alla tesi dottrinale della quale si discute, si veda il commento (in parte critico) di: P. BASTIA, *Crisi e piani di risanamento nei gruppi aziendali*, in www.osservatorio-oci.org, 2019, pag. 18 e ss.

in tema di concordato di gruppo, ritenuta dal legislatore meritevole: si è pertanto preferito non ridurne le possibili declinazioni applicative. In altri termini, il legislatore ha preferito non limitare le tecniche di proposizione della domanda, valorizzando ancor di più l'autonomia negoziale quale tratto caratterizzante dell'istituto. Autonomia però non assoluta, in quanto vi sono principi da rispettare (ad esempio la separazione delle masse attive e passive) e vi è un vaglio giudiziale circa la fattibilità giuridica della proposta. Limitare *ab initio* le tecniche di risoluzione della crisi non sarebbe stato coerente con la logica legislativa che ha caratterizzato la riforma.

Nemmeno è da condividere la posizione della dottrina in esame in forza di un'altra considerazione: non è a mio avviso la prospettiva corretta quella adottata per risolvere la problematica, in quanto ritengo preferibile l'utilizzo di un'ottica più ampia.

La questione è individuare se i requisiti richiesti dall'art. 84, c. 3, secondo periodo, CCII siano da attribuire atomisticamente, alla singola impresa, o globalmente, al gruppo. Ora, tale questione rileva al fine dell'esatta individuazione della disciplina applicabile al procedimento in forza della trattazione unitaria del concordato di gruppo che il decreto legislativo ha positivizzato. Se l'art. 285, c. 1, CCII richiede una valutazione d'insieme circa la prevalenza dei flussi derivanti dalla continuità rispetto a quelli derivanti dall'attività di liquidazione, non sembra irragionevole che lo stesso debba avvenire in caso di interpretazione (estensiva) della norma *de qua*. Anche perché la tutela dei creditori delle singole società è presidiata dal comma 3 dell'art. 285 CCII, il quale, per essi, prevede la possibilità di opposizione all'omologazione, seppur solo quando siano soddisfatti determinati requisiti²³⁹. Sempre in tal senso fa propendere anche il comma 4 dello stesso articolo, il quale subordina l'omologazione a una *«valutazione d'insieme del piano o dei piani collegati»*.

Affrontata la questione della qualificazione della tipologia di concordato, si accenna ora a quanto previsto all'art. 285, c. 2, CCII, tematica che sarà approfondita in seguito²⁴⁰. Alle imprese del gruppo è concessa la facoltà di prevedere *«operazioni contrattuali e riorganizzative, inclusi i trasferimenti infragruppo*²⁴¹», alla duplice

²³⁹ Possono opporsi i creditori appartenenti ad una classe dissenziente o, qualora non siano state formate le classi, i creditori dissenzienti che rappresentino almeno il venti per cento dei creditori ammessi al voto per ogni singola società.

²⁴⁰ Si veda *infra* il par. 2.3.

²⁴¹ Si segnala che parte della dottrina ritiene la menzione al trasferimento delle risorse infragruppo un eccesso di delega. Così: D. CORRADO, *La disciplina del concordato di gruppo nel Codice della crisi e*

condizione che venga attestata la loro necessità ai fini della continuità aziendale e che ciò porti al miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo. In questo momento basti evidenziare come, anche in caso di concordato di gruppo, venga valorizzata l'autonomia negoziale dei ricorrenti, i quali, nel rispetto di principi generali enunciati dal legislatore (come d'altronde accade anche per la normale disciplina contrattualistica), possono modellare come ritengono più opportuno la propria strategia di superamento della crisi.

2.2.4 (Segue) Votazione e opposizione all'omologazione

La votazione²⁴², *ex* art. 286, c. 5, CCII, avviene in maniera contestuale e separata da parte dei creditori di ogni singola società ricorrente, i quali si pronunciano solo sul piano dell'impresa cui sono legati. Tale aspetto è senz'altro corollario della separazione delle masse attive e passive di cui all'art. 284, c. 3, CCII, in forza della quale i creditori dovranno esprimersi solamente con riferimento al patrimonio su cui vantano la propria pretesa.

La divisione in classi, secondo tale articolo, è facoltativa in quanto vi è solo se prevista dal piano o dalla legge, ma, leggendo il disposto dell'art. 85, c. 5, CCII, emerge come il "classamento" sarà altamente probabile. Difatti viene ivi prevista l'obbligatorietà della suddivisione in classi per: *i)* crediti previdenziali o fiscali per i quali non sia previsto il pagamento integrale; *ii)* crediti garantiti da terzi; *iii)* crediti soddisfatti, anche parzialmente, con utilità diverse dal denaro; *iiii)* creditori che abbiano proposto il concordato e parti ed essi correlate. Da ciò emerge, soprattutto in riferimento alla prima delle quattro ipotesi, come sia altamente probabile la formazione di classi di creditori: difficile è che, una volta resosi necessario l'esperimento dello strumento concordatario, il debitore non sia moroso (almeno) nei confronti dell'Erario.

Esclusi dal voto²⁴³ sono i soggetti facenti parte del gruppo che vantino, nei confronti della singola impresa, pretese creditorie. Al riguardo, deve in prima istanza dirsi che, data l'ampia formulazione della disposizione, tali soggetti sono sia le imprese *in bonis*

dell'insolvenza, cit., pp. 5 e 6. Non sembra però condivisibile, in quanto appare come mera specificazione di quanto richiesto nella legge delega, potendo ben derivare da operazioni riorganizzative e contrattuali.

²⁴² Da esprimersi in modalità telematica, in ossequio a quanto previsto dall'art. 107, commi 1 e 8, CCII. ²⁴³ Cfr. art. 286, c. 6, CCII.

che le altre imprese ricorrenti²⁴⁴, i cui voti vengono 'neutralizzati' al fine di una corretta emersione della volontà dei creditori, evitando la rilevanza di posizioni che potrebbero intaccare la trasparenza della decisione.

Tale disposizione sembra porsi in rapporto conflittuale, evidenzia la dottrina ²⁴⁵, rispetto alla generale previsione, *ex* art. 109, c. 6, CCII, secondo la quale il creditore che propone il concordato e *«le società da questo controllate, le società controllanti o sottoposte a comune controllo, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile possono votare soltanto se la proposta ne prevede l'inserimento in classi». Ritengo però che non sia corretta l'impostazione della questione. Difatti, piuttosto che riguardo alle norme in tema di gruppo, le quali sono una <i>species* del più ampio *genus* 'concordato preventivo', tale disposizione sembra mal coordinarsi con l'esclusione al voto, di cui all'art. 109, c. 5, CCII, dei creditori in conflitto di interesse. Ora, se come appare si tratta di un'espressa deroga legislativa ²⁴⁶ alla generale esclusione dei creditori in conflitto d'interesse, la questione diviene alquanto pacifica. L'esclusione di cui all'art. 286, c. 6, CCII si trova ad essere la trasposizione dello stesso principio *ex* art. 109, c. 5, CCII in ambito concordatario di gruppo, con la conseguenza che la fattispecie derogatoria, ricorrendone le condizioni d'applicabilità, trova spazio anche in quest'ultimo caso.

Il concordato di gruppo è approvato quando le proposte di ogni singola impresa raggiungono le maggioranze richieste dalla legge²⁴⁷. Le soglie di maggioranza sono quelle richieste dall'art. 109 CCII²⁴⁸, ove vengono delineate nel dettaglio più ipotesi. Anzitutto, se un singolo creditore detiene la maggioranza dei crediti ammessi al voto, al suo voto favorevole deve aggiungersi la maggioranza, per teste, degli altri creditori al voto. In caso di presenza di classi, la proposta si considera approvata quando il voto

²⁴⁴ Sulla stessa posizione anche: F. GUERRERA, *La regolazione negoziale della crisi, cit.*, pag. 236.

²⁴⁵ Ibidem.

²⁴⁶ Che sembra volta a favorire la proposizione di proposte concorrenti, così da aumentare il possibile grado di tutela dei creditori, i quali possono fare una valutazione comparativa circa il grado di loro soddisfacimento.

²⁴⁷ Cfr. art. 286, c. 5, ultimo periodo, CCII.

²⁴⁸ Il quale dispone, ai commi da 3 a 5, anche l'esclusione dal voto dei creditori privilegiati dei quali sia previsto l'integrale pagamento, salvo non rinuncino, anche in parte, al privilegio. Esclusi sono anche il coniuge (anche in caso di unione civile), il convivente, i parenti e gli affini fino al quarto grado e i creditori in conflitto d'interesse.

sia favorevole, inoltre, nel maggior numero di classi²⁴⁹. Infine, apposite modalità di calcolo sono previste in caso di più proposte concorrenti²⁵⁰.

Delicata questione che ora emerge è quella riguardante l'ipotesi nella quale, in una o più società del gruppo, il concordato non raggiunga le maggioranze richieste.

In via preliminare ritengo che alcuna differenza vi sia tra l'ipotesi di piano unitario o piani separati ma reciprocamente collegati.

Detto ciò, le possibili alternative sono tre: *i)* la conversione dell'intera procedura in liquidazione giudiziale di gruppo; *ii)* la conversione in liquidazione giudiziale delle procedure in cui la maggioranza non è stata ottenuta, e il proseguimento del concordato di gruppo per le altre società; *iii)* la conversione in liquidazione giudiziale delle procedure in cui la maggioranza non è stata ottenuta, e la trasformazione, per le altre imprese, del concordato di gruppo in concordati autonomi e separati.

Parte della dottrina²⁵¹ ritiene condivisibile la prima delle opzioni, basando la propria posizione essenzialmente sul solo tenore letterale dell'art. 286, c. 5, ultimo periodo, CCII. Disponendo, quest'ultimo, che il concordato è approvato *«quando le proposte delle singole imprese del gruppo sono approvate dalla maggioranza prevista dall'art.* 109», la dottrina in esame ritiene che non vi sia margine, data anche la separazione di masse attive e passive che non permette un'aggregazione dei voti, per superare il binomio approvazione unitaria/non approvazione unitaria. Ora, è indubbio il nesso tra votazioni in adunanze separate e autonomia delle masse attive e passive²⁵², ma ciò non

_

²⁴⁹ Sarà qui certamente necessario l'intervento correttivo del Governo. Difatti è entrata in vigore la direttiva (UE) 2019/123 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza). Il fine di tale direttiva è introdurre un quadro giuridico armonizzato sia in tema di prevenzione della crisi d'impresa, occupandosi dell'esdebitazione e delle procedure di ristrutturazione preventiva (nelle quali rientra anche il concordato preventivo). A tal fine, all'art. 9, par. 6, è previsto che «il piano di ristrutturazione è adottato dalle parti interessate purché in ciascuna classe sia ottenuta la maggioranza dell'importo dei crediti o degli interessi», contrapponendosi alla richiesta, contenuta nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, di una maggioranza nel maggior numero delle classi. Il termine di recepimento è comunque fissato al 17 luglio 2021, termine entro il quale con tutta probabilità saranno già stati adottati i correttivi ex legge 8 marzo 2019, n. 20. Il contenuto della direttiva sarà approfondito nel capitolo 4.

²⁵⁰ Si veda l'art. 109, c. 2, CCII.

²⁵¹ Cfr. G. D'ATTORE, *I concordati di gruppo, cit.*, pag. 287.

²⁵² Sul punto si veda: N. ABRIANI, L. PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi societari*, in O. CAGNASSO, L. PANZANI (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Vol. II, Utet, Torino, 2016, pag. 3061 e ss.

implica in automatico che l'unica possibilità per superare il problema in questione sia l'aggregazione del voto dei creditori di più società.

Sembra invece praticabile la seconda opzione suesposta, ovvero la conversione della singola proposta non approvata in liquidazione giudiziale ed il proseguimento del concordato di gruppo senza tale impresa²⁵³, in forza di una duplice argomentazione. In primo luogo, già la legge delega fissava il principio generale dell'attribuzione di *«priorità (...) alle proposte che comportino il superamento della crisi (...) riservando la liquidazione giudiziale ai casi nei quali non sia proposta un'idonea soluzione alternativa»* ammettere la proseguibilità del piano unitario, ovviamente a condizione che permanga la maggiore convenienza di cui all'art. 284, c. 4, CCII, ad esempio in quanto ne deriva solo una lieve diminuzione della percentuale di soddisfacimento dei creditori, che però permane superiore a quella ottenibile dalla liquidazione giudiziale.

Nella stessa direzione muove un'ulteriore considerazione: dato e non concesso che, sulla base del tenore letterale dell'art. 286, c. 5, CCII, non sia consentita la prosecuzione del concordato di gruppo, ciò creerebbe un'evidente discrasia con la successiva previsione²⁵⁵ che subordina la risoluzione o l'annullamento del concordato di gruppo omologato alla significativa compromissione del piano unitario dovuta al verificarsi dei presupposti in relazione ad un singolo piano. Valorizzando tale disposizione, sembra essere percorribile l'omologazione di un piano con l'esclusione di una o più società ricorrenti ove non siano state raggiunte le predette maggioranze. Difatti, non sembra coerente negare tale soluzione ed invece ammettere che l'ottica unitaria possa far sì che, una volta avvenuta l'omologazione, l'accadimento di ipotesi patologiche possa non avere conseguenze sull'intero piano.

Fermo quanto precede, sembra possibile percorrere anche la terza alternativa prima esposta. Nel caso mediano in cui una o più imprese votassero negativamente ed il piano

solidarietà derivanti dalle frequenti garanzie infragruppo».

75

2

²⁵³ Sulla stessa posizione: M. PALLADINO, La nuova disciplina dei gruppi d'impresse, cit., pp. 27 e 28. Seppur commentando il solo progetto di riforma, nella stessa direzione muoveva le proprie considerazioni R. SANTAGATA, Il concordato di gruppo nel Progetto di riforma Rordorf: prime impressioni, in Riv. dir. impr., 2016, pag. 693. L'Autore ritiene ivi necessaria la previsione di «adeguati criteri che assicurino una certa discrezionalità al giudice delegato (...) nella verifica, da espletarsi in una prospettiva di gruppo e non più atomistica, se il credito venga effettivamente soddisfatto in misura deteriore rispetto alle alternative concretamente praticabili, tenuto anche conto dei vincoli di

²⁵⁴ Cfr. art. 2, c. 1, lett. g), della 1. 155/2017.

²⁵⁵ Trattasi dell'art. 286, c. 7, CCII.

unitario si rivelasse però non più soddisfacente dei requisiti *ex* art. 284, c. 4, CCII, ritengo percorribile la separazione delle varie imprese, sottoponendo quelle nelle quali la votazione ha avuto esito favorevole ad un concordato preventivo che le riguardi atomisticamente. Ovviamente, perché ciò possa accadere, è necessario che il piano o i piani collegati siano formulati in modo tale da permettere (anche) la prosecuzione autonoma della procedura, dovendosi soddisfare i requisiti d'accesso di cui all'art. 85 CCII. La stesura del piano o dei piani dovrebbe quindi tenere conto anche di quest'ipotesi, invero residuale, che permetterebbe comunque, in caso di insuccesso della proposta unitaria, la soluzione negoziata della crisi, dando magari atto di tale fattispecie in modo esplicito, cosicché il voto dei creditori sia esplicitamente valevole anche a tal fine.

La tutela dei soci²⁵⁶ e dei creditori dissenzienti è concentrata alla fase di opposizione all'omologazione del piano di gruppo²⁵⁷, così da assicurare la stabilità del piano in seguito all'omologa.

Riguardo i primi (soci)²⁵⁸, l'art. 285, c. 5, CCII prevede che in sede di opposizione all'omologazione possano lamentare il pregiudizio arrecato alla società cui partecipano in base a quanto contenuto nel piano²⁵⁹. Si aggiunga però che il pregiudizio deve essere valutato dal giudice alla luce di eventuali vantaggi compensativi derivanti dalla proposizione di un piano di gruppo. Trattasi, per tale ultimo aspetto, di un'evidente concorsualizzazione del precetto di cui all'art. 2497 c.c., che sembra dover essere interpretato nel senso dell'apprezzamento del vantaggio derivante dal superamento della crisi di gruppo, da relazionarsi con le singole contropartite richieste alla singola società.

²⁵⁶ Ciò che, in relazione ai soci, necessita di tutela è il possibile pregiudizio al valore della quota di partecipazione. Sul punto si veda: L. BENEDETTI, *La posizione dei soci nel risanamento della società in crisi: dal potere di veto al dovere di sacrificarsi (o di sopportare) (Aufopferungs- o Duldungspflicht)?*, in *Riv. dir. soc.*, 2017, I, spec. pag. 746 e ss.

²⁵⁷ Come richiesto dalla legge delega, all'art. 3, comma 3, lett. f).

²⁵⁸ Riguardo la facoltà di opposizione attribuita ai soci di minoranza, interessante è il commento di: S. MONTI, *La crisi e l'insolvenza dei e nei gruppi di imprese, cit.*, pag. 325. L'A. ivi sottolinea infatti che tale facoltà sia «una significativa innovazione» in quanto «l'art. 180, 4 comma, l. fall., al pari dell'art. 112 e dell'art. 285, commi 3 e 4, del Codice, riconosce tale facoltà solo a determinate categorie di creditori».

²⁵⁹ Da segnalarsi il fatto che il testo dell'art. 285, ai commi 3 e 5, parla delle operazioni di cui al comma 1, volendosi invece con tutta evidenza riferirsi al comma 2. Trattasi di refuso che, con ogni probabilità, sarà oggetto di intervento in sede correttiva.

Appare difficile che i soci di una società controllata in stato di crisi possano opporsi all'omologazione del concordato, la cui proposizione è stata decisa a monte dagli stessi. Sembra quindi possibile che tale norma verrà principalmente utilizzata dai soci delle società *in bonis* quali soggetti terzi, come prevede l'art. 48 CCII, in caso, ad esempio, di sfaldamento e di conflittualità del gruppo²⁶⁰.

La tutela offerta ai creditori presuppone invece che si tratti di creditori dissenzienti appartenenti a una classe dissenziente o, in mancanza di classi, di creditori dissenzienti che rappresentino almeno il venti per cento dei crediti ammessi al voto nella singola società d'appartenenza ²⁶¹. Tenendo in considerazione eventuali opposizioni, il tribunale omologherà il concordato qualora, valutato complessivamente il piano o i piani collegati, ritenga che i creditori siano soddisfatti in misura non inferiore a quanto otterrebbero in caso di liquidazione giudiziale della singola impresa debitrice (il cd. *cram down*)²⁶².

2.2.5 (Segue) L'esecuzione del concordato preventivo di gruppo

Le modalità esecutive saranno poi quelle disciplinate dalla generale disciplina in tema di concordato preventivo²⁶³. In particolare, saranno nominati, nel caso in cui il concordato consista nella liquidazione dei beni, uno o più liquidatori, i quali potranno anche esperire azioni recuperatorie e di responsabilità (art. 115, c. 1 e c. 2, CCII). Inoltre, tutti i creditori anteriori alla pubblicazione sul registro delle imprese della domanda di accesso saranno vincolati agli effetti del concordato, fatti salvi i diritti vantati nei confronti di coobbligati, fideiussori del debitore e obbligati in via di regresso (art. 117 CCII).

Emerge poi, in tema di esecuzione del concordato preventivo di gruppo, quanto richiedeva la legge delega: una specifica disciplina riguardante *«gli effetti*

77

²⁶⁰ In questo senso si esprime, condivisibilmente: F. GUERRERA, *La regolazione negoziale della crisi, cit.*, pag. 237.

²⁶¹ Cfr. art. 285, c. 3, CCII.

²⁶² Può, prima facie, sembrare incoerente con il parametro di cui all'art. 284, c. 4, CCII, ma pare esatta la lettura data da: G. D'ATTORE, I concordati di gruppo, cit., pag. 290. Sostiene ivi l'A. che «l'omologazione presuppone che l'ammissione sia già stata delibata dal tribunale e che, pertanto, sia stato valutato già il requisito del migliore soddisfacimento dei creditori delle singole imprese anche con riferimento al piano di concordato autonomo per ciascuna impresa».

²⁶³ Cfr. art. 114 e ss. CCII.

dell'eventuale annullamento o risoluzione della proposta unitaria omologata»²⁶⁴. Orbene, sembra che ciò non sia stato debitamente affrontato dal legislatore delegato, in quanto ha previsto, all'art. 286, c. 7, CCII, solo i presupposti dell'annullamento o della risoluzione, non occupandosi invece, *funditus*, dei relativi effetti²⁶⁵.

Dispone infatti la norma che il concordato di gruppo, una volta omologato, «non può essere risolto o annullato quando i presupposti per la risoluzione o l'annullamento si verifichino soltanto rispetto a una o ad alcune imprese del gruppo, a meno che ne risulti significativamente compromessa l'attuazione del piano anche nei confronti delle altre imprese».

Si è optato, sembra, per il mantenimento dell'efficacia esecutiva del piano concordatario di gruppo, anche qualora vengano meno uno o più piani concernenti singole imprese, purché l'attuazione dello stesso non venga da ciò compromessa²⁶⁶.

La tecnica legislativa è certamente avvicinabile a quanto disposto dall'art. 1419 c.c. in tema di nullità parziale del contratto, e, in conseguenza di ciò, se si valorizza la componente privatistica ²⁶⁷ del concordato preventivo, possono trarsi alcune conclusioni.

²⁶⁴ Cfr. art 3, c. 2, lett. c), della legge 155/2017.

²⁶⁵ Identico rilievo viene effettuato da: S. MONTI, *La crisi e l'insolvenza dei e nei gruppi di imprese, cit.*, pag. 325. Ritiene invece (inspiegabilmente, forse a causa di una superficiale analisi) rispettati i criteri direttivi contenuti nella legge delega: G. B. NARDECCHIA, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Disciplina, novità e problemi applicativi*, Neldiritto Editore, Molfetta, 2019, pp. 310 e 311.

²⁶⁶ Di diverso avviso: G. D'ATTORE, *I concordati di gruppo, cit.*, pp. 287 e 288. L'A. ritiene che la norma possa prestarsi anche ad un'altra lettura, quella per lui da condividere, in base alla quale l'annullamento o la risoluzione che non siano significativamente influenti sul destino del piano di gruppo non vadano pronunciati nemmeno nei confronti del singolo piano nei confronti del quale i presupposti si siano realizzati. Ora, tale lettura appare incoerente con l'impianto normativo volto a conferire il maggior grado di tutela possibile ai creditori. Si pensi ad esempio alla domanda di risoluzione per inadempimento di non scarsa importanza ex art. 119 CCII, e si ipotizzi che essa venga accolta: se si seguisse la tesi dell'A., i creditori della singola impresa dovrebbero subire le conseguenze dell'inadempimento, a meno che tale inadempimento non faccia venir meno l'intero piano di gruppo. Seguendo invece la tesi ritenuta in tal sede preferibile, il piano 'singolo' può essere risolto, tutelando così i creditori della singola società, ed il concordato unitario, qualora ricorrano i presupposti per la sua continuazione, potrà rimanere salvo, consentendo agli altri creditori del gruppo un grado di soddisfacimento maggiore rispetto a quello ottenibile sia tramite liquidazione giudiziale (art. 285, c. 4, CCII) che tramite singoli piani separati (art. 284, c. 4, CCII). Ciò evidenziato, il minor "costo" della tesi qui sostenuta dovrebbe essere elemento idoneo per la condivisione della stessa, ferma restando l'incerta formulazione testuale della norma.

²⁶⁷ Annosa la questione circa la natura giuridica del concordato preventivo, e occuparsene approfonditamente esorbiterebbe l'intento di quest'elaborato. In estrema sintesi, a favore del risalto da attribuire alla componente privatistica si è schierata parte della giurisprudenza, tra cui: Cass., 23 giugno 2011, n. 13818, in www.ilcaso.it; Cass., 27 febbraio 2017, n. 4915, in www.ilcaso.it. Di diverso avviso invece: Cass., 15 settembre 2011, n. 18864, in www.ilcaso.it. Da ultimo, per la dottrina, si veda invece:

In questo quadro, appare possibile avvicinare il venir meno dell'intero piano anche alla, *lato sensu*, volontà dei paciscenti. Difatti, data l'impostazione del discorso sin qui effettuato, sembra doversi valutare caso per caso la soluzione al caso concreto, non potendosi predeterminare in modo oggettivo i confini dell'intervento giudiziario una volta che sia stata proposta la domanda di annullamento o risoluzione. Ad esempio, se si tratta di un concordato misto, in cui solo una delle imprese procede alla liquidazione dei beni, andrà effettuata una valutazione specificatamente orientata al dettagliato contenuto del piano unitario, non potendo essere sufficiente considerare come elemento essenziale che si tratti dell'unica impresa volta a compiere attività liquidatoria, salvo chiaramente che solo su tale attività si basi il sostegno economico dell'intera operazione. Intendo, in altri termini, che la locuzione *«a meno che ne risulti significativamente compromessa l'attuazione»* non debba essere circoscritta ad una mera valutazione economica, ma vada valorizzata anche in relazione alla volontà di debitori e creditori, purtuttavia essendo dirimente il fattore economico quando impedisca la prosecuzione del piano omologato.

Tocca infine esaminare quali possano essere gli effetti della risoluzione e dell'annullamento del piano unitario omologato, dato il silenzio della legge sul tema. Necessario è quindi esaminare la disciplina generale dedicata al concordato.

L'unica soluzione percorribile mi sembra l'applicazione dell'art. 111 CCII, soluzione che comporta, qualora venga meno l'intero piano di gruppo, la comunicazione di tale avvenimento da parte del giudice delegato al tribunale. A quel punto il tribunale, *ex* art. 49 CCII, con sentenza dichiarerà l'apertura della liquidazione giudiziale, la quale, credo, non essendovi stata specifica domanda in tal senso, non riguarderà l'intero gruppo, ma le società singolarmente considerate.

2.3 Assetto pre e post codice: osservazioni conclusive

Le nuove previsioni in materia di concordato preventivo di gruppo hanno finalmente risposto all'esigenza, da tempo avvertita, di una compiuta regolamentazione dell'istituto anche nell'ipotesi in cui la crisi riguardi una o più imprese che operino nel

V. ZANICHELLI, *Il concordato come procedimento concorsuale negoziato*, in *Questione Giustizia*, 2019, II, pag. 268 e ss.

mercato non singolarmente, ma in conseguenza di sinergie di gruppo. La nuova disciplina privilegia una visione unitaria *«avvicinandosi all'impostazione aziendalistica»*: impostazione, quest'ultima, che opera su di un piano differente rispetto a quella concorsuale, fondandosi le due su presupposti diversi, ma a seguito dell'intervento riformatore sono certamente ravvisabili *«maggiori convergenze»*²⁶⁸.

Per vedere se siano stati compiutamente trattati tutti i profili problematici che caratterizzavano tale peculiare utilizzo dell'istituto prima della riforma, si farà riferimento ai rilievi enunciati dalla Cassazione nella già citata sentenza del 2015²⁶⁹. Ostativo all'esperimento dello strumento per la risoluzione unitaria della crisi di gruppo era stata anzitutto ritenuta l'assenza di un'espressa disciplina in materia, argomentazione oramai pacificamente superata.

Stesso discorso vale per la competenza, essendo stata ora prevista una specifica disciplina circa tale aspetto: disciplina che ha superato l'orientamento giurisprudenziale riguardo l'irrilevanza, in tema di attribuzione della competenza, del *«centro direttivo ed amministrativo degli affari dell'impresa in cui vengono individuate e decise le scelte strategiche cui dare seguito»*²⁷⁰.

Residuano quindi da analizzare le questioni concernenti i profili, più o meno penetranti, in tema di *substantive consolidation*. Come ampiamente visto nei paragrafi precedenti²⁷¹, il centro nevralgico della discussione riguardava i due profili, per alcuni interdipendenti²⁷², della separazione delle masse attive e passive²⁷³ e del rispetto del principio generale sancito dall'art. 2740 c.c.

Sembra però da escludersi la rilevanza in tale sede del principio della responsabilità patrimoniale del debitore, in base a ciò che ora diremo.

 $^{\rm 270}$ In forza dell'attuale art. 286, c. 1, CCII.

²⁶⁸ Così, anche per la precedente citazione: P. BASTIA, *Crisi e piani di risanamento nei gruppi aziendali, cit.*, pp. 1 e 5.

²⁶⁹ Cass., 13 ottobre 2015, n. 20559, cit.

²⁷¹ Specialmente nei paragrafi 2.1.2 e 2.1.3.

²⁷² Come già visto, non tutta la dottrina si esprime nel senso della discendenza della separazione di masse attive e passive dal principio di cui all'art. 2740 c.c. Su tale posizione si assesta: M. FACCI, *Concordato di gruppo, cit.*

²⁷³ Riguardo la quale viene osservato che «risponde all'esigenza di una tutela delle specifiche masse di creditori attraverso l'autonomia dei patrimoni, anche se questo finalismo può non essere sempre efficacemente conseguito, in concreto, sulla base dell'applicazione di questo principio, specialmente quando prevalgono classi di creditori comuni alle diverse società del gruppo (medesimi istituti bancari, stessi fornitori e professionisti, dipendenti con analoghe mansioni)». Così si esprime: P. Bastia, Crisi e piani di risanamento nei gruppi aziendali, cit., pag. 5.

Il discorso, seppur in un'ottica parzialmente diversa, è correttamente impostato da una corrente dottrinale²⁷⁴, che individua nell'istituto dell'esdebitazione²⁷⁵ la chiave di volta del percorso argomentativo. Come noto, l'esdebitazione, pur a determinate condizioni²⁷⁶, si pone quale normale conseguenza²⁷⁷ della conclusione dell'intero *iter* concordatario, rendendosi invece necessaria, in caso di liquidazione giudiziale, un'apposita istanza del debitore²⁷⁸. Ciò premesso, conseguenza dell'esdebitazione è l'inesigibilità dei crediti non soddisfatti in sede concorsuale, consentendo così un *fresh start*²⁷⁹ all'imprenditore *«onesto ma sfortunato»*²⁸⁰.

Il concetto di inesigibilità è ben diverso da quello di estinzione²⁸¹, e fa emergere come tale istituto «concerne direttamente (ed esclusivamente) il "rapporto di responsabilità patrimoniale", e non anche la (sottostante) "obbligazione", la quale ultima non si estingue neanche parzialmente»²⁸². La ratio di tale deroga sarebbe, secondo questa dottrina, in antitesi con quanto possa prima facie apparire, una nuova modellatura del concetto di favor creditoris, da intendersi non più con riferimento ad un singolo rapporto obbligatorio (come nell'art. 2740 c.c.), ma alla più ampia categoria dei futuri creditori dell'imprenditore, che gioveranno del pieno recupero operativo dello stesso²⁸³. Pertanto, da tale prospettiva, l'istituto stesso del concordato preventivo (generalmente considerato) si pone quale deroga ex lege all'universalità della responsabilità patrimoniale, nel rispetto di quanto disposto dell'art. 2740, c. 2, c.c., non potendosi quindi invocare tale principio in tema di ammissibilità o meno di forme di substantive consolidation nel perimetro di concordati di gruppo.

²⁷⁴ Si fa riferimento a quanto contenuto in: G. D'AMICO, Responsabilità patrimoniale e procedure concorsuali nella "società del debito": oltre la tutela (esclusiva) del creditore, in Questione Giustizia, 2019, II, pag. 171 e ss.

²⁷⁵ Alla quale, nel nuovo assetto normativo, è dedicato l'intero Capo X, contenuto nel Titolo V.

²⁷⁶ Cfr. artt. 278, 279 e 280 CCII.

²⁷⁷ Cfr. art. 281, c. 1, CCII.

²⁷⁸ Cfr. art. 281, c. 2, CCII.

²⁷⁹ Stessa posizione sostenuta da: F. PIPICELLI, L'esdebitazione: prospettive della riforma e aspetti fiscali nel fallimento, in Riv. dott. comm., 2019, pag. 293. L'A. ivi sostiene, in particolare, come la giustificazione dell'istituto risieda «nell'agevolare il recupero al mercato di un soggetto (...) il cui reinserimento nel tessuto economico sarebbe frustrato dalla permanenza del vincolo impresso dalla garanzia patrimoniale generica ex art. 2740 c.c.».

²⁸⁰ Così G. D'AMICO, Responsabilità patrimoniale, cit., pag. 3.

²⁸¹ Altrimenti non spiegherebbe perché l'art. 278, c. 6, CCII reciti «Sono salvi i diritti vantati dai creditori nei confronti dei coobbligati e dei fideiussori del debitore, nonché degli obbligati in via di regresso».

²⁸² G. D'AMICO, Responsabilità patrimoniale, cit., pag. 3.

²⁸³ *Idem*, pag. 6.

Se ciò è condiviso, l'indagine dovrà ora vertere unicamente sulla portata di quanto previsto all'art. 284, c. 3, CCII, dovendo ricercare se vi siano spazi di manovra per i ricorrenti o se la separazione delle masse attive e passive sia principio assoluto ed inderogabile.

Epicentro del ragionamento diviene allora l'art. 285, c. 2, CCII, ove è stabilito che il piano, o i piani, concordatari «possono altresì prevedere operazioni contrattuali e riorganizzative, inclusi i trasferimenti di risorse infragruppo, purché un professionista indipendente attesti che dette operazioni sono necessarie ai fini della continuità aziendale per le imprese per le quali essa è prevista nel piano e coerenti con l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo».

Dalla lettera della legge sembra emerge una non assolutezza dell'autonomia delle masse, essendo a determinati presupposti e per determinate finalità possibile una, seppur non totale, elisione di tale principio. Ciò appare coerente con la finalità preminente di riassesto dell'impresa, che pervade l'intero *corpus* codicistico, e con il riconoscimento positivo della facoltà del gruppo ricorrente di procedere unitariamente a tal fine. Una rigida impostazione in senso contrario avrebbe probabilmente depotenziato *ab initio* l'esperibilità del nuovo istituto, in quanto, onde evitare possibili pronunce di inammissibilità, la prassi avrebbe forse cercato di percorrere altre vie.

Una prima considerazione merita di essere fatta circa la necessarietà teleologica di tali operazioni, essendo previsto che possano esservi solo allorquando finalizzate alla continuità aziendale. Sembra quindi essere ammessa²⁸⁴ la possibilità di operazioni di liquidazione con destinazione parziale del ricavato ai propri creditori e dell'eccedenza a creditori di altre società del gruppo²⁸⁵, purché ciò sia necessario alla prosecuzione

-

²⁸⁴ Ad opposte conclusioni giungeva, pur nel commento del solo progetto di riforma: R. SANTAGATA, *Il concordato di gruppo nel Progetto di riforma Rordorf, cit.*, pp. 695 e 696. L'A., ragionando in termini di deroga all'art. 2740 c.c., riteneva non più ammissibile l'ipotesi di operazioni di liquidazione con destinazione parziale ai propri creditori. Propendeva in tal senso muovendo dalla considerazione circa il generale disfavore legislativo nei confronti dei concordati meramente liquidatori. Condivide invece la tesi qui esposta: G. D'ATTORE, *I concordati di gruppo, cit.*, pag. 288 e ss. L'A. sottolinea inoltre come «l'attribuzione patrimoniale si qualifica in termini di "finanza esterna" e come tale va trattata, anche con riferimento alla deroga rispetto all'ordine delle cause di prelazione» (pag. 290). Richiama quindi, implicitamente, l'art. 101 CCII.

²⁸⁵ Ipotesi che, nella situazione antecedente all'emanazione del codice, era ritenuta praticabile da: G. D'ATTORE, *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore, cit.*, pag. 362 e ss. Il fondamento della tesi dell'A., che accomunava la possibilità che ciò accadesse in un concordato in continuità o in uno di tipo liquidatorio, era basato su di una particolare lettura dell'art. 2740 c.c., per la quale si rimanda alle pagine precedenti. Non è però più praticabile quanto dall'A. sostenuto, e ciò sia perché non è più irrilevante la distinzione tra concordato liquidatorio e in continuità e perché, se si

delle imprese per cui la continuità è prevista e ciò sia debitamente attestato da un professionista indipendente. Il che appare coerente con il *favor* legislativo nei confronti dei concordati in continuità, la cui praticabilità non è circoscritta a determinati prerequisiti, come invece accade per i concordati liquidatori²⁸⁶. Argomentazione nel senso dell'esclusione dell'ipotesi in questione potrebbe essere riscontrata nell'ulteriore richiesta del 'miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo': argomentazione che, invero, si può superare in un'ottica di vantaggi compensativi (si veda *infra*).

Problemi di compatibilità non sembrano nemmeno porsi in caso di fusione, intesa quale modalità d'attuazione del concordato di gruppo, una volta che i creditori abbiano distintamente votato e non siano state accolte eventuali opposizioni all'omologazione. L'esperimento di tale operazione straordinaria diviene preferibile soprattutto alla luce delle teorie aziendalistiche²⁸⁷ in tema di crisi di gruppo. Viene in tale ipotesi ritenuto preferibile un approccio unitario, volto ad eliminare gli elementi critici che hanno portato al dissesto del gruppo. Elementi che da un lato possono consistere certamente in 'sole' scelte strategiche errate²⁸⁸, ma che più spesso derivano da un'inefficienza della struttura di coordinamento. Vengono quindi in luce, patologicamente, ad esempio elevati costi organizzativi, in tema di corporate governance (come nel caso di ingenti emolumenti agli organi sociali, soprattutto nel caso in cui vi sia un'inutile moltiplicazione delle funzioni inerenti all'azienda) o di struttura (si pensi ai costi di locazione di uffici e stabilimenti), ovvero un'eccessiva e dannosa burocratizzazione del processo sia decisionale che operativo. La razionalizzazione operata tramite operazioni straordinarie diviene quindi punto di partenza necessario per l'efficace reinserimento del gruppo nel mercato.

condivide la base del discorso qui intrapreso, non è più l'art. 2740 c.c. l'ostacolo alla praticabilità della soluzione.

²⁸⁶ Cfr. art. 84, c. 4, CCII.

²⁸⁷ Il brevissimo sunto che segue fa riferimento a quanto contenuto in: P. BASTIA, *Le operazioni straordinarie come rimedi alle crisi di gruppo*, in P. BASTIA, R. BROGI, *Operazioni societarie straordinarie e crisi d'impresa*, Ipsoa, Milano, 2016, pag. 79 e ss.; P. BASTIA, *Crisi aziendali e piani di risanamento*, Giappichelli, Torino, 2019, spec. pag. 512 e ss.

²⁸⁸ Ipotesi nella quale assumerebbe invece rilievo un'altra operazione straordinaria, la scissione. Così facendo, si verrebbero ad *«isolare rami aziendali incoerenti con il core business del sodalizio, accrescendone la visibilità sul mercato e l'appetibilità da parte di investitori specializzati»*. Così: R. SANTAGATA, *Il concordato di gruppo nel Progetto di riforma Rordorf, cit.*, pag. 699.

Ora, *rebus sic stantibus* e pacifica la praticabilità astratta dell'operazione, deve essere valutato se e come essa sia stata disciplinata nel nuovo codice.

La legge delega ²⁸⁹, a tal proposito, richiedeva una specifica disciplina circa l'opposizione dei creditori e la stabilità degli effetti di predette operazioni, codificando a tal fine anche l'impossibilità del recesso dei soci²⁹⁰ in conseguenza dell'atto. Da ciò è derivato quanto disposto dall'art. 116 CCII²⁹¹, nel quale viene quasi interamente riprodotto quanto richiesto dal delegante: non vi è però un esplicito riferimento all'impossibilità dei soci di recedere in caso di dette operazione straordinarie, anche se ciò è ricavabile ²⁹² dal fatto che venga previsto il solo perdurare del diritto al risarcimento del danno secondo la disciplina societaria generale in materia.

Traspare come l'intento del legislatore sia quello di tutelare la stabilità della scelta concordataria, superando, almeno in parte, le problematiche, prima evidenziate²⁹³, che affliggono la declinazione di tale istituto in questa sede. Appare opportuna in particolare la scelta di condensare il diritto all'opposizione dei creditori nell'unico momento dell'omologazione del concordato, superando precedenti remore dottrinali e giurisprudenziali²⁹⁴ e trovando il giusto equilibrio tra le due differenti esigenze (*i.e.* tutela dei creditori e stabilità dell'operazione).

Tocca, in conclusione, trattare delle possibili sorti del plusvalore derivante dalla gestione unitaria della crisi di gruppo.

_

²⁸⁹ Ci si riferisce all'art. 6, c. 2, lett. c), della legge 155/2017, il quale, nel dettaglio, recita: «prevedere che, in caso di operazioni di trasformazione, fusione o scissione poste in essere nel corso della procedura: 1) l'opposizione dei creditori possa essere proposta solo in sede di controllo giudiziale sulla legittimità della domanda concordataria; 2) gli effetti delle operazioni siano irreversibili, anche in caso di risoluzione o di annullamento del concordato, salvo il diritto al risarcimento dei soci o dei terzi danneggiati, ai sensi degli articoli 2500-bis e 2504-quater del codice civile; 3) non spetti ai soci il diritto di recesso in conseguenza di operazioni incidenti sull'organizzazione o sulla struttura finanziaria della società».

²⁹⁰ Il problema si pone, essenzialmente, in tema di concambio, piuttosto che in tema di particolari ipotesi statutarie di recesso.

²⁹¹ Per un commento più approfondito a tale disposizione si veda: P. G. CECCHINI, *Fusioni, scissioni e trasformazioni nel nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2019, pag. 955 e ss.

²⁹² Alla stessa conclusione giunge, seppur non argomentando: F. GUERRERA, *La regolazione negoziale della crisi, cit.*, pag. 239. Di diverso avviso, invece, P. G. CECCHINI, *Fusioni, scissioni e trasformazioni, cit.*, pp. 967 e 968: ivi, in particolare, si osserva come l'impedire il recesso sembra «soluzione (...) sproporzionata in quanto (...) quello del rimborso è soltanto il rimedio di ultima istanza per liquidare il socio uscente, in quanto a ben vedere la legge stabilisce che preliminarmente le sue partecipazioni debbano essere offerte in opzione agli altri soci e, per la parte non acquistata, collocate presso terzi, e nessuna di queste due procedure determina un debito della società verso il socio».

²⁹³ Cfr. par. 2.1.1 e 2.1.3.

²⁹⁴ Si vedano le già citate posizioni di R. BROGI, *Il concordato preventivo di gruppo e la fusione, cit.* e di Cass., 18 gennaio 2018, n. 1181, *cit*.

Come visto²⁹⁵, con esso deve intendersi il margine di profitto aggiuntivo derivante dalla procedura unitaria di risanamento del gruppo, il quale si trova anche ad essere uno degli elementi che fa propendere per la preferibilità di una siffatta gestione della crisi, e conseguenza delle sinergie infragruppo. Se si condivide che «tale plusvalore non potrà che essere imputato alla capogruppo»²⁹⁶, sarà ora necessario vedere come potrà essere ripartito all'interno del gruppo alla luce della nuova disciplina in esame. Tale fattispecie rientra a pieno titolo nei «trasferimenti di risorse infragruppo» di cui all'art. 285, c. 2, CCII, e sembra, in primis ed in astratto, giustificabile in relazione ai fini della continuità aziendale delle imprese del gruppo beneficiarie. Ciò in quanto tale plusvalore è realizzato proprio per il tramite di un piano unitario, ed implica il confluire nella procedura di una maggiore liquidità, fatto che non si verificherebbe in caso di singole procedure separate ²⁹⁷. Certamente la maggior liquidità ottenibile diviene elemento utile alla continuità aziendale, sia che derivi dalla liquidazione di un qualche ramo d'azienda (si pensi in particolare alla cessione aggregata di taluni beni materiali ed immateriali tra loro collegati) sia che derivi dall'ottenimento di finanza da un istituto di credito a condizioni più favorevoli di quanto non avverrebbe se fosse l'impresa singolarmente considerata a rivolgersigli. L'utilità naturalmente deve essere debitamente attestata da un professionista, tanto in tema di veridicità quanto di fattibilità.

Altro elemento che fa propendere per tale soluzione è la richiesta legislativa dell'idoneità del piano unitario «ad assicurare il riequilibrio complessivo della situazione finanziaria di ognuna»²⁹⁸ delle imprese, sottintendendo perciò la particolare ottica unitaria con cui va analizzata la fattibilità, economica e giuridica, del piano di gruppo.

L'art. 285, c. 2, CCII richiede in aggiunta che dette operazioni siano coerenti con il più generale obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori di ogni impresa.

²⁹⁸ Cfr. art. 284, c. 5, CCII.

²⁹⁵ Si fa ora riferimento a: M. FACCI, Concordato di gruppo e autonomia privata, cit., spec. pag. 34 e

ss. ²⁹⁶ *Idem*, pag. 34. ²⁹⁷ Soddisfatto è quindi il requisito d'accesso di cui all'art. 284, c. 4, CCII, ove viene richiesto che il piano o i piani collegati debbano contenere l'illustrazione delle ragioni di maggior convenienza della procedura unitaria rispetto a singoli piani separati per ogni impresa del gruppo.

Ora, anche questo presupposto sembra essere soddisfatto, in forza di più ordini di motivi. Primo fra tutti il fatto che è insito nelle stesse cause che generano il plusvalore qui in discussione il rispetto degli interessi creditizi: senza la gestione unitaria non vedrebbe la luce e, pertanto, su di esso questi ultimi non potrebbero soddisfarsi. Inoltre, il giudice delegato, in sede di omologa, dovrà fare una valutazione comparativa tra quanto previsto nel piano ed il probabile esito che si avrebbe in caso di liquidazione giudiziale delle singole società²⁹⁹: in siffatta ipotesi, non solo non si gioverebbero del plusvalore le imprese appartenenti al gruppo, ma nemmeno la capogruppo, apparendo quindi un'eventuale contestazione alla tesi qui sostenuta come contraria al generale interesse dei creditori.

Il legislatore chiede però che le operazioni infragruppo (qui la divisione del plusvalore) debbano mirare al miglior soddisfacimento dei creditori di *tutte* le imprese e, come detto, non sembrano casuali le diverse scelte stilistiche adottate. Ma anche la disposizione in questione sembra ovviabile se vista in una prospettiva più ampia. Mi riferisco all'utilizzabilità della teoria dei vantaggi compensativi, teoria che il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha concorsualizzato³⁰⁰. Si pensi ad esempio all'ipotesi in cui, tramite la costruzione di un piano con suddivisione non proporzionale del valore, divenga possibile la continuità di una pluralità di imprese strategiche del gruppo. Se tale prosecuzione avverrà proficuamente, come attestato nel piano, non solo i creditori di queste ultime se ne gioveranno, ma anche i creditori della stessa *holding*, la cui attività di direzione e coordinamento potrà continuare, derivandone i conseguenti guadagni. In quest'ottica, una suddivisione così delineata del plusvalore opera, non v'è dubbio, nel miglior interesse di tutte le imprese, e non solo di quelle concretamente beneficiarie di una maggior liquidità.

Nella stessa direzione, ricorrendo i presupposti di cui sopra, sembra potersi concludere in ulteriori ipotesi, quali la rinuncia ad una garanzia infragruppo o la rinuncia contrattuale ad azioni revocatorie.

Deve in conclusione affermarsi che la continuità di gruppo, attuata tramite concordato preventivo, non solo necessita di una specifica disciplina, ma anche di autonomi

-

²⁹⁹ Cfr. art. 285, c. 4, CCII.

³⁰⁰ Il riferimento è sia all'art. 285, c. 2, CCII, in tema di valutazione del pregiudizio subito dai soci in sede di omologa proprio in ragione di dette operazioni infragruppo, sia all'art. 290, c. 1, CCII, ove, in tema di liquidazione giudiziale di gruppo, la presenza di vantaggi compensativi diviene causa di esclusione dell'esperibilità, per il curatore, di azioni di inefficacia infragruppo.

principi e criteri di analisi, non potendosi riproporre esclusivamente considerazioni valevoli per l'impresa monade³⁰¹.

Valutare staticamente l'interesse dei creditori non è funzionale alla corretta gestione del fenomeno di gruppo (come invece può essere fatto per un'autonoma impresa in sede concorsuale), a maggior ragione ora che vi è un'organica disciplina che permette di ragionare in tal senso.

-

³⁰¹ Ad esempio, in tema di miglior soddisfacimento dei creditori, la dottrina sembra condividere una siffatta impostazione. Si veda: C. PAGLIUGHI, *Le norme del Codice della crisi relative ai gruppi di imprese*, ne *il Fallimentarista*, 2019, pag. 4.

Capitolo 3. Liquidazione giudiziale di gruppo

3.1 La procedura unitaria di liquidazione giudiziale

3.1.1 Una doverosa premessa: la nuova nomenclatura della procedura

Tra le molteplici novità che il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha apportato al nostro ordinamento, spicca certamente la scelta lessicale in forza della quale il termine "fallimento", comprese le sue declinazioni (fallito, fallimentare etc.), è stato sostituito dalla locuzione "liquidazione giudiziale"³⁰².

Ciò è frutto di una più ampia tendenza volta a tutelare la "dignità sociale" del debitore che non sia riuscito a far fronte alle obbligazioni assunte: un esempio, a livello eurounitario, è rinvenibile nel regolamento (UE) 2015/848, ove la figura dell'amministratore delle procedure di insolvenza sostituisce, con identiche prerogative, quella del curatore fallimentare di cui al regolamento (CE) 1346/2000³⁰³. Etimologicamente, la parola "fallimento" deriva dal latino *fallere*, ossia "ingannare", e riflette l'evoluzione storica ³⁰⁴ riguardante tale procedura, ancora ravvisabile all'interno del regio decreto del 1942. Come già visto, l'ottica sanzionatoria è però gradualmente venuta meno negli ultimi anni, e la disciplina concorsuale è divenuta uno strumento offerto all'imprenditore in stato di decozione per (almeno tentare di) superare siffatta situazione.

In questo contesto, si inserisce anche una decisione della Corte Costituzionale³⁰⁵, cui era stata posta questione di legittimità costituzionale circa l'ammissibilità di tale

³⁰² Così prevede l'art. 349 CCII, articolo che rispetta il disposto di cui all'art. 2, c. 1, lett. a), della legge delega n. 155/2017. Il nuovo articolo prevede anche che i termini "procedura fallimentare" e "fallito" siano sostituiti da "procedura di liquidazione giudiziale" e "debitore assoggettato a liquidazione giudiziale". Infine, con formula di chiusura, vien detto che la sostituzione dovrà avvenire anche per tutti i termini da questi derivati.

³⁰³ Si è fatto riferimento a quanto evidenziato da: G. MONTELLA, *L'ambito di applicazione del regolamento 2015/848*, in P. DE CESARI, G. MONTELLA (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa, cit.*, pag. 26. Ivi, l'A., a tal proposito, sostiene che la modifica sia finalizzata a «sdrammatizzare, anche sul piano terminologico, la percezione comune del fallimento».

³⁰⁴ Per un conciso *excursus* storico riguardo il fallimento si veda: T. BAGNULO, *Storia del fallito che a forza di lettere di credito si è finalmente liberato del berretto verde*, in *filodiritto.com*, 2019.

³⁰⁵ Corte Costituzionale, ordinanza n. 46, 3 marzo 2016, in *Giur. cost.*, 2016, pag. 528 e ss. Sul punto si veda anche: V. LENOCI, *Il procedimento concorsuale liquidatorio*, in *Questione Giustizia*, 2019, II, pag. 288 e ss.

nomen iuris. La Corte Costituzionale ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione, in quanto si tratta di prerogativa di competenza, in via esclusiva, del legislatore, pur sottolineando la meritevolezza dell'interesse che, tramite l'incidente di costituzionalità, voleva tutelarsi e richiamando i progetti di riforma in fase di elaborazione presso la commissione Rordorf.

Ora, la novità potrà apparire quale mera questione lessicale, ma ritengo l'adeguamento terminologico coerente con l'evoluzione storica della disciplina, in quanto non solo si tutela la dignità del singolo, ma si realizza anche una maggior razionalità legislativa. In un'epoca nella quale il diritto dell'insolvenza si avvicina sempre più al diritto societario e il declino delle imprese è visto come normale conseguenza delle congiunture economiche, sembra preferibile parlare di liquidazione giudiziale piuttosto che di fallimento, abbandonando definitivamente la prospettiva del "berretto verde".

3.1.2 L'opportunità di un'unica procedura liquidatoria

In sede di delega, è stata ritenuta necessaria anche l'introduzione di una disciplina riguardante la liquidazione giudiziale di gruppo. Tale fattispecie, rispetto a quanto avvenuto in tema di concordato preventivo, nel passato non è stata oggetto di ampi dibattiti, ritenendosi pacifico che potessero essere dichiarate fallite solamente le società per le quali, autonomamente, fossero soddisfatti i requisiti di legge, indipendentemente dal fatto che fossero o meno inserite nel contesto di un gruppo³⁰⁶. La questione si era posta più che altro nel caso in cui l'attività di direzione e coordinamento, rispetto ad una o più società divenute insolventi, fosse stata esercitata da una persona fisica (evenienza, come già visto, confermata dalla previsione di cui all'art. 2497, c. 2, c.c.) in modo occulto³⁰⁷, ma a tale ipotesi la giurisprudenza aveva dato una chiara risposta, prescindendo dalla teoria della cd. "supersocietà di fatto

³⁰⁶ Così: Cass., 16 luglio 1992, n. 8656, citata da M. PALLADINO, *La nuova disciplina dei gruppi d'imprese, cit.*, pag. 44.

³⁰⁷ Sul punto si veda: M. GREGGIO, La holding occulta e la responsabilità da direzione e coordinamento: una "nuova" frontiera dell'attività recuperatoria nel fallimento, in www.ilcaso.it, 2017, spec. pag. 4 e ss.

occulta"³⁰⁸. Sosteneva infatti la Cassazione³⁰⁹ che *«il fatto che le singole società perseguano (...) l'interesse delle persone fisiche che ne hanno il controllo (anche solo di fatto) costituisce (...) prova a favore dell'esistenza di una holding di fatto, nei cui confronti il curatore potrà eventualmente agire in responsabilità e che potrà eventualmente essere dichiarata autonomamente fallita, ove ne sia accertata l'insolvenza a richiesta di un creditore».*

Una qualche opportunità circa la gestione unitaria del fallimento era comunque ravvisata: osservava la dottrina che l'esempio «principale dell'influenza che di fatto può essere esercitata da una situazione di gruppi è il fallimento a catena, poiché l'insolvenza di alcune è suscettibile, pur in una situazione di diversificazione del rischio d'impresa, di indurre un analogo stato nelle altre, per effetto di fideiussioni, garanzie in genere, vincoli contrattuali. E' vero che ciò non è esclusivo dei gruppi di società, ma tale situazione, che normalmente è una eventualità, fra società controllate e collegate ha ben maggiori probabilità di verificarsi»³¹⁰.

La disciplina che in seguito si andrà ad analizzare è stata quindi frutto di una valutazione di opportunità da parte del delegante, il quale ha ritenuto utile regolamentare e positivizzare anche l'ipotesi di liquidazione giudiziale di gruppo.

La legge n. 155 del 2017 si occupa della liquidazione giudiziale di gruppo all'art. 3, c. 3 311, ove sono contenute una serie di direttive di carattere principalmente

³⁰⁸ In estrema sintesi, trattasi di teoria, non unanimemente condivisa in giurisprudenza, in forza della quale si attribuisce rilievo alla società di fatto a cui partecipano, quali soci, sia persone fisiche che giuridiche. Sulla base di quanto disposto dall'art. 147 l. fall. (oggi trattasi dell'art. 256 CCII) in tema di estensione del fallimento ai soci illimitatamente responsabili, si ritiene applicabile tale disciplina anche ai soci che partecipino a tale supersocietà. Per riferimenti dottrinali si veda la nota 102. La Cassazione, nella sentenza di cui alla nota seguente, ritiene non applicabile però l'art. 147 l. fall. al caso di cui stiamo discutendo in quanto esso non si presta *«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».*

³⁰⁹ Cfr. Cass., 20 maggio 2016, n. 1057, in www.ilcaso.it.

³¹⁰ Così: A. DI MAJO, *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario, cit.*, pag. 36.

³¹¹ Il quale recita: «Nell'ipotesi di gestione unitaria della procedura di liquidazione giudiziale di gruppo devono essere previsti: a) la nomina di un unico giudice delegato e di un unico curatore, ma di distinti comitati dei creditori per ciascuna impresa del gruppo; b) un criterio di ripartizione proporzionale dei costi della procedura tra le singole imprese del gruppo; c) l'attribuzione al curatore, anche nei confronti di imprese non insolventi del gruppo, del potere di: 1) azionare rimedi contro operazioni antecedenti l'accertamento dello stato di insolvenza e dirette a spostare risorse a un'altra impresa del gruppo, in danno dei creditori; 2) esercitare le azioni di responsabilità di cui all'articolo 2497 del codice civile; 3) promuovere la denuncia di gravi irregolarità gestionali nei confronti degli organi di amministrazione delle società del gruppo non assoggettate alla procedura di liquidazione giudiziale; 4) nel caso in cui ravvisi l'insolvenza di imprese del gruppo non ancora assoggettate alla procedura di

procedurale, senza però evidenziare le ragioni di opportunità che devono giustificare la proposizione di un'unica domanda da parte delle società insolventi del gruppo³¹². Nonostante il silenzio della legge delega, diverso è stato l'approccio del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: l'art. 287, c. 1, CCII subordina la proposizione di un unico ricorso³¹³ all'opportunità *«di forme di coordinamento nella liquidazione degli attivi, in funzione dell'obbiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori delle diverse imprese del gruppo»*.

Sebbene la lettera della disposizione non ne faccia espressa menzione, sembra doversi dire che l'opportunità delle forme di coordinamento debba essere illustrata compiutamente nel ricorso di gruppo. Ciò sembra confermato dal fatto che il tribunale, nel decidere sull'ammissibilità del ricorso³¹⁴, debba tenere in considerazione anche la composizione dei singoli patrimoni, i legami economico-produttivi tra le società e la presenza in queste ultime dei medesimi amministratori: si tratta di elementi che, se isolatamente considerati, non possono avere un significato tale da risolvere la questione circa l'opportunità o meno di coordinare l'attività di liquidazione. Invece, se assunti quali elementi ulteriori rispetto ad una già comprovata preferibilità di una procedura così strutturata, sono fattori che certamente possono aiutare il giudice ai fini di una corretta valutazione dell'istanza.

Si aggiunga infine che, a norma dell'art. 289 CCII³¹⁵, l'istanza di liquidazione giudiziale, necessariamente accompagnata dal deposito del bilancio consolidato (ove redatto), deve contenere: *i)* analitiche informazioni sulla struttura del gruppo,

liquidazione giudiziale, segnalare tale circostanza agli organi di amministrazione e di controllo ovvero promuovere direttamente l'accertamento dello stato di insolvenza di dette imprese; d) la disciplina di eventuali proposte di concorda- to liquidatorio giudiziale, in conformità alla disposizione dell'articolo 7, comma 10, lettera d)».

312 Difatti, anche fuoriuscendo dai criteri espressamente dedicati alla sola liquidazione giudiziale, si

Difatti, anche fuoriuscendo dai criteri espressamente dedicati alla sola liquidazione giudiziale, si trova traccia unicamente della necessaria separazione delle masse attive e passive (art. 3, c. 1, lett. d), l. 155/2017). Diversamente, per il concordato preventivo di gruppo, era richiesto che fossero previsti i criteri per la sua formulazione, nell'ottica del miglior soddisfacimento dei creditori (art. 3, c. 2, lett. f), l. 155/2017).

³¹³ Sembra pacifico che, in caso di liquidazione giudiziale, non sia attribuita al gruppo la facoltà di scelta tra unico ricorso o più ricorsi collegati o interferenti, diversamente da quanto accade in caso di concordato preventivo. Sembra, inoltre, che non possa trarsene alcun corollario applicativo o, almeno, interpretativo. Appare, in aggiunta, chiaro, leggendo il testo di legge, che la proposizione della domanda di accesso alla procedura unitaria di gruppo possa essere effettuata dalle sole imprese del gruppo, dovendosi escludere che tale possibilità sia attribuita anche ai creditori.

³¹⁴ Sembra essere questo il significato da attribuire alla locuzione *«a tal fine»* contenuta nell'art. 287, c. 1, CCII.

³¹⁵ Norma non circoscritta alla sola liquidazione giudiziale di gruppo, ma che si applica in tutte le ipotesi nelle quali il gruppo acceda ad una qualsiasi procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

comprese quelle riguardanti vincoli partecipativi e/o contrattuali; *ii*) il registro delle imprese ove è stata eseguita la pubblicità di cui all'art. 2497 *bis* c.c.³¹⁶.

Rimane comunque fermo il fatto che, anche quando tale presupposto sia soddisfatto, l'insolvenza debba riguardare tutte le società ricorrenti, anche in ragione della più volte citata separazione delle masse attive e passive, la quale implica il perdurare della soggettività giuridica delle singole imprese.

Ipotesi che, con tutta probabilità, soddisferà i requisiti appena esposti è quella in cui il complesso produttivo, che astrattamente costituisce un *unicum*, sia frazionato tra più società del gruppo: la cessione coordinata, e possibilmente "in blocco", dei beni, sia materiali che immateriali, frutterà una maggiore liquidità alla procedura. Non sembrano però riproponibili le considerazioni precedentemente fatte ³¹⁷ circa la suddivisione del plusvalore derivante dalla cessione aggregata: si è ravvisato nella continuità aziendale uno degli elementi che giustificano un suo riparto non proporzionale, e, con tutta evidenza, il presupposto non può ritenersi soddisfatto in caso di liquidazione giudiziale. Ciò, unito al fatto che il testo di legge non fa alcuna menzione ad eventuali criteri di suddivisione ma, anzi, ribadisce la necessità della separazione di masse attive e passive, fa ritenere che essa debba essere proporzionale, dovendosi a tal fine fare riferimento alla consistenza patrimoniale di ogni impresa ricorrente.

Altro esempio meritevole di accoglimento, evidenzia stavolta la dottrina³¹⁸, sembra poter essere quello nel quale l'insolvenza del gruppo sia dovuta a *mala gestio*, addebitale agli organi gestori che abbiano ricoperto il medesimo ruolo in più società tra loro collegate. Ciò in quanto si potrebbe coordinare l'esperimento delle azioni di responsabilità e, soprattutto, data la molto probabile incapienza dei patrimoni personali, si faciliterebbe la percorribilità di soluzioni conciliative, con una conseguente predeterminazione del riparto di quanto ricavato.

³¹⁶ Si segnala, in merito, l'orientamento giurisprudenziale in base al quale la pubblicità prescritta da tale articolo non ha efficacia costitutiva del gruppo, avendo la *«mera funzione di pubblicità-notizia»*. Così Cass., 7 ottobre 2019, n. 24943, in *www.italgiure.giustizia.it*. Pertanto, il giudice, nel verificare l'effettiva sussistenza del gruppo, non dovrà giungere ad una risposta affermativa per il solo fatto che il presunto soggetto esercente attività di direzione e coordinamento sia indicato nella corrispondenza delle società presunte controllate e nel registro delle imprese.

³¹⁷ Cfr. *supra* par. 2.3.

³¹⁸ Cfr. M. PALLADINO, *La nuova disciplina dei gruppi d'imprese, cit.*, pp. 47 e 48.

Si aggiunga, in conclusione, che ragione di opportunità, in un'ottica più generale, sembra poter essere l'immediata e semplificata disponibilità di informazioni conseguente alla gestione unitaria: corollario di ciò diviene una più agile, ed efficace, attività della curatela, in relazione tanto ad azioni revocatorie quanto risarcitorie³¹⁹.

Coerente con il suddetto presupposto d'accesso, e con l'unicità del ricorso, è la successiva previsione in base alla quale il curatore, nel programma di liquidazione, *«illustra le modalità del coordinamento nella liquidazione degli attivi delle diverse imprese»*³²⁰. Il programma di liquidazione³²¹, come si evince dall'art. 213, c. 3, CCII, sarà diviso in sezioni, dedicate rispettivamente alla liquidazione dei beni immobili, a quella degli altri beni, alla riscossione dei crediti e alle azioni giudiziali.

Dalla disciplina generale in tema di liquidazione giudiziale si ricava poi un'ulteriore disposizione, ovvero l'art. 213, c. 4, CCII³²², che, se letta in combinato disposto con l'art. 287, c. 1 e c. 3, CCII, sembra dar luogo alla possibilità (positivizzata, se si condivide quanto detto) di cessione aggregata di beni appartenenti a diverse imprese del gruppo. Il che appare alquanto opportuno: non si tratta di commistione delle masse attive, in quanto, per rispettare tale principio, è necessario che il ricavato venga proporzionalmente redistribuito tra le imprese sulla base del valore del bene liquidato, non che anche la vendita avvenga atomisticamente.

Se non si condividesse tale lettura, l'istituto della liquidazione di gruppo sarebbe sin da subito "delegittimato", dato che si negherebbe la possibilità che maggiormente darebbe adito ad una siffatta soluzione dell'insolvenza.

Il combinato disposto delle norme di cui sopra permette allora di attribuire un significato più preciso alle «forme di coordinamento nella liquidazione degli attivi»,

³²¹ Evidenzia la dottrina che il programma di liquidazione può essere anche la sede per rilevare, al contrario, «eventuali "specifiche ragioni" per procedere in modo separato, che non siano già emerse in sede di apertura della procedura». Così si esprime: D. CORRADO, La liquidazione giudiziale di gruppo nel Codice della crisi e dell'insolvenza, cit., pag. 5.

³¹⁹ Alla medesima conclusione giunge: C. PAGLIUGHI, *Le norme del Codice della crisi relative ai gruppi di imprese, cit.*, pag. 8.

³²⁰ Cfr. art. 287, c. 3, primo periodo, CCII.

³²² Il riferimento è al fatto che il programma debba indicare «gli atti necessari per la conservazione del valore dell'impresa, quali (...) le modalità di cessione unitaria dell'azienda (...) o di rapporti giuridici individuabili in blocco». Le modalità di vendita aggregata sono poi specificatamente individuate nell'art. 214 CCII.

in tal modo superando eventuali contestazioni che potrebbero essere opposte, sia in sede pratica³²³ che in sede teorica, alla cessione aggregata della "azienda del gruppo".

3.1.3 Competenza

Chiariti i requisiti e la *ratio* della procedura liquidatoria unitaria, tocca ora vedere quale sia il tribunale competente, nell'ipotesi in cui le imprese ricorrenti abbiano sede in circoscrizioni giudiziarie differenti³²⁴.

Sono due le ipotesi che l'art. 287, c. 4, CCII considera: la domanda di accesso presentata congiuntamente e contemporaneamente da più imprese dello stesso gruppo; la domanda presentata da una sola delle imprese del gruppo, alla quale seguono successive domande di altre imprese ad esso appartenenti. Nel primo caso, la disciplina codicistica è identica a quella prevista in caso di concordato preventivo di gruppo. In sintesi³²⁵: il tribunale competente è individuato *ex* art. 27 CCII in relazione all'impresa esercente attività di direzione e coordinamento o, subordinatamente alla non praticabilità della prima regola, è quello nella cui circoscrizione ha il centro degli interessi principali l'impresa con maggior esposizione debitoria, alla luce dei dati di bilancio.

Per la seconda ipotesi, invece, il codice statuisce il cd. "principio di prevenzione", in base al quale la competenza per l'intera procedura di gruppo è attratta dal tribunale dinanzi al quale è stata depositata la prima domanda di accesso alla liquidazione giudiziale.

Dall'analisi di tale disposizione emerge, e sul punto sembra per ora unanime anche la dottrina ³²⁶, come essa si presti ad una possibile deriva patologica: il deposito preventivo può essere strumentale alla previa individuazione del tribunale che il

-

³²³ Difatti, *ex* art. 213, c. 7, CCII, il programma di liquidazione deve essere approvato dal comitato dei creditori, previa autorizzazione del giudice delegato. Sul punto, la dottrina sottolinea l'assoluta novità di tale previsione rispetto allo *status quo* fino ad oggi vigente. Difatti il "filtro" del giudice delegato è disposizione sconosciuta all'art. 104 *ter* l. fall., mentre l'art. 213, c. 7, CCII richiede una sua previa approvazione, che sembra essere sia di legittimità che di merito. Così: R. DELLA SANTINA, *Prime riflessioni sulla liquidazione giudiziale dei beni nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: ritorno al passato?*, in *www.ilcaso.it*, 2019, pag. 10.

³²⁴ Il presupposto, a monte, è sempre che il centro degli interessi principali di ogni impresa sia situato sul territorio nazionale, altrimenti trovano applicazione le disposizioni del regolamento (UE) 2015/848.

³²⁵ Per una più approfondita analisi si veda *supra* il par. 2.2.2.

³²⁶ Cfr., ad esempio, M. Arato, Regolazione della crisi e dell'insolvenza dei gruppi d'imprese, cit., pag. 9; S. Monti, La crisi e l'insolvenza dei e nei gruppi di imprese, cit., pag. 329.

gruppo ritiene preferibile (il cd. "forum shopping"), evenienza che non sembra auspicabile. Trattasi inoltre di disposizione sconosciuta in tema di concordato preventivo di gruppo: sembra essersi resa necessaria, in tal sede, un'ulteriore specificazione in quanto la prioritaria trattazione delle soluzioni negoziali della crisi d'impresa (art. 7, c. 2, CCII) non è qui criterio utile all'interprete per risolvere possibili conflitti di competenza³²⁷.

Questa la disciplina della competenza per territorio. Peraltro, va ricordato che, anche in tal caso, per l'ipotesi di "gruppo di imprese di rilevante dimensione" la competenza per materia è da attribuirsi al tribunale sede delle sezioni specializzate in materia di imprese (art. 27, c. 1, CCII). In ultima istanza, si rammenta che l'art. 28 CCII sancisce l'irrilevanza, in termini di competenza, del trasferimento del centro degli interessi principali intervenuto nell'anno antecedente al deposito della domanda di accesso alla procedura³²⁸.

La lettura delle norme in tema competenza fa emergere come, anche per la procedura di liquidazione giudiziale di gruppo, l'accesso unitario sia una mera facoltà, e non un obbligo. L'art. 288 CCII difatti prevede che, nel caso di separate procedure di liquidazione giudiziale di imprese appartenenti al medesimo gruppo³²⁹, esse possano essere *«pendenti dinanzi a tribunali diversi»*.

La norma de qua merita però ulteriori considerazioni. Viene ivi previsto che, in siffatta ipotesi, «gli organi di gestione delle diverse procedure cooperano per facilitare la gestione efficace di tali procedure», senza però chiarire né la portata degli obblighi di cooperazione né, soprattutto, le conseguenze del mancato apporto collaborativo. Tali informazioni, perché possano essere scambiate tra gli organi delle procedure, dovranno essere in prima istanza fornite dalle imprese stesse agli organi della "propria" procedura: in tal senso, l'art. 289 CCII prevede una serie di obblighi informativi in

-

³²⁷ Si è infatti detto, al par. 2.2.2., che, nel caso di domanda, da parte di un creditore, di liquidazione giudiziale di un'impresa del gruppo a cui segue la proposizione di unico piano concordatario, la soluzione sembra rinvenibile sulla base del principio di trattazione unitaria delle domande *ex* art. 7 CCII e di quello di trattazione prioritaria delle domande di concordato *ex* art. 7, c. 2, CCII. La competenza spetterà quindi, in tal caso, al tribunale individuato *ex* art. 286 CCII.

spetterà quindi, in tal caso, al tribunale individuato *ex* art. 286 CCII.

328 Come noto, la *ratio* di tale disposizione (l'art. 28 CCII ripropone la stessa disciplina contenuta nell'art. 9 l. fall.) è evitare fenomeni di *forum shopping*. Mal si concilia, però, con il principio di prevenzione sopra analizzato: quest'ultimo, nei fatti, elimina la tutela posta dall'art. 28 CCII.

Trattasi di disposizione espressamente dedicata anche al concordato preventivo di gruppo. Le osservazioni che seguono sono pertanto valide anche in sede concordataria, anche se qui, per coerenza espositiva, ci si riferirà alla sola liquidazione giudiziale di gruppo.

capo ad ogni impresa ricorrente, ma anche in questa sede nulla è previsto nell'ipotesi in cui gli obblighi in questione non siano adempiuti³³⁰.

La dottrina³³¹, in ottica comparatistica, ha evidenziato, ad esempio, come la novellata legge fallimentare tedesca (*InsO*) imponga un obbligo di scambio di informazioni tra le procedure che riguardino società del medesimo gruppo, obbligo la cui violazione comporta una specifica sanzione. Si ritengono, in particolare, compresi entro tale dovere, senza pretesa di esaustività, l'indicazione del tipo di procedura che si sta pianificando (liquidatoria o in continuità), di quale forma di soluzione si intende adottare e di quali strutture produttive si ritengono possano ancora funzionare³³². La disciplina tedesca appare in tal senso più efficace, in quanto impone un più incisivo obbligo di cooperazione.

Soluzione alla problematica appena evidenziata pare poter essere rinvenuta sulla base di alcuni indici contenuti nella generale disciplina della liquidazione giudiziale, della quale quella dedicata ai gruppi costituisce una *species*. Qualora siano gli organi della procedura, ed in particolare il curatore, a non adempiere alle prescrizioni di cui all'art. 288 CCII, è l'art. 133 CCII³³³ a soccorrere l'interprete: è ivi previsto, tra le altre ipotesi, che «contro (...) le omissioni del curatore, (...) ogni altro interessato [può] proporre reclamo, per violazione di legge, con ricorso al giudice delegato entro otto giorni (...) dalla scadenza del termine indicato dalla diffida ad adempiere». Si desume pertanto che, qualora siano richieste informazioni agli organi di altra procedura e il curatore non adempia, sia necessaria una diffida ad adempiere. Procedendo in tal modo, se il curatore non collabora, la procedura richiedente potrà ottenere, se il reclamo sarà accolto³³⁴ dal giudice delegato dell'altra procedura, l'obbligo di conformazione del curatore³³⁵.

Se, invece, la mancata collaborazione deriva da un'inadempienza, a monte, dell'impresa stessa, appare indubbio che tale comportamento si riverbererà con ogni

96

.

³³⁰ Si aggiunga, inoltre, che non è prevista alcuna disposizione sul coordinamento tra corti, come invece avviene nel regolamento (UE) 848/2015. Identico rilievo è effettuato da: A. FABBI, *Procedure sulla crisi e l'insolvenza dei gruppi di imprese, cit.*, pag. 279.

³³¹ Cfr. L. BENEDETTI, *I flussi informativi nella crisi del gruppo societario, cit.*, spec. pag. 430 e ss. ³³² *Idem*, pag. 432.

³³³ Articolo dedicato alle ipotesi di reclamo contro gli atti e le omissioni del curatore.

³³⁴ In caso di rigetto sarà invece possibile il reclamo dinanzi al tribunale, nelle modalità previste dall'art. 124 CCII.

³³⁵ Cfr. art. 133, c. 2, CCII.

probabilità in sede di esdebitazione. Prevede infatti l'art. 280, c. 1, lett. c), CCII, tra le varie condizioni per l'esdebitazione, che sia necessario che il debitore *«non abbia ostacolato o rallentato lo svolgimento della procedura e abbia fornito agli organi ad essa preposti tutte le informazioni utili e i documenti necessari per il suo buon andamento»*. Negare l'inesigibilità dei crediti non soddisfatti in sede concorsuale sembra essere sanzione idonea per garantire una certa effettività, non solo potenziale, all'art. 288 CCII: contestualizzare quest'ultima norma nella più ampia disciplina generale le consente di assumere una certa rilevanza nell'ambito della crisi di gruppo, evitando che rimanga una mera dichiarazione d'intenti.

3.1.4 (Segue) Gli altri profili procedurali

Il tribunale, una volta che le varie imprese ricorrenti siano state assoggettate alla procura unitaria di liquidazione giudiziale, nomina gli organi della procedura. In tal caso, però, non vi è un automatismo come in tema di concordato preventivo, in quanto, a norma dell'art. 287, c. 2, CCII³³⁶, si procederà alla nomina di un unico curatore e un unico giudice delegato *«salvo sussistano specifiche ragioni»*. Tale inciso è finalizzato, precisa la relazione illustrativa al decreto legislativo, alla prevenzione di ipotesi nelle quali si addiverrebbe ad una reiterata nomina di curatori speciali (*ex* artt. 78 ss. c.p.c.) per lo svolgimento di specifici atti, a causa di conflitti di interesse³³⁷. Si pensi ad esempio al caso in cui l'unico curatore voglia esperire le azioni di responsabilità di cui all'art. 2497 c.c. nei confronti della *holding*: è evidente il conflitto di interessi, a fronte del quale l'unicità del curatore pone evidenti incompatibilità, e se ciò dovesse accedere per tutte le imprese controllate sarebbero svariate le nomine di curatori *ad hoc*.

Sembra da condividere la posizione di parte della dottrina³³⁸, secondo la quale, essendo tale ipotesi tutt'altro che infrequente, «la nomina di un unico curatore (...) sarà nella prassi circondata da notevole cautela»³³⁹, considerando soprattutto il caso in cui il

³³⁶ Trattasi della positivizzazione del criterio di cui all'art. 3, c. 3, lett. a), l. 155/2017.

³³⁷ In tal senso si esprimono, condividendone la *ratio*, anche: G. B. NARDECCHIA, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, cit.*, pag. 311; S. MONTI, *La crisi e l'insolvenza dei e nei gruppi, cit.*, pag. 328; A. FABBI, *Procedure sulla crisi e l'insolvenza dei gruppi di imprese, cit.*, pag. 283; M. PALLADINO, *La nuova disciplina dei gruppi di imprese, cit.*, pag. 46.

³³⁸ D. CORRADO, La liquidazione giudiziale di gruppo nel Codice della crisi e dell'insolvenza, cit., pag. 5

³³⁹ Ibidem.

conflitto di interesse emerga a procedura avviata. Piuttosto, anche se il testo non ne fa espressa menzione, sembrerebbe auspicabile, come rilevava la dottrina³⁴⁰ in sede di commento al progetto Rordorf, la costituzione di un collegio di curatori, i quali deciderebbero a maggioranza e potrebbero meglio gestire le ipotesi di conflitto di interessi, potendo uno rappresentare gli interessi della parte procedente e un altro quelli della parte resistente.

Potrebbe giungersi a una simile conclusione tramite un'interpretazione, invero molto ampia, della lettera dell'art. 287, c. 2, CCII: esso richiede che l'organo debba essere unico, salvo vi siano specifiche ragioni che rendano inopportuna l'unitarietà, non disponendo però espressamente che, in caso contrario, debba essere nominato un curatore per ogni società ammessa alla liquidazione giudiziale. Il collegio di curatori, di numero inferiore rispetto alle imprese insolventi, ha certamente il pregio di risolvere *ab initio* possibili conflitti d'interesse sopravvenuti, e di rendere profittevole la gestione unitaria della procedura, ma potrebbe ben essere inteso quale ingiustificata forzatura del testo di legge.

Il comitato dei creditori deve invece essere istituito con riferimento ad ogni singola impresa: trattasi di ovvia conseguenza del principio di separazione delle masse attive e passive *ex* art. 287, c. 1, CCII, che impone una pari tutela delle posizioni creditizie di tutte le imprese.

Una volta che gli organi della procedura siano stati nominati, è previsto che le spese generali della procedura, entro le quali è compreso il compenso spettante al curatore, siano imputate alle imprese del gruppo in proporzione alle rispettive masse attive³⁴¹. Ci si deve però chiedere se per "masse attive" si debbano intendere le masse attive risultanti in avvio di procedura o quelle implementate dalla successiva attività recuperatoria. La scelta della prima soluzione ha sicuramente il pregio di determinare *ex ante* le quote di spese attribuite ad ogni singola impresa, ma non può ritenersi criterio idoneo in quanto non rispecchierebbe l'effettiva realtà economico-patrimoniale e andrebbe a ledere il principio di separazione delle masse attive e passive. Alla seconda soluzione possono invece essere mosse osservazioni speculari: rispetterebbe a pieno la separazione delle masse, ma tarderebbe non di poco la

-

³⁴⁰ Cfr. L. PANZANI, La disciplina della crisi di gruppo tra proposte di riforma e modelli internazionali, cit. pag. 1162

³⁴¹ Cfr. art. 287, c. 3, ultimo periodo, CCII.

quantificazione delle spese, considerando soprattutto le esigenze di ripartizione parziale dell'attivo nelle more della procedura³⁴².

La soluzione della questione sembra allora potersi ricavare seguendo una terza via: la ripartizione proporzionale deve effettuarsi con riguardo alle masse attive risultanti nel programma di liquidazione redatto dal curatore ai sensi dell'art. 287, c. 3, CCII³⁴³. In tal modo si ha una predeterminazione che interviene medio tempore, non troppo distante dall'apertura della procedura 344, e che meglio rispecchia l'effettiva consistenza patrimoniale delle società, ritenendosi che il prospetto del curatore non sarà di molto distante rispetto alla realtà dei fatti. Qualora, poi, gli effettivi risultati fossero anche solo parzialmente differenti da quanto predeterminato, si dovrà procedere al ricalcolo delle somme³⁴⁵, in quanto la disciplina della liquidazione giudiziale non gode dell'elasticità che caratterizza quella del concordato in tema di gestione delle masse delle società ricorrenti.

Non è invece da condividere un ulteriore rilievo elaborato dalla dottrina³⁴⁶. È infatti sostenuto che la suddivisione proporzionale non sia soluzione opportuna, in quanto «potrà spesso tradursi di fatto in un drenaggio di risorse a favore delle imprese più indebitate del gruppo, cui peraltro i creditori dell'impresa più ricca non potranno opporsi» 347. Una tal considerazione è opportuna se riferita al procedimento di concordato preventivo, ma la rigidità della separazione delle masse attive e passive in sede di liquidazione giudiziale a me pare che non possa che avere, quale corollario, la proporzionale ripartizione dei costi della procedura.

³⁴² Cfr. art. 227 CCII, ove in particolare è previsto che debbano essere trattenute le «somme necessarie

per spese future, per soddisfare il compenso al curatore e ogni altro debito prededucibile».

343 A simili conclusioni giungeva, seppur in tema di concordato preventivo: G. D'ATTORE, *I concordati* di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, cit., pag. 284.

³⁴⁴ Dispone infatti l'art. 213, c. 1, CCII che, in ogni caso, non può essere redatto oltre centottanta giorni dalla sentenza che dispone l'apertura della liquidazione giudiziale.

³⁴⁵ L'Autore di cui alla nota n. 343 ritiene che, una volta predeterminati, i criteri di suddivisione non possano poi essere modificati se l'effettivo svolgimento dell'attività della procedura portasse a risultati differenti da quelli preventivati. Una siffatta tesi è sostenibile in tema di concordato preventivo, specialmente se in continuità aziendale, in quanto si potrebbe argomentare che operando in tal modo si agevola la procedura e, conseguentemente, si tutela il miglior soddisfacimento dei creditori. Ciò in quanto la disciplina del concordato permette spostamenti patrimoniali tra le società. Lo stesso, alla luce di quanto si è fino ad ora messo in luce, non può invece dirsi in tema di liquidazione giudiziale di gruppo. Pertanto, è da condividersi pienamente la tesi dell'Autore se riferita al concordato preventivo di gruppo, mentre in sede di liquidazione giudiziale unitaria debbono ritenersi necessari degli adattamenti, non potendosi ritenere i due istituti perfettamente sovrapponibili.

³⁴⁶ Cfr. D. CORRADO, La liquidazione giudiziale di gruppo nel Codice della crisi e dell'insolvenza, cit., pag. 5.

³⁴⁷ Ibidem.

In ultima istanza, deve rilevarsi come, seppur la legge delega lo richiedesse espressamente³⁴⁸, nulla sia previsto per l'ipotesi di concordato liquidatorio giudiziale (trattasi della nuova nomenclatura con cui si indica l'istituto fino ad oggi chiamato "concordato fallimentare") proposto dai creditori, terzi o dalle imprese debitrici nelle more del procedimento di liquidazione giudiziale di gruppo.

La legge delega, in generale, richiedeva che fosse incentivata la proposizione di tale concordato³⁴⁹, ma in tema di disciplina dedicata ai gruppi alcuna menzione viene espressamente fatta. Nella bozza di decreto legislativo consegnata al Ministro della Giustizia il 22 dicembre 2017³⁵⁰, vi era un articolo³⁵¹ specificamente dedicato a disciplinare tale ipotesi, prevedendo l'ammissibilità della proposizione di un concordato liquidatorio giudiziale, disciplinato secondo le regole generali ad esso dedicate, con l'applicazione, ove compatibili, delle disposizioni dettate in tema di concordato preventivo di gruppo. Ciò in quanto, si legge nella relazione che accompagna la predetta bozza di decreto legislativo, è la medesima la *«logica cui è ispirata la possibilità di presentare un'unica domanda e di predisporre un unico piano di concordato preventivo»*³⁵².

Ora, sembra da escludersi un'interpretazione del silenzio legislativo volta a dichiarare l'inammissibilità dell'istituto *de quo* all'interno della liquidazione giudiziale di gruppo: una deroga di tale tenore dovrebbe indubbiamente evincersi con chiarezza dalle disposizioni concorsuali, ma, non essendo così, non può ritenersi questa la soluzione della questione.

Appare quindi necessario, ancora una volta, ricercare cosa sia previsto nella disciplina generale e vedere come e se essa possa essere applicata ai gruppi d'imprese.

Al concordato liquidatorio giudiziale³⁵³, il codice dedica gli artt. 240-253, dai quali emerge, in particolare, che la proposta può essere presentata da creditori e terzi interessati, ma anche dal debitore stesso, solo qualora ciò avvenga entro determinati

³⁴⁸ Cfr. art. 3, c. 3, lett. d), legge 155/2017.

³⁴⁹ Cfr. art. 7, c. 10, lett. d), legge 155/2017.

³⁵⁰ Il testo è integralmente consultabile alla seguente pagina: https://www.osservatorio-oci.org/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=2240/.

³⁵¹ Cfr. art. 292 della bozza, consultabile al link indicato alla nota precedente.

³⁵² Cfr. la relazione illustrativa, in commento all'art. 292, consultabile alla seguente pagina: https://www.osservatorio-

oci.org/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=2255/.

³⁵³ Per una succinta analisi su tale istituto si veda: G. CORNO, *Alcune riflessioni sul (futuro?) concordato liquidatorio giudiziale*, ne *il Fallimentarista*, 2017.

limiti temporali³⁵⁴ e la sua proposta preveda l'apporto di risorse che incrementino almeno del dieci per cento il valore dell'attivo. Come noto, il fine di tale strumento è la chiusura anticipata della procedura liquidatoria, e, a tal scopo, la proposta può comportare la prosecuzione dell'attività o di parte dell'attività: l'ipotesi scolastica è quella per cui è un terzo a proporre tale soluzione, offrendosi quale assuntore, e, una volta omologato tale concordato, è lui che prosegue l'attività d'impresa.

Ciò considerato, sembra quindi applicabile, anche se non riproposto nel testo di legge, quanto contenuto nella bozza sopracitata. Ciò perché le peculiarità della procedura unitaria di gruppo non sembrano incompatibili con le disposizioni di cui agli articoli 240 e ss. CCII, potendo quindi tale strumento essere proposto, ad opera dei creditori, di terzi o delle imprese debitrici (purché, in tal caso, siano rispettati i requisiti richiesti), anche nella liquidazione giudiziale di gruppo.

Inoltre, l'art. 240, c. 2, lett. c), CCII prevede che la proposta possa contenere *«la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma»*. Tale previsione, se calata nel contesto di gruppo, sembra far emergere le medesime questioni affrontate nel capitolo precedente: questioni alle quali si ritiene debba essere data identica risposta. Sembra pertanto che possano essere ammissibili operazioni infragruppo finalizzate alla ristrutturazione del gruppo, consentite però solo se volte a tutelare la continuità aziendale e se strutturate in modo tale da soddisfare maggiormente i creditori. Una diversa lettura tradirebbe sia le finalità del novellato concordato liquidatorio giudiziale sia la medesima *ratio* sottesa alle due forme concordatarie, come evidenziata anche dalla relazione illustrativa alla bozza di decreto legislativo di cui sopra si è detto.

Nonostante si ritenga che tramite un esame d'insieme della disciplina e l'utilizzo di clausole generali si possa arrivare ad una siffatta conclusione, sembrerebbe essere comunque opportuno che, in sede correttiva, il Governo si adoperi al fine di inserire nel testo di legge una specifica disciplina del concordato liquidatorio giudiziale anche nell'ipotesi di liquidazione giudiziale di gruppo. Ciò al fine di evitare eventuali interpretazioni restrittive dello strumento, la cui importanza è sempre più aumentata, soprattutto data la sua vocazione a consentire, anche nel caso in cui sia stata ormai

³⁵⁴ Per la dettagliata disciplina si veda l'art. 240, c. 1, CCII.

aperta la liquidazione giudiziale, la prosecuzione dell'attività d'impresa, principio ormai divenuto il cardine di tutta la normativa concorsuale.

3.2 I poteri del curatore nella liquidazione giudiziale di gruppo

3.2.1 L'estensione della procedura ad altre imprese insolventi del gruppo

La procedura unitaria di liquidazione giudiziale non solo è facoltativa, ma può realizzarsi e/o perfezionarsi «anche per gradi» ³⁵⁵. Depone in tal senso la lettera dell'art. 287, c. 5, CCII, secondo la quale il curatore «quando ravvisa l'insolvenza di un'impresa del gruppo non ancora assoggettata alla procedura di liquidazione giudiziale (...) segnala tale circostanza agli organi di amministrazione e controllo ovvero promuove direttamente l'accertamento dello stato di insolvenza di detta impresa».

Il contenuto di detta norma trae certamente ispirazione dal disposto del già citato art. 81 della Legge Prodi *bis*³⁵⁶, seppur delle importanti differenze meritino di essere segnalate: anzitutto, l'estensione ivi opera a favore della procedura di amministrazione straordinaria, sostituendo quella di fallimento. In secondo luogo, ed è questo il rilievo più importante, l'estensione deve rispondere a dei requisiti esplicitamente codificati al comma 2 di detto articolo: la concreta prospettazione del recupero imprenditoriale ovvero l'opportunità di una gestione unitaria della procedura di amministrazione straordinaria.

L'art. 287, c. 5, CCII non fa invece menzione di alcun requisito, limitandosi ad indicare l'onere attribuito al curatore che ravvisi l'insolvenza di una società appartenente al gruppo, per la quale nessuna procedura sia stata avviata. In forza di ciò, parte della dottrina ha sollevato più di un dubbio riguardo una siffatta formulazione, rilevando che l'applicazione dell'art. 287, c. 5, CCII, *«potrebbe provocare fallimenti in*

³⁵⁵ Così D. CORRADO, *La liquidazione giudiziale di gruppo nel Codice della crisi e dell'insolvenza, cit.*, pag. 5: l'A. evidenzia come indice in tal senso sia anche la facoltà attribuita prima al Tribunale e, dopo la sua nomina, al curatore di richiedere alla Consob, ad ogni altra autorità pubblica e alle società fiduciarie una serie di informazioni, al fine di accertare l'esistenza di collegamenti di gruppo (si veda l'art. 289 CCII).

³⁵⁶ Cfr. *supra* par. 1.1.1.

estensione nei confronti di soggetti per i quali la disciplina di gruppo è irrilevante»³⁵⁷, senza che ciò, tra l'altro, consenta «una maggior tutela del ceto creditorio»³⁵⁸.

Si ritiene però necessaria, per analizzare la disposizione *de qua*, una sua maggior contestualizzazione all'interno dell'impianto codicistico, così da cogliere, almeno nelle intenzioni, quale fosse l'effettiva volontà del legislatore e superare le perplessità della dottrina sopra richiamata, la quale ha mosso osservazioni che, seppur apparentemente da condividere, si fermano ad un'analisi "superficiale" della norma.

L'art. 287, c. 5, CCII offre una duplice possibilità al curatore che ravvisi l'insolvenza di un'impresa del gruppo esterna alla procedura: segnalare il fatto agli amministratori della società stessa, cosicché adottino le misure più opportune, oppure promuovere direttamente l'accertamento dello stato di insolvenza. La facoltà di scelta non è da ritenersi rimessa alla mera volontà della curatela, in quanto ritengo debba essere collegata ad altri e ulteriori fattori. Anticipando le conclusioni del breve discorso che verrà ora fatto, la posizione qui sostenuta è quella per cui la scelta che il curatore effettuerà dovrà tener conto, in prima istanza, delle concrete prospettive di recupero della società cui riterrà di dover estendere la procedura e, solo in un secondo momento, dell'interesse del "ceto creditorio di gruppo".

Procedendo con ordine, deve essere ancora una volta messa in evidenza la centralità, all'interno del *corpus* codicistico, del principio di conservazione dell'impresa: principio che, ad esempio, giustifica, come abbiamo precedentemente analizzato in tema di concordato preventivo di gruppo, "travasi di finanza" tra le società che, in un primo momento almeno, ledono l'immediata soddisfazione creditizia.

A tutela di detto principio vi è poi, in particolare, l'intera disciplina contenuta nel Titolo II del codice ("Procedure di allerta e di composizione della crisi"): in breve, per quel che qui interessa³⁵⁹, le procedure di allerta³⁶⁰ si articolano nella cd. "allerta

³⁵⁸ Così: S. Monti, *La crisi e l'insolvenza dei e nei gruppi d'imprese, cit.*, pag. 329, in aggiunta alla medesima constatazione effettuata dall'Autore di cui alla nota precedente.

³⁵⁷ Così: M. Arato, Regolazione della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese, cit., pag. 10.

³⁵⁹ Per una più approfondita prima analisi afferente tali strumenti si vedano: P. Vella, L' allerta nel Codice della crisi e dell'insolvenza alla luce della direttiva (UE) 2019/1023, in www.ilcaso.it, 2019; P. Vella, L'epocale introduzione degli strumenti di allerta nel sistema concorsuale italiano, in Questione Giustizia, 2019, II, pag. 240 e ss.; M. L. Vitali, Sistemi di allerta e crisi di gruppo nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: prime riflessioni (anche) alla luce delle recenti tendenze europee, cit., pag. 555 e ss.

³⁶⁰ Si accenna qui al fatto che gli strumenti di allerta, ex art. 12, c. 4, CCII non si applicano ai gruppi di imprese di rilevante dimensione. La dottrina ritiene che ciò derivi dal fatto che questi ultimi hanno «forme complesse di organizzazione e che si caratterizzano per la presenza di sofisticate dinamiche di

interna" (art. 14 CCII) e nella cd. "allerta esterna" (art. 15 CCII). Nel primo caso, gli organi societari di controllo³⁶¹, i revisori contabili e le società di revisione, quando ravvisino *«fondati indizi della crisi»*³⁶², hanno l'onere di darne comunicazione agli amministratori e, nel caso questi ultimi rimangano inerti, dovranno comunicarlo agli Organismi di composizione della crisi d'impresa (OCRI)³⁶³, presso i quali si cercherà di procedere ad una composizione della crisi. Nella seconda ipotesi, invece, l'onere di segnalazione spetta a determinati creditori pubblici qualificati, quando siano superate determinate soglie di esposizione debitoria. Appare indubbio, pertanto, che il fine di tali strumenti sia quello di consentire una quanto più immediata emersione della crisi, *«evitando una negoziazione tardiva, improvvisata o solitaria dell'imprenditore, in vista di un risultato possibilmente risanatorio»*³⁶⁴.

Orbene, il disposto di cui all'art. 287, c. 5, CCII sembra avere finalità attigua a quella di tali strumenti, non dovendo essere invece visto in un'ottica prettamente di gruppo. In altre parole, la curatela che si trovi a gestire una liquidazione giudiziale di gruppo e che, proprio in forza di tale posizione (e delle conseguenti informazioni cui può attingere con più facilità), ravvisi l'insolvenza di una società del gruppo 'esterna' alla procedura, dovrà comunicarlo agli organi di amministrazione e controllo di tale società, cosicché questi ultimi possano accedere agli strumenti di composizione della

governo societario nell'articolazione, in particolare, delle funzioni di controllo (interno o esterno)», il che, unito alla novellazione dell'art. 2086 c.c., ha fatto ritenere già adeguato il sistema. Così: M. L. VITALI, Sistemi di allerta e crisi di gruppo nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: prime riflessioni (anche) alla luce delle recenti tendenze europee, cit., pag. 577.

361 Sul punto, la dottrina rileva la condivisibile esclusione dei soci dall'ambito dei soggetti che devono

generare i flussi informativi conseguenti all'introduzione degli istituti dell'allerta. È infatti ravvisato come siano prerogative da attribuire agli organi gestori, nei confronti dei quali, al massimo, possono stimolarne la produzione tramite istituti quali, ad esempio, la denunzia al collegio sindacale ex art. 2408 c.c. Così si esprime: M. L. VITALI, Sistemi di allerta e crisi di gruppo nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: prime riflessioni (anche) alla luce delle recenti tendenze europee, cit., pp. 573 e 574.

³⁶² Così l'art. 14, c. 1, CCII. Cosa si intenda con tale locuzione è poi meglio specificato dall'art. 13 CCII, rubricato "Indicatori della crisi", ove vengono, da un punto di vista generale, indicati quali *«squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario»*. Per un più dettagliato approfondimento si rimanda all'integrale lettura dell'articolo e alla dottrina indicata alle note precedenti.

³⁶³ Trattasi, in base alla definizione fornita dall'art. 2, lett. u), CCII, di «organismi (...) che hanno il compito di ricevere le segnalazioni di allerta e gestire la fase dell'allerta e, per le imprese diverse dalle imprese minori, la fase della composizione assistita della crisi». Hanno sede presso ogni camera di commercio e operano tramite un referente, che è il segretario generale della camera di commercio (art. 16 CCII).

³⁶⁴ Così: P. Vella, L'epocale introduzione degli strumenti di allerta nel sistema concorsuale italiano, cit., pag. 240.

crisi³⁶⁵. Pertanto, ciò cui deve guardare il curatore è l'effettiva dimensione del dissesto dell'impresa: se per essa è possibile un reinserimento nel mercato dovrà procedere alla segnalazione; in caso contrario, invece, potrà procedere direttamente all'accertamento dell'insolvenza, divenendo inutile qualsiasi tentativo di recupero dell'attività imprenditoriale. Non dovrà quindi valutare, almeno in prima istanza, l'estensione della procedura in termini di migliore gestione delle forme di coordinamento nella liquidazione degli attivi³⁶⁶.

Da ciò deriva un'ulteriore conseguenza, evidenziata, in altro contesto, dalla dottrina: «deve ritenersi, a fronte della natura speciale della disposizione e del principio di conservazione del testo normativo, altrimenti superfluo, che tale potere spetti anche laddove la impresa in liquidazione giudiziale non sia creditrice della società insolvente ed ancora non sottoposta a procedura concorsuale» ³⁶⁷.

La miglior tutela dei creditori della procedura già avviata non può essere criterio direttivo, in quanto, data la rigida accezione che il principio della separazione patrimoniale ha al di fuori della sede concordataria, deve ritenersi anzitutto prevalente l'interesse dei creditori della "nuova" società rinvenuta insolvente: per essi, se possibile, sarà da preferire una soluzione in continuità aziendale (dovendosi quindi procedere alla segnalazione agli organi amministrativi), e, solo quando ciò non sia possibile, si potranno fare valutazioni sull'opportunità o meno dell'inclusione della società *de qua* nella procedura già avviata.

Ricapitolando, quanto disposto dall'art. 287, c. 5, CCII è, in questa sede, inteso in termini di subordinazione gerarchica: la segnalazione dovrà avvenire allorquando si prospettino effettive possibilità di recupero dell'impresa, e solo ove ciò non fosse possibile la curatela potrà allora ragionare in termini di opportunità per la procedura di gruppo. Qualora, in tale ipotesi, l'inclusione dell'impresa giovasse alla miglior gestione dell'attività di liquidazione, potrà allora essere direttamente richiesto l'accertamento della sua insolvenza.

³⁶⁵ Sembra prospettabile, se si ragiona in funzione dei principi generali, anche la soluzione per cui, qualora gli organi gestori rimangano inerti nei termini di cui all'art. 14, c. 2, CCII, il curatore possa direttamente rivolgersi agli OCRI. La *ratio* sottesa alle due fattispecie è difatti la medesima: affrontare il prima possibile il dissesto dell'impresa.

³⁶⁶ Ci si sta qui riferendo al requisito di cui all'art. 287, c. 1, CCII, in tema di opportunità di apertura di una procedura unitaria di liquidazione giudiziale.

³⁶⁷ Così: A. FAROLFI, La crisi dei gruppi alla luce del nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza, cit., pag. 12.

Se ciò è condiviso, non sono da accettare le conclusioni della dottrina inizialmente citata: non si tratta di una facoltà che porterebbe a inutili fallimenti in estensione, ma di una disciplina che permette di ben coordinare una sopravvenuta insolvenza con esigenze di vario tipo che caratterizzano, a diversi livelli, tutta la nuova disciplina concorsuale.

L'unico appunto che si può fare a suddetta disposizione riguarda la sua stesura stilistica: se i valori ad essa sottostanti sono quelli che, qui, sono stati ricavati, sarebbe certamente opportuna una loro chiara emersione già in sede di lettura della stessa. Si auspica quindi un intervento correttivo del legislatore in tale direzione.

3.2.2 Azioni revocatorie e azioni di inefficacia

Il codice dedica ai gruppi d'imprese anche un'apposita disciplina in tema di attività recuperatoria, prendendo atto delle peculiarità che caratterizzano tale fenomeno. L'intera disciplina a ciò dedicata ha sede nell'art. 290 CCII, il cui contenuto, ai fini di questa indagine, sarà scisso in due parti: si analizzerà, anzitutto, le peculiare azione concepita, al comma 1, per una più proficua gestione della crisi di gruppo, dedicandoci, in seguito, alla declinazione che le normali azioni revocatorie fallimentari hanno nel rapportarsi a tale articolazione intrasocietaria (art. 290, c. 3, CCII).

Muovendo dal presupposto che i rapporti di gruppo possano facilitare trasferimenti di risorse potenzialmente lesivi degli interessi dei creditori delle società 'danneggiate', l'art. 290, c. 1, CCII dispone che «possano essere promosse dal curatore, sia nel caso di apertura di una procedura unitaria, sia nel caso di apertura di una pluralità di procedure, azioni dirette a conseguire la dichiarazione di inefficacia di atti e contratti posti in essere nei cinque anni antecedenti il deposito dell'istanza di liquidazione giudiziale, che abbiano avuto l'effetto di spostare risorse a favore di un'altra impresa del gruppo con pregiudizio dei creditori, fatto salvo il disposto dell'art. 2497, primo comma, del codice civile». Anche in tal caso non è possibile non rilevare la contiguità di tale disposizione a quanto previsto nella legge Prodi bis, ed in particolare all'azione revocatoria aggravata in sede di amministrazione straordinaria³⁶⁸.

-

³⁶⁸ Il riferimento è all'art. 91 del d.lgs. 270/199, a mente del quale il commissario straordinario può «proporre l'azione revocatoria prevista dall'art. 67 della legge fallimentare nei confronti delle imprese

In prima istanza, emerge come questa azione possa essere esperita tanto in caso di procedura unitaria quanto in quello di separate procedure: l'*animus* legislativo sembra quindi volto alla "sola" corretta emersione della situazione patrimoniale delle singole società, senza che ciò debba necessariamente comportare una miglior coordinamento dell'attività di liquidazione. Una conferma in tal senso è data dal fatto che l'azione *de qua* sia esperibile anche nei confronti di imprese *in bonis* legate all'impresa attrice: si parla solamente di società appartenenti al gruppo, senza specificare che debbano necessariamente versare in stato di insolvenza.

L'ottica unitaria, pertanto, in tal caso non è il fine della disposizione speciale, ma la possibile causa di distorsioni patrimoniali che danneggiano le pretese creditorie, essendo queste ultime l'oggetto della tutela normativa. Però, per parte della dottrina³⁶⁹, il riferimento anche all'ipotesi delle singole procedure sembra profilare un eccesso di delega³⁷⁰, poiché, si sostiene, la legge delega richiedeva che una siffatta azione fosse prevista nelle sole ipotesi di gestione unitaria. Il rischio, pertanto, sarebbe che la società convenuta in giudizio sollevasse incidentalmente questione di legittimità costituzionale, in conseguenza della quale si potrebbe addivenire ad una rimodulazione del testo di legge.

Pur non potendosi disconoscere la pertinenza di una simile considerazione, credo non sia da ritenere certo l'esito dell'eventuale giudizio costituzionale. Difatti la legge delega, prescrivendo i criteri direttivi da rispettare, richiedeva che tale potere fosse attribuito al curatore *«anche nei confronti di imprese non insolventi del gruppo»*³⁷¹, inciso da cui potrebbe dedursi la meritevolezza della formulazione positiva, alla luce della declinazione dell'ottica di gruppo qualche rigo sopra evidenziata. Si intende cioè affermare che la *ratio* sottostante alla norma è di ampiezza tale da poter abbracciare entrambe le casistiche che la disposizione considera. Rimane comunque ferma

del gruppo relativamente agli atti (...) compiuti nei cinque anni anteriori alla dichiarazione dello stato di insolvenza».

³⁶⁹ Ci si riferisce, ancora, a: D. CORRADO, *La liquidazione giudiziale di gruppo nel Codice della crisi e dell'insolvenza, cit.*, pag. 6.

³⁷⁰ Ciò in quanto l'art. 3, c. 3, lett. c), n. 1, della l. 155/2017 (ove è richiesta l'attribuzione al curatore del potere di *«azionare rimedi contro operazioni antecedenti l'accertamento dello stato di insolvenza e dirette a spostare risorse a un'altra impresa del gruppo, in danno ai creditori»*) è, secondo l'A., da correlarsi, in modo molto restrittivo, all'iniziale premessa per la quale l'azione *de qua* vada prevista *«nell'ipotesi di gestione unitaria»*.

³⁷¹ Cfr. art. 3, c. 3, lett. c), CCII.

l'incertezza circa l'esito della decisione che, se chiamata a giudicare, potrebbe assumere la Corte Costituzionale.

Deve, inoltre, essere rilevato che, formulata la norma in tal modo, la bipartizione appena esaminata confligge con una recente pronuncia delle Sezioni Unite³⁷², con la quale la Suprema Corte ha negato l'esperibilità dell'azione revocatoria, tanto ordinaria quanto fallimentare, nei confronti di un altro fallimento. Un simile esito, ha osservato la Corte, deve farsi discendere dalla natura costitutiva³⁷³ della sentenza che accoglie l'azione proposta dal curatore, i cui effetti retroagiscono alla data di apertura del fallimento: il patrimonio fallimentare verso il quale si agisce, se la procedura è già stata aperta, è cristallizzato alla data della sentenza di apertura dello stesso, e pertanto non può essere depauperato da un provvedimento (costitutivo) posteriore. Il disposto dell'art. 290, c. 1, CCII supera indubbiamente, nella misura in cui è consentito proporre l'azione anche verso imprese del gruppo sottoposte ad autonoma procedura di liquidazione giudiziale, le conclusioni della Cassazione, peraltro non condivise da parte della dottrina³⁷⁴.

La disciplina in commento si completa con due ulteriori precisazioni, in forza delle quali ne viene esclusa l'applicazione.

La prima riguarda l'onere della prova: la mancanza della conoscenza della pregiudizialità dell'atto è esimente che deve essere necessariamente dimostrata dalla impresa convenuta, dovendosi superare una presunzione *iuris tantum* in tal senso (art.

_

³⁷² Cass. Sez. Un., 23 novembre 2018, n. 30416, in *www.neldiritto.it*, 2018. Per un commento a tale sentenza si vedano: E. STAUNOVO POLACCO, *L'inefficacia della revocatoria in pendenza di fallimento*, ne *il Fallimentarista*, 2019; M. DI TERLIZZI, *Revocatoria ordinaria nei confronti di un fallimento: una netta chiusura delle Sezioni Unite*, in *www.eclegal.com*, 2019; F. CAMPIONE, *Revocatoria fallimentare e pretese restitutorie contro un altro fallimento: problemi e prospettive processuali*, in *Dir. fall.*, 2019, I, pag. 750 e ss. Con riferimento all'ultimo degli Autori citati, va rilevato come egli sostenga che *«l'argomento trattato, nei suoi snodi principali, non è toccato dalla riforma che ha condotto all'emanazione del Codice della crisi e dell'insolvenza»* (pag. 750), discostandosi quindi da ciò che, in questa sede, si sta evidenziando. L'A., però, considera, ai fini del suo ragionamento, solo gli artt. 51, 52, 66 e 67 l. fall. (oggi, rispettivamente, artt. 150, 151, 165 e 166 CCII), non interessandosi affatto alle disposizioni dedicate ai gruppi d'imprese.

³⁷³ Ciò in quanto, osserva la Corte, modifica *ex post* una situazione giuridica già esistente, in forza di un diritto potestativo (e non di credito) che è sorto contestualmente all'instaurazione della procedura concorsuale.

³⁷⁴ Ci si riferisce a: F. CAMPIONE, *Revocatoria fallimentare e pretese restitutorie contro un altro fallimento: problemi e prospettive processuali, cit.*, pag. 757 e ss. In estrema sintesi, l'A. ritiene che si tratti di una deroga di legge al principio della cristallizzazione patrimoniale (nel rispetto di quanto disposto dall'art. 52 l. fall.) e che gli effetti della sentenza possano retroagire alla data di compimento dell'atto. Per una più approfondita analisi, che esorbiterebbe i fini di questo elaborato, si rinvia alle pagine sopraindicate e agli ulteriori riferimenti dottrinali ivi contenuti.

290, c. 2, CCII)³⁷⁵. La seconda riguarda il fatto che non si può trattare di atti o contratti pregiudizievoli ai creditori quando, in base ai vantaggi compensativi *ex* art. 2497 c.c., le reciproche posizioni si riequilibrino: anche il tal caso sembra da applicarsi l'onere della prova a carico dell'impresa convenuta³⁷⁶.

Deve essere ora affrontata un'ulteriore questione: la formulazione della norma non è affatto chiara nell'individuare la natura di tale azione. Si tratta quindi di comprendere se essa rientri nel *genus* delle azioni revocatorie fallimentari o in quello delle azioni revocatorie ordinarie: la distinzione non è meramente concettuale, ma implica importanti risvolti pratici (si pensi ad esempio alla disciplina in tema di prescrizione o a quella applicabile in caso di eventuali lacune).

Chi sostiene si tratti di una particolare azione revocatoria fallimentare ³⁷⁷ lo fa argomentando in base al combinato disposto dell'art. 290, c. 1, CCII e dell'art. 163 CCII (articolo che concerne la revocatoria degli atti a titolo gratuito). Ciò che ne deriva, secondo la dottrina in esame, è il fatto che l'azione *ex* art. 290, c. 1, CCII sia una particolare azione revocatoria fallimentare degli atti a titolo gratuito, caratterizzata da un più ampio periodo sospetto, in quanto a tale estensione temporale fa da contraltare una diversa modulazione dell'onere della prova: *«infatti l'art. 290, comma 2, consente alla società beneficiaria di sottrarsi alla dichiarazione di inefficacia provando di non essere stata a conoscenza del carattere pregiudizievole dell'atto o del contratto, laddove l'art. 163 la conoscenza del pregiudizio è presupposta per legge»*³⁷⁸.

Una siffatta argomentazione non convince: proprio il fatto che, per le revocatorie di atti a titolo gratuito, la conoscenza del pregiudizio sia presunta *iuris et de iure* sembra essere, ad avviso di chi scrive, elemento idoneo ad escludere una simile conclusione,

³⁷⁸ Ibidem.

109

.

³⁷⁵ Si segnala che parte della dottrina, alla luce del secondo comma dell'art. 290 CCII, ritiene che l'azione sia esperibile solamente nei confronti delle imprese *in bonis*, e non anche nei confronti di quelle sottoposte a liquidazione giudiziale. Così: L. FARENGA, *Prime riflessioni sull'insolvenza di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Dir. Fall.*, 2019, I, pag. 1011. Si ritiene, in questa sede, non condivisibile quanto dall'Autore sostenuto, in quanto la formulazione del secondo comma dell'art. 290 CCCII appare, con tutta evidenza, formulato in tal modo perché l'azione può rivolgersi anche (e non solo) alle società del gruppo non insolventi. Se il legislatore avesse voluto esprimersi nel senso indicato dall'A., con tutta probabilità, avrebbe formulato la disposizione in ben altro modo.

³⁷⁶ Alla medesima conclusione giunge: M. PALLADINO, *La nuova disciplina dei gruppi d'imprese, cit.*, pag. 54.

³⁷⁷ In tal direzione si assesta: D. CORRADO, *La liquidazione giudiziale di gruppo nel Codice della crisi e dell'insolvenza, cit.*, pag. 6.

data la facoltà di prova contraria qui concessa all'impresa debitrice e data la forte caratterizzazione che la presunzione assoluta dà alla revocatoria fallimentare degli atti a titolo gratuito.

Sembra da preferirsi la posizione a quest'ultima antitetica, ovvero quella per cui la disposizione in esame delinea una peculiare forma di revocatoria ordinaria³⁷⁹, in forza di due ordini di motivi. Anzitutto, il codice dedica una specifica disciplina alla declinazione delle azioni revocatorie fallimentari per atti a titolo oneroso in tema di gruppi, ampliandone il periodo sospetto (art. 290, c. 3, CCII, che verrà *infra* trattato), anche se ciò non può essere di per sé decisivo. Dirimente sembra invece essere la questione circa le tipologie di *«atti e contratti»* che possono essere colpiti dall'azione *de qua*: se la si ritenesse una particolare forma di revocatoria fallimentare, ne conseguirebbe una ricerca del suo ambito di applicazione al di fuori di quanto già aggredibile tramite revocatoria fallimentare, la quale è anche modellata al fine di far fronte alle dinamiche di gruppo³⁸⁰. Tale conseguenza non sembra però opportuna, in quanto si limiterebbe di non poco l'ambito di operatività della nuova azione, contrastando lo spirito legislativo che ne ha motivato l'introduzione.

Invece, se la si ritiene una particolare forma di revocatoria ordinaria, suddetta limitazione non vi sarebbe: l'azione disciplinata dall'art. 2901 c.c. è esperibile anche dal curatore³⁸¹, ma non vengono definite sue particolari caratterizzazioni in ipotesi di gruppo. In forza di ciò, sarebbero aggredibili tramite l'azione di inefficacia *ex* art. 290, c. 1, CCII, ad esempio, il patologico utilizzo del contratto di *cash pooling* o di quello di vendita, qualora stipulato a condizioni non di mercato.

Se ciò è condiviso, i termini di prescrizione³⁸², per l'azione che si sta analizzando, dato il suo rapporto di *species* a *genus* con quella ordinaria, sono quelli previsti dalla

2

³⁷⁹ Alla medesima conclusione giunge M. PALLADINO, *La nuova disciplina dei gruppi d'imprese, cit.*, pag. 51 e ss., ma in forza di una diversa argomentazione. L'A. fonda tale tesi sulla *ratio* sottesa all'art. 290, c. 1, CCII (*i. e.* ampliare il novero delle tutele, offrendo uno strumento in grado di meglio consentire la ricostruzione dei patrimoni delle singole società), ma deve dirsi che una tale argomentazione non sembra dirimente. Non si capisce, in altri termini, perché una siffatta considerazione dovrebbe far ritenere che si tratti dell'una e non dell'altra tipologia di azioni utilizzabili dalla curatela.

³⁸⁰ Il riferimento è, ancora una volta, all'art. 290, c. 3, CCII.

³⁸¹ Il riferimento è a quanto contenuto nell'art. 165, c. 1, CCII, a mente del quale «*Il curatore può domandare che siano dichiarati inefficaci gli atti compiuti dal debitore in pregiudizio dei creditori, secondo le norme del codice civile*».

³⁸² Si segnala, brevemente, tale intervento giurisprudenziale: Cass., 4 aprile 2017, n. 8680, in *www.ilcaso.it*. In questa decisione, la Cassazione ha escluso l'applicabilità del termine decadenziale, previsto nell'art. 69 *bis* (oggi l'art. 170 CCII), all'azione revocatoria ordinaria promossa dal curatore

disciplina civilistica. Pertanto, *ex* art. 2903 c.c., l'azione si prescriverà entro cinque anni dal compimento dell'atto. In tema, si richiama brevemente una recente pronuncia della Cassazione ³⁸³, a mente della quale per data di compimento dell'atto deve intendersi il giorno in cui è data pubblicità dello stesso ai terzi. Tale conclusione è il frutto del combinato disposto degli artt. 2903 c.c. e 2935 c.c. ³⁸⁴, da cui la Suprema Corte ha fatto discendere l'impossibilità di individuare il termine iniziale di decorso dell'istituto in un momento in cui il diritto da tutelare non è ancora conosciuto dal titolare, non potendosi quindi punire la sua inerzia.

Deve comunque ritenersi che la disposizione in esame non precluda l'esperimento della "normale" azione revocatoria ordinaria, la quale, a differenza di quella appena analizzata, potrà non rivolgersi alle sole imprese del gruppo: in tal caso, pur dovendo la curatela dimostrare il *consilium fraudis* in capo all'impresa debitrice e la *partecipatio fraudis* in capo al soggetto terzo (se si tratta di atti a titolo oneroso³⁸⁵), non opererà l'esimente dei vantaggi compensativi.

Tocca ora affrontare il rapporto tra azioni revocatorie fallimentari e gruppi di imprese. Soccorre l'interprete il disposto dell'art. 290, c. 3, CCII, ove è previsto un ampliamento del periodo sospetto, così articolato:

- in caso di atti a titolo oneroso il cui valore eccede di oltre un quarto il valore della controprestazione, essi sono revocabili se compiuti dopo il deposito della domanda di liquidazione giudiziale oppure nei due anni ad essa antecedenti (l'art. 166, c. 1, lett. a), CCII dispone invece «nell'anno anteriore»);
- in caso di atti estintivi debiti pecuniari scaduti ed esigibili effettuati con mezzi pagamento non normali, essi sono revocabili se compiuti dopo il deposito della

fallimentare. Dirimendo una questione molto dibattuta, soprattutto in dottrina, la Suprema Corte ha chiarito come dal combinato disposto degli artt. 66 e 69 bis l. fall. emerga che l'intento legislativo sia quello di non far venir meno, per il solo fatto che sia stato dichiarato il fallimento, un importante strumento di tutela per i creditori. Proprio per tale ragione, e per il fatto che l'art. 66 l. fall. recita espressamente che l'azione revocatoria ordina va esercitata «secondo le norme del codice civile», esclude la possibilità che il termine decadenziale previsto per la revocatoria fallimentare vada applicato anche a quella ordinaria. Data la netta posizione assunta dalla Cassazione, ad avviso di chi scrive, la questione deve ritenersi oramai pacifica.

³⁸⁴ Articolo che recita «La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere».

³⁸³ Cass., 15 maggio 2018, n. 11758, in www.dirittoegiustizia.it.

³⁸⁵ Trattasi dei requisiti richiesti dall'art. 2901, c. 1, n. 2), c.c., a cui si deve aggiungere l'*eventus damni*. Se l'atto è a titolo gratuito basterà invece dimostrare l'*eventus damni* e la *scientia fraudis* in capo al debitore (così l'art. 2901, c. 1, n. 1), c.c.).

- domanda di liquidazione giudiziale oppure nei due anni ad essa antecedenti (l'art. 166, c. 1, lett. b), CCII dispone invece *«nell'anno anteriore»*);
- in caso di pegni, ipoteche volontarie e anticresi costituiti per debiti preesistenti non scaduti, essi sono revocabili se la costituzione è avvenuta dopo la domanda di liquidazione giudiziale oppure nell'anno ad essa antecedente (in questo caso, la previsione è identica a quella contenuta nell'art. 166, c. 1, lett. c), CCII);
- in caso di pegni, ipoteche giudiziali o volontarie e anticresi costituiti per debiti scaduti, essi sono revocabili se la costituzione è avvenuta dopo la domanda di liquidazione giudiziale oppure nell'anno ad essa antecedente (l'art. 166, c. 1, lett. d), CCII dispone invece *«nei sei mesi anteriori»*).

Rimodulando in tal modo la disciplina generale, il legislatore ha cercato di offrire al curatore la possibilità di una più veritiera ricostruzione della situazione patrimoniale delle singole società, alla luce delle molteplici attività infragruppo che caratterizzano il fenomeno.

La restante disciplina generale in tema di revocatorie fallimentari è comunque da ritenersi applicabile, ed in particolare sia l'art. 163 CCII, in tema di inefficacia degli atti a titolo gratuito, sia l'art. 170 CCI. Quest'ultimo prevede che le azioni revocatorie fallimentari (sia per atti a titolo gratuito che per atti a titolo oneroso) siano soggette ad un termine di decadenza di tre anni, decorrente dalla data di apertura della liquidazione giudiziale, e ad uno di prescrizione di cinque anni, decorrente dalla data di compimento dell'atto (probabilmente da intendersi come nella sopracitata sentenza della Cassazione). Si sono quindi superate, tramite la nuova norma, le perplessità³⁸⁶ circa il doppio termine decadenziale contenuto nell'art. 69 bis della legge fallimentare.

Inoltre, per tutte le azioni in questo paragrafo commentate³⁸⁷, la competenza spetterà al tribunale individuato a norma dell'art. 287, c. 4, CCII, in forza della cd. *vis attractiva concursus*, oggi codificata all'interno dell'art. 32 CCII.

Va, infine, fatta menzione di alcuni rilievi, qui condivisi, della dottrina³⁸⁸, concernenti i profili processuali connessi all'art. 290 CCII. Anzitutto, dato l'evidente conflitto di

³⁸⁶ Cfr. A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali, cit.*, pag. 177.

³⁸⁷ Salvo la revocatoria ordinaria, la quale non deriva dalla liquidazione giudiziale (nel senso di cui all'art. 32 CCII), ma che è comunque di competenza del medesimo tribunale poiché previsto espressamente dall'art. 165, c. 2, CCII.

³⁸⁸ Il riferimento è a: M. PALLADINO, *La nuova disciplina dei gruppi d'imprese, cit.*, pag. 57 e ss.

interessi, si evidenzia la necessità della nomina di un curatore *ad hoc* per la promozione di tali azioni, da farsi nelle modalità di cui all'art. 80 c.p.c.³⁸⁹. In secondo luogo, nell'ipotesi in cui l'impresa convenuta sia anch'essa assoggettata a liquidazione giudiziale, si osserva come alla sentenza che declara l'inefficacia relativa dell'atto dovrà necessariamente seguire l'istanza di ammissione al passivo nella procedura convenuta (è da ammettersi, secondo la dottrina in esame, anche la possibilità di ammissione al passivo con riserva, potendosi così fruire dei riparti mediante accantonamento).

3.2.3 Azioni di responsabilità *ex* art. 2497 c.c. e denuncia al tribunale *ex* art. 2409 c.c.

Il curatore è inoltre legittimato, dall'art. 291, c. 1, CCII, a promuovere *«le azioni di responsabilità previste dall'articolo 2497 del codice civile»*, azioni che derivano dall'abusiva attività di direzione e coordinamento ³⁹⁰, e che possono cumularsi all'esperimento delle azioni sopra commentate³⁹¹.

Sembrerebbe quindi trattarsi, dato l'utilizzo del plurale, di tutte le azioni in quella sede previste, ovvero: *i)* l'azione nei confronti della *holding* per il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione dei soci (art. 2497, c. 1, c.c.); *ii)* l'azione nei confronti della *holding* per il pregiudizio arrecato ai creditori della società eterodiretta in forza del danno cagionato al patrimonio sociale (art. 2497, c. 1, c.c.); *iii)* l'azione nei confronti di chi abbia preso parte al fatto lesivo (art. 2497, c. 2, c.c.); *iiii)* l'azione nei confronti di chi abbia consapevolmente tratto vantaggio dal fatto lesivo, nei limiti del vantaggio conseguito (art. 2497, c. 2, c.c.).

³⁸⁹ In base al quale l'istanza va proposta davanti al presidente dell'ufficio giudiziario di fronte al quale s'intende proporre la causa. Il giudice, assunte le informazioni necessarie e sentite tutte le persone interessate, provvederò con decreto.

³⁹⁰ Per un'approfondita analisi circa le varie fattispecie concrete che potrebbero portare ad un patologico esercizio dell'attività di direzione e coordinamento si veda: M. PALLADINO, *La nuova disciplina dei gruppi d'imprese, cit.*, pag. 72 e ss.

³⁹¹ Sulla base di quanto disposto dall'art. 255 CCII, c. 1, tali azioni possono proporsi *«anche separatamente»*.

Al novero delle azioni può esserne aggiunta una ulteriore, ipotizzata dalla dottrina³⁹² (che sul punto non è però unanime ³⁹³), e condivisa anche da parte della giurisprudenza³⁹⁴: l'azione diretta della società eterodiretta nei confronti della *holding*. Per sommi capi, tale posizione si radica sulla constatazione del fatto che il danno subito da soci e creditori dell'eterodiretta sia un danno riflesso di quello in prima istanza subito dal patrimonio sociale: ciò premesso, «sarebbe irrazionale e non agevolmente giustificabile l'esclusione (...) [della società eterodiretta] dal novero dei soggetti legittimati a pretenderne la riparazione»³⁹⁵. Se ciò fosse condiviso, per quel che qui interessa, il curatore avrebbe la facoltà di proporre anche questa azione, che si porrebbe quale ulteriore strumento utile alla corretta ricostruzione degli assetti patrimoniali delle singole società divenute insolventi.

In aggiunta, va rilevato che, come nel caso delle azioni revocatorie, il curatore potrà esperire le azioni *ex* art. 2497 c.c. sia in caso di procedura unitaria sia nel caso di apertura di una pluralità di procedure. Sono riproponibili anche in questa sede le precedenti osservazioni circa la sussistenza o meno di un'ipotesi di eccesso di delega. Deve però analizzarsi se, così formulato, l'art. 291, c. 1, CCII apporti realmente una significativa innovazione all'art. 2497, c. 4, c.c., ossia la facoltà che il curatore, a differenza di quanto previsto nella norma civilistica, possa azionare sia la tutela prevista per i creditori che quella prevista per i soci.

³⁹² Si vedano, ad esempio: G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento, cit.*, pag. 961 e ss. (sarà a questo testo che ci si riferirà nella breve esposizione che segue, per ragioni di economia espositiva); E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, pag. 65 e ss.; R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, pag. 538 e ss.

³⁹³ Un esempio è G. OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e le società per azioni*, in G. OPPO, *Vario diritto, Scritti giuridici*, Vol. VII, Cedam, Padova, 2005, pag. 279 e ss. (trattasi di opera citata da G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento, cit.*, pag. 964). In sintesi, tale dottrina non ritiene perseguibile una siffatta tesi in quanto *«ubi lex voluit, dixit»* (pag. 297). Concorre ad avallare questa tesi, sempre secondo l'A., il fatto che durante i lavori preparatori alla riforma del 2003 vi fosse un'espressa menzione all'azione direttamente attribuita alla società eterodiretta, menzione in seguito espunta dal testo di legge.

³⁹⁴ Una rassegna giurisprudenziale in tal senso è consultabile nell'opera: M. PALLADINO, *La nuova disciplina dei gruppi d'imprese, cit.*, pag. 70, nota n. 4.

³⁹⁵ Così: G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento, cit.*, pag. 965. Si può aggiungere che, di fronte alla Corte Costituzionale, una diversa lettura potrebbe portare alla censura, in termini di ragionevolezza, della disposizione, a cui potrebbe far seguito una sentenza additiva di regola o di principio.

Una prima lettura farebbe propendere per una risposta affermativa³⁹⁶, dato che, come detto, viene utilizzata la locuzione "le azioni di responsabilità"; allo stesso modo potrebbe interpretarsi quanto contenuto nella relazione illustrativa, ove si parla di "tutte le azioni di responsabilità".

L'utilizzo del plurale potrebbe però essere letto anche in un altro modo: trattandosi di procedura di gruppo, il curatore, con tutta probabilità, esperirà più azioni, *«anche separatamente»*³⁹⁷, a tutela di una pluralità di masse creditorie³⁹⁸. Se letta in tal modo, la disposizione *de qua* non costituirebbe un'innovazione della disposizione civilistica, riproponendone invece il contenuto³⁹⁹. Avalla questa conclusione anche un ulteriore argomento, proposto dalla dottrina⁴⁰⁰: 1'art. 255, lett. d), CCII, in tema di azioni di responsabilità promosse o proseguite dal curatore, fa espresso richiamo al comma 4 dell'art. 2497.

Ora, se sostenuta la tesi contraria a quella qui ritenuta preferibile, verrebbe a crearsi un'evidente discrasia all'interno del codice, da cui deriverebbe un'ingiustificata disparità di trattamento: se la liquidazione giudiziale riguarda l'impresa monade, potrà essere esercitata dal curatore solo l'azione dei creditori, mentre se l'impresa appartiene ad un gruppo, tanto sottoposto a procedura unitaria quanto a procedure separate, il curatore potrà azionare anche quella relativa ai soci. Sembra pertanto preferibile la soluzione che circoscrive la locuzione "le azioni di responsabilità" ad un'infelice formulazione.

Ulteriore, e ultimo, argomento che parrebbe suffragare questa tesi è di carattere più generale: il codice, tra le altre previsioni, ha apportato delle modifiche al codice

⁻

³⁹⁶ Difatti, in tal senso si esprimono: D. CORRADO, La liquidazione giudiziale di gruppo nel Codice della crisi e dell'insolvenza, cit., pag. 6; A. BARTALENA, Le azioni di responsabilità nel codice della crisi d'impresa, in Fallimento, 2019, pag. 308. Quest'ultimo A., in particolare, ritiene che, ragionando in questi termini, la soluzione comporti un «ampliamento della misura del risarcimento (...) a vantaggio della massa dei creditori, finalizzato a coprire non solo il danno provocato alle loro pretese creditorie (...) bensì anche quello arrecato ai soci (...), con una verisimile coincidenza con il disavanzo della procedura».

³⁹⁷ Cfr. il già citato art. 255, c. 1, CCII.

³⁹⁸ A simili conclusioni sembra giungere anche: C. PAGLIUGHI, *Le norme del Codice della crisi relative ai gruppi di imprese, cit.*, pag. 10.

³⁹⁹ Condivide questa posizione G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di imprese nel CCII: fra unità e pluralità*, in *Società*, 2019, pag. 423.

⁴⁰⁰ Ci si riferisce a: F. DIMUNDO, Le azioni di responsabilità esperibili dagli organi delle procedure concorsuali: il regime attuale e la nuova disciplina introdotta dal Codice della crisi e dell'insolvenza, in www.ilcaso.it, 2019, pag. 15, nota n. 39.

civile⁴⁰¹, sì da meglio coordinare disciplina societaria e disciplina concorsuale. Anche l'art. 2497, c. 4, c.c. è stato oggetto di novellazione⁴⁰², mirata però solamente all'adeguamento terminologico dei termini correlati a "fallimento": se si fosse voluta modificare la disciplina ivi contenuta, con ogni probabilità sarebbe stato modificato anche il suo contenuto sostanziale, non solo quello formale.

L'azione dei soci, in pendenza di liquidazione giudiziale, è tuttavia esperibile dagli stessi, se si segue una corrente dottrinale⁴⁰³: la loro azione rimane comunque autonoma da quella del curatore, potendo pertanto essere da loro proposta ed essere tutelata la loro posizione. Ciò viene giustificato dall'impossibilità che la procedura concorsuale possa portare «l'ablazione di diritti di terzi, tanto più rivolti nei confronti di soggetti diversi dal debitore del fallito (la capogruppo)»⁴⁰⁴. Così ragionando, prosegue la dottrina in esame, il curatore agirà per il solo danno arrecato dalla capogruppo ai creditori, e i soci solo per quello loro cagionato, in tal modo non imponendo alla holding una duplicazione del risarcimento.

Ciò condiviso, viene messa in evidenza, e data una risposta, ad un'ulteriore problematica: essendo i soci *residual claimants*, questi ultimi, nell'esperire l'azione loro spettante, dovranno allegare e provare che nel patrimonio sociale, senza la condotta abusiva della capogruppo, *«sarebbe residuata nella società eterodiretta una frazione di patrimonio sociale ulteriore rispetto a quella destinata al soddisfacimento dei creditori sociali»*⁴⁰⁵, e solo su quella parte di patrimonio potranno vantare le loro pretese risarcitorie.

Sembra essere questa la tesi da seguire, in forza di due ordini di ragioni: appare maggiormente conforme alla *ratio* sottostante alla norma; ne deriva un miglior coordinamento tra norme concorsuali e norme di diritto societario. Difatti, posta in tal modo la soluzione, si eliminerebbe l'apparente discrasia tra art. 2497, c. 4, c.c. e art.

116

⁴⁰¹ Cfr. art. 375 e ss. CCII.

⁴⁰² Cfr. art. 382, c. 3, CCII.

⁴⁰³ Cfr., tra gli altri, G. D'Attore, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della "eterodiretta"*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, spec. pag. 65 e ss.; A. Badini Confalonieri, R. Ventura, *Articolo 2497*, in G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti (diretto da) *Il nuovo diritto societario*, Vol. III, Zanichelli, Torino, 2004, pag. 2175; F. Guerrera, *Gruppi di società*, *operazioni straordinarie e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2005, I, pag. 24.

⁴⁰⁴ Così: G. D'Attore, Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della "eterodiretta", cit., pag. 66.

⁴⁰⁵ *Idem*, pag. 73.

2394 *bis* c.c.⁴⁰⁶, articolo in base al quale, in caso di liquidazione giudiziale, anche l'azione di responsabilità contro gli amministratori, esercitabile dai soci, può essere esercitata dal curatore⁴⁰⁷. In altri termini, non si capirebbe perché, in pendenza di liquidazione giudiziale, i soci non potrebbero esperire l'azione *ex* art. 2497 c.c., dovendo attendere la chiusura della procedura.

Tocca, in ultima istanza, analizzare il contenuto dell'art. 291, c. 2, CCII. È ivi previsto che il curatore «è altresì legittimato a proporre, nei confronti di amministratori e sindaci delle società del gruppo non assoggettate alla procedura di liquidazione giudiziale, la denuncia di cui all'articolo 2409 del codice civile».

Due, quindi, i profili di novità, l'uno consequenziale all'altro: a differenza di quanto previsto nella disposizione civilistica, anche il curatore è legittimato a proporre denunzia al tribunale; essendo la legittimazione direttamente attribuita al curatore, non devono verificarsi i presupposti richiesti dalla norma richiamata (ovvero che l'azione debba essere esperita dai soci che rappresentino il dieci per cento del capitale sociale o il venti per cento dello stesso, se si tratta di società che fa ricorso al mercato del capitale di rischio). In aggiunta, potendo essere rivolta alle generiche "società del gruppo", potrà essere proposta sia in direzione ascendente sia in direzione discendente, come anche nei confronti di società che, nell'organigramma di gruppo, si trovano in posizione paritaria rispetto alla società de qua.

L'impresa i cui organi gestori siano convenuti in giudizio, abbiamo detto, non deve essere assoggettata a liquidazione giudiziale. Nel caso in cui, già proposta denunzia *ex* art. 2409 c.c., venga aperta nei suoi confronti suddetta procedura concorsuale, deve

⁴⁰⁶ Va detto che parte della dottrina ritiene giustificata una simile differenza, in quanto sostiene che nell'ipotesi di gruppo, rispetto alla società singolarmente considerata, alla parità formale dei soci faccia riscontro una diversità sostanziale di interessi: il socio detentore del controllo nelle eterodirette, anche se parzialmente lesionato dall'abusiva attività di direzione e coordinamento in quelle sedi, ha, in un'ottica più ampia, benefici dalla generale politica di gruppo. Così: G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento, cit.*, pag. 968. L'A. Però specifica anche il fatto che, a meno che non si tratti di partecipazione totalitaria, esistono anche i "soci esterni" alla capogruppo, i quali necessitano di adeguata tutela. Partendo da questo (condiviso) assunto, si ritiene ancor di più comprovata la tesi che, in questa sede, si sta sostenendo. ⁴⁰⁷ Azione, tra l'altro, richiamata dall'art. 255 CCII.

condividersi l'opinione dottrinale⁴⁰⁸ secondo la quale il procedimento pendente deve dichiararsi estinto in rito, in quanto esso *«perderebbe qualsiasi funzione»*⁴⁰⁹.

In generale, poi, lo svolgimento dell'intero procedimento non si distanzierà da quello che normalmente accade in sede civilistica⁴¹⁰.

Deve però essere rilevata un'importante novità apportata dal codice: l'art. 379, c. 2, CCII prevede, aggiungendo un nuovo comma all'art. 2477 c.c., che le disposizioni dell'art. 2409 c.c. si applichino *«anche se la società è priva di organi di controllo»*. Sembra essersi in tal modo data risposta⁴¹¹ alla dibattuta questione circa l'applicabilità o meno della norma civilistica alle s.r.l., che si era, in misura prevalente, conclusa in senso negativo⁴¹². Anzitutto, poiché la disciplina in questione è contenuta nel Titolo V ("Delle società") del codice civile, e più in particolare nel Capo V ("Società per azioni"). Inoltre, dal combinato disposto dei commi 2 e 3 ⁴¹³ dell'art. 2476 c.c., emergeva come fosse superflua⁴¹⁴ la forma di intervento del giudice *ex* art. 2409 c.c.

. .

⁴⁰⁸ Si tratta di: G. BARBIERI, G. ANZANI, *Denunzia ex art. 2409 c.c. per gravi irregolarità nella gestione di una società: riflessioni minime a proposito di alcune riflessioni dibattute,* in www.ilcaso.it, 2018, pag. 12. Viene ivi ritenuta inopportuna la soluzione dell'interruzione del procedimento già avviato: l'istituto dell'interruzione ha la funzione di tutelare il diritto di difesa della parte divenuta priva di capacità processuale, ma che mantiene interesse all'esito del procedimento una volta che verrà riassunto, si osserva. Una volta che, però, sia instaurata una procedura concorsuale, il procedimento *ex* art. 2409 c.c. sarebbe incompatibile con il ruolo ricoperto dal curatore, e si perderebbe quindi, alla luce degli esisti della procedura concorsuale, ogni interesse alla riassunzione.

⁴¹⁰ Sul punto si veda, da ultimo ed in luogo di molti, M. Cossu, *L'amministratore giudiziario nel procedimento ex art. 2409 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2019, I, pag. 679 e ss. In particolare, l'A., dopo aver delineato il concetto di "gravi irregolarità" contestualizzandolo all'interno delle assimilabili disposizioni codicistiche, si sofferma con particolare attenzione sulla figura dell'amministratore giudiziario e sulla sua responsabilità

giudiziario e sulla sua responsabilità.

411 Alla medesima conclusione giunge: M. PALLADINO, *La nuova disciplina dei gruppi d'imprese, cit.*, pag. 141 e ss.

pag. 141 e ss. ⁴¹² Cfr. ad esempio Cass., 13 gennaio 2010, n. 403, in *www.tuttocamere.it;* M. RICCI, *I controlli individuali del socio non amministratore di società a responsabilità limitata,* in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, pag. 113 e ss. La posizione non era comunque unanime: si segnala ad esempio, in senso opposto, Trib. Milano, 12 aprile 2018, n. 2488, ordinanza, in *www.forumiuris.it,* ove è ammessa l'applicazione dell'art. 2409 c.c. alle s.r.l., seppur nel solo caso in cui siano dotate di organi di controllo.

⁴¹³ Il comma 2 prevede infatti, in tema di società a responsabilità limitata, che *«I soci che non partecipano all'amministrazione hanno diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione»*. Invece, il comma 3 prevede che *«L'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa da ciascun socio, il quale può altresì chiedere, in caso di gravi irregolarità nella gestione della società, che sia adottato provvedimento cautelare di revoca degli amministratori medesimi. In tal caso il giudice può subordinare il provvedimento alla prestazione di apposita cauzione».*

⁴¹⁴ Così si esprimeva la relazione governativa al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, consultabile in *Riv. soc.*, 2003, pag. 151.

Ora, invece, la nuova disciplina dispone chiaramente una siffatta possibilità, con la conseguenza che, per quello che qui interessa, il curatore di un'impresa del gruppo potrà proporre la denuncia di cui all'art. 291, c. 2, CCII nei confronti di altra impresa del gruppo, non soggetta a liquidazione giudiziale, anche se costituita sotto forma di società a responsabilità limitata.

Deve essere infine rilevato che, come ritiene anche parte della dottrina⁴¹⁵, alle azioni sino ad ora indicate debbano essere aggiunte anche quelle di responsabilità esperibili nei confronti degli amministratori e dei sindaci delle imprese del gruppo sottoposte a procedura unitaria (o separate procedure collegate), come disposto dall'art. 255 CCII. Ciò appare difatti coerente con le finalità della disciplina fino ad ora illustrata, ed inoltre non è rinvenibile nel codice alcun elemento che possa contraddire una siffatta affermazione e nessun interesse ulteriore potenzialmente lesionabile da essa. Sembra, in altri termini, che un'apposita disposizione dedicata a tali azioni all'interno della disciplina di gruppo sarebbe stata solamente ridondante.

3.3 Postergazione dei crediti da finanziamenti infragruppo

Resta, in conclusione, da analizzare il contenuto dell'art. 292 CCII, il quale, al comma 1, dispone: «I crediti che la società o l'ente o la persona fisica esercente l'attività di direzione e o coordinamento vanta, anche a seguito di escussione di garanzie, nei confronti delle imprese sottoposte a direzione e coordinamento, o che queste ultime vantano nei confronti dei primi sulla base di rapporti di finanziamento contratti dopo il deposito della domanda che ha dato luogo all'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore, sono postergati rispetto al soddisfacimento degli altri creditori. Se tali crediti sono stati rimborsati nell'anno anteriore alla domanda che ha dato luogo all'apertura della liquidazione giudiziale, si applica l'articolo 164». Segue, poi, il comma 2 dello stesso articolo, a mente del quale «La disposizione di cui al comma 1, primo periodo, non si applica ai finanziamenti previsti dall'articolo 102».

Il contenuto della disposizione si somma a quanto disposto dall'art. 2467 c.c. e dall'art. 2497 *quinquies* c.c., ai quali è inoltre strettamente interconnesso, come meglio poi si evidenzierà.

⁴¹⁵ Cfr. S. Monti, La crisi e l'insolvenza dei e nei gruppi d'imprese, cit., pag. 333.

Si ritiene pertanto d'uopo, prima di approfondire la norma concorsuale e per meglio comprenderla, dar conto, seppur per sommi capi⁴¹⁶, della disciplina contenuta negli ultimi due articoli citati ed evidenziare l'evoluzione del pensiero dottrinale ad essi dedicato. Ciò sarà anche utile per un qualche embrionale raffronto tra le norme, al termine di questo paragrafo.

La riforma organica del diritto societario del 2003 ha introdotto nel nostro ordinamento il precetto di cui all'art. 2467 c.c., dedicato alla postergazione dei finanziamenti dei soci, rimborsabili solo allorquando si sia proceduto all'integrale soddisfacimento degli altri creditori, nelle ipotesi in cui detti finanziamenti siano stati effettuati: *i)* in un momento nel quale vi è un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto della società finanziata, anche in considerazione del tipo di attività svolta; *ii)* in un momento nel quale, data la situazione finanziaria, sarebbe stata più ragionevole l'effettuazione di un conferimento⁴¹⁷.

La *ratio* di tale norma è, *prima facie*, la seguente: esprimere il concetto di *«corretto finanziamento dell'impresa»* ⁴¹⁸ . Difatti, la qualità di socio presuppone, tendenzialmente, che l'immissione di liquidità nella "propria" società sia effettuata tramite versamenti in conto capitale: il versamento di dette somme non dà luogo ad un credito esigibile durante la vita della società, e la restituzione potrà avvenire solamente una volta che quest'ultima venga sciolta, nei limiti dell'attivo del bilancio di liquidazione. Fa da contraltare a detta disciplina il fatto che i soci, a differenza dei creditori, siano titolari di diritti patrimoniali e amministrativi con riferimento alla società.

Ora, è possibile che il socio proceda anche ad erogazioni a titolo di capitale di credito, ma è ben ipotizzabile che una tale operazione sia dovuta alla sommatoria di due

⁴¹⁶ L'intento è quello di dare una visione d'insieme della disciplina, senza alcuna pretesa di esaustività, e sistematicamente antecedente alla descrizione della nuova normativa concorsuale, così da meglio comprenderne le implicazioni. L'argomento è di ampissima portata, e svariate sono le correnti dottrinali in tema. Saranno qui riportate le tesi ritenute maggioritarie, e si rimanda ai testi citati, e ai riferimenti in esso contenuti, per un più puntuale approfondimento della materia. Si segnala inoltre, con specifico riferimento alle varie interpretazioni sviluppatesi riguardo l'art. 2497 quinquies c.c.: M. MIOLA, *Crisi dei gruppi e finanziamenti infragruppo nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2019, pag. 317 e ss.

⁴¹⁷ Per la sussistenza dei due requisiti si veda l'accurata descrizione, con molteplici richiami giurisprudenziali, effettuata da: M. PALLADINO, *La nuova disciplina dei gruppi d'imprese, cit.*, pag. 158 e ss.

⁴¹⁸ Così: G. Perone, L'applicabilità della disciplina legale della postergazione ai finanziamenti ascendenti infragruppo (upstreaming financing), in Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa, 2012, pag. 6.

situazioni: il socio, in quanto tale, è più informato del creditore sull'andamento della società, ed in particolare sulla sua possibile deriva patologica; il socio, nel momento in cui la società venga liquidata, è *residual claimant* rispetto alle pretese creditorie. Pertanto, preso atto di ciò, il finanziamento da parte del socio, pur essendo in via astratta possibile, se fatto nel momento in cui si è palesato il dissesto della società, diviene modalità elusiva della disciplina societaria, in quanto mira ad una parificazione della propria posizione con quella creditizia.

A tale ipotesi dà una soluzione proprio l'art. 2467 c.c., il quale, postergando il finanziamento dei soci, ricrea la gerarchia di interessi prevista dalla generale disciplina societaria.

Le considerazioni appena fatte permettono però di ricavare una *ratio* che, rispetto a quella (molto generica) suindicata, appare più aderente alla fattispecie concreta che si vuole censurare: tale regola *«postula una presunzione di conoscenza dello stato di crisi in capo a finanziatori che godono di un potere di intervento, e per così dire di <i>immanenza, sulla gestione dell'impresa finanziata affatto particolare»*⁴¹⁹. Una siffatta *ratio* consente l'applicazione della norma solo ove si tratti di una consapevole traslazione del rischio d'impresa, e proprio per questo motivo la disciplina è stata prevista con riferimento alle s.r.l.⁴²⁰, nelle quali il socio è maggiormente informato sull'andamento della società rispetto ai creditori della stessa⁴²¹.

Si è posto, quindi, il problema dell'applicabilità o meno della disciplina anche alle società per azioni e la soluzione preferibile sembra essere quella intermedia: ammettere «una sua estensione selettiva a titolari di partecipazioni di controllo o comunque qualificate di società azionarie - prevalentemente a base ristretta - che, anche in relazione alla partecipazione (di diritto o di fatto) alla gestione sociale, godano di quella consapevolezza della situazione patrimoniale e finanziaria della società beneficiaria del finanziamento, che permette di riconoscere la sussistenza dell'eadem ratio ai fini dell'applicazione analogica della regola della postergazione

⁴¹⁹ Così: N. ABRIANI, Finanziamenti «anomali» dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata, in www.associazionepreite.it, 2010, pag. 10. Alla medesima conclusione giunge: M. FABIANI, Per la chiarezza delle idee su compensazione e postergazione, in Dir. banca mercato fin., 2019, I, pag. 57.

⁴²⁰ Difatti l'art. 2467 è contenuto nel Capo VII ("Delle società a responsabilità limitata") del Titolo V ("Delle società") del codice civile.

⁴²¹ Così anche: L. BENEDETTI, *I finanziamenti dei soci e infragruppo alla società in crisi*, Giuffrè, Milano, 2017, pag. 13.

ai finanziamenti da questi effettuati nelle condizioni "anomale" di cui al capoverso dell'art. 2467»⁴²².

Infine, la postergazione di cui sopra deve intendersi quale condizione sospensiva dell'esigibilità del credito dei soci⁴²³, la quale verrà meno una volta che i creditori della società verranno integralmente soddisfatti.

La riforma del 2003 ha introdotto anche l'art. 2497 *quinquies* c.c., a norma del quale l'art. 2467 c.c. si applica anche, ricorrendone i medesimi presupposti, ai finanziamenti infragruppo *downstream*, consistenti alternativamente in: *i)* finanziamenti effettuati direttamente dalla *holding* ad una eterodiretta; *ii)* finanziamenti effettuati da una eterodiretta ad un'altra eterodiretta, in esecuzione di una precisa direttiva proveniente dalla capogruppo.

Così formulata la norma, si è posto in dottrina il quesito circa la sua estensibilità anche ai finanziamenti *upstream*, giungendosi ad una risposta negativa, in quanto si è ritenuta non ricorrente l'*eadem ratio* che giustificasse l'applicazione analogica dell'art. 2467 c.c. 424. Difatti, come già visto, quest'ultimo muove dalla premessa della censurabilità di comportamenti posti in essere da soggetti che ricoprono una specifica posizione all'interno della società, grazie alla quale erogano versamenti volti a eludere la gerarchia legale di assunzione del rischio: ciò, calato nel contesto di gruppo, porta alla postergazione di quei versamenti che, direttamente o indirettamente, la *holding*, in forza della sua posizione apicale, ha effettuato così da *«alterare il rapporto tra investitori e finanziatori»*425.

Ciò invece non accade, ritiene sempre la dottrina in esame, nella situazione inversa: i soci delle eterodirette non hanno una posizione di potere nei confronti della capogruppo, e nemmeno, pertanto, una capacità di influenzare le scelte di gruppo.

Alla medesima conclusione, detta dottrina perviene anche per altra via. Tutta la disciplina degli artt. 2497 e ss. c.c., al fine di trovare il punto di equilibrio per una più possibile corretta disciplina dell'attività di direzione e coordinamento, "sacrifica" la

⁴²² Così: N. ABRIANI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata, cit.*, pag. 13. Nella stessa direzione anche, da ultima: Cass., 20 giugno 2018, n. 16291, in *www.ilcodicedeiconcordati.it.*

⁴²³ Cfr. P. Gobio Casali, *I finanziamenti dei soci tra postergazione e azioni revocatorie*, in www.ilcaso.it, 2017, pag. 4 e ss.

⁴²⁴ Si veda in proposito: G. PERONE, L'applicabilità della disciplina legale della postergazione ai finanziamenti ascendenti infragruppo (upstreaming financing), cit., spec. pag. 6 e ss. ⁴²⁵ Idem, pag. 10.

posizione dei creditori e dei soci esterni della capogruppo⁴²⁶, figure che non incidono direttamente sulla gestione del gruppo ma che sono sottoposti alla medesima disciplina prevista per i soci di controllo. Ammettere la postergazione dei finanziamenti *upstream*, rileva quindi questa dottrina, significherebbe che suddetti soggetti, in contraddizione con tutto il resto della disciplina, si gioverebbero della postergazione del credito della controllata, poiché sarebbero tenuti all'integrale restituzione solo una volta che gli altri creditori siano stati integralmente soddisfatti.

Così contestualizzato, va ora analizzato l'art. 292 CCII.

La prima evidenza che emerge dalla lettura dell'articolo consiste nel "potenziamento" di quanto disposto dalla seconda delle due norme sopra analizzate: è postergabile anche il finanziamento concesso dalla controllata alla controllante. Non sembra invece essere oggetto della disciplina dell'art. 292 CCII il finanziamento tra società "consorelle", ipotesi al contrario contemplata dall'art. 2497 quinquies c.c.

La postergazione, per siffatte operazioni, opera se il credito è stato contratto dopo il deposito della domanda di apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore al deposito stesso. Inoltre, si applica l'art. 164 CCII, espressamente menzionato dall'art. 291CCII (e tramite il quale vi è un richiamo "a catena" all'art. 2467, c. 2, c.c.), per i crediti rimborsati nell'anno anteriore a detto deposito.

L'art. 164 CCII, nello specifico, dispone l'inefficacia automatica di detti rimborsi, disponendone la postergazione una volta che siano dimostrati i presupposti di cui all'art. 2467, c. 2, c.c.

Dal combinato disposto degli artt. 291 e 164 CCII apparirebbe quindi questa situazione: l'inefficacia del rimborso è automatica, e ne deriva quindi il dovere di restituzione, mentre la postergazione richiede l'ulteriore dimostrazione dei presupposti previsti dalla normativa civilistica.

Stanti così le cose, si profilerebbe una differenza di trattamento a seconda che si tratti di sola concessione di credito, avvenuta dopo il deposito della domanda o nell'anno anteriore, o anche di rimborso dello stesso, avvenuto nell'anno anteriore alla domanda: nel primo caso, leggendo la disposizione per come formulata, il credito sarebbe

⁴²⁶ Sul punto si veda la nota (critica) di: R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, pag. 675 e ss.

automaticamente postergato 427, mentre, se rimborsato, si dovrebbe dimostrare la sussistenza dei requisiti richiesti dall'art. 2467, c. 2, c.c. per detta degradazione.

La dottrina propone allora di leggere la questione nell'ottica dell'onere della prova: «l'afferente temporale (infrannuale) del finanziamento potrebbe essere elevato a presunzione relativa dei requisiti della postergazione, ferma restando la possibilità per il creditore di dimostrare l'insussistenza (...) delle situazioni di squilibrio previste dall'art. 2467, comma 2, c.c.»⁴²⁸.

Non appare però convincente quanto sostenuto, poiché non emergono dal testo elementi che facciano propendere per una presunzione relativa, in quanto viene disposta la postergazione in quanto tale, senza ulteriori riferimenti. In altri termini, il ragionamento da tale dottrina elaborato si potrebbe in astratto riferire al solo ultimo periodo dell'art. 292, c. 1, CCII, non dandosi quindi risposta alla problematica. Inoltre, il comma 2 dell'articolo 292 CCII dispone che (quella che sembra essere una) postergazione automatica non operi per i finanziamenti prededucibili in esecuzione del concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti (artt. 99 e 101 CCII): sembrerebbe confermare l'automaticità della disposizione, individuando la specifica ipotesi in cui non deve operare.

L'apparente discrasia⁴²⁹ può essere risolta, però, se alla norma in questione si desse un'altra lettura.

Basandoci sulla sola lettera dell'art. 292, c. 1, CCII e sulla punteggiatura ivi utilizzata, sembra, in un primo momento, che in esso possano individuarsi due diverse ipotesi, concettualmente distinte: i) i crediti che la holding vanta nei confronti delle eterodirette, non specificandosi altro al riguardo; ii) i crediti, nei confronti della holding, che le eterodirette hanno contratto dopo il deposito della domanda o nell'anno

⁴²⁷ In quanto la norma recita «I crediti (...) sono postergati rispetto al soddisfacimento degli altri creditori».

⁴²⁸ Così: M. PALLADINO, La nuova disciplina dei gruppi d'imprese, cit., pag. 156.

⁴²⁹ Da sottolinearsi anche il fatto che l'art. 164, c. 3, CCII richiama, seppur non espressamente, quanto contenuto nell'art. 2497 quinquies c.c. (che, come detto, non coincide perfettamente con l'art. 292 CCII) creando un poco omogeneo quadro di riferimento (seppur debba ritenersi che l'inefficacia vada dichiarata anche per i crediti ascendenti, basandoci sul comma 2 dell'art. 164 CCII, si veda infra). Alla luce di ciò, e di quanto si dirà, sembra con primaria urgenza necessaria una riscrittura degli artt. 292 e 164 CCII, in modo che non cadano in contraddizione l'uno con l'altro. Quanto in guesta sede si esporrà, lo si vuole chiarire, non è mera riproposizione della lettera di legge, ma tentativo esegetico di riconduzione a razionalità del combinato disposto degli artt. 2467 c.c., 2497 quinquies c.c., 164 CCII e 292 CCII.

<u>anteriore</u>. Se ci si fermasse a questa prima lettura, emergerebbe un'ingiustificata differenza tra le due casistiche, in quanto i finanziamenti infragruppo discendenti apparirebbero da postergare in qualunque evenienza.

Occorre allora leggere la seconda ipotesi, ovvero quella dei finanziamenti *upstream*, come quella a cui la disposizione richiede di applicare i requisiti previsti dell'art. 2647 c.c. (per il tramite dell'art. 164 CCI), in quanto si tratta di una nuova fattispecie che il codice prevede in tema di postergazione, alla quale ha inteso applicare la disciplina già vigente nei confronti dei finanziamenti *downstream*. Questi ultimi (i crediti per finanziamenti che la capogruppo *«vanta»*, secondo la norma concorsuale), hanno già, invece, una consolidata disciplina dedicata, non essendosi ritenuta per loro necessaria la ripetizione di un precetto già conosciuto e applicato dalla prassi.

Si è quindi mal coordinato l'intento iniziale con la stesura dello stesso. In altri termini, la problematica qui evidenziata sembra essere un equivoco frutto di una disposizione mal formulata: l'intento era quello di ampliare (o quantomeno diversificare, si veda *supra*), in sede concorsuale, il disposto di cui all'art. 2497 *quinquies* c.c., sottoponendo però l'intero art. 292 CCII ai requisiti previsti dall'art. 2467, c. 2, c.c. In tal senso anche la legge delega, la quale richiedeva di *«stabilire il principio di postergazione del rimborso dei crediti di società o di imprese appartenenti allo stesso gruppo, in presenza dei requisiti di cui all'art. 2467 del codice civile»* ⁴³⁰. Pertanto, l'interpretazione qui esposta sembra poter ambire, da un lato, ad una coerenza interna della norma e, dall'altro, ad una sua conformità ai criteri dettati dal delegante, non potendo quindi incorrere in censure di illegittimità costituzionale.

Ciò condiviso, deve quindi escludersi la postergazione automatica. In aggiunta, va consequenzialmente ritenuto che il secondo periodo dell'articolo, riferendosi alle ipotesi di rimborso, debba applicarsi ad entrambe le ipotesi sopra enucleate. Va in proposito precisato che il codice⁴³¹ ha eliminato dall'art. 2467, c. 1, c.c. le parole «e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito», inserendo la previsione nel comma 2 dell'art. 164 CCII. Pertanto, quando si rinvia all'art. 2467 c.c., oggi non deve più ritenersi compresa l'ipotesi di

-

⁴³⁰ Cfr. art. 3, c. 1, lett. f), 1. 155/2017.

⁴³¹ Tramite l'art. 383 CCII, e con il fine di una maggiore coerenza sistematica, come si evince dalla relazione illustrativa al codice della crisi.

rimborso del finanziamento erogato, che oggi ha cittadinanza nell'ordinamento concorsuale.

Necessita ora di concise osservazioni il comma 2 dell'art. 292 CCII. È ivi prevista l'esclusione della disciplina di cui al primo comma del medesimo articolo in due ipotesi⁴³²: *i)* finanziamenti autorizzati prima dell'omologa di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti e finalizzati alla continuità d'impresa, anche se solamente in funzione della liquidazione (art. 99 CCII); *ii)* finanziamenti in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologati, nei quali sia prevista la continuità aziendale (art. 101 CCII). Il motivo è evidente: in entrambi i casi non sussiste più lo "scorretto" finanziamento dell'impresa, e pertanto, non volendo i soci trasferire il rischio d'impresa sui creditori, il loro finanziamento non è da postergare.

In ambedue le ipotesi, il credito non verrà postergato, ma sarà anzi prededucibile nella misura dell'ottanta per cento (il restante venti per cento è invece da ritenersi chirografario, e non postergato, in quanto l'art. 102 CCII, richiamato dall'art. 292, c. 2, CCII, esclude espressamente l'operare del regime della postergazione). Qualora però, in esecuzione del concordato o degli accordi di ristrutturazione, il finanziatore abbia acquisito la qualità di socio, la somma sarà interamente prededucibile.

Da sottolineare, in aggiunta, il fatto che, in entrambe le fattispecie, la prededuzione non opera quando il finanziamento sia dipeso da un comportamento fraudolento del debitore e il curatore dimostri la *scientia fraudis* in capo allo stesso⁴³³, all'interno (si ritiene) del progetto di stato passivo. Con detta previsione (sconosciuta alla legge fallimentare) si sono superate le precedenti remore giurisprudenziali⁴³⁴, dovute al fatto che, dato che la prededucibilità era fatta derivare, nella legge fallimentare, dalla sola natura del finanziamento, senza null'altro aggiungere, si riteneva che alcuna contestazione potesse essere mossa.

In conclusione, si analizzerà ora il rapporto tra quanto disposto dall'art. 292 CCII e la *ratio* sottostante all'art. 2467 c.c.

⁴³³ Cfr. art. 99, c. 6, CCII e art. 101, c. 2, CCII. Nel dettaglio, quello che è stato qui definito come "comportamenti fraudolenti" deve intendersi, alternativamente, in: dati falsi o omissioni importanti concernenti il piano (di concordato o di ristrutturazione) o atti in frode ai creditori da parte del debitore. ⁴³⁴ Cfr. Cass., 2 febbraio 2018, n. 2627, in *www.ilcaso.it*.

⁴³² Identificate dall'art. 102 CCII (che riproduce il contenuto dell'art. 182 *quater* della legge fallimentare), richiamato dall'art. 292, c. 2, CCII.

Come si è visto in tema di art. 2497 *quinquies* c.c., la dottrina prevalente riteneva che i finanziamenti ascendenti esulassero dalla *ratio* che caratterizza l'art. 2467 c.c., condividendo quindi la scelta legislativa. La nuova disposizione concorsuale, invece, ammette che sia postergabile anche questa tipologia di finanziamenti, e la motivazione sottostante sembra essere quella che una corrente dottrinale minoritaria ⁴³⁵ (condivisibilmente, a parere di chi scrive) sosteneva in tema di art. 2497 *quinquies* c.c. In sintesi, riteneva che, anche in ipotesi di credito erogato da una società eterodiretta nei confronti della *holding*, la decisione fosse da addebitare, in ultima istanza, a quest'ultima, rinvenendosi quindi la medesima fattispecie che l'art. 2467 c.c. vuole censurare. Sembra essere questa la motivazione che ha spinto il legislatore ad ammettere, almeno in sede concorsuale, la postergazione dei finanziamenti ascendenti: la crisi di gruppo si trova ad essere, almeno in larga parte, conseguenza di una non proficua direzione della capogruppo, motivo per il quale si presume che anche dette movimentazioni finanziarie siano state da essa indotte.

In aggiunta, abbiamo sopra ricordato come la postergazione dei finanziamenti *upstream* fosse ritenuta contraddittoria con la posizione marginale attribuita a creditori e soci esterni della *holding*. Deve però essere a ciò obbiettato un ulteriore fatto, che detta dottrina sembra non aver debitamente considerato: anche se il finanziamento venisse postergato, vi sono altri strumenti (ad esempio l'azione di responsabilità *ex* art. 2497 c.c.) che possono riequilibrare la situazione e far pervenire ad una coerenza del sistema. La possibilità di postergare anche questi finanziamenti, quindi, non è elemento che modifica gli assetti di interessi come gerarchizzati dal codice civile.

Si deve dar atto, in chiusura, di una corrente dottrinale⁴³⁶ sul tema, secondo la quale tale ampliamento del regime di postergazione potrebbe avere importanti conseguenze sulle imprese del gruppo. Più precisamente, è stato sostenuto che, in forza del disposto di cui all'art. 292 CCII, potrebbe verificarsi un ampliamento dell'insolvenza all'interno del gruppo: «posto che la propagazione dell'insolvenza si muove in una direzione inversa a quella del finanziamento effettuato, (...) la postergazione, impedendo il recupero delle somme date in prestito, è in grado di estendere la crisi

.

⁴³⁵ Si veda, ex multis: G. SCOGNAMIGLIO, Profili della tutela dei creditori nei gruppi di società, a dieci anni dalla riforma, in AA. VV, La riforma del diritto societario dieci anni dopo. Per i quarant'anni di Giurisprudenza commerciale, Giuffrè, Milano, 2015, pag. 320 e ss.

⁴³⁶ Cfr. M. MIOLA, Crisi dei gruppi e finanziamenti infragruppo nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, cit., pag. 333 e ss.

alla società finanziatrice» ⁴³⁷, società, quest'ultima, che singolarmente considerata potrebbe non essere divenuta insolvente (ad esempio in quanto operante su di una porzione di mercato con ristretta varietà di offerta).

⁴³⁷ *Idem*, pag. 334.

Capitolo 4. Accordi di ristrutturazione dei debiti

4.1 La *vexata quaestio* circa la loro natura: le risposte di dottrina, giurisprudenza e, ora, del legislatore

4.1.1 Inquadramento della problematica

La dibattuta questione riguardo la natura giuridica degli accordi di ristrutturazione dei debiti deve la sua origine alle varie modifiche che, nel corso degli anni, hanno riguardato l'art. 182 *bis* l. fall., dedicato alla loro disciplina.

Difatti, la formulazione iniziale⁴³⁸ di suddetto articolo, tramite il quale, nel 2005⁴³⁹, è stato introdotto nell'ordinamento questo strumento, delineava un accordo di natura prettamente privatistica, nel quale, solamente nella fase finale, vi era un intervento giudiziale ai fini dell'omologa di quanto le parti avevano previamente stipulato. Ne conseguiva la possibilità di utilizzo di norme civilistiche negoziali per colmare le lacune della (scarna) disciplina ivi prevista, e, ad esempio, l'impossibilità di considerare prededucibili, *ex* art. 111 l. fall., i crediti sorti in funzione di tali accordi⁴⁴⁰. Negli anni, però, il contenuto dalla norma in questione è stato ampliato, ed in particolare: *i)* nel 2010⁴⁴¹ è stata introdotta la facoltà, per il debitore, di richiedere al tribunale, a determinate condizioni, il blocco delle azioni esecutive nei confronti del proprio patrimonio anche nel periodo delle negoziazioni dell'accordo; *ii*) nel 2012, al

_

⁴³⁸ Ovvero: «I. Il debitore può depositare, con la dichiarazione e la documentazione di cui all'articolo 161, un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un esperto sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei. II. L'accordo è pubblicato nel registro delle imprese; i creditori ed ogni altro interessato possono proporre opposizione entro trenta giorni dalla pubblicazione. III. Il tribunale, decise le opposizioni, procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato. IV. Il decreto del tribunale è reclamabile alla corte di appello ai sensi dell'articolo 183, in quanto applicabile, entro quindici giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese. V. L'accordo acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione nel registro delle imprese».

⁴³⁹ Tramite il D. L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge con modificazioni dalla legge 14 maggio 2005, n. 80.

⁴⁴⁰ In tal senso si veda: P. MARANO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in F. SANTANGELI (a cura di), *Il nuovo fallimento. Commento al R.D. 16 marzo 1942, n. 267 coordinato con le modifiche apportate dalla Legge 14 maggio 2005, n. 80 e dal D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5,* Giuffrè, Milano, 2006, pag. 789. ⁴⁴¹ Tutti gli interventi che ora saranno segnalati sono precisamente rinvenibili consultando il testo dell'art. 182 *bis* 1. fall. sul sito *www.ilcodicedeiconcordati.it.*

divieto di azioni esecutive, per sessanta giorni, nei confronti dei creditori con titolo anteriore alla pubblicazione dell'accordo sul registro delle imprese, si è aggiunto anche quello di acquisizione di titoli di prelazione; *iii)* nel 2012, il blocco delle azioni di cui al primo punto è stato esteso anche al caso in cui fosse stata presentata domanda di concordato preventivo nei medesimi termini previsti per il deposito dell'accordo di ristrutturazione.

Una serie di innovazioni, quelle appena enunciate, che hanno fatto propendere parte della dottrina per l'inserimento degli accordi di ristrutturazione dei debiti nel novero delle procedure concorsuali. Varie erano le argomentazioni ⁴⁴²: le modalità di proposizione dell'accordo similari a quelle richieste per la presentazione della domanda di concordato preventivo; il blocco delle azioni esecutive e cautelari; la competenza spettante al tribunale fallimentare; l'esenzione da revocatoria degli atti posti in essere in esecuzione di suddetti accordi; il fatto che, *ex* art. 182 *quinquies* l. fall., potessero sorgere crediti prededucibili nel corso del procedimento.

Accanto a tale posizione, è però perdurata quella (maggioritaria)⁴⁴³, secondo la quale gli accordi di ristrutturazione sarebbero essenzialmente un istituto di diritto privato. L'assimilabilità alle procedure concorsuali, in particolare, sarebbe esclusa in quanto: *i)* non è previsto un provvedimento di apertura né la nomina di organi; *ii)* i creditori non sono organizzati come collettività (non vi è, in altri termini, il "concorso"); *iii)* non vi è uno spossessamento, nemmeno attenuato, del debitore, rimanendo egli, quindi, il *dominus* dell'impresa; *iiii)* non vige il principio della *par condicio creditorum*, basandosi l'istituto essenzialmente su singoli accordi con i creditori; *iiiii)* il blocco delle azioni esecutive è previsto solo per un periodo limitato.

-

⁴⁴² Segue, ora, una brevissima esposizione delle tesi sostenute, tra gli altri, da: G. B. NARDECCHIA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti,* in L. PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali,* Vol. IV, Utet Giuridica, 2014, pag. 508 e ss.; G. TERRANOVA, *I nuovi accordi di ristrutturazione: il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa,* in *Dir. fall.,* 2012, I, pag. 4; S. DELLE MONACHE, *Profili dei «nuovi» accordi di ristrutturazione dei debiti,* in *Riv. dir. civ.,* 2013, pag. 543 e ss. Ulteriori riferimenti sono rinvenibili nei testi appena indicati.

⁴⁴³ Cfr., ex multis, M. Fabiani, L'ulteriore upgrade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate, in Fallimento, 2010, pag. 899 e ss. (cui si farà maggiormente riferimento nel testo); C. Proto, Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi di impresa e ruolo del giudice delegato, in Fallimento, 2007, pag. 193 e ss; I. L. Nocera, Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico: il diritto della crisi d'impresa oltre le procedure concorsuali, in Dir. fall., 2012, I, pag. 377 e ss.; S. Ambrosini, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012, in Dir. fall., 2012, I, pag. 1138; I. L. Nocera, Architettura strutturale degli accordi di ristrutturazione: un'analisi di diritto civile, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2011, pag. 1129 e ss. Si rimanda inoltre ai molteplici riferimenti dottrinali e giurisprudenziali in queste opere contenuti.

Questo, in estrema sintesi, lo *status quo*, nel solco del quale, nel 2018, si sono inserite più pronunce della Cassazione, tutte, come ora si vedrà, concordi nel catalogare gli accordi di ristrutturazione dei debiti quali procedura concorsuale. Si anticipa già che la dottrina non ritiene ancora del tutto risolta la questione, evidenziando criticità che la Suprema Corte non avrebbe debitamente tenuto in considerazione nelle proprie decisioni.

Si ritiene però utile, prima, spendere una qualche considerazione sulla rilevanza dell'attribuzione di una o dell'altra natura giuridica all'istituto in esame⁴⁴⁴. Se lo si considera una procedura concorsuale⁴⁴⁵, anzitutto ne deriva l'applicazione analogica di una serie di norme concorsuali, principalmente quelle in tema di concordato preventivo e in tema di prededuzione dei crediti sorti in funzione della procedura. Inoltre, se questo è l'esito condiviso, gli accordi di ristrutturazione sarebbero anch'essi sottoposti alla disciplina di cui al regolamento (UE) 2015/848 ⁴⁴⁶. Simili considerazioni, all'evidenza, non potrebbero essere fatte nell'ipotesi opposta.

Se, invece, fosse considerato un accordo di natura meramente negoziale, troverebbero applicazione le disposizioni del codice civile a ciò dedicate, quali, ad esempio, quelle circa l'annullabilità dello stesso nelle ipotesi di errore, violenza o dolo.

.

⁴⁴⁴ Le considerazioni che ora seguono sono dovute a quanto esposto da: M. DE LINZ, *La Cassazione* fissa un punto fermo sulla vexata quaestio della natura giuridica degli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall., consolidando l'orientamento che li qualifica come procedura concorsuale, in *Dir. fall.*, 2019, II, pag. 454 e ss.; M. ARATO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra la giurisprudenza della Cassazione e il Codice della crisi e dell'insolvenza*, in www.ilcaso.it, 2018, pag. 7 e ss.

⁴⁴⁵ È questo l'esito che sembra apparire dalla lettura del nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza. Si veda *infra*.

⁴⁴⁶ Come già si è visto nel primo capitolo, gli accordi di ristrutturazione sono ricompresi nell'Allegato A del reg. 848/2015, ove sono tassativamente previste le procedure sottoposte alla disciplina ivi contenuta, e ciò, per parte della dottrina, è risposta sufficiente a superare la questione. Così: M. DE LINZ, La Cassazione fissa un punto fermo sulla vexata quaestio della natura giuridica degli accordi di ristrutturazione, cit., pag. 457. La questione a me non sembra invece così pacifica e facilmente superabile: considerare, maggioritariamente, gli accordi di ristrutturazione quale istituto di diritto privato dà luogo ad un'evidente discrasia tra ordinamento nazionale e sovranazionale, con un non facile coordinamento tra le discipline. Nell'ipotesi in cui, inoltre, la questione si concludesse unanimemente (ad esempio in forza di un intervento legislativo) nel senso della natura privatistica, va detto che il legislatore europeo potrebbe ben cambiare il contenuto dell'Allegato A. In altri termini, si ritiene che la considerazione dell'A. non possa essere dirimente. In tal senso anche altra dottrina, secondo la quale «anche con riferimento ad altri Paesi vi è stata una scelta estensiva e inclusiva di strumenti tradizionalmente estranei al perimetro delle procedure concorsuali». Così: M. FABIANI, La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione, in Fallimento, 2018, pag. 297.

4.1.2 L'orientamento della Cassazione

Nel 2018, la Suprema Corte si è pronunciata più volte⁴⁴⁷ sulla questione, avallando in tutti i casi la tesi secondo la quale gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una procedura concorsuale, attraverso una stratificazione di più argomentazioni volte a suffragare questa posizione.

Il primo intervento⁴⁴⁸, invero, si è assestato su di un piano leggermente differente rispetto al più ampio discorso che si è sin qui effettuato: la fattispecie esaminata dalla Suprema Corte riguardava la prededucibilità o meno del credito del professionista che assiste il debitore nel procedimento di accordo di ristrutturazione dei debiti. La Cassazione ha dato una risposta affermativa al quesito, in quanto *«gli accordi appartengono agli istituti del diritto concorsuale»*. La dottrina⁴⁴⁹, in proposito, ha evidenziato la differenza semantica intercorrente tra "procedure concorsuali" ⁴⁵⁰ e "istituti del diritto concorsuale", sottolineando come l'art. 111 l. fall., in tema di prededuzione, si applichi ai crediti sorti in funzione delle procedure concorsuali, e non degli istituti del diritto concorsuale. Trattasi quindi di una prima decisione che, pur tracciando, in via derivativa, una linea guida abbastanza chiara, non è caratterizzata da una persuasiva tecnica argomentativa.

⁴⁴⁷ Cass., 18 gennaio 2018, n. 1182, in *Fallimento*, 2018, pag. 285; Cass., 25 gennaio 2018, n. 1896, in *Fallimento*, 2018, pag. 286; Cass., 12 aprile 2018, n. 9087, in *Fallimento*, 2018, pag. 984; Cass., 19 giugno 2018, n. 16161, in *www.ilcaso.it*; Cass., 21 giugno 2018, n. 16347, in *www.ilcaso.it*. Si segnala, in aggiunta, un'ulteriore, e più recente, pronuncia della Suprema Corte, nella quale, brevemente, è ribadita la natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione; in tal senso: Cass., 8 maggio 2019, n. 21855, in *www.ilcaso.it*.

⁴⁴⁸ Cass., 18 gennaio 2018, n. 1182, cit. Per un commento a tale sentenza si veda: S. AMBROSINI, *Nota a Cass. 18 gennaio 2018, n. 1182,* in *www.osservatorio-oci.it.*

⁴⁴⁹ Cfr. M. Fabiani, *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione, cit.*, pag. 288 e ss. (il quale, tra l'altro, commenta negativamente la sentenza, sostenendo la tesi della natura negoziale degli accordi di ristrutturazione); M. Arato, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra la giurisprudenza della Cassazione e il Codice della crisi e dell'insolvenza, cit.*, pag. 2.

⁴⁵⁰ Si segnala, non ritenendo utile, per le finalità di quest'elaborato, un'approfondita analisi in questa sede, l'encomiabile ricostruzione del concetto di "procedura concorsuale" che la dottrina, preso atto della mancanza di riferimenti normativi e del silenzio giurisprudenziale, ha fatto partendo dalle singole procedure positivizzate. Si veda: M. FABIANI, *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione, cit.*, spec. pag. 293 e ss.

Una più approfondita trattazione della tematica è invece rinvenibile in una successiva pronuncia⁴⁵¹, ove l'accordo di ristrutturazione è stato definitivamente qualificato come procedura concorsuale⁴⁵².

A tal fine, la Suprema Corte ha utilizzato «un'immagine quasi "astronomica" del sistema fallimentare» ha individuato nel fallimento l'epicentro della disciplina, ove l'autonomia delle parti è quasi assente, tracciando poi livelli tanto più lontani da quest'ultimo quanto più l'autonomia delle parti aumenta. In questa realtà "ideologica", da cui sono stati, dalla Corte, esclusi i piani attestati di risanamento, l'ultimo "livello" è rappresentato dagli accordi di ristrutturazione dei debiti, i quali presentano una disciplina (ad esempio in tema di necessità di omologazione o di non revocabilità di pagamenti in esecuzione degli stessi) che «suppone realizzate (...) forme di controllo e pubblicità sulla composizione negoziata, ed effetti protettivi, coerenti con le caratteristiche dei procedimenti concorsuali».

A tal proposito, la Cassazione ha individuato dei requisiti minimi per l'identificazione di una procedura concorsuale, ossia: *i)* l'interlocuzione tra debitore ed autorità giudiziaria, con fini sia protettivi che di controllo; *ii)* il coinvolgimento, almeno formale, di tutti i creditori, parte dei quali, poi, potranno anche essere "esterni" alla procedura; *iii)* una qualche forma di pubblicità.

Raffrontando ciò alla disciplina prevista per detti accordi, la Cassazione ha concluso quindi che non si potesse che definirli quali procedura concorsuale. A favore di questa tesi, ha proseguito, anche il fatto che la definizione di procedure concorsuali contenuta nel reg. (UE) 848/2015 si riferisca alle sole ipotesi in cui vi sia una temporanea sospensione delle azioni esecutive, disposta da un giudice o per legge, al fine di consentire la trattativa tra debitore e creditori.

_

⁴⁵¹ Cass., 12 aprile 2018, n. 9087, cit. Per dei commenti a tale sentenza (i primi due favorevoli, l'altro critico) si vedano: M. DE LINZ, La Cassazione fissa un punto fermo sulla vexata quaestio della natura giuridica degli accordi di ristrutturazione, cit., pag. 451 e ss.; C. Trentini, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una "procedura concorsuale": la Cassazione completa il percorso, in Fallimento, 2018, pag. 988 e ss.; M. Fabiani, Dal Codice della crisi d'impresa agli accordi di ristrutturazione senza passare da Saturno, in www.ilcaso.it. Alle medesime conclusioni è giunta, con un percorso argomentativo più conciso, Cass., 21 giugno 2018, n. 16347, cit.

⁴⁵² La Corte, richiamando espressamente il precedente prima trattato, sostiene infatti, testualmente, che «l'accordo di ristrutturazione dei debiti (...) "appartiene agli istituti del diritto concorsuale" - ovvero, più esplicitamente, rientra "tra le procedure concorsuali"», riducendo a mera scelta lessicale le problematiche prima evidenziate.

⁴⁵³ Cfr. M. ARATO, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra la giurisprudenza della Cassazione e il Codice della crisi e dell'insolvenza, cit., pag. 3.

La dottrina⁴⁵⁴ che condivide l'esito della Cassazione sottolinea, in aggiunta ai tre tratti caratterizzanti individuati dalla Corte, come il fatto che, per potersi parlare di procedura concorsuale, debba trattarsi di una composizione riguardante tutti i creditori non implichi la necessaria liquidazione della totalità dei beni costituenti il patrimonio del debitore. Avalla questa posizione, sempre per suddetta dottrina, il fatto che il legislatore avesse previsto istituti, quali il concordato per garanzia, il quale *«poteva attuarsi con l'assunzione dell'obbligo del garante di adempiere gli impegni presi i creditori, conservandosi all'imprenditore il suo patrimonio o parte dello stesso»*⁴⁵⁵.

A seguito delle sentenze della Cassazione, il contesto di riferimento sembra quindi essere mutato, tanto che alcuni autori, originariamente a favore della tesi negoziale, ritengono che essa non possa oramai più essere sostenuta⁴⁵⁶.

Si tenterà ora di vedere come gli accordi di ristrutturazione siano stati trattati all'interno del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, ed in particolare se sia stata confermata la tesi della loro concorsualità, discendendone i corollari applicativi prima, succintamente, esposti.

4.1.3 La natura degli accordi di ristrutturazione alla luce del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

La dottrina⁴⁵⁷, in sede di commento alla legge delega, ravvisava come la riforma sarebbe stata un passo ulteriore nel processo volto a far assumere agli accordi di ristrutturazione *«la fisionomia di concordati preventivi semplificati»*⁴⁵⁸. Detta legge, tra le altre disposizioni, richiedeva infatti, all'art. 5, c. 1, lett. c), che le misure protettive degli accordi di ristrutturazione fossero assimilate a quelle previste dal

4

⁴⁵⁴ Cfr. C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una "procedura concorsuale", cit.*, pp. 996-997.

⁴⁵⁵ *Idem*, pag. 997.

⁴⁵⁶ Così, ad esempio, M. ARATO, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra la giurisprudenza della Cassazione e il Codice della crisi e dell'insolvenza, cit., pag. 2, ove sostiene che il mutato quadro di riferimento non possa che «far vacillare le pur radicate e convincenti motivazioni che [lo] avevano indotto ad escludere che gli accordi di ristrutturazione fossero procedure concorsuali».

⁴⁵⁷ Cfr. F. Di Marzio, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Osservazioni sulla legge delega*, Giuffrè, Milano, 2018, pag. 57 e ss.

⁴⁵⁸ *Idem,* pag. 61. Deve dirsi però che, leggendo il codice, sembra non essersi verificata la sovrapposizione che la dottrina in esame temeva. In una visione d'insieme, gli accordi di ristrutturazione dei debiti si trovano ad essere uno strumento più "snello" di quello concordatario, lasciandosi anche maggiore autonomia alle parti.

concordato preventivo e, all'art. 5, c. 1, lett. d), l'estensione degli effetti dell'accordo anche ai soci illimitatamente responsabili, alle stesse condizioni previste per il concordato preventivo. Sembra, pertanto, che già in sede di delega, volendosi accostare la figura in esame a quella del concordato preventivo, la direzione fosse quella della "concorsualizzazione" di detti accordi.

Venendo al nuovo testo di legge, la prima evidenza concerne il fatto che all'interno dell'art. 2 CCII, dedicato alle definizioni, non ve ne sia una avente ad oggetto la locuzione "procedura concorsuale", dovendosi quindi cercare risposta alla questione qui esaminata per altra via.

Tramite il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, sembra vi sia stato, da un punto di vista generale, un passo ulteriore, ma non decisivo, verso l'inclusione degli accordi di ristrutturazione nell'alveo delle procedure concorsuali⁴⁵⁹.

Sono molteplici gli elementi che fanno propendere in tal senso. Anzitutto, la nomina di un commissario giudiziale da parte del tribunale, nelle ipotesi in cui pendano istanze di apertura della liquidazione giudiziale nelle more del procedimento dedicato agli accordi di ristrutturazione (art. 44, c. 4, CCII).

In proposito, la dottrina che affermava la natura negoziale degli accordi di ristrutturazione argomentava in tal senso sostenendo che tra i "paradigmi delle procedure concorsuali" vi fosse anche *«la previsione dell'affidamento della gestione - o di un controllo sulla gestione - ad un organo nominato dall'autorità pubblica*", argomento, ora, pacificamente superato.

⁴⁵⁹ Del medesimo avviso pare essere la dottrina maggioritaria. Si vedano in tal senso: G. BUFFELLI, *Gli* accordi di ristrutturazione dei debiti nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, ne il Fallimentarista, pp. 7 e 8; C. Trentini, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una "procedura concorsuale": la Cassazione completa il percorso, cit., pag. 997; M. DE LINZ, La Cassazione fissa un punto fermo sulla vexata quaestio della natura giuridica degli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall., consolidando l'orientamento che li qualifica come procedura concorsuale, cit., pp. 466 e 467; P.P. LANNI, Il contratto nell'operazione (o procedimento) di ristrutturazione dei debiti, in Questione Giustizia, 2019, II, pag. 265 e ss. Di diverso avviso invece altra dottrina, la quale, dopo aver ritenuto in un primo momento, in sede di commento allo schema di decreto attuativo della legge delega, superata la possibilità di sostenere la tesi della natura negoziale (cfr. M. FABIANI, La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione, cit., pag. 298), è tornata a ribadire la non concorsualità degli accordi. In tal senso: M. FABIANI, Dal Codice della crisi d'impresa agli accordi di ristrutturazione senza passare da Saturno, cit., passim. Infine, si segnala una posizione "terza", che ritiene solamente non risolta la problematica in questione, per la quale si veda: A. ZORZI, Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel codice della crisi, in Fallimento, 2019, pp. 1000 e 1001. ⁴⁶⁰ M. FABIANI, La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione, cit., pag. 294.

Nella medesima direzione anche la previsione di un'unitaria disciplina per l'accesso al concordato preventivo, da un lato, e all'omologazione degli accordi di ristrutturazione, dall'altro (art. 44 CCII). L'omologazione, inoltre, avverrà tramite sentenza e non più tramite decreto (art. 48, c. 6, CCII): argomentazione, quest'ultima, che di per sé non è certamente decisiva, ma che, contestualizzata nel più ampio discorso che ora si sta affrontando, ha comunque un certo valore, almeno indicativo. Ancora, l'art. 61 CCII prevede la nuova⁴⁶¹ figura degli accordi "ad efficacia estesa", tramite i quali, in estrema sintesi⁴⁶², il debitore, a determinate condizioni, può vincolare all'accordo anche i creditori dissenzienti. Per quel che qui interessa, la norma prevede un'esplicita deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c., rispettivamente dedicati all'efficacia soggettiva del contratto e al contratto a favore di terzi. Ora, seppur debba essere riconosciuto come questa disposizione potrebbe essere interpretata nel senso favorevole alla tesi di chi sostenga la natura contrattuale degli accordi di ristrutturazione, viene in questa sede interpretata nel senso opposto: le deroghe alle previsioni civilistiche sembrano "de-contrattualizzare" l'istituto, prevedendo per quest'ultimo importanti differenze rispetto ai normali contratti di diritto privato.

In particolare, rileva il rapporto tra art. 61 CCII e art. 1372 c.c. Quest'ultimo, al comma 2, prevede che il contratto non produce effetti verso terzi salvo *«che nei casi previsti dalla legge»*, potendosi pertanto, *prima facie*, ritenere non fondato quanto qui sostenuto, in quanto si tratterebbe solamente di una particolare fattispecie che nulla modifica a livello di sistema.

Il discorso deve però essere affrontato adottando una prospettiva più approfondita, volta a far emergere elementi ulteriori.

La nuova norma concorsuale prevede, tra le condizioni di sua applicabilità, che i creditori vengano, tramite gli accordi di ristrutturazione, soddisfatti in misura non inferiore a quanto otterrebbero in sede di liquidazione giudiziale⁴⁶³ (il cd. *cram down*), con ciò innovando rispetto all'attuale art. 182 *septies* 1. fall., per il quale il raffronto deve essere fatto con le "alternative concretamente praticabili". La previsione è quindi,

_

, , ,

⁴⁶¹ Nuova in quanto non più circoscritta solamente a banche ed intermediari finanziari, come previsto nell'art. 182 *septies* 1. fall. (previsione che, comunque, perdura all'interno dell'art. 61, c. 5, CCII).

⁴⁶² Per una più dettagliata trattazione si vedano: A. ZORZI, *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel codice della crisi, cit.*, pag. 1001e ss.; G. BUFFELLI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, cit.*, pag. 6 e ss. ⁴⁶³ Cfr. art. 61, c. 2, lett. d), CCII.

sulla base del nuovo testo, identica a quella prevista in tema di concordato preventivo, e ciò, unito alla generalizzazione della previsione, non più destinata solo a banche e intermediari finanziari, fa ritenere molto più accentuato, seppur non ancora "pieno", il concorso dei creditori sul patrimonio del debitore.

Se ciò è condiviso, sembra, se non del tutto venuta meno, almeno di portata molto meno ampia l'argomentazione di chi, come prima è stato evidenziato, ha ritenuto che gli accordi di ristrutturazione fossero uno strumento di diritto privato dato che i creditori erano considerati solo "per teste", non essendovi invece alcuna caratterizzazione quale collettività.

Deve darsi atto del fatto che la soluzione alla *vexata quaestio* non sia, alla luce delle novità legislative, ancora pacifica.

Difatti, pur ritenendo chi scrive prevalente la componente concorsuale, gli accordi di ristrutturazione dei debiti continuano ad avere una natura mista. Si pensi, ad esempio, alla possibilità, a determinate condizioni, di rinegoziare gli accordi (art. 58 CCII) oppure alla necessità, ai fini dell'estensione dell'efficacia degli accordi anche ai creditori dissenzienti, che le trattative siano state svolte in buona fede (art. 61, c. 2, lett. a), CCII).

Nella medesima direzione anche la rubrica della Sezione II ("Strumenti negoziali stragiudiziali soggetti ad omologazione") del Capo I ("Accordi") del Titolo IV ("Strumenti di regolazione della crisi"). Seppur una siffatta formulazione possa far dubitare della natura concorsuale degli accordi *de quibus*, deve da contro darsi atto del fatto che la sezione precedente, dedicata ai piani attestati di risanamento, è rubricata "Strumenti negoziali stragiudiziali", demarcandosi pertanto una netta differenziazione e dando seguito alle conclusioni della Cassazione⁴⁶⁴ che, nel sancire la concorsualità degli accordi, l'aveva invece esclusa con riferimento ai piani attestati.

Si può giungere, però, ad una qualche conclusione se si ragiona in termini generali. Gli accordi di ristrutturazione si pongono quale alternativa più "snella" al concordato preventivo, destinata soprattutto a situazioni di dissesto meno avanzate o, comunque, meno complesse⁴⁶⁵ di quelle che necessitano di una procedura strutturata come quella prevista per il concordato. L'obiettivo è comunque la proficua gestione della crisi, e, a

⁴⁶⁴ Cass., 12 aprile 2018, n. 9087, cit.

⁴⁶⁵ Difatti il nuovo codice prevede la possibilità di accesso a tali strumenti anche per gli imprenditori non commerciali (art. 57, c. 1, CCII).

tal fine, si prevedono determinati strumenti (ad esempio i già citati accordi ad efficacia estesa) che cercano di equilibrare differenti interessi.

Proprio in forza di ciò, non può, a mio avviso, ritenersi che il legislatore abbia previsto un'alternativa al concordato preventivo di natura meramente negoziale, poiché, se così fosse, sarebbero bastati, ad esempio, dei correttivi a strumenti quale la transazione *ex* art. 1965 c.c. Invece, proprio la necessità di porsi quale alternativa al concordato fa sì che gli accordi di ristrutturazione difettino di elementi, quali ad esempio gli organi della procedura⁴⁶⁶, la cui presenza non agevolerebbe l'esperimento dello strumento e finirebbe per appiattire lo strumento sulla figura del concordato preventivo.

Si evidenzia, in conclusione, il permanere, in parte della dottrina⁴⁶⁷, della convinzione circa la natura negoziale di suddetti strumenti, pur a fronte delle novità normative.

Le argomentazioni in tal senso sono, sostanzialmente, identiche a quelle sostenute anteriormente all'emanazione del nuovo codice, ma ve n'è una, nuova, ancorché non particolarmente convincente. Difatti, la dottrina in esame, dopo aver evidenziato come, nella rubrica del già analizzato art. 288 CCII, si faccia espressamente menzione alle "procedure concorsuali", rileva che il contenuto della predetta norma sia rivolto solamente a liquidazione giudiziale e concordato preventivo, concludendo che da ciò debba dedursi la non concorsualità degli accordi di ristrutturazione⁴⁶⁸.

Una siffatta argomentazione pare, peraltro, basarsi su di un ragionamento fallace. L'art. 288 CCII si occupa dell'ipotesi di più procedure separate inerenti a più imprese appartenenti al medesimo gruppo, prescrivendo, in tale ipotesi, obblighi informativi interprocedurali in capo agli organi di gestione delle varie procedure. Ma, come già evidenziato, gli accordi di ristrutturazione sono, salva l'ipotesi in cui penda un'istanza di liquidazione giudiziale⁴⁶⁹, sprovvisti di detti organi. Da ciò, in particolare, consegue che la procedura di omologazione degli accordi sia strutturalmente meno articolata di

⁴⁶⁷ Si fa riferimento a: M. Fabiani, *Dal Codice della crisi d'impresa agli accordi di ristrutturazione senza passare da Saturno, cit., passim.* Si fa menzione anche di un ulteriore orientamento dottrinale, secondo il quale la questione non è, alla luce del nuovo codice, risolta, non prendendo però al riguardo una posizione, ma sottolineando l'importanza della soluzione, in funzione della possibilità o meno di estendere analogicamente le disposizioni dettate in tema di concordato preventivo. Così: M. SPIOTTA, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza - La disciplina dei gruppi*, in *Giur. it.*, 2019, pag. 2014 e ss.

⁴⁶⁶ Anche se, come si è detto, vi può essere la nomina di un commissario giudiziale.

⁴⁶⁸ Così, ancora: M. Fabiani, Dal Codice della crisi d'impresa agli accordi di ristrutturazione senza passare da Saturno, cit., pag. 6.

⁴⁶⁹ Ipotesi che, tra l'altro, la dottrina in esame cerca di minimizzare. Cfr. M. FABIANI, *Dal Codice della crisi d'impresa agli accordi di ristrutturazione senza passare da Saturno, cit.*, pag. 7.

quella di concordato e di liquidazione giudiziale, essendo pertanto superflua la previsione di un obbligo di cooperazione. In altri termini, data la strutturazione di concordato preventivo e liquidazione giudiziale, è inevitabile che gli organi della procedura abbiano la disponibilità di tutta di una serie di informazioni che, nel caso degli accordi di ristrutturazione, non emergono.

Concludendo, la natura degli accordi di ristrutturazione non può dirsi ancora pacifica, ma, data la loro strutturazione, può dirsi che la bivalenza che li caratterizza sia loro intrinseca. Dovendosi comunque cercare una soluzione, viste le conseguenze che sopra sono state evidenziate, sembra opportuno ragionare in termini di prevalenza, giungendosi in tal modo alla loro contestualizzazione all'interno del perimetro delle procedure concorsuali.

Il che porterebbe ad apprezzabili conseguenze: ad esempio, anche in caso di accordi di ristrutturazione di gruppo, si dovrebbero ritenere praticabili trasferimenti di risorse infragruppo (art. 285, c. 2, CCII), ipotesi dalla norma ammessa solo per il caso di concordato preventivo. Difatti, anche per gli accordi vige il principio della separazione di masse attive e passive⁴⁷⁰, ma i principi cui sono improntati sono i medesimi cui è sottoposto il concordato preventivo: ad esempio, la possibilità degli accordi ad efficacia estesa è condizionata, tra le altre, alla continuità aziendale che da essi deriva⁴⁷¹. Se si condivide la natura (principalmente) concorsuale degli accordi, allora sembra praticabile l'estensione analogica dell'art. 285, c. 2, CCII anche a questi ultimi.

4.2 Accordi di ristrutturazione e gruppi: la disciplina codicistica

Pare opportuno, in via preliminare, fare menzione di un recentissimo precedente giurisprudenziale di merito⁴⁷², il quale ha ammesso la sottoscrizione di un unico accordo per tutte le società appartenenti al medesimo gruppo, rimanendo però

-

⁴⁷⁰ Difatti l'art. 284, c. 3, CCII si riferisce testualmente anche agli accordi di ristrutturazione dei debiti.

⁴⁷¹ Cfr. art. 61, c. 2, lett. b), CCII.

⁴⁷² Trib. Bergamo, 13 febbraio 2019, decreto, in *www.ilcaso.it*. Si deve dar atto di come, nel decreto, emerga una posizione dei giudici volta a valorizzare la natura privatistica degli accordi, in antitesi alla consolidata posizione tenuta dai giudici di legittimità l'anno precedente. Ad identiche conclusioni era giunta anche, sempre in tema di gruppi: App. Firenze, 7 aprile 2016, decreto, in *www.ilcaso.it*, ove vien testualmente detto che *«Giova preliminarmente ricordare come l'accordo di ristrutturazione dei debiti non dia luogo ad una procedura concorsuale, essendo destinato a produrre effetti soltanto sul piano negoziale»*. Qualche parola sul tema, comunque, sarà spesa al termine di questo paragrafo.

necessaria la proposizione di plurime domande di omologazione. Più nel dettaglio, il tribunale ha sottolineato l'opportunità di una ristrutturazione coordinata e la sua non contrarietà alle finalità dell'istituto, purché, come avvenuto nel caso di specie, sia debitamente valorizzata, all'interno dei piani, l'autonomia delle masse attive e passive. Nel concreto, le società del gruppo erano ricorse all'utilizzo di condizioni sospensive "incrociate", legate all'avvenuta omologazione, così da consentirne la sola esecuzione unitaria. Sembra che ciò, alla luce della nuova normativa, non sia più necessario (si veda *infra*).

Due le (brevi) osservazioni che possono essere fatte a questa decisione: essendo una decisione di merito, e non di legittimità, deve tenersi in considerazione il fatto che sarebbe potuta intervenire, censurando l'orientamento, la Cassazione; la decisione è intervenuta quando il d.lgs. 14/2019 era già stato approvato in Parlamento, non potendosi quindi escludere che una certa qual influenza sia da esso stata esercitata sui giudici.

Venendo all'esame del testo di legge, la disciplina della declinazione degli accordi di ristrutturazione nel contesto del gruppo è sostanzialmente la medesima di quella dedicata al concordato preventivo di gruppo ⁴⁷³, pur residuando qualche differenziazione.

Pertanto, in sintesi: *i)* è presentabile un unico ricorso per l'omologazione di accordi concernenti più imprese⁴⁷⁴, purché ciò sia prodromico al miglior soddisfacimento dei creditori e di ciò vi sia adeguata evidenza nel ricorso⁴⁷⁵; *ii)* nel ricorso, vi deve essere puntuale indicazione della struttura e dei legami di gruppo, dovendosi in aggiunta depositare, ove redatto, l'ultimo bilancio consolidato⁴⁷⁶; *iii)* deve essere rispettata l'autonomia delle masse attive e passive delle singole società⁴⁷⁷, pur nel perimetro prima evidenziato, soprattutto considerando che residuano tratti negoziali all'interno

⁴⁷³ Si ritiene opportuno soffermarsi su quanto esposto e chiarirne il significato, onde evitare un qualche equivoco. Non si sta affermando che tutta la disciplina di concordato e accordi di gruppo sia la medesima, ma solamente che le peculiari (in quanto riferite all'ipotesi di gruppo) previsioni di cui agli artt. 284, 285 e 289 CCII si applichino tanto al concordato preventivo quanto agli accordi di ristrutturazione. Per i due istituti, poi, troveranno distinta applicazione le previsioni generali rispettivamente loro dedicate.

⁴⁷⁴Cfr. art. 284, c. 2, CCII.

⁴⁷⁵ Cfr. art. 284, c. 4, CCII.

⁴⁷⁶ Cfr. art. 289 CCII.

⁴⁷⁷ Cfr. art. 284, c. 3, CCII.

dell'istituto; *iiii*) il tribunale, quando omologa, valuta che i creditori non vengano soddisfatti in misura deteriore rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale⁴⁷⁸. Deve aggiungersi, inoltre, che, nonostante la rubrica dell'art. 286 CCII si riferisca al solo concordato preventivo, debbano essere i medesimi i criteri di attribuzione della competenza per i casi in cui le imprese del gruppo abbiano sede in diversi circondari⁴⁷⁹. Difatti, condiviso quanto sopra detto, gli accordi di ristrutturazione sono una procedura concorsuale e, difettando di un'apposita disposizione che individui il tribunale competente, da cui potrebbero derivare conflitti di competenza o abusi da parte dei ricorrenti, sembra opportuno estendere l'ambito applicativo della norma. Pertanto, competente per l'unico ricorso sarà il tribunale entro la cui circoscrizione ha sede il centro degli interessi principali della *holding* o, in mancanza, entro la cui circoscrizione ha sede l'impresa con maggior esposizione debitoria, alla luce dei dati di bilancio.

Ciò detto, residuano comunque ulteriori questioni, derivanti dalle peculiarità di questo strumento rispetto al concordato preventivo.

Anzitutto, per i motivi già evidenziati in precedenza, la procedura in esame non deve ritenersi ricompresa nell'ambito applicativo dell'art. 288 CCII, in tema di cooperazione tra organi di diverse procedure nei casi di procedure autonome per società del gruppo sottoposte a separate procedure.

In seconda istanza, data l'unicità del ricorso, e della conseguente sentenza di omologazione, non è più necessario, come prima anticipato, che siano inserite condizioni sospensive all'interno degli accordi⁴⁸⁰: la nuova normativa ha positivizzato l'esperimento unitario di tale ricorso, non rendendosi più necessari strumenti di tutela "interna" alla soluzione della crisi dai ricorrenti adottata.

Ancora, deve valutarsi, non essendo nulla esplicitamente previsto, se gli accordi ad efficacia estesa, come generalizzati dall'art. 61 CCII, possano applicarsi anche all'ipotesi di accordi "di gruppo". Proprio il silenzio della normativa sembra essere elemento decisivo: se si fosse voluta escludere l'opportunità di questa peculiare forma di accordi, si sarebbe, con ogni probabilità, prevista espressamente la limitazione.

-

⁴⁷⁸ Cfr. art. 285, c. 4, CCII.

⁴⁷⁹ A medesime conclusioni giunge, pur non argomentando: S. MONTI, *La crisi e l'insolvenza dei e nei gruppi di imprese, cit.*, pag. 326.

⁴⁸⁰ In tal senso anche: F. GUERRERA, *La regolazione negoziale della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese nel nuovo CCII, cit.*, pag. 238.

In conclusione, sembra opportuno spendere qualche considerazione sul rapporto tra la normativa qui analizzata e le (similari) conclusioni alle quali la giurisprudenza⁴⁸¹ citata ad inizio paragrafo, in tema di ammissibilità dell'esperimento di questo strumento da parte di un gruppo di imprese, era giunta.

In particolare, tale esito era dovuto al fatto che, ritenutasi in quelle sedi preminente la natura contrattuale degli accordi di ristrutturazione, veniva individuato come consequenziale il fatto che *«il giudice* [non dovesse] *porre un freno alla volontà negoziale* [manifestatasi] *in via stragiudiziale»* ⁴⁸². Sembra, a chi scrive, che la motivazione sia stata congegnata in modo tale da non porsi in contrasto con l'arresto della Cassazione in tema di concordato di gruppo: ponendosi nell'ottica della libera attività negoziale delle parti, i giudici hanno evitato che, anche per tale strumento, potesse porsi il diniego derivante dalla necessità di una previsione normativa espressa circa la possibilità di un unico ricorso di gruppo.

Ora, non potendosi più ritenere valevoli simili considerazioni, deve evidenziarsi come, per diversa via, oggi si pervenga comunque al medesimo risultato. Il codice ha positivizzato la possibilità di accesso unitario agli accordi di ristrutturazione dei debiti, prevedendo l'intero Titolo VI, ove puntualmente vengono definite le condizioni di ammissibilità e le peculiari previsioni procedurali necessarie al profittevole utilizzo di questo "nuovo" strumento.

4.3 La direttiva (UE) 2019/1023

4.3.1 I principi e i valori perseguiti, anche in relazione ai gruppi di imprese

Il 20 giugno 2019 ha visto la luce la direttiva (UE) 2019/1023⁴⁸⁴ (d'ora in avanti, "la direttiva"), volta ad armonizzare i sistemi giuridici europei, diffondendo la "cultura del salvataggio" dell'impresa.

⁴⁸¹ Il riferimento è a: Trib. Bergamo, 13 febbraio 2019, cit.; App. Firenze, 7 aprile 2016, cit.

⁴⁸² Così: App. Firenze, 7 aprile 2016, *cit*.

⁴⁸³ Cass., 13 ottobre 2015, n. 20559, cit.

⁴⁸⁴ Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza). Per una visione d'insieme su tale testo di legge europeo si vedano: G. BENVENUTO, S. MEANI, *Direttiva UE n. 1023/2019 sulla*

A tal proposito, già il considerando n. 1 segnala come la direttiva miri a garantire «alle imprese e agli imprenditori sani che sono in difficoltà finanziarie la possibilità di accedere a quadri nazionali efficaci in materia di ristrutturazione preventiva che consentano loro di continuare ad operare, agli imprenditori onesti insolventi o sovraindebitati di poter beneficiare di una seconda opportunità (...), e a conseguire una maggiore efficacia delle procedure di ristrutturazione (...), in particolare attraverso una riduzione della loro durata».

Difatti, ha evidenziato la Commissione europea nella proposta di direttiva⁴⁸⁵, i tassi di recupero delle imprese sono più elevati nei Paesi nei quali le procedure di ristrutturazione sono quelle statisticamente più utilizzate ⁴⁸⁶: seguire questa via permette, da un lato, di aumentare la certezza (giuridica) per gli investitori ⁴⁸⁷ e, dall'altro, di recuperare imprese la cui insolvenza, oggi, tende a riverberarsi sempre più nei confronti di altre imprese situate in Stati membri.

In particolare, con riguardo a quest'ultimo aspetto, la direttiva mira ad essere complementare al regolamento n. 848/2015, e non a sostituirlo: mentre quest'ultimo disciplina la cooperazione interstatale, la direttiva si occupa dei principi minimi che devono essere assicurati in tutti gli Stati membri così da permettere il recupero delle imprese nel maggior numero possibile di casi⁴⁸⁸.

L'attribuzione di centralità al recupero delle imprese in dissesto deve correlarsi, però, ad un altro elemento, ossia alla necessità di tutelare gli interessi dei creditori. Proprio il fatto che, statisticamente, ove è più diffuso l'utilizzo di strumenti volti al recupero dell'attività di impresa si rinvenga il più alto tasso di recupero è argomento che

_

ristrutturazione preventiva, esdebitazione ed insolvenza: prime valutazioni, ne il Fallimentarista, 2019; F. MAROTTA, L'armonizzazione europea delle discipline nazionali in materia di insolvenza: la nuova direttiva europea riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, in www.ilcaso.it, 2019; L. PANZANI, Il preventive restructuring nella Direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze, in www.ilcaso.it, 2019; G. FICHERA, Ristrutturazione preventiva e insolvenza: le novità introdotte dalla direttiva UE 2019/1023, in IPSOA Quotidiano, 30 luglio 2019.

⁴⁸⁵ COM(2016) 723 fin. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dei debiti, e che modifica la direttiva 2012/30/UE.

⁴⁸⁶ Cfr. COM(2016) 723 fin., pag. 3.

⁴⁸⁷ Cfr. considerando n. 7 della direttiva 2019/1023, ove, in particolare, è sottolineato come la necessità di una certezza giuridica per gli investitori assuma maggiormente rilievo nei gruppi di imprese internazionali, per i quali si ritiene esiziale la sussistenza di normative nazionale improntate a principi diametralmente opposti.

⁴⁸⁸ Cfr. considerando n. 12, n. 13 e n. 14 della direttiva 2019/1023.

permette di risolvere la questione: se l'intervento è tempestivo (ed è questo uno dei "pilastri" dell'intervento europeo in commento⁴⁸⁹), procedere al recupero dell'attività, piuttosto che al suo sfaldamento, tutela maggiormente l'interesse del ceto creditorio, soprattutto se si considera che l'attivo delle imprese «è fatto prevalentemente di beni immateriali»⁴⁹⁰, valore che, se si procede alla liquidazione, viene perso.

Da ciò discende, come rileva anche parte della dottrina⁴⁹¹, un'ottica diversa con la quale si disciplina la posizione dei creditori: pur dovendo essere tutelati, questi ultimi devono orientare la propria condotta all'aiuto dell'impresa in difficoltà. Pertanto, ne consegue che ipotesi quali, ad esempio, le interruzioni di forniture che paralizzerebbero l'attività dell'impresa dovranno, secondo le previsioni europee⁴⁹², essere impedite *ex ante* dai legislatori nazionali.

La direttiva prende in considerazione anche il fenomeno dei gruppi.

Anzitutto, viene rilevato⁴⁹³ come, con l'attenuazione delle differenze legislative tra gli Stati membri, si incentiverebbe il miglior funzionamento del Mercato Unico, conseguendone la facilitazione della ristrutturazione anche dei gruppi di imprese. Questi ultimi, infatti, sono sempre più distribuiti in diverse nazioni, fattore che mette particolare luce sulla necessità di armonizzazione della normativa eurounitaria: se la normativa è "standardizzata", ne consegue un contesto normativo che permette la coordinata ristrutturazione di più imprese aventi sede in diversi Stati membri, le quali, insieme, costituiscono un unico soggetto economico.

In aggiunta, si segnala la centralità della tempestiva rilevazione del dissesto con riferimento al fenomeno in questione ⁴⁹⁴: imprescindibile diviene l'istituzione di strumenti di allerta precoce, cosicché l'insolvenza possa essere evitata e non si debba dar luogo a procedure comportanti lo spossessamento totale del debitore.

⁴⁹³ Cfr., in particolare, il considerando n. 15 della direttiva 2019/1023.

144

⁴⁸⁹ Cfr. considerando n. 3 e art. 3 della direttiva 2019/1023.

⁴⁹⁰ Questa citazione, come le altre osservazioni prima fatte, sono rinvenibili in: L. PANZANI, Conservazione dell'impresa, interesse pubblico e tutela dei creditori: considerazioni a margine della proposta di direttiva in tema di armonizzazione delle procedure di ristrutturazione, in www.ilcaso.it, 2017, spec. pag. 14 e ss. (la citazione è rinvenibile a pag. 16).

⁴⁹¹ Cfr. G. Benvenuto, S. Meani, *Direttiva UE n. 1023/2019 sulla ristrutturazione preventiva, esdebitazione ed insolvenza: prime valutazioni, cit.*, pag. 7.

⁴⁹² Cfr. art. 7, par. 4, direttiva n. 1023/2019.

⁴⁹⁴ Cfr. considerando n. 22 e n. 24 della direttiva 2019/1023.

Deve darsi atto del fatto che il legislatore italiano abbia già introdotto gli strumenti volti ad una anticipata emersione della crisi⁴⁹⁵, ma sembra ravvisabile una non totale aderenza tra normativa nazionale e sovranazionale in tema di gruppi. Difatti l'art. 12, c. 4, CCII esclude dal campo di applicazione degli strumenti di allerta i gruppi di imprese di rilevante dimensione, mentre la direttiva, al considerando n. 22, segnala l'importanza degli strumenti di allerta proprio con particolare riferimento a questa tipologia dimensionale di gruppi, in base alle considerazioni già prima evidenziate. Si possono però condividere delle osservazioni dottrinali⁴⁹⁶ sul punto, in base alle quali l'esclusione, nella normativa italiana, dei gruppi di rilevante dimensione sarebbe dovuta ad una duplice ragione: essi sono dotati di un'articolazione complessa e sofisticata delle funzioni di controllo e gestione dell'attività, tendenzialmente migliore di quanto non avvenga nei gruppi di piccole dimensioni; il novellato art. 2086 c.c. prevede la necessità che gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili dell'impresa (e, quindi, anche del gruppo) debbano essere adeguati anche alla tempestiva rilevazione della crisi dell'impresa. Quest'ultimo elemento, se inserito nel perimetro della prima osservazione sopra fatta, fa sì che non si renda necessaria l'applicazione degli strumenti di allerta anche ai gruppi di ampie dimensioni, in quanto la loro organizzazione sembra già adeguata ai fini che tali strumenti mirano a raggiungere.

Sembra, pertanto, che il codice della crisi, in relazione a quest'aspetto, sia conforme alla normativa europea ⁴⁹⁷. Sembrano confortare tale esito due ulteriori argomentazioni: la previsione europea è contenuta in un considerando, la cui natura

.

⁴⁹⁵ Vds. l'intero Titolo II ("Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi") del CCII. Deve sottolinearsi, a tal proposito, che la legge delega, all'art. 1, c. 2, chiedeva al delegato di tener conto anche della normativa dell'Unione europea, compresa la già citata raccomandazione 2014/35/UE della Commissione. Quest'ultimo testo, dedicato alla diffusione della "cultura del salvataggio" delle imprese in difficoltà, evidenziava già la necessità di una tempestiva emersione della crisi quale elemento necessario alla proficua ristrutturazione dell'impresa. La Commissione però, in sede di proposta di adozione della direttiva, ha evidenziato la necessità di adottare uno strumento, la direttiva appunto, che potesse avere effetti più pregnanti della precedente raccomandazione, pur avendo quest'ultima «costituito un'utile guida per gli Stati membri impegnati in riforme nel settore dell'insolvenza» (cfr. COM(2016) 723 fin., pag. 8).

⁴⁹⁶ M. L. VITALI, Sistemi di allerta e crisi di gruppo nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: prime riflessioni (anche) alla luce delle recenti tendenze europee, cit., pag. 577.

⁴⁹⁷ Di diverso avviso: S. BASTIANON, *Allerta precoce e ristrutturazione preventiva: Codice della crisi e Direttiva 2019/1023 a confronto*, ne *il Fallimentarista*, 2019, pag. 7. Si rinvia alla lettura dello scritto anche per una più approfondita comparazione tra normativa italiana ed europea in tema di strumenti di allerta.

non è cogente, ma, al limite, interpretativa; tramite il recepimento di una direttiva non è necessario riproporre pedissequamente il disposto in essa contenuto, ma deve crearsi un sistema coerente quanto in essa previsto. Il che, alla luce delle considerazioni prima svolte, risulterebbe essere avvenuto.

4.3.2 Probabili modifiche alla disciplina degli accordi di ristrutturazione (di gruppo) alla luce della direttiva (UE) 2019/1023

Sebbene, come si è appena visto, la direttiva abbia preso in considerazione, in sede di principi direttivi, anche il fenomeno dei gruppi, nessuna disposizione è poi direttamente riferita a questi ultimi. Deve, però, considerarsi che le osservazioni che verranno ora fatte riguarderanno la generale disciplina degli accordi di ristrutturazione, la quale troverà applicazione anche nelle ipotesi in cui a detto strumento si farà ricorso tramite un'unica domanda di omologazione che riguardi più imprese appartenenti al medesimo gruppo.

Preliminarmente, va detto che la direttiva⁴⁹⁸ fa riferimento ai generici "quadri di ristrutturazione preventiva", dovendosi quindi individuare cosa il legislatore europeo abbia inteso disciplinare.

Soccorre l'interprete l'art. 2, par. 1, n. 1, della direttiva, il quale prevede che per "ristrutturazione" debbano intendersi le *«misure che intendono ristrutturare le attività del debitore che includono la modifica della composizione, delle condizioni o della struttura delle attività e delle passività del debitore o di qualsiasi altra parte della struttura del capitale del debitore, quali la vendita di attività o parti dell'impresa, e, se previsto dal diritto nazionale, la vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale, come pure eventuali cambiamenti operativi necessari, o una combinazione di questi elementi».*

⁴⁹⁸ Si segnala che, *ex* art. 34, la direttiva dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il 17 luglio 2021, salvo alcune previsioni, concernenti l'utilizzo di strumentazione elettronica, da recepirsi, invece, entro un termine più ampio.

Dalla lettura della disposizione emerge con chiarezza come, per quel che qui interessa, gli accordi di ristrutturazione⁴⁹⁹ rientrino a pieno titolo nel campo di applicazione⁵⁰⁰ della direttiva: il fine dell'istituto nazionale è pienamente conforme ai presupposti in essa contenuti, parendo non percorribile un esito diverso da quello qui sostenuto.

Ciò premesso, un primo profilo di criticità concerne la già analizzata nomina di un commissario giudiziale *ex* art. 44, c. 4, CCII⁵⁰¹: il codice sembra prevedere che essa, quando penda un'istanza di liquidazione giudiziale, avvenga automaticamente, mentre nella direttiva la nomina di un "professionista nel campo della ristrutturazione"⁵⁰² deve essere fatta caso per caso⁵⁰³, salvo non sussistano determinate condizioni⁵⁰⁴ che ne permettano la nomina automatica, tra le quali vi è il caso di sospensione generale delle azioni esecutive individuali. Il codice, con riferimento al blocco delle azioni esecutive individuali ⁵⁰⁵, prevede un semi-automatismo, in quanto sono condizionate ad un'apposita domanda del debitore ⁵⁰⁶ e possono essere revocate dal tribunale ⁵⁰⁷. Sembra pertanto necessario che il Governo, in sede correttiva, proceda almeno con il distinguere il caso in cui il debitore richieda il blocco delle azioni esecutive con quello in cui non le richieda: nella prima ipotesi vi potrà essere la nomina automatica del

⁴⁹⁹ Lo stesso può dirsi con riferimento al concordato preventivo. Nel capitolo a quest'ultimo dedicato sono stati evidenziati i profili di incompatibilità tra normativa concordataria nel codice e normativa europea.

⁵⁰⁰ A tal riguardo si segnala che la direttiva, *ex* art. 1, par. 2, non si applica a imprese assicuratrici, enti creditizi, imprese di investimento, enti pubblici e persone fisiche diverse dall'imprenditore.

⁵⁰¹ Sul punto appaiono concordi: A. ZORZI, *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel codice della crisi, cit.*, pag. 1000, nota n. 39; L. PANZANI, *Il preventive restructuring nella Direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze, cit.*, pag. 12 e ss. In particolare, con riferimento all'ultimo Autore citato, si vedano anche le ulteriori considerazioni riguardo la sospensione e la durata massima delle azioni esecutive individuali (pag. 17 e ss.).

⁵⁰² Definito dall'art. 2, par. 1, n. 12, come «la persona o l'organo nominato dall'autorità giudiziaria o amministrativa per svolgere in particolare uno o più dei seguenti compiti: a) assistere il debitore o i creditori nel redigere o negoziare il piano di ristrutturazione; b) vigilare sull'attività del debitore durante le trattative sul piano di ristrutturazione e riferire all'autorità giudiziaria o amministrativa; c) assumere il controllo parziale delle attività o degli affari del debitore durante le trattative». Appare, all'evidenza, coincidente con la figura del commissario giudiziale.

⁵⁰³ Cfr. art. 5, par. 2, della direttiva 2019/1023. La motivazione di una tale previsione la si rinviene nel considerando n. 30 della direttiva, ove viene indicato l'obiettivo di evitare costi inutili, che appare non collimante con l'automatica nomina di organi di procedura in tutte le ipotesi di ristrutturazione dell'attività d'impresa.

⁵⁰⁴ Cfr. art. 5, par. 3, della direttiva 2019/1023.

⁵⁰⁵ Sul punto si veda, più diffusamente: M. FABIANI, Le misure cautelari e protettive nel codice della crisi d'impresa, in Riv. dir. proc., 2019, pag. 849 e ss.

⁵⁰⁶ Cfr. art. 54, c. 4, CCII.

⁵⁰⁷ Cfr. art. 55, c. 3, CCII.

commissario giudiziale, alle condizioni di cui all'art. 44, c. 4, CCII; nel secondo dovrà essere valutata caso per caso la necessità o meno della nomina di tale figura.

Strutturata in tal modo, la norma appare pienamente conforme ai principi e alle disposizioni contenuti nella direttiva.

Altro profilo di criticità concerne uno dei requisiti di applicabilità dei già analizzati accordi ad efficacia estesa ⁵⁰⁸. Difatti, come *supra* evidenziato, gli accordi di ristrutturazione possono vincolare anche i creditori dissenzienti qualora, tra le altre condizioni, il tribunale accerti un tasso di soddisfacimento non deteriore rispetto a quanto avverrebbe in caso di liquidazione giudiziale (art. 61, c. 2, lett. d), CCII). Al contrario, nella direttiva il requisito del miglior soddisfacimento dei creditori viene collegato tanto all'ipotesi di liquidazione quanto a quella del *«miglior scenario alternativo possibile se il piano di ristrutturazione non* [viene] *omologato»* ⁵⁰⁹.

Sembra, pertanto, quanto mai opportuno che la previsione interna torni a porre quale metro di paragone le "alternative concretamente praticabili", come previsto nell'art. 182 septies l. fall.

Ancora, sembra potersi rendere necessario un intervento inerente alle modalità con cui il piano viene approvato⁵¹⁰. Infatti, la direttiva, all'art. 11, par. 1, pone quale regola generale⁵¹¹ la necessità, da un lato, che vi sia la formazione di classi di creditori e, dall'altro, che il piano sia approvato da tutte le classi.

Il codice, invece, tace sulla necessità o meno di prevedere classi (*rectius*: categorie⁵¹²), ma il motivo è da rintracciarsi nel fatto che *«le "categorie" sono l'esito della negoziazione diretta con i creditori che sono parte diretta del processo ristrutturativo*»⁵¹³, valorizzandosi quindi la componente negoziale, facendo derivare da quest'ultima la composizione delle categorie.

⁵¹⁰ Una qualche osservazione circa tale profilo è riscontrabile in: F. MAROTTA, *L'armonizzazione* europea delle discipline nazionali in materia di insolvenza: la nuova direttiva europea riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, cit., pp. 16 e 17.

⁵¹³ Così: L. Jeantet, P. Vallino, *Classi e categorie di creditori, cit.*, pag. 3.

148

⁵⁰⁸ Così: A. ZORZI, *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel codice della crisi, cit.*, pag. 1003.

⁵⁰⁹ Cfr. art. 2, par. 1, n. 6 della direttiva (UE) 2019/1023.

Difatti, a determinate condizioni in tale articolo previste, è possibile superare il dissenso di alcune classi dissenzienti tramite una valutazione del giudice. È fattispecie assimilabile a quella degli accordi ad efficacia estesa, che dovranno essere però modificati come sopra precisato.

⁵¹² Anche se, per la dottrina, «Le "classi" del concordato preventivo e le "categorie" dell'accordo di ristrutturazione hanno contenuto descrittivo identico a fronte di una diversa qualificazione formale». Così: L. Jeantet, P. Vallino, Classi e categorie di creditori, ne il Fallimentarista, 2018, pag. 3.

Il profilo apparentemente problematico concerne, invece, la seconda previsione, ossia quella riguardante le maggioranze richieste, in quanto dal codice emergono tre ipotesi: *i)* l'accordo è concluso se stipulato con creditori che rappresentino il sessanta per cento dei crediti; *ii)* l'accordo è concluso se, a determinate condizioni⁵¹⁴, stipulato con creditori che rappresentino il trenta per cento dei crediti; *iii)* in caso di accordi ad efficacia estesa, essi sono efficaci se i crediti dei creditori aderenti di una categoria rappresentano almeno il settantacinque per cento di tutti i creditori appartenenti alla categoria. In nessuno dei casi è previsto espressamente che vi debba essere l'approvazione in tutte le categorie, rendendosi pertanto necessario un intervento additivo del legislatore nazionale.

In conclusione, si segnala un rilievo dottrinale⁵¹⁵ che, se venisse accolto dal nostro legislatore⁵¹⁶, modificherebbe di non poco non solo la disciplina degli accordi di ristrutturazione, ma, più in generale, l'intero sistema concorsuale. Quest'ultimo è, come noto, improntato al principio della *absolute priority rule*, in base al quale il pagamento dei creditori chirografari è subordinato all'integrale soddisfacimento delle pretese sorrette da privilegio. Dall'art. 11, par. 2⁵¹⁷, della direttiva emerge però il principio della *relative priority rule*⁵¹⁸, in base al quale il creditore di grado superiore

⁵¹⁴ Si tratta dei cd. accordi di ristrutturazione agevolati, nei quali la percentuale è, *ex* art. 60 CCII, ridotta alla metà qualora il debitore: *i)* non proponga moratoria dei crediti estranei all'accordo; *ii)* non richieda e rinunci a misure protettive temporanee.

⁵¹⁵ Si fa riferimento a: G. Benvenuto, S. Meani, Direttiva UE n. 1023/2019 sulla ristrutturazione preventiva, esdebitazione ed insolvenza: prime valutazioni, cit., pag. 8; L. Panzani, Il preventive restructuring nella Direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze, cit., pag. 33 e ss.

⁵¹⁶ Difatti, in questa sede, quanto contenuto nell'art. 11, par. 2, della direttiva 2019/1023 appare quale facoltà attribuita agli Stati membri, e non quale obbligo. Di diverso avviso L. PANZANI, *Il preventive restructuring nella Direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze, cit.*, pag. 34, ove vien sostenuto che, se il nostro legislatore non interverrà, la norma sarà da considerarsi comunque applicabile una volta scaduto il termine di recepimento. Oltre alla ragione in prima battuta esposta, deve esserne aggiunta una ulteriore, sempre al fine di dimostrare la non condivisibilità di tale posizione: perché una direttiva sia direttamente applicabile, la Corte di Giustizia ha statuito (nella celebre sentenza *Van Gend e Loss* del 1963) che le previsioni in essa contenute debbano essere "chiare, precise e incondizionate". Ora, mentre ciò può valere per altre disposizioni della direttiva, ritengo non sia il caso dell'art. 11, par. 2: già il solo fatto che venga detto, ad esempio, *«con mezzi uguali o equivalenti»* sembra far difettare il requisito della precisione.

⁵¹⁷ In base al quale: «(...) gli Stati membri possono prevedere che i diritti dei creditori interessati di una classe di voto dissenziente siano pienamente soddisfatti con mezzi uguali o equivalenti se è previsto che una classe inferiore riceva pagamenti o mantenga interessi in base al piano di ristrutturazione».

⁵¹⁸ Si veda, in tal senso, anche il considerando n. 56. Si segnala inoltre come tale regola varrebbe solamente per le ipotesi di *cross class cram down*, ossia quelle in cui la valutazione circa il trattamento non deteriore rispetto ad altre alternative identificate dalla legge venga fatto con riferimento alle classi dissenzienti.

deve essere soddisfatto in misura superiore a quello di grado inferiore, il quale, però, può, in qualche misura, essere soddisfatto.

Ora, dalla normativa europea emerge come la scelta dell'introduzione sia lasciata alla discrezionalità degli Stati membri, ma, si ipotizza, non troverà seguito nell'ordinamento italiano, in quanto si tratterebbe un sovvertimento del sistema che modificherebbe sensibilmente gli assetti di interesse dell'intero *corpus* normativo appena adottato⁵¹⁹.

Si deve segnalare, però, come una modifica in tale direzione porterebbe ad una maggiore flessibilità nella predisposizione dei piani, in quanto sarebbe «più facile raggiungere un accordo ed anche convincere i soci di riferimento ad investire ulteriormente nella società oggetto della ristrutturazione o mantenere fornitori strategici»⁵²⁰.

⁵¹⁹ Un esempio per tutti: si dovrebbe rimodulare la facoltà di voto attribuita ai creditori privilegiati, i quali, ad oggi, possono votare solamente quando rinuncino al proprio privilegio, e cioè alla priorità di soddisfacimento loro attribuita (difatti, la rinuncia al privilegio vale ai soli fini endoconcorsuali).

⁵²⁰ Così: L. PANZANI, Il preventive restructuring nella Direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze, cit., pag. 34.

Capitolo 5. Profili fiscali

5.1 Il bilancio consolidato: il rapporto bidirezionale tra norme civili/fiscali e nuove norme concorsuali

Nei capitoli precedenti è stata affrontata la nuova disciplina concorsuale avente ad oggetto i gruppi d'imprese, con una focalizzazione essenzialmente dedicata al complesso di disposizioni espressamente ad essi rivolte, evidenziandone sia i pregi sia gli aspetti che sono apparsi più problematici.

L'ultimo profilo che sembra meritare una qualche osservazione è quello che concerne il ruolo attribuito al bilancio consolidato. Quest'ultimo, indipendentemente dal fatto che la procedura sia unitaria⁵²¹ o che vi siano autonome procedure separate⁵²², assume grande rilevanza dal punto di vista informativo: tramite il deposito dello stesso, le imprese ricorrenti danno atto dei vincoli partecipatevi tra di loro intercorrenti, fornendo agli organi della procedura indicazioni utili per una più proficua e corretta gestione del dissesto. In aggiunta, al bilancio consolidato si fa espresso riferimento anche in sede definitoria⁵²³, divenendo pertanto elemento utile, prima ancora che per lo sviluppo della procedura, per l'individuazione del fenomeno di gruppo, derivandone l'applicabilità o meno delle disposizioni fino ad ora analizzate.

Pur essendo ciò pacifico, si ritiene opportuno fornire qualche ulteriore indicazione rispetto a cosa debba esattamente intendersi con "bilancio consolidato".

Il nostro ordinamento propone una specifica disciplina, di natura civilistica, concernente le modalità con cui esso deve essere redatto; inoltre, in ambito fiscale, prevede un regime di tassazione opzionale⁵²⁴, quello del consolidato nazionale⁵²⁵, con rilevanti peculiarità che lo differenziano dalla disciplina civilistica, dovendosi allora indagare se una qualche conseguenza possa interessare la disciplina concorsuale.

⁵²¹ Cfr. art. 284, c. 4, CCII, e art. 289 CCII.

⁵²² Cfr. artt. 288 e 289 CCII.

⁵²³ Cfr. art. 2, lett. h) e i), CCII.

⁵²⁴ Con regime di tassazione opzionale si intende la facoltà, attribuita "a coppie" alla capogruppo e a ogni controllata che vi aderisca, di individuare quale base imponibile la somma algebrica delle risultanze dei singoli bilanci, superando la tassazione società per società, in quanto è liquidata un'unica imposta. ⁵²⁵ Esiste, in aggiunta, anche il regime opzionale del consolidato mondiale (artt. 130-142 Tuir). In questa sede, coerentemente con la trattazione, in tutto l'elaborato, relativa ai soli gruppi nazionali, non verrà però preso in considerazione.

Il consolidamento "civilistico" trova la propria disciplina all'interno degli artt. 25-43 del d.lgs. n. 127/1991⁵²⁶, in base ai quali, anzitutto, hanno l'obbligo di redigere il bilancio consolidato le s.p.a., le s.a.p.a. e le s.r.l. che, ai sensi dell'art. 2359 c.c., controllano una o più società⁵²⁷, salvo alcune ipotesi di esonero contenute all'interno dell'art. 27 del decreto in esame⁵²⁸.

Tralasciando un'approfondita analisi del complesso di norme a ciò dedicato, quel che qui interessa è il contenuto del bilancio di gruppo che emerge in base a tali previsioni: leggendo queste ultime, il gruppo diviene un soggetto unitario, dovendosi eliminare i riferimenti a reciproche partecipazioni, reciproci rapporti di debito credito e i valori concernenti operazioni infragruppo⁵²⁹. A conferma di ciò, il fatto che, *ex* art. 29, c. 2, del decreto in esame, il bilancio consolidato debba rappresentare *«il risultato economico del complesso delle imprese»* che costituiscono il gruppo e debba essere corredato da una relazione degli amministratori della capogruppo che analizzi la situazione economica complessiva del gruppo⁵³⁰.

Ben diversa è la disciplina del consolidamento (nazionale) a fini fiscali, disciplinato dagli artt. 117-129 del Tuir e dal D. M. 9 giugno 2004⁵³¹: nel consolidamento fiscale, a differenza di quanto appena evidenziato, *«non cessa la rilevanza dei rapporti tra società del gruppo»*⁵³², avendosi una rappresentazione più dettagliata e completa della situazione patrimoniale di gruppo. Ciò è necessaria conseguenza delle diverse finalità cui sono preposte le due fonti normative: nella prima ipotesi si mira a dare una rappresentazione globale del risultato di gruppo, così da fornire informazioni utili agli *stakeholders* che, a vario titolo, possono entrare in contatto con quest'ultimo⁵³³; nella seconda il fine è l'esatta individuazione della base imponibile (il "reddito complessivo globale") sulla quale applicare l'imposta. Pertanto, la base imponibile sarà costituita

⁵²⁶ Decreto legislativo 9 aprile 1991, n. 127, "Attuazione delle direttive n. 78/660/CEE e n. 83/349/CEE in materia societaria, relative ai conti annuali e consolidati, ai sensi dell'art. 1, comma 1, della legge 26 marzo 1990, n. 69.

⁵²⁷ Cfr. artt. 25 e 26 del d.lgs. 127/1991.

⁵²⁸ È questo il motivo per il quale il legislatore, quando richiede il deposito del bilancio consolidato, introduce quasi sempre l'inciso "ove redatto".

⁵²⁹ Cfr. art. 31, c. 2, del d.lgs. 127/1991.

⁵³⁰ Cfr. art. 40, c. 1, del d.lgs. 127/1991.

⁵³¹ Decreto ministeriale del 9 giugno 2004, "Disposizioni applicative del regime di tassazione del consolidato nazionale, di cui agli articoli da 117 a 128 del testo unico delle imposte sui redditi.

⁵³² Così: F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario - Vol II: Parte Speciale, cit.*, pag. 159.

⁵³³ Cfr. A. Petrillo, *Bilancio consolidato, tra disciplina nazionale e principi contabili internazionali,* in www.diritto.it, 2018.

dalla somma algebrica dei redditi e delle perdite delle società consolidate ⁵³⁴, mantenendo quest'ultime un rilievo soggettivo giuridicamente autonomo.

Ora, nelle ipotesi in cui il bilancio debba essere redatto in base ai principi contabili nazionali (OIC)⁵³⁵, il principio contabile OIC 25 prevede, in estrema sintesi⁵³⁶, che nel bilancio, sia della controllante che delle controllate, debbano essere indicati, tra gli altri, anche gli effetti che su di esso derivano dal consolidamento fiscale. Si pensi, ad esempio, alla rettifica di consolidamento *ex* art. 96, c. 7, Tuir: se vengono rispettate le condizioni previste nella norma da ultimo citata, è possibile dedurre, a livello di reddito di gruppo, interessi passivi che non troverebbero più "capienza" nel reddito della singola impresa⁵³⁷.

Pertanto, dal regime fiscale adottato derivano rilevanti conseguenze che non possono che incidere anche sulle voci del bilancio civile, e che, in caso di dissesto, rileveranno anche in sede concorsuale: una minor imposta dovuta in base all'esempio di cui sopra rileverà, certamente, nel momento dell'accertamento dello stato passivo, qualora sia avviata la liquidazione giudiziale, o in termini di fattibilità economica del piano, quando invece si proceda ad una soluzione negoziale della crisi.

Ecco la "bidirezionalità" a cui si è fatto riferimento nel titolo di questo paragrafo. Il bilancio consolidato ha certamente preminente importanza nell'introdurre, nel perimetro concorsuale, informazioni sulla struttura e sulla situazione finanziaria del gruppo, cosicché la procedura possa essere il più proficua possibile, evitando, ad esempio, un procedimento volto alla continuità aziendale nelle ipotesi in cui, in base alle risultanze di bilancio, questa non sia più possibile. Ma anche le nuove norme

-

⁵³⁴ Cfr. Circolare Agenzia delle entrate, 9 marzo 2010, n. 9, consultabile sul sito web dell'Agenzia delle entrate.

⁵³⁵ Obbligati a redigere il bilancio secondo tali principi sono: banche, assicurazioni, società quotate, società con strumenti finanziari diffusi presso il pubblico e gli intermediari finanziari. Per gli altri soggetti, l'utilizzo di tali criteri è invece facoltativo.

⁵³⁶ Sul punto si veda: F. FURLANI, Consolidato fiscale: informazioni da fornire nei documenti di bilancio, in www.ecnews.it, 2019.

⁵³⁷ Difatti, gli interessi passivi sono deducibili fino a concorrenza degli interessi attivi e dei proventi a questi assimilabili realizzati nel medesimo periodo (art. 96 Tuir). L'eccedenza è invece deducibile nel limite del trenta per cento del risultato operativo lordo (ROL), ossia la differenza tra valore di produzione e costi di produzione di cui alle lettere a) e b) dell'art. 2425 c.c., dedicato al contenuto del conto economico. Per una più approfondita analisi sul punto si veda: F. Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario - Vol II: Parte Speciale, cit.*, pag. 130 e ss. Ora, si pensi al caso di una *holding* industriale: il suo ROL sarà, con tutta probabilità, pari a zero, o addirittura negativo, non potendo quindi dedurre gli interessi passivi che superino quelli attivi percepiti nel medesimo periodo. Adottando invece il consolidato nazionale, sarà possibile dedurne il trenta per cento, con evidenti conseguenze sulle risultanze di bilancio.

concorsuali hanno rilevanza nella stesura del bilancio consolidato: prevedendo espressamente il suo necessario deposito, con la conseguente importanza che esso potrà avere all'interno della procedura, in particolare con riferimento alla quantificazione del debito complessivo della singola impresa, potrebbe derivarne un una sua stesura il più puntuale ed aggiornata possibile.

Il bilancio d'esercizio, difatti, è improntato al principio di prudenza ex art. 2423 c.c., in base al quale gli utili attesi ma non definitivamente realizzati non devono essere iscritti, mentre tutte le perdite, anche quelle solo presunte, vanno iscritte. Di conseguenza, ai fini fiscali vige il principio di derivazione ex art. 83 Tuir, per cui, in forza della diversità di fini supra enunciata, si apportano una serie di modifiche alle voci civilistiche, così da ottenere una rappresentazione più veritiera della situazione patrimoniale della società.

Se, però, il bilancio è redatto in base ai principi contabili nazionali, per i quali vige la *«prevalenza della sostanza sulla forma»*⁵³⁸, la derivazione è rafforzata, in quanto, anche in deroga alle previsioni del Tuir, le classificazioni e le imputazioni temporali di bilancio valgono anche ai fini fiscali (art. 83, c. 1, Tuir).

L'adozione dei principi contabili nazionali è, salvo per determinati soggetti, facoltativa, ma la nuova normativa concorsuale, almeno, in base alle considerazioni prima fatte, per i gruppi di imprese, potrebbe incentivarne l'adozione. Grazie ad essi, infatti, quando si proporrà domanda al tribunale fallimentare, soprattutto quando si voglia salvaguardare la continuità d'impresa ⁵³⁹, verrà illustrata una situazione patrimoniale che rispecchia maggiormente la realtà economica del gruppo, potendosi quindi strutturare un piano più proficuo.

Anche nel caso di soluzione liquidatoria si avrebbero dei vantaggi: le passività (si richiama l'esempio prima fatto in tema di debito d'imposta) saranno quelle effettivamente dovute, prevenendosi, ad esempio, impugnazioni contro il decreto che rende esecutivo lo stato passivo.

Peraltro, in proposito, parte della dottrina⁵⁴⁰ ha formulato taluni rilievi, in questa sede condivisi. La previsione del deposito del solo bilancio complessivo di gruppo pare

⁵³⁹ Finalità, come analizzato nei precedenti capitoli, che sta assumendo sempre più importanza nelle procedure concorsuali, anche alla luce dei già più volte citati interventi europei.

⁵⁴⁰ Il riferimento è a: P. BASTIA, *Crisi e piani di risanamento nei gruppi aziendali, cit.*, pag. 16.

-

⁵³⁸ Così: F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario - Vol II: Parte Speciale, cit.*, pag. 143.

insufficiente nei casi di gruppi di grandi dimensioni con struttura complessa e diversificati per aree strategiche d'affari: in tali ipotesi, il bilancio consolidato diviene un complesso sistema di valori, di difficile interpretazione. Pertanto, la dottrina in esame ritiene che sarebbe stato più opportuno, almeno per queste ipotesi, prevedere l'obbligo di deposito anche del bilancio consolidato intermedio di *subholding*, tramite il quale decifrare correttamente il più ampio bilancio consolidato di gruppo.

5.2 Il ruolo dei "creditori pubblici qualificati" in relazione al nuovo istituto dell'allerta

5.2.1 La disciplina ex art. 15 CCII

Si è già dato atto, nei capitoli precedenti, dell'introduzione nel nostro ordinamento degli strumenti di allerta, finalizzati ad un'anticipata emersione della crisi in modo tale da permettere, ove possibile, il riassestamento dell'attività d'impresa.

È stato, inoltre, evidenziato come siano due le tipologie di allerta: quella "interna", posta a carico degli organi di controllo, dei revisori contabili e delle società di revisione dell'impresa in dissesto (art. 14 CCII); quella "esterna", ove l'obbligo grava in capo a determinati creditori pubblici qualificati, ossia l'Agenzia delle entrate, l'Istituto nazionale della previdenza sociale (Inps) e l'agente della riscossione (art. 15 CCII). Su quest'ultimo articolo si concentrerà l'analisi del presente paragrafo⁵⁴¹.

⁵⁴¹ Sul tema, si vedano in particolare: V. ZANICHELLI, La segnalazione dei creditori pubblici qualificati: quod sine die debetur numquam debetur?, in www.ilcaso.it, 2019; M. L. VITALI, Sistemi di allerta e crisi di gruppo nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: prime riflessioni (anche) alla luce delle recenti tendenze europee, cit., spec. pag. 570 e ss.; F. GERIA, La procedura di allerta e i debiti previdenziali nel nuovo Codice della crisi d'impresa, ne il Fallimentarista, 2019; S. BASTIANON, Allerta precoce e ristrutturazione preventiva: Codice della crisi e Direttiva 2019/1023 a confronto, cit.; P. VELLA, L'epocale introduzione degli strumenti di allerta nel sistema concorsuale italiano, cit., spec. pag. 245 e ss.; A. DI FALCO, Quale futuro dell'istituto in vista dell'attuazione del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in G. ROCCA, A. DI FALCO (a cura di), Il nuovo trattamento dei crediti tributari e contributivi secondo il Codice della crisi e dell'insolvenza, Quaderno n. 79, in www.odcec.mi.it, 2019, pag. 144 e ss.; G. B. NARDECCHIA, Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Disciplina, novità e problemi applicativi, cit., pag. 13 e ss.; E. CECCARELLI, F. VALERINI, Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, in M. GIORGIETTI (a cura di), Codice della crisi e dell'insolvenza: commento al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, cit., spec. pag. 22 e ss.; A. PERRONE, Nuova disciplina della "crisi d'impresa" e obbligo di segnalazione dei "creditori pubblici qualificati" (Agenzie fiscali e INPS): primissime riflessioni, in Riv. dir. trib. (supplemento online), 2019. Altri riferimenti bibliografici, riferiti al generale istituto dell'allerta, sono rinvenibili nel capitolo 3.

Una premessa: si è già parlato, nei capitoli che precedono, di come l'istituto non si applichi ai gruppi di rilevante dimensione, e sul tema ci si è già soffermati, tendando di dare una specifica motivazione alla scelta legislativa⁵⁴². L'esame di questa disciplina assume però rilievo all'interno di questo elaborato, in quanto comunque applicabile ai gruppi che non siano di rilevante dimensione.

Procedendo all'esame della disciplina, anzitutto devono essere evidenziati i presupposti che, *ex* art. 15, c. 2, CCII, danno luogo all'obbligo di segnalazione di cui detti soggetti sono onerati; nello specifico:

- l'Agenzia delle entrate dovrà procedere alla segnalazione quando, in relazione alla sola imposta sul valore aggiunto (Iva), l'ammontare del debito d'imposta scaduto e non versato sia pari ad almeno il trenta per cento del volume d'affari del medesimo periodo. Inoltre, perché scatti l'obbligo di segnalazione, l'importo dovrà essere: *i)* superiore a 25.000 euro, se il volume d'affari risultante dalla dichiarazione Iva del precedente periodo d'imposta è pari o inferiore a 2.000.000 di euro; *ii)* non inferiore a 50.000 euro, se il volume d'affari risultante dalla dichiarazione Iva del precedente periodo d'imposta è pari o inferiore a 10.000.000 di euro, ma superiore a 2.000.000 di euro; *iii)* non inferiore a 100.000 euro, se il volume d'affari risultante dalla dichiarazione Iva del precedente periodo d'imposta è superiore a 10.000.000 di euro⁵⁴³;
- l'INPS dovrà procedere alla segnalazione qualora il debitore sia in ritardo di oltre sei mesi nel versamento di contributi previdenziali che abbiano un importo superiore alla metà di quello dovuto nell'anno solare precedente, e comunque non inferiore a 50.000 euro⁵⁴⁴;
- l'agente della riscossione dovrà procedere alla segnalazione quando i crediti affidatigli per la riscossione e scaduti da oltre novanta giorni superino i 500.000 euro, per le imprese individuali, ovvero 1.000.000 di euro, per le imprese collettive⁵⁴⁵.

Il termine per la segnalazione, ex art. 15, c. 3, CCII è, per l'Inps e l'agente della riscossione, di sessanta giorni decorrenti, per il primo, dal verificarsi delle condizioni

⁵⁴² Cfr., in particolare, il par. 4.3.1.

⁵⁴³ Cfr. art. 15, c. 2, lett. a), CCII.

⁵⁴⁴ Cfr. art. 15, c. 2, lett. b), CCII.

⁵⁴⁵ Cfr. art. 15, c. 2, lett. c), CCII.

che danno luogo all'obbligo di segnalazione e, per il secondo, dal superamento della soglia sopra indicata. Per l'Agenzia delle entrate, invece, la norma *de qua* prevede solamente che debba essere effettuata *«contestualmente alla comunicazione di irregolarità»* concernente l'Iva, derivandone alcune problematiche che verranno *infra* approfondite.

La segnalazione dovrà, in prima istanza, essere rivolta agli amministratori della società coinvolta, cosicché possano promuovere iniziative volte alla soluzione della propria esposizione debitoria. Nello specifico, il codice richiede, all'art. 15, c. 1, che, entro il termine perentorio di novanta giorni⁵⁴⁶, il debitore debba, alternativamente: estinguere o regolarizzare ⁵⁴⁷ il proprio debito verso tali soggetti; presentare istanza di composizione assistita della crisi⁵⁴⁸; presentare domanda di accesso ad una delle procedure concorsuali.

Se, scaduto il termine di novanta giorni, il debitore non dà prova di aver proceduto con una delle modalità appena evidenziate, l'art. 15, c. 4, CCII prevede che tali soggetti debbano senza indugio dare comunicazione della sua *«esposizione debitoria di importo rilevante»* all'Organismo di composizione della crisi d'impresa (OCRI), il quale opererà nelle modalità individuate dagli artt. 17 e ss. del codice.

Come già si è visto, quello attribuito a questi "creditori pubblici qualificati" è un obbligo, e non una facoltà: essi sono soggetti che, in base alla loro posizione, sono in possesso di specifiche e aggiornate informazioni, essendo pertanto particolarmente idonei al fine che la normativa in esame si prefigge. In aggiunta, si tratta di informazioni che non necessitano di particolare elaborazione, essendo pertanto tale

-

⁵⁴⁶ Qualche perplessità è lasciata dalla congruità di una tale estensione temporale. Se da un lato, infatti, è necessario un intervento quanto più precoce possibile, dall'altro deve evidenziarsi come, soprattutto nelle ipotesi in cui la situazione sia particolarmente complessa, il termine sembra inidoneo a garantire l'effettività di una risoluzione anticipata della questione. Sul punto si veda anche M. L. VITALI, *Sistemi di allerta e crisi di gruppo nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: prime riflessioni (anche) alla luce delle recenti tendenze europee, cit.*, spec. pag. 570, nota n. 35, ove, in particolare, viene suggerita quale ipotesi preferibile quella in cui al debitore, nel caso in cui dimostri che le trattative siano già state avviate e attribuendo a lui la responsabilità della richiesta, venga accordata la possibilità di richiedere un estensione del termine entro cui concludere gli accordi.

⁵⁴⁷ Un esempio di regolarizzazione può essere, ad esempio riferendosi alla figura dell'agente della riscossione, la rateizzazione *ex* art. 19 del DPR n. 602/1973, tramite la quale si supera l'inadempienza che ha dato luogo alla procedura. Sul punto si veda: A. DI FALCO, *Quale futuro dell'istituto in vista dell'attuazione del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, cit.*, pag. 148.

⁵⁴⁸ Il riferimento è alla procedura che si svolge dinanzi all'Organismo di composizione della crisi d'impresa (OCRI), procedura disciplinata dagli artt. 16-23 CCII.

sistema perfettamente compatibile con gli obiettivi di tempestiva rilevazione dello stato di dissesto delle imprese.

Per rafforzare la cogenza della previsione in esame, è inoltre aggiunto che: *i)* qualora l'Agenzia delle entrate e l'Inps non rispettino il dettato normativo, essi perderanno il titolo di prelazione⁵⁴⁹ sui crediti loro spettanti e non segnalati⁵⁵⁰; *ii)* qualora l'agente della riscossione non proceda alla segnalazione, saranno inopponibili al concorso i crediti per gli oneri e le spese di riscossione.

Formulata in tal modo, la previsione assume certamente i caratteri dell'effettività, in quanto la sanzione prevista in caso di inadempimento comporterà, con ogni probabilità, una sua proficua applicazione.

L'obbligo non è però assoluto: l'art. 15, c. 5, CCII prevede che, quando il debitore dimostri di essere titolare di crediti di imposta o di crediti verso altre pubbliche amministrazioni di valore non inferiore alla metà del debito oggetto di segnalazione, i creditori *de quibus* sono esonerati dall'onere sancito dalla disposizione in esame.

La dottrina ⁵⁵¹, nei confronti di quest'ultima previsione, ha però mosso qualche osservazione critica. È stato infatti sottolineato come l'esenzione prevista nell'ipotesi di controcrediti vantati nei confronti di una pubblica amministrazione diversa da quella fiscale, non essendo questi compensabili con i debiti fiscali, perda di significato: «non si vede quale differenza vi sia se il credito che l'imprenditore in crisi non riesce ad incassare è verso un soggetto pubblico o piuttosto nei confronti di un qualunque

_

⁵⁴⁹ Riguardo i privilegi fiscali si vedano: E. STASI, *Transazione fiscale nelle procedure concorsuali*, ne *il Fallimentarista*, 2019, pag. 17 e ss.; G. FRANSONI, *Codice della crisi d'impresa e privilegi fiscali: rivoluzionarie novità?*, in *Rass. trib.*, 2019, pag. 247 e ss. Quest'ultimo Autore, in particolare, analizza il rapporto tra l'art. 15 CCII e i privilegi fiscali, osservando possibili bilanciamenti dei valori del sistema tributario con altri valori presenti nel nostro ordinamento, ed in particolare nel settore concorsuale. In estrema sintesi, alla luce delle sanzioni previste per i creditori pubblici qualificati in caso di mancato azionamento dello strumento in esame, rileva come il privilegio tributario sia retto da una duplice ragione: *i)* la particolare meritevolezza della causa ad esso sottostante (come accade per qualsivoglia privilegio); *ii)* l'osservanza di specifici obblighi. Quest'ultimo aspetto, per l'A., diviene il tratto caratterizzante del privilegio fiscale, e lo distingue nettamente da tutti gli altri privilegi. Si rimanda alle pagine dello scritto per approfondire il tema.

⁵⁵⁰ La norma parla solamente di *«crediti dei quali sono titolari»* (art. 15, c. 1, CCII), ma sembra da interpretarsi come un riferimento ai crediti non soddisfatti dal debitore e che devono essere obbligatoriamente segnalati: una diversa lettura farebbe emergere una sanzione troppo sproporzionata. Si pensi, ad esempio, al caso in cui l'Agenzia delle entrate non proceda alla segnalazione (che, come detto, deve essere fatta in relazione alla sola IVA): se non si condividesse la tesi qui sostenuta, verrebbero meno anche le prelazioni riguardanti i crediti Ires o Irpeg, il che non sembra auspicabile.
⁵⁵¹ Cfr. V. ZANICHELLI, *La segnalazione dei creditori pubblici qualificati: quod sine die debetur numquam debetur?*, cit., pag. 9.

fornitore» ⁵⁵². L'unica possibile lettura per superare una siffatta argomentazione sembra essere quella per cui il legislatore, con una sorta di presunzione *iuris et de iure*, abbia ritenuto che il credito verso una pubblica amministrazione mai possa derivare da un'inadempienza della stessa.

Va detto che la legge di conversione⁵⁵³ del cd. "decreto Dignità"⁵⁵⁴ ha esteso anche all'anno solare 2018 l'applicazione dell'art. 12, c. 7 *bis*, in quest'ultimo contenuto, in base al quale le imprese aventi crediti commerciali e professionali nei confronti della Pubblica amministrazione possono compensarli con debiti fiscali. Trattasi, però, di previsione temporanea (come detto, vale per l'anno solare 2018), volta a riequilibrare il disallineamento dovuto ai ritardi nei pagamenti dei debitori pubblici: a meno che una simile disposizione non venga prevista con carattere continuativo, non possono che condividersi le osservazioni della dottrina sopracitata.

5.2.2 I profili problematici delle previsioni concernenti l'Agenzia delle entrate

Un primo profilo connotato da una qualche criticità è quello, già anticipato ed evidenziato anche dalla dottrina ⁵⁵⁵, della mancanza di un termine entro il quale l'Agenzia delle entrate debba segnalare un debito Iva sopra soglia. Difatti, la segnalazione deve essere fatta contestualmente all'emissione dell'avviso bonario *ex* art. 54 *bis* del D.P.R. n. 633/1972⁵⁵⁶: in sintesi, una volta che il contribuente abbia presentato la dichiarazione Iva, l'Amministrazione finanziaria procede ad un controllo informatico circa la correttezza dei dati in essa contenuti, entro l'inizio del periodo di presentazione delle dichiarazioni relative all'anno successivo (termine ordinatorio ⁵⁵⁷). Qualora, da questa fase di controllo, emergano degli errori all'interno della dichiarazione Iva, l'Agenzia può emettere un avviso bonario, con il quale informa il

_

⁵⁵² Ibidem.

⁵⁵³ Legge 9 agosto 2018, n. 96, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 12 luglio 2018, n. 87, recante disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese". Per un breve commento alla disposizione in esame di veda: R. DE PIRRO, Compensare debiti e crediti verso la PA: una nuova chance per professionisti e imprese, in IPSOA Quotidiano, 10 agosto 2018.

⁵⁵⁴ D.l. 12 luglio 2018, n. 87, "Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese".

⁵⁵⁵ Trattasi di un profilo evidenziato, ancora, da: V. ZANICHELLI, *La segnalazione dei creditori pubblici qualificati: quod sine die debetur numquam debetur?, cit.*, pag. 6 e ss.

Decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, "Istituzione e disciplina dell'imposta sul valore aggiunto".

⁵⁵⁷ Cfr. art. 28 della l. 27 dicembre 1997, n. 449, tramite il quale vi è stata interpretazione autentica della natura di tale termine.

contribuente delle risultanze di detta procedura, invitandolo a versare la maggiore imposta liquidata.

Il problema che emerge consiste nel fatto che all'Amministrazione finanziaria non venga dato un termine entro il quale emettere questo avviso, il che è problematico sotto un duplice profilo: viene in rilievo una discrasia rispetto alle altre due ipotesi previste dall'art. 15, c. 3, CCII; non vi è coerenza con l'obiettivo della tempestiva rilevazione della crisi.

Non sembra percorribile la soluzione proposta dalla dottrina in esame, ossia quella di applicare analogicamente il termine di sessanta giorni previsto per l'Inps e per l'agente della riscossione: anzitutto, non sarebbe possibile individuare il *dies a quo*⁵⁵⁸, non potendosi onerare (essendo, nei fatti, impraticabile) l'Agenzia delle entrate di inviare tutti gli avvisi bonari entro sessanta giorni dal termine dei controlli automatici. In secondo luogo, se questa fosse la soluzione adottata, si andrebbe a modificare profondamente il sistema fiscale, in quanto il termine di sessanta giorni (dovendosi sempre chiarire da quando decorrano) dovrebbe applicarsi, a detta di chi scrive, anche per le fattispecie che non comportino il necessario azionamento dello strumento d'allerta: se così non fosse, si creerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento, non essendovi a tutela di contribuenti "più meritevoli" la previsione di un termine entro il quale l'Amministrazione dovrà necessariamente agire.

Sembra pertanto rendersi necessario un ripensamento della disposizione in esame, anche alla luce delle ulteriori considerazioni che ora seguiranno.

Il codice ha voluto collegare l'intervento dell'Agenzia delle entrate all'Iva in quanto tributo periodico caratterizzato da una serie di adempimenti, quali il versamento mensile dell'imposta dovuta⁵⁵⁹ e l'acconto da versarsi entro il 27 dicembre di ogni anno⁵⁶⁰: un dialogo così frequente tra contribuente e Amministrazione finanziaria permette certamente un monitoraggio continuativo sulla situazione patrimoniale del primo, essendo quindi pienamente rispettate le finalità che il codice, tramite l'istituzione degli strumenti di allerta, vuole perseguire.

-

⁵⁵⁸ La dottrina che si sta esaminando non fornisce alcun chiarimento al riguardo.

⁵⁵⁹ Cfr. art. 18 del d.lgs. 9 luglio 1997, n. 241.

⁵⁶⁰ Cfr. art. 6 della l. 29 dicembre 1990, n. 405.

La dottrina⁵⁶¹ ha però rilevato un grave e rilevante errore del legislatore: l'ancoraggio della segnalazione di un debito d'imposta, superiore ad una certa soglia, scaduto e non versato alla comunicazione della liquidazione periodica Iva⁵⁶² non è praticabile, in quanto detta liquidazione periodica *«non evidenzia in alcun modo il dato relativo all'imposta non versata»* ⁵⁶³. In aggiunta, prosegue la dottrina in esame, essendo l'aliquota ordinaria pari al ventidue per cento e non risultando, dalla liquidazione periodica, l'Iva non versata, il debito Iva che emergerà da detta liquidazione non potrà mai essere superiore al trenta per cento del volume d'affari del medesimo periodo d'imposta, come l'art. 15, c. 2, lett. a), CCII richiede.

Sembra pertanto necessario che il Governo, in sede correttiva, provveda ad ancorare la segnalazione dell'Agenzia delle entrate ad un altro momento del dialogo con il contribuente: si potrebbe, ad esempio, ipotizzare il collegamento con l'emissione di un avviso di accertamento, anche se, in tale ipotesi, si perderebbe quasi certamente l'elemento della tempestività⁵⁶⁴.

In mancanza, la normativa non solo non troverebbe applicazione, depotenziando quindi l'istituto dell'allerta, ma avrebbe anche conseguenze dannose per il sistema tributario: il debitore che riceva una comunicazione dell'Agenzia ove si avvisa che, a seguito dell'esame delle liquidazioni periodiche, emerge un rilevante indebitamento «potrà legittimamente opporre che dalla lettura congiunta dell'art. 15 comma 2 D. lgs. 14/2019 e del modello ex art 21bis DL 78/2010 non emerge alcun importo non versato con ciò iniziando, di fatto, un procedimento contenzioso» ⁵⁶⁵ che potrebbe culminare con l'annullabilità, o perfino la nullità, della comunicazione, in tal modo aumentandosi la mole di lavoro di un sistema, quello tributario, già di per sé oberato.

-

⁵⁶¹ Quanto ora seguirà è frutto del pensiero, in questa sede pienamente condiviso, di: G. RUSSOTTO, *Brevi note esegetiche sull'obbligo di segnalazione dell'Agenzia delle entrate*, in *www.ilcaso.it*, 2019. ⁵⁶² Di cui all'art. 21 *bis* del d.l. 31 maggio 2010, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122.

⁵⁶³ Così: G. RUSSOTTO, *Brevi note esegetiche sull'obbligo di segnalazione dell'Agenzia delle entrate, cit.*, pag. 1. Si rinvia alle pagine dell'Autore per una puntuale ricostruzione del contenuto della liquidazione periodica Iva.

⁵⁶⁴ Trattasi, infatti, dell'atto conclusivo del procedimento amministrativo di applicazione delle imposte e disciplinato, per quanto riguarda l'Iva, dagli artt. 51 e ss. del D.P.R. n. 633/1972.

⁵⁶⁵ Così: G. Russotto, Brevi note esegetiche sull'obbligo di segnalazione dell'Agenzia delle entrate, cit., pag. 7.

5.3 La transazione fiscale

5.3.1 L'evoluzione della disciplina dedicata all'istituto

L'istituto della transazione fiscale è stato introdotto nel nostro ordinamento nel 2006⁵⁶⁶, ed ha subito numerose modifiche, che hanno dato luogo a dibattute questioni in dottrina e in giurisprudenza⁵⁶⁷.

Per come inizialmente formulata, la norma, a quell'epoca operante per il solo concordato preventivo, aveva fatto propendere la maggioranza della dottrina per l'obbligatorietà del ricorso allo strumento in esame ogniqualvolta si volesse procedere alla falcidia dei debiti tributari ⁵⁶⁸. In aggiunta, l'Amministrazione finanziaria, muovendo sempre dal presupposto dell'obbligatorietà del ricorso alla transazione fiscale, riteneva invece che il debitore dovesse sempre pagare per intero sia i debiti Iva che i debiti aventi ad oggetto un recupero di aiuti di Stato *ex* art. 108 TFUE⁵⁶⁹.

Nella sua originaria formulazione, inoltre, la norma era mal coordinata con l'impianto normativo della legge fallimentare: la previsione della possibilità di falcidia dei crediti fiscali si contrapponeva alla generale previsione dell'art. 160 l. fall., il quale, all'epoca, disponeva l'inammissibilità del pagamento parziale dei crediti privilegiati⁵⁷⁰. Pertanto,

⁵⁶⁶ Tramite l'art. 146 del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, che ha introdotto nella legge fallimentare l'art. 182 *ter*. Il testo originario, come anche tutte le successive modificazioni susseguitesi nel tempo (a cui, qui, si fa riferimento solo indicando l'anno della modifica), ed oggetto di un breve *excursus* in questo paragrafo, sono rinvenibili al sito *www.ilcodicedeiconcordati.it*.

disciplina contenuta nel codice. Quanto ora riportato sarà, pertanto, un sunto delle opere ora indicate, alle quali si rimanda per approfondire l'evoluzione storica della transazione fiscale. Si vedano pertanto, ex multis: E. STASI, Transazione fiscale nelle procedure concorsuali, cit.; A. CIMOLAI, La nuova transazione fiscale tra dissociazione oggettiva, riassociazione soggettiva e ristrutturazione coatta, ne il Fallimentarista, 2019; L. TORSI, La transazione fiscale: profili sostanziali, in F. PAPARELLA (a cura di), Il diritto tributario delle procedure concorsuali e delle imprese in crisi, Giuffrè, Milano, 2013, pag. 647 e ss.; G. MARINI, La transazione fiscale: profili procedimentali e processuali, in F. PAPARELLA (a cura di), Il diritto tributario delle procedure concorsuali e delle imprese in crisi, cit., pag. 661 e ss.; G. VERNA, La transazione fiscale quale sub-procedimento facoltativo del concordato preventivo, in Fallimento, 2010, pag. 710 e ss.; R. BOGONI, E. ARTUSO, Criticità tributarie nel concordato preventivo, ne il Fallimentarista, 2019; L. GAMBI, L'accertamento dei crediti fiscali nel concordato preventivo, in www.ilcaso.it, 2019; M. ZARA, Crisi d'impresa e falcidiabilità tributaria: profili evolutivi e prospettive, in www.ilcaso.it, 2018.

⁵⁶⁸ Cfr. E. STASI, *Transazione fiscale nelle procedure concorsuali, cit.*, pp. 3 e 4, compresi i riferimenti ivi contenuti, soprattutto con riguardo a chi sosteneva una diversa posizione.

⁵⁶⁹ Cfr. Circolare Agenzia delle entrate, 18 aprile 2008, n. 40/E, pag. 20 e ss., consultabile sul sito web dell'Agenzia delle entrate.

⁵⁷⁰ Cfr. A. CIMOLAI, La nuova transazione fiscale tra dissociazione oggettiva, riassociazione soggettiva e ristrutturazione coatta, cit., pag. 2.

nel 2007⁵⁷¹, era stata introdotta, nell'art. 160 l. fall., la possibilità, sottoposta a determinate condizioni, di prevedere il pagamento non integrale dei creditori privilegiati. Inoltre, era stata estesa la facoltà di utilizzo della transazione fiscale anche all'interno degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Ancora, nel 2008⁵⁷², dando seguito all'orientamento sopra esposto dell'Agenzia delle entrate, era stata positivizzata, tramite espressa menzione nell'art. 182 *ter* 1. fall., l'impossibilità di falcidia del debito Iva. Questa previsione era stata poi ampliata nel 2010⁵⁷³, prevedendosi l'obbligatorietà del pagamento integrale anche delle ritenute operate e non versate, sempre concernenti l'Iva.

Dibattuta questione era stata quella concernente il consolidamento del debito fiscale, ossia la facoltà dell'Agenzia delle entrate, a seguito del perfezionamento della transazione fiscale, di poter svolgere ulteriori attività di accertamento e, qualora fossero venuti alla luce nuovi elementi, di poter riscuotere la maggiore imposta accertata.

Sul punto l'Agenzia delle entrate aveva ritenuto che, dopo il perfezionamento della transazione fiscale, nonostante quanto previsto dal comma 2⁵⁷⁴ dell'articolo in esame, non vi fosse *«preclusione di ulteriore attività di controllo da parte dell'amministrazione finanziaria»* ⁵⁷⁵. Di diverso avviso, invece, parte della dottrina ⁵⁷⁶, secondo la quale, conclusa la transazione, i poteri d'accertamento su quei debiti si esaurivano: diversamente opinando, il concordato sarebbe stato *ab origine* non fattibile, perché l'Agenzia avrebbe potuto in qualunque momento ridiscutere l'esposizione debitoria del soggetto ricorrente.

Inoltre, anche quella della falcidiabilità dell'Iva era stata una problematica particolarmente rilevante nell'ambito dell'analisi della transazione fiscale⁵⁷⁷. Sul tema

⁵⁷⁴ In base al quale erano previsti alcuni adempimenti procedurali «al fine di consentire il consolidamento del debito fiscale».

⁵⁷¹ Tramite il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

⁵⁷² Tramite il d.lgs. 29 novembre 2008, n. 185.

⁵⁷³ Tramite il d.l. 31 maggio 2010, n. 78.

⁵⁷⁵ Così la Circolare Agenzia delle entrate, 18 aprile 2008, n. 40/E, pag. 34, consultabile sul sito web dell'Agenzia delle entrate.

⁵⁷⁶ Un'esaustiva elencazione di questa posizione dottrinale è rinvenibile in: E. STASI, *Transazione fiscale nelle procedure concorsuali, cit.*, pag. 9.

⁵⁷⁷ Sul punto si vedano, in particolare: E. STASI, *Transazione fiscale nelle procedure concorsuali, cit.*, pag. 5 e ss.; M. ZARA, *Crisi d'impresa e falcidiabilità tributaria: profili evolutivi e prospettive, cit.*, pag. 8 e ss.; M. CONTIN, *Concordato preventivo ed iva di rivalsa*, in *www.ilcaso.it*, 2019. Si segnala che, con la riforma del 2008 prima citata, è stato sostituito il comma 1 dell'articolo in esame, entro in quale è

si era espressa anche la Corte di Cassazione⁵⁷⁸, la quale, alla luce dell'evoluzione normativa⁵⁷⁹, aveva statuito come, anzitutto, non fosse più obbligatorio⁵⁸⁰, per l'imprenditore in crisi, proporre la transazione fiscale per falcidiare i debiti fiscali, rimanendo però impregiudicato il dovere di soddisfare integralmente il debito Iva.

Sulla tematica era intervenuta anche la Corte di Giustizia⁵⁸¹, la quale aveva stabilito come «l'ammissione di un pagamento parziale di un credito IVA, da parte di un imprenditore in stato di insolvenza, nell'ambito di una procedura di concordato preventivo (...) non [fosse] contraria all'obbligo degli Stati membri di garantire il prelievo integrale dell'IVA nel loro territorio nonché la riscossione effettiva delle risorse proprie dell'Unione». Nonostante ciò, la Cassazione⁵⁸² aveva proseguito nel ritenere infalcidiabile l'Iva, sempre nella sola ipotesi in cui la proposta di risoluzione della crisi fosse stata accompagnata dalla transazione fiscale.

A tale problematico quadro di riferimento è stata data risposta nel 2016⁵⁸³, tramite una revisione dell'art. 182 *ter* 1. fall. ⁵⁸⁴ che ha di non poco modificato la disciplina dell'istituto in esame, e che ancora lo regola⁵⁸⁵.

stato previsto l'inciso «con riguardo all'imposta sul valore aggiunto la proposta può esclusivamente prevedere la dilazione del pagamento».

⁵⁷⁸ Cfr. Cass., 4 novembre 2011, nn. 22931 e 22932, entrambe in *www.unijuris.it*.

⁵⁷⁹ Il riferimento è, *principaliter*, alla novellazione dell'art. 160 l. fall. prima evidenziata.

Medesimo rilievo in: G. VERNA, La transazione fiscale quale sub-procedimento facoltativo del concordato preventivo, cit., pag. 712 e ss.

⁵⁸¹ Cfr. sentenza del 7 aprile 2016, *Sentenza Degano*, C-546/14, EU:C:2016:206, dalla quale è tratta la citazione (rinvenibile al punto n. 27).

⁵⁸² Cfr. Cass., 27 dicembre 2016, n. 26988, in *www.ilcaso.it*. Sul punto si veda in particolare la ricostruzione, anche alla luce di ulteriori sentenze, operato da: E. STASI, *Transazione fiscale nelle procedure concorsuali, cit.*, pag. 6 e ss. ⁵⁸³ Tramite la legge 11 dicembre 2016, n. 232 (la cd. "Legge di Stabilità 2017"). Una precisazione: con

Tramite la legge 11 dicembre 2016, n. 232 (la cd. "Legge di Stabilità 2017"). Una precisazione: con tale intervento, la locuzione, nella rubrica dell'art. 182 ter, "Transazione fiscale" è stata sostituita con "Trattamento dei crediti tributari e contributivi", probabilmente col fine di «marcare il passaggio da un approccio transattivo ad un approccio regolativo tendenzialmente confermato – salve alcune disposizioni di procedura – a quello di tutti gli altri creditori concorsuali» (così: A. CIMOLAI, La nuova transazione fiscale tra dissociazione oggettiva, riassociazione soggettiva e ristrutturazione coatta, cit., pag. 4). Nel presente elaborato, per ragioni di chiarezza e coerenza espositiva, si utilizzerà però la locuzione originaria, la quale, comunque, permane all'interno dell'art. 182 ter l. fall.

⁵⁸⁴ Per un'approfondita analisi dell'articolo, come novellato a partire dal 2017, si vedano: AA. VV., *Verso il nuovo codice della crisi*, in *www.fondazionenazionalecommercialisti.it*, 2019, pag. 17 e ss.; S. BARBA, *Dalla transazione fiscale al trattamento dei crediti tributari e contributivi: analisi dei principali chiarimenti dell'Amministrazione finanziaria sul nuovo art. 182-ter della Legge Fallimentare*, in *www.dirittobancario.it*, 2018.

⁵⁸⁵ Si rammenta, difatti, la *vacatio legis* di diciotto mesi prevista per l'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

In prima istanza, è stata chiarita la questione riguardante l'obbligatorietà o meno dell'utilizzo dell'istituto per l'abbattimento del credito tributario⁵⁸⁶: solo quando venga presentata la transazione fiscale si potrà soddisfare non integralmente la pretesa vantata dall'Erario (art. 182 ter, c. 1, l. fall.). A questo si aggiunge un ulteriore requisito, ovvero la necessità, per poter diminuire l'importo dovuto, che il pagamento offerto non sia inferiore al ricavato ottenibile in sede di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato, attestato da un professionista, attribuibile ai beni o ai diritti su cui sussiste la prelazione dell'Amministrazione finanziaria.

Due osservazioni possono essere fatte con riguardo a quanto appena detto: i) la norma fa riferimento alla sola "liquidazione", parendo pertanto possibile un raffronto non solo con la procedura fallimentare, ma anche con la liquidazione in bonis; ii) il riferimento al "valore di mercato", data la correlazione con l'ambito fiscale e le medesime finalità sottese⁵⁸⁷, sembra essere, a chi scrive, concetto coincidente con quello di "valore normale" di cui all'art. 9 Tuir⁵⁸⁸, derivandone, se ciò fosse accolto, una puntuale indicazione, all'interno dell'attestazione del professionista, dei profili in quest'ultimo indicati. Difatti, all'interno della disposizione in esame, assume preminente rilievo il concetto di "valore di marcato", ma nulla vien detto al fine di stabilire preventivamente gli indici a cui esso debba riferirsi: la sopracitata norma fiscale, quindi, pare essere idonea a supplire la lacuna legislativa.

In aggiunta, per poter falcidiare il debito in questione, è necessario che il pagamento, i tempi e le eventuali garanzie offerti al Fisco non siano meno vantaggiosi di quanto offerto a creditori privilegiati di livello inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica o interessi omogenei a quest'ultimo. Se, invece, il credito tributario ha natura

⁵⁸⁶ Quanto in seguito verrà detto vale non solo per i crediti tributari, ma anche per quelli contributivi, ai quali l'articolo in esame fa espresso riferimento.

587 Ossia determinare il reale valore di mercato di un detto bene.

⁵⁸⁸ Secondo il quale: «Per valore normale (...) si intende il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi. Per la determinazione del valore normale si fa riferimento, in quanto possibile, ai listini o alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso. Per i beni e i servizi soggetti a disciplina dei prezzi si fa riferimento ai provvedimenti in vigore». All'evidenza, si tratta di norma con le medesime finalità di quanto richiesto dall'art. 182 ter l. fall., ma con una più specifica indicazione degli elementi da considerarsi ai fini dell'esatta individuazione del valore di mercato.

chirografaria, il trattamento non può essere deteriore rispetto a quello previsto per gli altri creditori chirografari.

In secondo luogo, pare definitivamente superata la questione circa la falcidiabilità o meno dell'Iva, non essendovi più un divieto espresso all'interno della norma⁵⁸⁹. Il legislatore sembra pertanto aver preso atto degli esiti cui è pervenuta la Corte di Giustizia, ammettendone il pagamento non integrale, seppur con tutte le cautele appena evidenziate.

Infine, merita di essere evidenziato anche il fatto che sia stato eliminato ogni riferimento alla possibilità che il debito tributario si consolidi, potendo, pertanto, l'Amministrazione finanziaria integrare le proprie pretese sulla base di eventi inizialmente non conosciuti (si pensi, ad esempio, alla successiva scoperta di un fenomeno elusivo), oltre che proseguire le liti pendenti⁵⁹⁰.

A seguito di questo breve excursus storico, si vedrà ora la disciplina dell'istituto all'interno del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, sottolineando, in particolar modo, le novità da quest'ultimo introdotte.

5.3.2 La "nuova" transazione fiscale nel concordato preventivo

La prima evidenza, leggendo le norme contenute nel codice, riguarda il fatto che (opportunamente, a parere di chi scrive) siano state previste due diverse disposizioni per la disciplina della transazione fiscale: l'art. 88 CCII è dedicato all'esperimento dello strumento all'interno della procedura di concordato preventivo; l'art. 63 CCII all'ipotesi in cui, invece, avvenga all'interno di quella prevista per gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

⁵⁸⁹ Sul punto si veda: B. DENORA, Sì alla falcidia dell'IVA, ma non per tutti, in Riv. dir. trib. (supplemento online), 2017. Si veda, inoltre, altra corrente dottrinale, la quale nutre dubbi sulla falcidiabilità dell'Iva nel caso di concordato con continuità aziendale; così: E. STASI, Transazione fiscale nelle procedure concorsuali, cit., pp. 16-17. A favore di questa possibilità appare, invece, anche l'Agenzia delle entrate, per la cui posizione si veda: Circolare n. 16/E del 2008, consultabile sul sito

web dell'Agenzia delle entrate.

⁵⁹⁰ Sul punto si veda, per una più approfondita disamina: G. ANDREANI, *Transazione fiscale: quali effetti* sulle liti pendenti?, in IPSOA Quotidiano, 19 gennaio 2018.

Soffermandoci, in prima istanza, sull'art. 88 CCII⁵⁹¹, ne emerge una formulazione in gran parte coincidente con quella dell'art. 182 *ter* l. fall., seppur siano rinvenibili alcuni profili di novità.

Viene riconfermata, anzitutto, l'obbligatorietà del ricorso alla transazione fiscale per poter abbattere i crediti erariali e contributivi, alle medesime condizioni di cui sopra. Rilevante novità è, però, quella contenuta nel comma 2 dell'art. 88 CCII: l'attestazione del professionista, che nella legge fallimentare doveva riguardare solamente il valore di mercato dei beni sui quali insisteva il privilegio, dovrà invece riguardare anche «la convenienza del trattamento proposto rispetto alla liquidazione giudiziale».

Un qualche dubbio emerge però dalla lettura di detta previsione: uno dei requisiti previsti affinché si possa procedere alla transazione fiscale è quello, già *supra* evidenziato, del trattamento non deteriore rispetto a quello ottenibile in caso di "liquidazione", e, come detto, il riferimento terminologico sembra far propendere l'interprete verso uno spettro di alterative più ampie della sola liquidazione giudiziale. Il che sembra mal coordinarsi con l'attestazione che necessariamente deve riguardare la sola alternativa della liquidazione giudiziale, non capendosi perché il riferimento sia solamente a quest'ultima procedura.

Sembra che il legislatore abbia voluto, in coerenza con la novellata ⁵⁹² rubrica "Trattamento dei crediti tributari e contributivi" che sembra voler prendere le distanze dall'elemento transattivo, parificare il trattamento di questi creditori pubblici con quello degli altri creditori. Pertanto, come per questi ultimi⁵⁹³, per l'omologazione del concordato, e quindi anche della transazione fiscale in esso contenuta, si dovrà avere un grado di soddisfacimento non inferiore rispetto a quanto ottenibile in caso di liquidazione giudiziale.

Resta fermo il fatto che, così formulata, la norma appare cadere in contraddizione o, almeno, non essere pienamente coerente con sé stessa.

⁵⁹¹ Sul punto sono, per ora, pochi i commenti della dottrina. Si vedano: F. DAMI, La gestione dei debiti fiscali nel nuovo "Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza", in Riv. dir. trib. (supplemento online), 2019; G. B. NARDECCHIA, Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Disciplina, novità e problemi applicativi, cit., pp. 270-271; A. CIMOLAI, La nuova transazione fiscale tra dissociazione oggettiva, riassociazione soggettiva e ristrutturazione coatta, cit., pag. 4 e ss.; F. DAMI, Codice della crisi d'impresa: una svolta (o un'occasione mancata) per i profili fiscali?, in IPSOA Quotidiano, 16 marzo 2019.

⁵⁹² Novellata, come già evidenziato, a partire dal 2017.

⁵⁹³ Cfr. art. 112, c. 1, CCII.

In seconda istanza, l'obbligo di creazione di un'apposita classe per i debiti fiscali o contributivi assistiti da privilegio e non soddisfatti integramente è stato collocato in una diversa disposizione (l'art. 85, c. 5, CCII).

Il resto dell'*iter* procedurale è rimasto invece formalmente e sostanzialmente invariato, essendo la formulazione dell'art. 88 CCII una quasi pedissequa riproposizione del contenuto dei primi quattro commi dell'art. 182 *ter* 1. fall.

Parte della dottrina⁵⁹⁴ ha al riguardo sostenuto inopportuna la mancata introduzione di una qualche forma di stabilizzazione del credito tributario, in quanto «l'incombenza di un credito privilegiato potenziale, spesso di rilevanti dimensioni, (...) rischia di destabilizzare il (normalmente) fragile equilibrio finanziario delle procedure concordatarie»⁵⁹⁵.

Ora, pur essendo inopinabile la pertinenza di tale osservazione, deve dall'altro lato dirsi che l'Erario, pur essendosi negli anni sviluppato un percorso di progressiva "parificazione" della sua figura con quella degli altri creditori concordatari, non può considerarsi figura del tutto sovrapponibile a quella di questi ultimi. In particolare, l'Agenzia delle entrate, nella normalità dei casi, ha dei termini abbastanza dilatati per compiere la verifica dell'esatto pagamento delle imposte dovute, emettendo, se del caso, un avviso di accertamento o altro atto di intimazione ad adempiere. In sede concordataria però, le tempistiche sono molto compresse rispetto a quelle normalmente necessarie per tutte le verifiche del caso.

Non può, pertanto, non residuare un ulteriore potere di controllo in capo all'Amministrazione finanziaria: sembra essere questo il punto di equilibrio tra due diverse esigenze, ossia la possibilità per il debitore di raggiungere un accordo valevole anche per i debiti fiscali e la possibilità, per l'Agenzia, di agire qualora l'accordo sia stato stipulato quando alcuni elementi le erano ignoti.

La transazione fiscale nell'ambito del concordato preventivo non contiene, quindi, elementi di significativa novità. Lo stesso, come ora si vedrà, non può essere detto con riguardo agli accordi di ristrutturazione dei debiti, per i quali sono state previste delle non irrilevanti modificazioni della disciplina.

-

⁵⁹⁴ A. CIMOLAI, La nuova transazione fiscale tra dissociazione oggettiva, riassociazione soggettiva e ristrutturazione coatta, cit., pag. 6.

⁵⁹⁵ Ibidem.

5.3.3 La "nuova" transazione fiscale negli accordi di ristrutturazione dei debiti

Per quel che concerne la transazione fiscale proposta durante le trattative che anticipano l'omologazione degli accordi di ristrutturazione, la prima novità, contenuta nell'art. 63, c. 1, CCII, riguarda il fatto che l'attestazione⁵⁹⁶ del professionista che accompagna la transazione fiscale debba riguardare la convenienza della stessa rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale. Difatti, nell'art. 182 *ter*, c. 5, l. fall., è previsto che il termine di paragone debbano essere le "alternative concretamente praticabili", nozione ben più ampia della sola liquidazione giudiziale: sembra, pertanto, che il legislatore abbia voluto equiparare la disciplina inerente agli accordi di ristrutturazione a quella dedicata al concordato preventivo.

Il riferimento alla sola liquidazione però, in entrambe le disposizioni, sembra rendere trasponibili anche in questa sede le considerazioni effettuate nel capitolo precedente in tema di compatibilità tra le disposizioni contenute nel CCII e quelle contenute nella direttiva (UE) 2019/1023, nella parte in cui quest'ultima richiede invece una comparazione con il più ampio concetto di "miglior scenario alternativo possibile", considerazioni alle quali si rinvia.

Secondo profilo di (apprezzabile) novità è quello dell'introduzione di un termine di sessanta giorni⁵⁹⁷, decorrenti dal deposito della proposta di transazione fiscale presso gli uffici dell'Amministrazione finanziaria indicati dall'art. 88, c. 3, CCII, entro i quali deve intervenire l'eventuale adesione di quest'ultima.

Si tratta di un'innovazione alquanto opportuna, poiché, anzitutto, si pone rimedio alla tendenziale inerzia che caratterizza l'attività della Pubblica Amministrazione. In secondo luogo, una simile formulazione è certamente coerente con gli interessi che l'intero impianto codicistico si propone di tutelare: il sistema è stato modificato in modo tale da permettere la rilevazione degli indici della crisi il più anticipatamente possibile, cosicché le iniziative volte alla prosecuzione dell'attività di impresa possano essere proficuamente condotte. In questo quadro di riferimento, l'inerzia del creditore

169

⁵⁹⁶ Attestazione che ora, a differenza di quanto richiesto dalla legge fallimentare, deve riguardare non più solo i crediti tributari, ma anche quelli previdenziali (cfr. art. 63, c. 1, CCII). Il giudizio di comparazione con la liquidazione giudiziale, pertanto, dovrà riguardare entrambe le tipologie di crediti. ⁵⁹⁷ Cfr. art. 63, c. 2, ultimo periodo, CCII.

pubblico porterebbe sicuramente a conseguenze di non poco conto, condividendosi pertanto la scelta legislativa.

Qualora, entro tale termine, l'Amministrazione finanziaria non dia risposta (come anche nel caso in cui la risposta sia negativa) alla proposta del debitore, troverà allora applicazione l'art. 48, c. 5, CCII⁵⁹⁸: disposizione, questa, che appare essere la vera novità dell'istituto. Difatti, essa prevede la possibilità di omologazione degli accordi di ristrutturazione anche senza l'assenso del Fisco, rimettendo al giudice la valutazione della convenienza o meno degli accordi.

Come ha rilevato la dottrina, il «ruolo "sostitutivo" del giudice nell'apprezzamento della disponibilità dell'obbligazione tributaria (...) appare (...) condivisibile sul piano sistematico. Il giudice stesso, nella gestione dei procedimenti della crisi, è, infatti, tipicamente il garante dei molteplici interessi coinvolti nella stessa (spesso parimenti generali) e, dunque, il soggetto cui naturalmente spetta il compito di valutare il loro necessario (se non inevitabile) bilanciamento»⁵⁹⁹.

Alla luce della nuova direttiva (UE) 2019/1023, inoltre, sembra essere mutata la gerarchia degli interessi di riferimento: ponendosi, quale fine, il riassestamento dell'impresa, la posizione dei creditori non è più caratterizzata dalla "intangibilità" tipica dell'iniziale diritto della crisi. In questo quadro, già ampiamente condiviso dal legislatore italiano con l'emanazione del codice in commento, non è pensabile che l'ingiustificato dissenso o l'inerzia amministrativa possano non solo vincolare in qualunque caso il debitore, ma anche danneggiare gli altri creditori e il mercato stesso. Pertanto, estendere la valutazione del giudice anche ai crediti tributari e contributivi appare coerente con i principi che permeano l'intero codice e la nuova normativa eurounitaria.

Nello specifico, vi potrà essere omologazione degli accordi di ristrutturazione senza l'assenso del Fisco quando: *i)* l'adesione dell'Amministrazione sia decisiva per il raggiungimento delle maggioranze necessarie per l'approvazione; *ii)* quando la

⁵⁹⁹ Così: F. DAMI, La gestione dei debiti fiscali nel nuovo "Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza", cit., pag. 2.

170

.

⁵⁹⁸ Un qualche cenno in: A. ZORZI, *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel codice della crisi, cit,* pag. 1003 e ss.; F. DAMI, *Codice della crisi d'impresa: una svolta (o un'occasione mancata) per i profili fiscali?, cit.*; G. CORVINO, L. JEANTET, P. STELLA, *Le nuove attribuzioni del professionista indipendente nel Codice della crisi,* ne *il Fallimentarista,* 2019; F. DAMI, *La gestione dei debiti fiscali nel nuovo "Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza", cit.*, pp. 1-2.

proposta, anche sulla base dell'attestazione del professionista, appaia più conveniente rispetto *«all'alternativa liquidatoria»*⁶⁰⁰.

Si tratta, ora, di comprendere se questi due requisiti debbano sussistere alternativamente o cumulativamente, non brillando particolarmente la norma per chiarezza sul punto.

Secondo parte della dottrina⁶⁰¹, la lettura preferibile è quella per la quale i due requisiti siano alternativi, e ciò in base ad una logica da essa definita come di "tipo pragmatico": leggendo le due fattispecie come alternative, si potrebbe vincolare l'Amministrazione finanziaria anche nel caso in cui la proposta sia conveniente e le maggioranze necessarie per l'approvazione siano state raggiunte. In tal modo, prosegue la dottrina in esame, si avrebbe un pagamento non integrale del debito fiscale anche nel caso di voto contrario del Fisco, evitando in tal modo *«che la titubanza all'assunzione di responsabilità da parte dei funzionari dell'amministrazione finanziaria possa impedire la conclusione di accordi (...) convenienti per la stessa amministrazione finanziaria»*⁶⁰².

Non sembra però da condividere questo esito interpretativo, alla luce di quanto ora verrà detto.

La posizione suesposta sembra, ad avviso di scrive, non cogliere a pieno la finalità cui la norma è preposta: il legislatore pare aver previsto una simile regola al fine di evitare che la posizione dell'Amministrazione finanziaria possa impedire che gli accordi di ristrutturazione vengano conclusi⁶⁰³. Difatti, come già accennato prima, l'art. 48, c. 5, CCII opererà sia nel caso di diniego espresso dell'Amministrazione sia nel caso in cui quest'ultima, entro il termine di sessanta giorni *ex* art. 63, c. 2, CCII, non dia una risposta, dato che, per come formulata la norma, il silenzio non sembra equivalere ad un tacito assenso.

-

⁶⁰⁰ Così l'art. 48, c. 5, CCII, nel quale sono contenuti anche i due requisiti appena evidenziati. Così formulata, la norma sembra rendere possibile la valutazione comparata anche con fattispecie ulteriori rispetto alla sola liquidazione giudiziale, superandosi quindi le problematiche evidenziate in relazione all'art. 63 CCII, sembrando il testo più aderente alle previsioni di cui alla direttiva (UE) 2019/1023.

⁶⁰¹ Cfr. A. ZORZI, *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel codice della crisi, cit,* pag. 1003 e ss.

⁶⁰² *Idem*, pag. 1004.

⁶⁰³ Avalla questa posizione il fatto che la disposizione in esame sia contenuta all'interno dell'art. 48 CCII, dedicato, appunto, al solo giudizio di omologazione.

Se ciò è condiviso, vien meno la ragione posta a fondamento del percorso argomentativo della dottrina in esame, secondo la quale, interpretando le condizioni come cumulative, «si perverrebbe all'assurdo per cui un accordo maggiormente condiviso con i creditori diversi dal fisco non consentirebbe il cram down sul fisco stesso» ⁶⁰⁴. Ma, come detto, la norma sembra non avere lo scopo di vincolare l'Amministrazione ad una proposta conveniente, ma quello di impedire che la sua inerzia non consenta l'omologazione degli accordi di ristrutturazione. Qualora ciò si verifichi, se sussistono i due requisiti de quibus, l'accordo potrà allora essere omologato.

Si tenga, inoltre, in considerazione il fatto che all'esito auspicato dalla dottrina esaminata (*i. e.* vincolare l'Amministrazione ad un pagamento non integrale nonostante il voto contrario) si può pervenire, ricorrendone i presupposti, tramite i già citati accordi ad efficacia estesa *ex* art. 61 CCII.

Ulteriore, ed ultima, questione che emerge è quella circa l'applicabilità dell'art. 48, c. 5, CCII anche al concordato preventivo: la norma è dedicata espressamente ai soli accordi di ristrutturazione, ma contenuta in un articolo dedicato all'omologazione sia del concordato preventivo che degli accordi di ristrutturazione.

Sebbene non possa disconoscersi la possibilità di un'interpretazione che, facendo leva sulla *ratio* della norma prima evidenziata, estenda l'ambito di applicazione anche al concordato preventivo, la soluzione qui ritenuta preferibile sembra essere quella per cui debba applicarsi ai soli accordi di ristrutturazione. Difatti, con il codice si è operata una scissione del contenuto dell'art. 182 *ter* 1. fall., prevedendosi gli artt. 88 e 63, dedicati rispettivamente al concordato e agli accordi di ristrutturazione: partendo da ciò, se il legislatore avesse voluto applicare la disposizione ad entrambe le fattispecie, avrebbe con tutta probabilità previsto espressamente un ambito di applicazione così delineato.

In aggiunta, si fa espresso riferimento alle maggioranze richieste dagli artt. 57 e 60 CCII, espressamente dedicati ai soli accordi di ristrutturazione.

Così contestualizzata, la lettura opposta a quella qui sostenuta appare come una forzatura del testo di legge: gli accordi di ristrutturazione, seppur qui ritenuti una

.

⁶⁰⁴ Cfr. A. Zorzi, Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel codice della crisi, cit., pag. 1004

procedura concorsuale, hanno dei tratti peculiari che li distinguono dal concordato preventivo, soprattutto nel periodo delle trattative, che hanno fatto ritenere opportuna al legislatore l'introduzione di uno strumento di cautela che potesse far superare la mancata cooperazione dei creditori fiscali.

Inoltre, la scissione delle disposizioni è avvenuta proprio con il codice in commento, il quale ha anche introdotto la nuova previsione di cui all'art. 48, c. 5, non potendosi ritenere (sembra) che il diverso ambito applicativo sia frutto di una mal coordinata stesura del testo di legge.

5.4 Fisco e gruppi in dissesto: alcuni spunti di riflessione

Si tenterà ora, in conclusione, di vedere quale possa essere il rapporto tra le norme fino a qui analizzate ed i gruppi di imprese, per i quali nulla è stato espressamente previsto in tal senso.

In relazione all'allerta *ex* art. 15 CCII, deve ritenersi che le soglie previste dalla norma debbano riguardare ogni singola impresa del gruppo, non essendovi elementi che possano far propendere in altra direzione. Deve però essere rilevato come, data la riconosciuta e autonoma rilevanza che il fenomeno ha all'interno del nuovo *corpus* normativo, sarebbe stata opportuna la previsione di soglie "di gruppo", realizzando così una maggior coerenza interna al codice.

A tal proposito, ad esempio, si sarebbe potuta prevedere una specifica disposizione che facesse riferimento alle risultanze emergenti a livello di bilancio consolidato⁶⁰⁵, oppure la possibilità bilanciare una certa esposizione debitoria di una società appartenente ad un gruppo con la situazione patrimoniale complessiva del gruppo.

Il dato di cui si sarebbe dovuto tenere conto, in altri termini, era quello della rilevanza, anche in termini di debito fiscale, dei rapporti infragruppo: per l'impresa monade sono necessarie precauzioni diverse da quelle utili per una corretta emersione dello stato di dissesto di gruppo. Difatti, così come una certa esposizione debitoria può essere compensata da crediti infragruppo, allo stesso modo si potrebbe verificare la situazione

⁶⁰⁵ Sul punto, la dottrina ha ipotizzato la *«inclusione di "indicatori della crisi" anche a livello consolidato»*, condividendo la posizione che qui si sta sostenendo. Così: M. L. VITALI, *Sistemi di allerta e crisi di gruppo nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: prime riflessioni (anche) alla luce delle recenti tendenze europee, cit.*, pag. 559.

opposta, per cui, pur non realizzandosi le fattispecie previste dall'art. 15 CCII in conseguenza a movimentazioni infragruppo, sarebbe comunque opportuna la segnalazione dei creditori pubblici qualificati individuati dalla norma⁶⁰⁶.

Sembra quindi essere una lacuna che il legislatore potrebbe colmare in sede di correttivo, così da meglio coordinare l'apprezzabile disciplina dedicata ai gruppi con l'ulteriore novità dettata dal codice.

Una possibile soluzione potrebbe essere quella di richiedere (magari anche solo nelle ipotesi in cui vi sia coincidenza delle cariche amministrative di più società appartenenti al medesimo gruppo) che le misure adottate in seguito alla segnalazione debbano riguardare l'intero gruppo, a meno che gli amministratori non dimostrino come la situazione patologica riguardi solo una singola società. Strutturando in tal modo la disposizione, il pregio consisterebbe nel fatto che non si predeterminerebbe in modo statico una cornice entro la quale ritenere in dissesto l'intero gruppo, ma si lascerebbe agli amministratori l'onere di una compiuta illustrazione circa la non criticità della situazione finanziaria dello stesso.

Si consideri anche il fatto che l'art. 73, c. 3, del già citato D.P.R. 633/1972⁶⁰⁷ attribuisce a determinate tipologie di gruppi la possibilità di un'unica e complessiva liquidazione Iva: potrebbe ben essere questo il parametro di riferimento per l'intervento dell'Agenzia delle entrate, tenendo comunque conto delle osservazioni critiche *supra* effettuate circa la scelta legislativa di ancorare la segnalazione in questione alla liquidazione Iva.

In relazione alla transazione fiscale, sembra invece opportuno, anche ai fini di queste brevi considerazioni finali, scindere tra l'ipotesi di concordato preventivo e quella degli accordi di ristrutturazione.

Nel primo caso, prendendo come esempio l'Iva, il debito in questione potrebbe essere oggetto delle "operazioni contrattuali e riorganizzative" di cui all'art. 285 CCII: la cessione del credito d'imposta di una società ad un'altra del gruppo, a valore non di

⁶⁰⁷ Integrato dalle disposizioni attuative contenute nel D.M. 13 dicembre 1979 come modificato dal D.M. 13 febbraio 2017.

174

⁶⁰⁶ In aggiunta, una certa rilevanza potrebbe emergere anche in relazione all'allerta "interna": quando gli amministratori siano i medesimi in più società del gruppo, la segnalazione loro fatta nelle modalità di cui all'art. 14 CCII potrebbe essere modellata in modo da tale da permettere una "reazione" a livello più ampio della singola società.

mercato, potrebbe giustificarsi nell'ottica della consequenziale continuità dell'attività d'impresa e dei vantaggi compensativi da ciò derivanti⁶⁰⁸.

In aggiunta, l'attestazione del professionista richiesta dall'art. 88 CCII, se la transazione fiscale viene proposta all'interno di un unico piano di gruppo, dovrebbe tenere conto anche dell'alternativa della liquidazione giudiziale di gruppo, in quanto ipotesi che si somma alla normale liquidazione della singola società e che potrebbe soddisfare maggiormente le pretese erariali.

In relazione, invece, agli accordi di ristrutturazione, a queste brevi riflessioni appena svolte⁶⁰⁹, deve esserne aggiunta una ulteriore: qualora, *ex* art. 284, c. 1, CCII vi sia un unico ricorso per accedere alla procedura di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, deve valutarsi se e come possa essere modellata la disciplina di cui all'art. 48, c. 5, CCII.

Come detto poc'anzi, la *ratio* sottostante alla disposizione sembra essere quella di evitare che l'inerzia o la ritrosia dell'Amministrazione finanziaria impediscano la conclusione di accordi che sarebbero, da un lato, convenienti per la stessa e, dall'altro, prodromici alla prosecuzione dell'attività d'impresa, e quindi convenienti anche per gli altri creditori. Pertanto, quando la procedura sia strutturata unitariamente, la valutazione che il giudice dovrà fare sulla decisività del voto e sulla convenienza della proposta dovrà essere contestualizzata all'interno del piano di gruppo.

In particolare, la seconda fattispecie sembra rientrare a pieno titolo nella «maggiore convenienza (...) della scelta di presentare un piano unitario ovvero piani reciprocamente collegati e interferenti invece di un piano autonomo per ciascuna impresa» di cui all'art. 284, c. 4, CCII in tema di requisiti d'accesso alla procedura unitaria: un'apposita voce all'interno della domanda di gruppo circa la convenienza dei trattamenti fiscali e contributivi, debitamente attestata dal professionista 610, potrebbe ab origine rendere impraticabile per l'Amministrazione finanziaria

⁶⁰⁹ Difatti, se sono condivise le conclusioni a cui si è giunti nel capitolo precedente, le operazioni infragruppo in attuazione del piano di concordato sono estendibili anche all'ipotesi di accordi di ristrutturazione dei debiti.

⁶⁰⁸ Si rinvia al capitolo 2 per un'approfondita analisi di questa disposizione e delle condizioni necessarie affinché possa operare.

⁶¹⁰ Attestazione che emergerebbe dal combinato disposto dell'art. 284, c. 5, CCII e dell'art. 48, c. 5, CCII, i quali, in diversi contesti, fanno assumere grande rilievo alla posizione dell'attestatore indipendente.

l'ingiustificato diniego che porterebbe alla mancata omologazione degli accordi di gruppo.

A differenza di quanto detto in tema di strumenti d'allerta, però, appare comprensibile il silenzio normativo con riferimento ai gruppi: trattasi della disciplina generale che si applica in tema di concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti e che, in quanto tale, non necessita di apposite declinazioni in caso di gruppi di imprese⁶¹¹.

⁶¹¹ È la medesima fattispecie che, ad esempio, si realizza in caso di accordi ad efficacia estesa *ex* art. 61 CCII, oppure in tema di ipotesi di necessaria formazione di classi nel concordato preventivo, *ex* art. 85, c. 5, CCII. Entrambi non hanno una specifica disciplina che riguardi i gruppi di imprese, ma è indubbio che si possano applicare anche a questi ultimi.

Conclusioni

Nell'arco di questi cinque capitoli si è tentato di trattare puntualmente l'intera disciplina dettata per i gruppi di imprese all'interno del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Da un punto di vista generale, il giudizio non può che essere, a mio avviso, positivo: dedicare apposite disposizioni, in materia concorsuale, al fenomeno in esame era oramai non solo opportuno, ma necessario. L'economia moderna richiede una strutturazione dell'attività d'impresa sempre più complessa, e la costituzione di un gruppo diviene, il più delle volte, soluzione necessaria per competere proficuamente sul mercato.

Per questo motivo, ad esempio, esiste, già dal 2003, una disciplina appositamente dedicata in sede societaria.

Le connessioni intersocietarie, però, assumono rilievo anche nel momento patologico della vita d'impresa, soprattutto alla luce dei nuovi valori che, a seguito dell'emanazione del codice e della direttiva (UE) 2019/1023, permeano la disciplina concorsuale: la tempestiva rilevazione della crisi e il salvataggio dell'impresa, sì da consentirne la reintroduzione nel mercato, avrebbero perso gran parte del loro potenziale se non si fosse prevista la possibilità di una trattazione unitaria del gruppo. Anche prescindendo da tale aspetto, però, appare lodevole l'intervento legislativo, in quanto, anche in sede di mera liquidazione, le sinergie di gruppo permettono, nella maggioranza dei casi, di ottenere un grado di soddisfacimento dei creditori maggiore a quello che si otterrebbe se si procedesse alla liquidazione di ciascuna società singolarmente considerata.

La nuova normativa non è comunque priva di "ombre", come, a più riprese, si è evidenziato nel corso dell'esposizione.

Due, in particolare, i punti che appaiono caratterizzati da rilevanti criticità: la facoltà o meno di superare la rigidità della separazione delle masse attive e passive e la formulazione dell'art. 292 CCII, in tema di postergazione dei crediti da finanziamenti infragruppo.

Riguardo al primo aspetto, si è invero sostenuto, nel secondo capitolo, come, tramite un'esegesi dell'art. 285, c. 2, CCII, alla luce del più ampio contesto normativo

delineato dal codice, si possa pervenire alla possibilità di trasferire risorse da un'impresa del gruppo ad un'altra, quando ciò sia necessario per la continuità dell'attività d'impresa. È stato altresì evidenziato come sia parsa una precisa volontà legislativa quella di modellare in tal direzione la disciplina *de qua*: volontà che, peraltro, non emerge però con chiarezza dal testo di legge.

Alla luce delle remore giurisprudenziali, culminate nella sentenza n. 20559/2015 della Cassazione, pare quanto mai necessario che si intervenga sul testo di legge, cosicché questa possibilità, di indubbia utilità ai fini di una proficua trattazione unitaria della crisi di gruppo, non causi, nella prassi, incertezze applicative e possa essere dunque esperita con sicurezza.

Anche riguardo al secondo aspetto sopra evidenziato i profili problematici emergono dalla formulazione normativa: la disposizione è mal coordinata con le altre disposizioni civilistiche dedicate al tema e, ancor più che nell'ipotesi precedente, si rende necessaria la riscrittura del testo della norma. Se l'obiettivo è, alla radice, promuovere il corretto finanziamento dell'impresa, diviene esiziale una previsione che si presta, in conseguenza della sua poca chiarezza, a distorsioni interpretative, che potrebbero portare ad esiti opposti a quelli cui, inizialmente, si mirava.

Ancora, anche se ciò concerne i gruppi solamente in via derivativa, pare assolutamente opportuna un ripensamento della disposizione (art. 15, c. 2, lett. a), CCII) dedicata alle ipotesi nelle quali l'Agenzia delle entrate dovrà procedere alla segnalazione del rilevante indebitamento di determinati soggetti: ed infatti, ancorare la segnalazione al rilevamento del debito Iva risulta una scelta non condivisibile, dal momento che, come si è dimostrato, finisce per incidere negativamente sull'operatività e sull'effettività del nuovo strumento dell'allerta. Fatto che, evidentemente, non appare auspicabile.

Altre osservazioni critiche sono state mosse nei confronti del titolo del codice dedicato ai gruppi, ma sono tutti rilievi di portata inferiore a quelli appena evidenziati. Ad esempio, nella parte dedicata al concordato preventivo di gruppo, non sono state previste specifiche disposizioni, come la legge delega invece richiedeva, circa le conseguenze dell'annullamento o della risoluzione del piano di gruppo: la questione può essere risolta attingendo dalla normativa generale dedicata al concordato preventivo, modellandola sui principi che reggono la disciplina dei gruppi.

Ancora, le questioni relative all'adeguamento del codice alle previsioni della direttiva (UE) 2019/1023 ineriscono a questioni di minor rilievo pratico, salva l'ipotesi (che difficilmente troverà applicazione, in base alle considerazioni di cui al quarto capitolo) di un ripensamento della gerarchia dei creditori, dato che nella direttiva è data la possibilità (ma non l'obbligo) di introduzione della *relative priority rule*.

Quel che rileva, comunque, è che, finalmente, nonostante la necessità di alcune modifiche (anche di un certo rilievo), i gruppi di imprese abbiano trovato una loro regolamentazione anche nell'ambito della disciplina concorsuale.

Bibliografia

- AA. VV., Verso il nuovo codice della crisi, in www.fondazionenazionalecommercialisti.it, 2019.
- L. ABETE, Il fallimento della supersocietà (di fatto) occulta: "controindicazioni" applicative, in Società, 2017.
- N. ABRIANI, Finanziamenti «anomali» dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata, in www.associazionepreite.it, 2010.
- N. ABRIANI, L. PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi societari*, in O. CAGNASSO, L. PANZANI (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Vol. II, Utet, Torino, 2016.
- N. ABRIANI, Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi. Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario, in Giur. comm., 2002, I.
- S. Ambrosini, Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche, in www.ilcaso.it, 2019.
- S. Ambrosini, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012, in Dir. fall., 2012, I.
- S. Ambrosini, La Cassazione risolve i dubbi sulla cd. continuità indiretta nel concordato preventivo, in www.osservatorio-oci.it, 2018.
- S. Ambrosini, *La deliberazione nel concordato*, in www.ilcaso.it, 2014.
- S. Ambrosini, *Nota a Cass. 18 gennaio 2018, n. 1182,* in www.osservatorio-oci.org, 2018.
- G. ANDREANI, Transazione fiscale: quali effetti sulle liti pendenti?, in IPSOA Quotidiano, 19 gennaio 2018.
- C. ANGELICI, La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale, Cedam, Milano, 2006.
- M. ARATO, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra la giurisprudenza della Cassazione e il Codice della crisi e dell'insolvenza, in www.ilcaso.it, 2018.
- M. ARATO, Regolazione della crisi e dell'insolvenza dei gruppi d'imprese, in www.ilcaso.it, 2018.

- A. M. AZZARO, *Le procedure concordate dell'impresa in crisi*, Giappichelli, Torino, 2017.
- A. BADINI CONFALONIERI, R. VENTURA, *Articolo 2497*, in G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (diretto da) *Il nuovo diritto societario*, Vol. III, Zanichelli, Torino, 2004.
- S. BARBA, Dalla transazione fiscale al trattamento dei crediti tributari e contributivi: analisi dei principali chiarimenti dell'Amministrazione finanziaria sul nuovo art. 182-ter della Legge Fallimentare, in www.dirittobancario.it, 2018.
- G. Barbieri, G. Anzani, Denunzia ex art. 2409 c.c. per gravi irregolarità nella gestione di una società: riflessioni minime a proposito di alcune riflessioni dibattute, in www.ilcaso.it, 2018.
- A. BARTALENA, Le azioni di responsabilità nel codice della crisi d'impresa, in Fallimento, 2019.
- P. Bastia, Crisi e piani di risanamento nei gruppi aziendali, in www.osservatorio-oci.org, 2019.
- P. Bastia, Crisi aziendali e piani di risanamento, Giappichelli, Torino, 2019.
- P. Bastia, R. Brogi, *Operazioni societarie straordinarie e crisi d'impresa*, Ipsoa, Milano, 2016.
- S. Bastianon, Allerta precoce e ristrutturazione preventiva: Codice della crisi e Direttiva 2019/1023 a confronto, ne il Fallimentarista, 2019.
- L. BENEDETTI, *I finanziamenti dei soci e infragruppo alla società in crisi*, Giuffrè, Milano, 2017.
- L. Benedetti, I flussi informativi nella crisi del gruppo societario: spunti di diritto interno e comparato in vista della ventura riforma della normativa italiana, in A. Paciello, G. Guizzi (a cura di), Crisi dell'impresa e ruolo dell'informazione, Giuffrè, Milano, 2016.
- L. Benedetti, Il concordato con cessione parziale dei beni nell'ambito del gruppo fra passato e futuro, in Fallimento, 2019.
- L. BENEDETTI, I vantaggi compensativi nella giurisprudenza, in Riv. dir. impr., 2015.
- L. Benedetti, La posizione dei soci nel risanamento della società in crisi: dal potere di veto al dovere di sacrificarsi (o di sopportare) (Aufopferungs- o Duldungspflicht)?, in Riv. dir. soc., 2017, I.

- G. BENVENUTO, S. MEANI, Direttiva UE n. 1023/2019 sulla ristrutturazione preventiva, esdebitazione ed insolvenza: prime valutazioni, ne il Fallimentarista, 2019.
- R. BOGONI, E. Artuso, Criticità tributarie nel concordato preventivo, ne il Fallimentarista, 2019.
- R. Brogi, Il concordato preventivo di gruppo e la fusione, in www.osservatorio-oci.org, 2014.
- G. Buffelli, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, ne il Fallimentarista, 2019.
- V. CALANDRA BUONAURA, La gestione della società in crisi, in Società, banche e crisi d'impresa Liber amicorum Pietro Abbadessa, Utet, Torino, 2014.
- F. CAMPIONE, Revocatoria fallimentare e pretese restitutorie contro un altro fallimento: problemi e prospettive processuali, in Dir. fall., 2019, I.
- M. C. CARDARELLI, *Insolvenza e stato di crisi tra scienza giuridica e aziendalistica*, in *Dir. fall.*, 2019, I.
- P. G. CECCHINI, Fusioni, scissioni e trasformazioni nel nuovo concordato preventivo, in Fallimento, 2019.
- P. F. CENSONI, Gli effetti del concordato preventivo nei confronti dei creditori dalla legge fallimentare al Codice della crisi e dell'insolvenza, in www.ilcaso.it, 2019.
- G. CHERUBINI, *Riforma fallimentare e guida commentata alla legge 155/2017*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2017.
- A. CIMOLAI, La nuova transazione fiscale tra dissociazione oggettiva, riassociazione soggettiva e ristrutturazione coatta, ne il Fallimentarista, 2019.
- M. CONTIN, Concordato preventivo e Iva di rivalsa, in www.ilcaso.it, 2019.
- G. CORNO, Alcune riflessioni sul (futuro?) concordato liquidatorio giudiziale, ne il Fallimentarista, 2017.
- G. CORNO, S. BARIATTI, Il regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015 relativo alle procedure di insolvenza (rifusione). Una prima lettura, ne il Fallimentarista, 2015.
- D. CORRADO, La disciplina del concordato di gruppo nel Codice della crisi e dell'insolvenza, ne il Fallimentarista, 2019.
- D. CORRADO, La liquidazione giudiziale di gruppo nel Codice della crisi e dell'insolvenza, ne il Fallimentarista, 2019.

- G. CORVINO, L. JEANTET, P. STELLA, Le nuove attribuzioni del professionista indipendente nel Codice della crisi, ne il Fallimentarista, 2019.
- M. Cossu, L'amministratore giudiziario nel procedimento ex art. 2409 c.c., in Giur. comm., 2019, I.
- R. Costi, F. Vella, Commentario breve al testo unico bancario, Cedam, 2019.
- F. DAMI, Codice della crisi d'impresa: una svolta (o un'occasione mancata) per i profili fiscali?, in IPSOA Quotidiano, 16 marzo 2019.
- F. DAMI, La gestione dei debiti fiscali nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza, in Riv. dir. trib. (supplemento online), 2019.
- G. D'AMICO, Responsabilità patrimoniale e procedure concorsuali nella "società del debito": oltre la tutela (esclusiva) del creditore, in Questione Giustizia, 2019, II.
- G. D'ATTORE, Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore, in Riv. dir. comm., 2014, II.
- G. D'ATTORE, I concordati di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in Fallimento, 2019.
- G. D'Attore, Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della "eterodiretta", in Riv. dir. comm., 2015, II.
- P. DE CESARI, G. MONTELLA (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa*. *Il regolamento (UE) 2015/848 relativo alle procedure d'insolvenza*, Giappichelli, Torino, 2017.
- M. DE LINZ, La Cassazione fissa un punto fermo sulla vexata quaestio della natura giuridica degli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis L. Fall., consolidando l'orientamento che li qualifica come procedura concorsuale, in Dir. fall., 2019, II.
- R. Della Santina, *Prime riflessioni sulla liquidazione giudiziale dei beni nel Codice della crisi e dell'insolvenza: ritorno al passato?*, in www.ilcaso.it, 2019.
- S. Delle Monache, *Profili dei «nuovi» accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2013.
- B. DENORA, Si alla falcidia dell'IVA, ma non per tutti, in Riv. dir. trib. (supplemento online), 2017.
- R. DE PIRRO, Compensare debiti e crediti verso la PA: una nuova chance per professionisti e imprese, in IPSOA Quotidiano, 10 agosto 2018.

- A. DI IULLO, Concordato liquidatorio: condizioni legali di ammissibilità e principio di atipicità della proposta, ne il Fallimentarista, 2017.
- A. DI MAJO, Il fenomeno del concordato cd. di gruppo e il diniego espresso della Corte di Cassazione, in www.ildirittodegliaffari.it, 2016.
- A. DI MAJO, *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Giappichelli, Torino, 2012.
- A. DI MAJO, I gruppi di imprese nel concordato preventivo e nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, in www.orizzontideldirittocommerciale.it.
- M. C. DI MARTINO, Fusione e soluzioni concordate della crisi, Giappichelli, Torino, 2017.
- F. DI MARZIO, La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Osservazioni sulla legge delega, Giuffrè, Milano, 2018.
- F. DIMUNDO, Le azioni di responsabilità esperibili dagli organi delle procedure concorsuali: il regime attuale e la nuova disciplina introdotta dal Codice della crisi e dell'insolvenza, in www.ilcaso.it, 2019.
- E. DI FEDE, La responsabilità della holding, in Cammino Diritto, 2018.
- M. DI TERLIZZI, Revocatoria ordinaria nei confronti di un fallimento: una netta chiusura delle Sezioni Unite, in www.eclegal.com, 2019.
- A. FABBI, Procedure sulla crisi e l'insolvenza dei gruppi di imprese (artt. 284-292), in M. GIORGETTI (a cura di), Codice della crisi e dell'insolvenza: commento al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, Pacini, Pisa, 2019.
- M. Fabiani, Dal Codice della crisi d'impresa agli accordi di ristrutturazione senza passare da Saturno, in www.ilcaso.it, 2018.
- M. Fabiani, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Zanichelli, Torino, 2017.
- M. FABIANI, La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione, in Fallimento, 2018.
- M. FABIANI, La par condicio creditorum al tempo del codice della crisi, in Questione Giustizia, 2019, II.
- M. Fabiani, La rimodulazione del dogma della responsabilità patrimoniale e la deconcorsualizzazione del concordato preventivo, in www.ilcaso.it, 2016.
- M. Fabiani, La struttura finanziaria del concordato preventivo prima e dopo il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, Zanichelli, Torino, 2019.

- M. FABIANI, Le misure cautelari e protettive nel codice della crisi d'impresa, in Riv. dir. proc., 2019.
- M. Fabiani, L'ulteriore upgrade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate, in Fallimento, 2010.
- M. Fabiani, Per la chiarezza delle idee su compensazione e postergazione, in Dir. banca mercato fin., 2019, I.
- M. FACCI, *Concordato preventivo e autonomia privata*, intervento presentato al convegno 'Concordato preventivo e riforma del diritto fallimentare' tenutosi a Roma nel 2016.
- L. FARENGA, Prime riflessioni sull'insolvenza di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in Dir. fall., 2019, I.
- A. FAROLFI, *La crisi di gruppo alla luce del nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, ne *il Fallimentarista*, 2019.
- G. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Giappichelli, Torino, 2019.
- G. FICHERA, Ristrutturazione preventiva e insolvenza: le novità introdotte dalla direttiva UE 2019/1023, in IPSOA Quotidiano, 30 luglio 2019.
- F. FIMMANÒ, Supersocietà di fatto ed estensione di fallimento alle società eterodirette, in www.ilcaso.it, 2016.
- L. FORNACIARI, Gruppi aziendali e bilancio consolidato in Italia, Giappichelli, Torino, 2017.
- A. FOSCO FAGOTTO, La rilevanza dei gruppi di imprese alla luce del nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza, in www.dirittobancario.it, 2019.
- G. Fransoni, Codice della crisi d'impresa e privilegi fiscali: rivoluzionarie novità?, in Rass. trib., 2019.
- F. Furlani, Consolidato fiscale: informazioni da fornire nei documenti di bilancio, in www.ecnews.it, 2019.
- F. GALGANO, I gruppi nella riforma delle società di capitali, in Contr. impr., 2002.
- D. GALLETTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: brevi note sui principi generali e sugli interessi tutelati (II)*, ne *il Fallimentarista*, 2019.
- T. GALLETTO, Nuove prospettive nel diritto fallimentare italiano: il gruppo insolvente e la risoluzione negoziata delle crisi di impresa, in Rass. Forense, 2010.

- L. GAMBI, Erario e fallimento: principi, profili applicativi ed aspetti problematici, in Dir. fall., 2019, I.
- L. GAMBI, L'accertamento dei crediti fiscali nel concordato preventivo, in www.ilcaso.it, 2019.
- F. GERIA, La procedura di allerta e i debiti previdenziali nel nuovo Codice della crisi d'impresa, ne il Fallimentarista, 2019.
- L. Ghia, Gli obbiettivi della guida legislativa sull'insolvenza dell'Uncitral, in Fallimento, 2005.
- P. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, La c.d. supersocietà tra società di capitali al primo (e parziale) vaglio della Cassazione, in Corr. giur., 2017.
- N. GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Giappichelli, Torino, 2016.
- S. GIOVANNINI, La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società, Giuffrè, Milano, 2007.
- P. Gobio Casali, I finanziamenti dei soci tra postergazione e azioni revocatorie, in www.ilcaso.it, 2017.
- S. GOPLAN, M. GUIHOT., 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.
- G. GORLA, *Il diritto comparato in Italia e nel «mondo occidentale» e una introduzione al «dialogo civil law common law»*, Giuffrè, Milano, 1983.
- M. Greggio, La holding occulta e la responsabilità da direzione e coordinamento: una "nuova" frontiera dell'attività recuperatoria nel fallimento, in www.ilcaso.it, 2017.
- F. Guerrera, *Gruppi di società*, operazioni straordinarie e procedure concorsuali, in Dir. fall., 2005, I.
- F. Guerrera, Il concordato fallimentare nella riforma: novità, problemi, prospettive, anche alla luce del «decreto correttivo», in Dir. fall., 2007, I.
- F. Guerrera, La regolazione negoziale della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese nel nuovo CCII, in Questione Giustizia, 2019, II.
- F. Guerrera, M. Maltoni, Concordati giudiziali e operazioni societarie di riorganizzazione, in Riv. soc., 2008.

- R. GUIDOTTI, La governance delle società nel Codice della crisi d'impresa, in www.ilcaso.it, 2019.
- R. GUIDOTTI, The global italian "Rordorf reform" (Law October 19TH 2017, n. 155): the current situation, in www.ilcaso.it, 2018.
- G. GUIZZI, *I gruppi di società*, in AA. VV., *Diritto delle società*. *Manuale breve*, Giuffrè, Milano, 2012.
- A. IRACE, Direzione e coordinamento di società, in M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), La riforma delle società. Aggiornamento commentato, Giappichelli, Torino, 2004.
- L. JEANTET, P. VALLINO, Classi e categorie di creditori, ne il Fallimentarista, 2018.
- L. JEANTET, P. VALLINO, La responsabilità degli amministratori: guardare al passato, pensare al futuro e interpretare il presente, ne il Fallimentarista, 2019.
- A. JORIO, *I gruppi*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Giappichelli, Torino, 2003.
- M. LAMANDINI, Commento all'art. 2359, in M. CAMPOBASSO, V. CARIELLO, U. TOMBARI (a cura di), Le società per azioni. Codice civile e norme complementari, Giuffrè, Milano, 2016.
- E. La Marca, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I.
- P.P. Lanni, Il contratto nell'operazione (o procedimento) di ristrutturazione dei debiti, in Questione Giustizia, 2019, II.
- G. LAZOPPINA, Liquidazione giudiziale di gruppo e procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza di imprese appartenenti ad un gruppo, ne il Fallimentarista, 2019.
- A. LEANDRO, Le procedure concorsuali transfrontaliere, in A. JORIO, B. SASSANI (a cura di), Trattato delle procedure concorsuali. Il fallimento, Volume III, Giuffrè, Milano, 2016.
- G. LEOGRANDE, F. GHIGNONE, Commento ragionato alla riforma fallimentare, Maggioli Editore, Rimini, 2019.
- G. Lo CASCIO, Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne, in Fallimento, 2013.
- G. Lo Cascio, Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura, in Fallimento, 2019.

- P. MARANO, Accordi di ristrutturazione dei debiti, in F. SANTANGELI (a cura di), Il nuovo fallimento. Commento al R.D. 16 marzo 1942, n. 267 coordinato con le modifiche apportate dalla Legge 14 maggio 2005, n. 80 e dal D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, Giuffrè, Milano, 2006.
- F. MAROTTA, L'armonizzazione europea delle discipline nazionali in materia di insolvenza: la nuova direttiva europea riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, in www.ilcaso.it, 2019.
- M. MIOLA, Crisi dei gruppi e finanziamenti infragruppo nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, in Riv. soc., 2019.
- G. MOLLO, D. MONTESANTO, *Il controllo societario nel Testo unico della finanza*, Tiburtini, Roma, 2015.
- G. MONTELLA, L'ambito di applicazione del regolamento 2015/848, in P. DE CESARI, G. MONTELLA (a cura di), Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa, Giappichelli, Torino, 2017.
- S. Monti, *La crisi e l'insolvenza dei e nei gruppi d'imprese*, in S. Sanzo, D. Burroni (a cura di), *Il nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, Zanichelli, Torino, 2019.
- G. B. NARDECCHIA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in L. PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Vol. IV, Utet Giuridica, 2014.
- G. B. NARDECCHIA, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*. *Disciplina, novità e problemi applicativi*, Neldiritto editore, Molfetta, 2019.
- A. NIGRO, D. VATTERMOLI, Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali, Il Mulino, Bologna, 2017, IV ed.
- A. NIGRO, *I soggetti delle procedure concorsuali*, in F. VASSALLI, F. LUISO, E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare. I presupposti dell'apertura delle procedure concorsuali*, Vol. I, Giappichelli, Torino, 2013.
- I. L. NOCERA, Architettura strutturale degli accordi di ristrutturazione: un'analisi di diritto civile, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2011.
- I. L. NOCERA, Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico: il diritto della crisi d'impresa oltre le procedure concorsuali, in Dir. fall., 2012, I.
- C. PAGLIUGHI, Le norme del Codice della Crisi relative ai gruppi di imprese, ne il Fallimentarista, 2019.
- M. PALLADINO, *La nuova disciplina dei gruppi d'imprese*, Neldiritto Editore, Molfetta, 2019.

- L. PANZANI, Conservazione dell'impresa, interesse pubblico e tutela dei creditori: considerazioni a margine della proposta di direttiva in tema di armonizzazione delle procedure di ristrutturazione, in www.ilcaso.it, 2017.
- L. Panzani, *Il preventive restructuring nella Direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze*, in www.ilcaso.it, 2019.
- L. PANZANI, La disciplina della crisi di gruppo tra proposte di riforma e modelli internazionali, in Fallimento, 2016.
- F. PAPARELLA (a cura di), *Il diritto tributario delle procedure concorsuali e delle imprese in crisi*, Giuffrè, Milano, 2013.
- G. PERONE, L'applicabilità della disciplina legale della postergazione ai finanziamenti ascendenti infragruppo (upstreaming financing), in Judicium, 2012.
- A. PERRONE, Nuova disciplina della "crisi d'impresa" e obbligo di segnalazione dei "creditori pubblici qualificati" (Agenzie fiscali e INPS): primissime riflessioni, in Riv. dir. trib. (supplemento online), 2019.
- A. Petrillo, *Bilancio consolidato, tra disciplina nazionale e principi contabili internazionali,* in www.diritto.it, 2018.
- F. PIPICELLI, *L'esdebitazione: prospettive della riforma e aspetti fiscali nel fallimento*, in *Riv. dott. comm.*, 2019.
- S. Poli, Ammissibilità e tecniche di proposizione del "concordato di gruppo" dopo l'intervento della S.C, in Fallimento, 2016.
- S. Poli, Il "concordato di gruppo": i) profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplenza giurisprudenziale, in Contr. impr., 2014.
- S. POLI, *Il concordato di gruppo: ii) verifica critica degli approdi giurisprudenziali con tentativo di ricavare dal sistema le chiavi per un parziale superamento del dogma delle masse (attive), in Contr. impr., 2015.*
- S. Poli, Il concordato preventivo di gruppo, in Giur. comm., 2014, II.
- G. Presti, M. Rescigno, *Corso di diritto commerciale*, vol. I e II, Zanichelli, Torino, 2017.
- C. Proto, Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi di impresa e ruolo del giudice delegato, in Fallimento, 2007.
- L. M. QUATTROCCHIO, L'insolvenza dei gruppi, in Dir. ed econ., 2016.
- J. RENCRICCA, *Il dibattito dottrinale sulla natura degli accordi di ristrutturazione*, in www.diritto.it, 2017.

- M. RICCI, I controlli individuali del socio non amministratore di società a responsabilità limitata, in Riv. dir. comm., 2006, I.
- G. ROCCA, A. DI FALCO (a cura di), *Il nuovo trattamento dei crediti tributari e contributivi secondo il Codice della crisi e dell'insolvenza*, Quaderno n. 79, in www.odcec.mi.it, 2019.
- R. RORDORF, I gruppi nella recente riforma del diritto societario, in Società, 2004.
- R. ROSOTTO, V. CRESTA, Direzione e coordinamento di gruppo nella riforma societaria: prime riflessioni, in Corr. giur., 2003.
- A. ROSSI, Dalla crisi tipica ex CCII alla resilienza della twilight zone, in Fallimento, 2019.
- G. RUSSOTTO, Brevi note esegetiche sull'obbligo di segnalazione dell'Agenzia delle entrate, in www.ilcaso.it, 2019.
- R. SACCHI, Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali, in Giur. comm., 2003, I.
- R. SANTAGATA, Concordato preventivo "di gruppo" e teoria dei vantaggi compensativi, in Riv. dir. impresa, 2015.
- R. SANTAGATA, Il concordato di gruppo nel Progetto di riforma Rordorf: prime impressioni, in Riv. dir. impresa, 2016.
- R. Santagata, Sulla ristrutturazione del gruppo mediante costituzione di una società in nome collettivo funzionale al concordato preventivo, in Dir. fall., 2015, II.
- T. Senni, Il regolamento (UE) 848/2015 sulle procedure d'insolvenza transfrontaliere. Il fenomeno dell'insolvenza di gruppo: quale impatto sul diritto italiano?, in sennipartners.com, 2019.
- G. SCOGNAMIGLIO, Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento, in P. ABBADESSA e G. B. PORTALE (diretto da), Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum G. F. Campobasso, III, Utet, 2007.
- G. SCOGNAMIGLIO, I gruppi di imprese nel CCII: fra unità e pluralità, in Società, 2019.
- G. SCOGNAMIGLIO, I gruppi e la riforma di diritto societario: prime riflessioni, in Rass. giur. en. elettr., 2003, I.
- G. SCOGNAMIGLIO, Profili della tutela dei creditori nei gruppi di società, a dieci anni dalla riforma, in AA. VV., La riforma del diritto societario dieci anni dopo. Per i quarant'anni di Giurisprudenza commerciale, Giuffrè, Milano, 2015.

- L. SCOLLO, Promulgato il nuovo regolamento (UE) n. 2015/848 sulle procedure di insolvenza transfrontaliere: principali profili di riforma, in Dir. comm. internaz., 2015.
- C. SOTTORIVA, A. CERRI, Gli indici di allerta rilevanti ai fini dell'attivazione degli obblighi segnaletici, ne il Fallimentarista, 2019.
- M. SPIOTTA, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza La disciplina dei gruppi, in Giur. it., 2019.
- E. Stasi, *La transazione fiscale dal punto di vista del giudice tributario*, in *Fallimento*, 2014.
- E. STASI, Transazione fiscale nelle procedure concorsuali, ne il Fallimentarista, 2019.
- E. STAUNOVO POLACCO, *L'inefficacia della revocatoria in pendenza di fallimento*, ne *il Fallimentarista*, 2019.
- G. TERRANOVA, I nuovi accordi di ristrutturazione: il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa, in Dir. fall., 2012, I.
- F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario Vol. II: Parte speciale*, Utet, Vicenza, 2018.
- C. Trentini, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una procedura concorsuale: la Cassazione completa il percorso, in Fallimento, 2018.
- U. TOMBARI, Diritto dei gruppi d'imprese, Giuffrè, Milano, 2010.
- E. VANONI, Natura ed interpretazione delle leggi tributarie, Cedam, Padova, 1932.
- D. VATTERMOLI, Concorso e autonomia privata nel concordato preventivo di gruppo, in Dir. banca mercato fin., 2012.
- D. Vattermoli, Gruppi insolventi e consolidamento di patrimoni (substantive consolidation), in Riv. dir. soc., 2010, I.
- D. VATTERMOLI, Gruppi multinazionali insolventi, in Riv. dir. comm., 2013, I.
- P. VELLA, L' allerta nel Codice della crisi e dell'insolvenza alla luce della direttiva (UE) 2019/1023, in www.ilcaso.it, 2019.
- P. VELLA, L'epocale introduzione degli strumenti di allerta nel sistema concorsuale italiano, in Questione Giustizia, 2019, II.
- V. VELLUZZI, Ezio Vanoni e l'analogia giuridica: note a margine, in G. RAGUCCI (a cura di), Ezio Vanoni: giurista ed economista: atti, Giuffrè, Milano, 2017.

- G. VERNA, La transazione fiscale quale sub-procedimento facoltativo del concordato preventivo, in Fallimento, 2010.
- G. VERNA, Strumenti per il nuovo assetto organizzativo delle società, in Società, 2019.
- M. L. VITALI, Sistemi di allerta e crisi di gruppo nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: prime riflessioni (anche) alla luce delle recenti tendenze europee, in Dir. fall., 2019, I.
- V. VITALONE, Il nuovo concordato preventivo, Hoepli, Milano, 2008.
- V. Zanichelli, *Il concordato come procedimento concorsuale negoziato*, in *Questione Giustizia*, 2019, II.
- V. ZANICHELLI, La segnalazione dei creditori pubblici qualificati: quod sine die debetur numquam debetur?, in www.ilcaso.it, 2019.
- M. ZARA, Crisi d'impresa e falcidiabilità tributaria: profili evolutivi e prospettive, in www.ilcaso.it, 2018.
- P. F. Zari, L'ipostatizzazione della fattibilità nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza, in www.diritto.it, 2019.
- A. ZORZI, Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel codice della crisi, in Fallimento, 2019.

Indice della giurisprudenza citata

(in ordine cronologico)

Cass., 8 maggio 1991, n. 5123, in *Società*, 1991, pag. 1351 e ss.

Cass., 16 luglio 1992, n. 8656, citata da M. PALLADINO, *La nuova disciplina dei gruppi d'imprese*, Neldiritto Editore, Molfetta, 2019, pag. 44.

Trib. Ivrea, 21 febbraio 1995, in Fallimento, 1995, pag. 969 e ss.

Trib. Perugia, 3 marzo 1995, in Foro it., 1995, I.

Trib. Terni, 19 maggio 1997, in Fallimento, 1998, pag. 290 e ss.

Trib. Roma, 16 dicembre 1997, in *Dir. fall.*, 1998, II, pag. 778 e ss.

Trib. Crotone, 28 maggio 1999, in Giust. civ., 2000, I, pag. 1533 e ss.

Trib. Pavia, 26 maggio 2004, inedita, per cui si veda S. Poli, *Il concordato di gruppo:* i) profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplenza giurisprudenziale, in *Contr. impr.*, 2014, pag. 1364.

Trib. Pavia, dicembre 2005, inedita, per cui si veda S. Poli, *Il concordato di gruppo: i) profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplenza giurisprudenziale*, in *Contr. impr.*, 2014, pag. 1365.

Trib. Parma, 10 luglio 2008, inedita, per cui si veda S. Poli, *Il concordato di gruppo: i) profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplenza giurisprudenziale,* in *Contr. impr.*, 2014, pag. 1367.

Trib. Bologna, 8 ottobre 2009, inedita, per cui si veda S. Poli, *Il concordato di gruppo: i) profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplenza giurisprudenziale,* in *Contr. impr.*, 2014, pag. 1367.

Cass., 13 gennaio 2010, n. 403, in www.tuttocamere.it.

Trib. La Spezia, 2 maggio 2011, in www.ilcaso.it.

Trib. Palermo, 15 giugno 2011, in *Giur. comm.*, 2013, II, pag. 507 e ss.

Cass., 23 giugno 2011, n. 13818, in www.ilcaso.it.

Cass., 15 settembre 2011, n. 18864, in www.ilcaso.it.

Cass., 4 novembre 2011, n. 22931, in www.unijuris.it.

Cass., 4 novembre 2011, n. 22932, in www.unijuris.it.

App. Genova, sez. I civ., 23 dicembre 2011, in www.ilcaso.it.

Trib. Benevento, 18 gennaio 2012, in Dir. banca mercato fin., 2012, I, pag. 378 e ss.

Trib. Monza, 24 aprile 2012, ne il Fallimentarista, 2012.

Trib. La Spezia, 27 aprile 2012, in www.ilcaso.it.

Trib. Roma, 25 luglio 2012, in *Fallimento*, 2013, pag. 748 e ss.

App. Roma, 5 marzo 2013, in www.ilcaso.it.

Cass. Sez. Un., 25 giugno 2013, n. 15872, in www.dirittoegiustizia.it.

Trib. Milano, 20 dicembre 2013, ordinanza, in www.ilcaso.it.

Trib. Palermo 4 giugno 2014, in www.ilcaso.it.

Trib. Mantova, 16 ottobre 2014, in *Società*, 2015, p. 1405 e ss.

Cass., 13 ottobre 2015, n. 20559, in Giur. comm., 2016, II, pag. 114 e ss.

Corte Cost., ordinanza n. 46, 3 marzo 2016, in Giur. cost., 2016, pag. 528 e ss.

App. Firenze, 7 aprile 2016, decreto, in www.ilcaso.it.

Corte di Giustizia, 7 aprile 2016, Sentenza Degano, C-546/14, EU:C:2016:206.

Cass., 20 maggio 2016, n. 1057, in www.ilcaso.it.

Cass., 27 dicembre 2016, n. 26988, in www.ilcaso.it

Cass., 27 febbraio 2017, n. 4915, in www.ilcaso.it.

Cass., 4 aprile 2017, n. 8680, in www.ilcaso.it.

Trib. Pescara, 19 maggio 2017, in www.fondazionenazionalecommercialisti.it.

Cass., 31 luglio 2017, n. 19014, in Società, 2017, pag. 1386.

Cass., 18 gennaio 2018, n. 1181, in www.ilcaso.it.

Cass., 18 gennaio 2018, n. 1182, in Fallimento, 2018, pag. 285.

Cass., 25 gennaio 2018, n. 1896, in Fallimento, 2018, pag. 286.

Cass., 2 febbraio 2018, n. 2627, in www.ilcaso.it.

Trib. Milano, 12 aprile 2018, n. 2488, ordinanza, in www.forumiuris.it.

Cass., 12 aprile 2018, n. 9087, in Fallimento, 2018, pag. 984.

Cass., 15 maggio 2018, n. 11758, in www.dirittoegiustizia.it.

Cass., 19 giugno 2018, n. 16161, in www.ilcaso.it.

Cass., 20 giugno 2018, n. 16291, in www.ilcodicedeiconcordati.it.

Cass., 21 giugno 2018, n. 16347, in www.ilcaso.it.

Cass., 3 settembre 2018, n. 39517, in www.ilcaso.it.

Cass., 17 ottobre 2018, n. 26005, in Fallimento, 2019.

Cass., 19 novembre 2018, n. 29742, in www.ilcodicedeiconcordati.it.

Cass. Sez. Un., 23 novembre 2018, n. 30416, in www.neldiritto.it.

Trib. Bergamo, 13 febbraio 2019, decreto, in www.ilcaso.it.

Cass., 8 maggio 2019, n. 21855, in www.ilcaso.it.

Cass., 7 ottobre 2019, n. 24943, in www.italgiure.giustizia.it.

Ringraziamenti

Ringrazio, anzitutto, il Professor Castagnola, per la grande opportunità concessami, ed il Dottor Di Girolamo, per l'enorme disponibilità dimostratami.

Ringrazio, inoltre, la mia famiglia, per avermi permesso di raggiungere questo traguardo.

Ringrazio, infine, C.