

GLI STRUMENTI DI “CONSOLIDAMENTO” PER LA SOLUZIONE DELLA CRISI DEL GRUPPO DI IMPRESE: UN’INDAGINE ALLA LUCE DELLA DISCIPLINA CONTENUTA NEL NUOVO CODICE DELLA CRISI D’IMPRESA E DELL’INSOLVENZA

MARCO CONFORTO

Dottore di ricerca

SOMMARIO: 1. La crisi del gruppo di imprese: profili generali – 2. Il consolidamento sostanziale – 3. Il consolidamento procedurale e le sue articolazioni – 4. La *procedural consolidation* nell’ordinamento domestico: i gruppi nel codice della crisi e dell’insolvenza – 4.1 La procedura unitaria di concordato preventivo – 4.1.2 (*Segue*) Il contenuto della proposta unitaria di concordato preventivo – 4.1.2 (*Segue*) Il contenuto del piano unitario o dei piani reciprocamente collegati e interferenti di concordato preventivo – 4.2 La procedura unitaria di liquidazione giudiziale – 5. Conclusioni.

1. – È dato ampiamente conosciuto che il gruppo si caratterizzi per il c.d. bipolarismo tra unità sostanziale e pluralità formale delle imprese che lo compongono¹. Detto bipolarismo rappresenta la chiave di successo del fenomeno²: una delle funzioni più rilevanti assolve dalle singole società è invero quella di ripartire il rischio d’impresa, destinando una parte del

¹ G. SCOGNAMIGLIO, *La disciplina del gruppo societario in crisi o insolvente. Prime riflessioni a valle del recente disegno di legge delega per la riforma organica della legge fallimentare*, in *Le proposte per una riforma della legge fallimentare* a cura di M. ARATO e G. DOMENICHINI, 21 ss. In argomento v., altresì, A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali. Lineamenti generali*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, Torino, 2012, 205 laddove ritiene che: “Il fenomeno del ‘gruppo’ si caratterizza per la scissione fra il profilo economico sostanziale, che vede l’esistenza di una unica impresa, ed il profilo giuridico formale, che vede l’esistenza di una pluralità di soggetti distinti”. Sempre sul punto M. MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, in *Giur. comm.*, 2012, 66 ss. parla di paradosso del gruppo: “Dovrebbe ormai considerarsi acquisito al dibattito scientifico in materia di gruppi il convincimento secondo cui al centro del fenomeno si pone un vero e proprio paradosso logico: l’esigenza, cioè, di pervenire all’identità delle differenze armonizzando la molteplicità delle figure soggettive societarie con l’unità oggettiva dell’impresa tramite esse esercitata”.

² A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali*, cit., 205 secondo il quale: “Questa scissione costituisce la chiave del successo di tale modello: essa consente, in generale, una flessibilità organizzativa sconosciuta all’impresa autonoma e, in particolare, permette di conseguire peculiari vantaggi in termini di frazionamento della responsabilità, e quindi del rischio, di allocazione dei costi e dei benefici, ecc.”.

patrimonio del soggetto economico (il capitale proprio delle società controllate) alla soddisfazione di ben determinate obbligazioni (quelle che fanno capo alle singole società controllate). Fenomeno, quest'ultimo, che prende il nome di *assets partitioning*³. A ben vedere, i vantaggi che derivano dall'*assets partitioning* sono molteplici. Esso, invero: *i*) incoraggia gli investimenti di larga scala; *ii*) promuove l'efficienza del mercato dei capitali; *iii*) riduce i costi di negoziazione; *iv*) stimola il rischio imprenditoriale⁴.

Per mantenere coerenza con la funzione assoluta dall'*assets partitioning* nella fase fisiologica, è corretto ritenere che anche nella fase patologica ogni singola società risponda solo ed esclusivamente delle obbligazioni assunte con il proprio patrimonio, con la conseguente apertura di procedure di crisi autonome per ogni componente del gruppo. Se è vero, infatti, che una delle ragioni (forse la principale) che giustificano il fenomeno di gruppo è da rintracciare nella separazione dei patrimoni delle diverse società che lo compongono e dunque nel fenomeno dell'*assets partitioning* che essa separazione determina; è del tutto intuitivo che intanto il frazionamento della responsabilità patrimoniale determinerà una riduzione del rischio d'impresa, in quanto l'autonomia patrimoniale si conservi anche in caso di apertura del concorso. Parrebbe iniquo, d'altronde, immaginare che proprio nelle procedure concorsuali, laddove si ha la più nitida concretizzazione dell'autonomia patrimoniale, gli *assets* delle società collegate si fondino al fine di rispondere congiuntamente alle obbligazioni assunte dal gruppo nel suo complesso. L'apertura di distinte procedure può, tuttavia, determinare la disgregazione del complesso produttivo e la perdita di valore del patrimonio del gruppo complessivamente considerato; il ché sarà, senza dubbio, a discapito dei creditori che vedranno soddisfatte le pretese vantate in percentuale minore rispetto a quanto potrebbero ricavare da una gestione integrata delle diverse imprese del gruppo.

Proprio le caratteristiche fin qui delineate spiegano le enormi difficoltà che ha incontrato l'opera di regolamentazione del gruppo insolvente, atteso che – fino al recente passato – è stato trattato dal legislatore alla stregua di uno sconosciuto. Sul punto, è tuttavia in corso, in ambito sia nazionale sia internazionale, un processo di rinnovamento delle normative concorsuali volto all'introduzione di strumenti per la soluzione della crisi del gruppo.

³ H. HANSMANN – R. KRAAKMAN, *The Essential Role of Organizational Law*, in *Yale L.J.*, 2000, 391.

⁴ Sui vantaggi che derivano dall'appartenenza ad un raggruppamento di imprese v. U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, 2 ss.; F.H. EASTERBROOK – D.R. FISCHER "Limited Liability and the Corporation", in *U. Chi. L. Rev.*, 1985, 89; L. E. RIBSTEIN "Limited Liability and theories of the Corporation", in *Md. L. Rev.*, 1991, 80; F.H. EASTERBROOK – D.R. FISCHER "The Economic Structure of Corporate Law", in *Harvard University Press Cambridge*, 1991.

Tale processo ha avuto inizio nell'anno 2010 con l'emanazione da parte del Gruppo V dell'Uncitral di alcune raccomandazioni – inserite nella Parte III della Guida Legislativa sul regime dell'insolvenza – rivolte ai legislatori nazionali e dedicate al “*Treatment of enterprise groups in insolvency*”⁵.

A livello comunitario, il 20 maggio 2015, il Parlamento e il Consiglio d'Europa – rinnovando il Reg. n. 1346/2000 – hanno adottato il Reg. n. 848/2015 relativo alle procedure d'insolvenza (rifusione), laddove al capo V è introdotta una specifica disciplina che fa riferimento alle procedure d'insolvenza delle società facenti parte di un gruppo di società.

In ambito nazionale, infine, è noto che il Consiglio dei Ministri del 10 gennaio 2019 ha approvato il decreto legislativo il quale, in attuazione della Legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, introduce nel nostro ordinamento il nuovo “Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza” volto a sostituire la Legge Fallimentare di cui al R.D. del 16 marzo 1942, n. 267. Una delle parti più nuove e significative della riforma riguarda, appunto, la crisi e l'insolvenza dei gruppi.

Molto articolato è il panorama dei meccanismi di soluzione della crisi del gruppo che ne risulta. Nel novero di tali meccanismi figurano i c.d. “strumenti di consolidamento”, che si distinguono al loro interno in *i*) quelli che prevedono l'apertura di un'unitaria procedura d'insolvenza con unificazione delle masse attive e passive di ogni singola società (consolidamento sostanziale); e *ii*) quelli che prevedono il concentramento degli aspetti procedurali, fermo restando in ogni caso l'autonomia delle masse attive e passive delle singole componenti del gruppo (consolidamento procedurale).

In un primo momento, al fine di evidenziare le differenze tra la *substantive consolidation* e la *procedural consolidation*, l'analisi affronterà lo studio dei meccanismi di consolidamento. Successivamente, al fine di valutare come il legislatore domestico abbia adottato tali strumenti, l'indagine tratterà le norme di cui al Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza che prevedono l'apertura di un'unitaria procedura d'insolvenza laddove siano coinvolte diverse imprese di un gruppo.

⁵ La Parte III della *legislative guide* dell'Uncitral affronta il tema dell'insolvenza dei gruppi e propone una serie di raccomandazioni che i legislatori nazionali dovrebbero prendere in considerazione al fine di riformare le leggi fallimentari domestiche.

Il documento si compone di tre capitoli: a) il primo esamina i caratteri generali del gruppo d'impresa; b) il secondo ha ad oggetto l'insolvenza del gruppo domestico; c) il terzo affronta le problematiche inerenti la crisi del gruppo multinazionale.

2. – La *substantive consolidation doctrine*⁶ è stata elaborata nel secolo passato dalla giurisprudenza statunitense, in particolare, il primo caso in cui la stessa è stata applicata si registra nel 1941, nel quale la Corte fallimentare giunse al consolidamento dei patrimoni di un imprenditore individuale (Downey) e della società da esso stesso costituita (due anni prima di presentare istanza per *voluntary bankrupt*) al fine di trasferire in frode ai

⁶ Sul consolidamento delle masse così J. HIGHTOWER, *The Consolidation of the Consolidations in Bankruptcy*, in Ga. L. Rev., 2003, 470: “In substantive consolidation, the court magically transforms separate entities into one entity for bankruptcy distribution purposes. For any number of reasons, the court may decide that it would be more equitable for the separate entities to be treated as one for the purpose of the bankruptcy proceeding. When a court orders substantive consolidation of a case, the debtors’ assets or future income stream, or both, is combined into one pool to be available to creditors. In addition, when a case is substantively consolidated the creditors’ claims are also consolidated. The bankruptcy proceedings operate as if all of the creditors had extended credit to a single entity”.

La *substantive consolidation* è uno strumento di origine giurisprudenziale: le corti Statunitensi, facendo leva sul c.d. potere di *equity* attribuito loro dal *bankruptcy code*, ordinano il consolidamento delle masse. Questa rappresenta l’ipotesi classica di *consolidation* che, atteso l’intervento dell’organo giurisdizionale, viene definita *judicial consolidation*. Oltre ad assumere carattere giudiziale, il consolidamento può, tuttavia, essere anche di tipo negoziale. Ed invero, nella prassi si registrano casi in cui i creditori, nell’ambito dell’autonomia negoziale ad essi riconosciuta, hanno consensualmente accettato proposte di consolidamento patrimoniale. Al fine di evitare che la fusione rechi un pregiudizio ingiustificato agli aventi diritto, è indubbio che sia necessario raggiungere un accordo totalitario tra e con tutti i creditori coinvolti.

Il consolidamento sostanziale, poi, può essere completo, quando coinvolge tutti i beni e tutti i debiti delle diverse società del gruppo; ovvero parziale, quando gli effetti riguardano solamente parte dell’attivo e parte del passivo delle diverse imprese interessate. In ipotesi di *complete consolidation*, sul ricavato ottenuto dalla liquidazione degli *assets* di tutte le società del gruppo, concorrono – *pari passu* – tutti i creditori; in caso di *partial consolidation*, i creditori non coinvolti conserveranno il diritto di soddisfare le pretese vantate sul ricavato dalla liquidazione degli *assets* esclusi dal consolidamento. In tale ultima circostanza, si opera una scissione della massa attiva del gruppo in due di sottomasse, quella oggetto di consolidamento e quella esclusa dal consolidamento. L’amministratore dell’unitaria procedura d’insolvenza del gruppo dovrà tenere in conti autonomi le operazioni relative alla liquidazione dei beni esclusi dal perimetro di consolidamento. Sulle somme che afferiscono su tali conti, avranno diritto ad essere soddisfatti in primo luogo i creditori rimasti al di fuori della fusione, e successivamente – qualora vi sia un residuo attivo – i creditori coinvolti nel consolidamento.

Infine, si registrano differenze tra il c.d. consolidamento totale ed il consolidamento relativo. Con il consolidamento totale si realizza la concentrazione delle società del gruppo in una sola; il consolidamento relativo produce effetti solo all’interno del concorso: al fine, cioè, della soddisfazione dei creditori, ovvero nell’ambito delle votazioni di un piano di riorganizzazione.

creditori i beni organizzati per l'esercizio dell'attività di impresa⁷. In quella circostanza, la *ratio* che ha indotto la corte ad accogliere la richiesta di consolidamento avanzata dal curatore del fallimento dell'imprenditore individuale è stata rinvenuta nel bisogno di reprimere l'abuso dello schermo della personalità giuridica. La *substantive consolidation* nasce, dunque, come rimedio di carattere *equitativo*, al fine di riequilibrare la posizione giuridica dei creditori danneggiati dalle politiche pregiudizievoli dei soci di controllo⁸. La fusione delle masse attive e passive, però, può provocare la lesione dei diritti sostanziali delle parti⁹. Ed invero, dall'unione in *pool* di *assets* e *liabilities* delle società del gruppo, i creditori possono trarne un vantaggio, ovvero subirne un danno, in funzione della capienza patrimoniale della società originariamente finanziata¹⁰. Si supponga, ad esempio, che sia ordinato il consolidamento delle masse tra le società Alfa e Beta, laddove la consistenza patrimoniale della prima sia superiore rispetto alla seconda. Ponendosi dall'angolo visuale dei creditori di Alfa, il consolidamento è tutt'altro che conveniente; al contrario, i creditori di Beta ne trarrebbero un vantaggio. È indubbio che ciò alimenta i conflitti tra i gruppi di creditori, e pertanto, è stato rappresentato – in dottrina come in giurisprudenza – che la *substantive consolidation* dev'essere utilizzata come rimedio a carattere eccezionale.

La giurisprudenza statunitense, alla luce di tali considerazioni, se in un primo momento ha considerato il consolidamento sostanziale come strumento di carattere equitativo da ordinare in caso di abuso della personalità giuridica, nelle decisioni successive ha rinvenuto la *ratio* giustificatrice nell'opportunità e nella convenienza economica della

⁷ SAMPSELL v. IMPERIAL PAPER & COLOR CO., 313 US 215, 219 (1941).

⁸ Per favorire le società patrimonializzate, abusando dello schermo della personalità giuridica, la *holding* può impartire direttive pregiudizievoli per le società del gruppo con capitale irrisorio. Sul carattere equitativo del consolidamento delle masse v. I. MEVORACH, *Appropriate Treatment of Corporate Groups in Insolvency: A Universal View*, in *European Business Organization Law Review*, 2007, 187: "Substantive consolidation is a tool that is available in certain legal regimes, and may be very useful in tackling certain types of insolvency processes within corporate groups. The basic idea is to achieve just and equitable results as well as dealing with the inefficiency of handling separate proceedings in cases of strongly integrated corporate groups, by addressing the companies as a single unit in the course of their insolvencies. In certain jurisdictions, this includes the disregard of intragroup claims". Secondo J. B. BERRINGER D. J. ARTESE, *The ABCS of Substantive Consolidation*, cit., 2004, 640: "is an equitable remedy which permits a bankruptcy court to ignore corporate distinctions".

⁹ J. HIGHTOWER, *The Consolidation of the Consolidations in Bankruptcy*, cit., 470

¹⁰ Sul punto v. VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e "consolidamento di patrimoni (substantive consolidation)"*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, 594.

fusione¹¹. È intuitivo che l'attività di attribuzione della proprietà dei beni e della titolarità delle obbligazioni – in ipotesi di gruppo altamente accentrato – generi delle passività di non poco conto. Oggetto di valutazione ai fini dell'applicabilità dello strumento è stato, pertanto, il profilo dell'efficienza economica: laddove i costi "previsti" per la separazione patrimoniale si rivelarono maggiori dei ricavi che "prevedibilmente" tale separazione avrebbe potuto generare, fu lasciato spazio alla *substantive consolidation*¹². Per sanzionare operazioni di carattere fraudolento è invece opportuno affidarsi a strumenti risarcitori quali ad esempio le azioni di responsabilità nei confronti dei soci ovvero della capogruppo.

¹¹ DRABKIN V. MIDLAND-ROSS CORP. (*IN RE AUTO-TRAIN CORP.*), 810 F. 2D 270 (D.C. CIR. 1987); *IN RE AUGIE/RESTIVO BAKING CO.*, 860 F. 2D. 519; *IN RE OWENS CORNING CORP.*, 419 F. 3D 195 (3° CIR. 2005). In dottrina si segnala il contributo di J. SARRA, *Oversight and Financing of Cross-Border Business Enterprise Group Insolvency Proceedings*, in *Tex. Int'l L. J.*, 2009, 568. In particolare, le Corti hanno ordinato la *substantive consolidation* quando: i) le attività e le passività delle diverse società del gruppo si mostravano così interconnesse, che separarle sarebbe stato antieconomico per i creditori; ii) i creditori avevano trattato il gruppo alla stregua di un'unica entità giuridica. Tale soluzione è stata sostenuta in dottrina da J. B. BERRINGER D. J. ARTESE, *The ABCS of Substantive Consolidation in Banking L. J.*, 2004, 644: "Courts will focus on the degree to which two or more entities are interrelated (i.e., substantial identity) and the reasonable expectations of the creditor at the time it extended credit (i.e., reliance on the separate credit of one entity)".

¹² Anche l'Uncitral nella parte terza della Guida legislativa sul regime di insolvenza, ha affrontato il tema relativo ai presupposti di applicazione del consolidamento sostanziale, considerandolo opportunamente come rimedio a carattere eccezionale. Ed invero, la raccomandazione 219 specifica che "The insolvency law should respect the separate legal identity of each enterprise group member. Exceptions to that general principle should be limited to the grounds set forth in recommendation 220".

La regola generale è, dunque, rinvenuta nella distinta ed autonoma soggettività giuridica delle società del sodalizio; la raccomandazione 220, invece, stabilisce che la *substantive consolidation* è applicabile solo quando: i) il grado di integrazione economica è così intenso da rendere estremamente dispendiosa l'attribuzione della proprietà dei beni e della titolarità delle obbligazioni alle diverse società del gruppo; ovvero quando ii) l'organizzazione di gruppo abbia avuto obiettivi fraudolenti piuttosto che finalità imprenditoriali.

Come detto, le ultime – e più importanti – pronunce della giurisprudenza statunitense sembrano "dislocare" la *substantive consolidation* dal novero degli strumenti di carattere equitativo: consapevoli delle criticità che la fusione delle masse potrebbe comportare, le corti americane – piuttosto che in caso di abuso di personalità giuridica – hanno ordinato il consolidamento quando ritenuto conveniente dal punto di vista economico. Attesi i problemi rappresentati, non appare adeguato estendere – come fa la *legislative guide* – l'applicabilità dello strumento anche ad ipotesi di abuso della personalità giuridica.

3. – Come visto, il consolidamento sostanziale può determinare la lesione dei diritti sostanziali delle parti, pertanto, è preferibile limitarne le condizioni di applicabilità il più possibile, solo quando – in casi estremi – il gruppo si presenti altamente integrato.

Al di fuori dell'ipotesi testé menzionata, è, senza dubbio, preferibile lo strumento della *procedural consolidation* che, come suggerito dal nome, incide esclusivamente sui meccanismi processuali della gestione dell'insolvenza di gruppo, restando ferma l'autonomia delle masse attive e passive delle società che lo compongono¹³.

In ragione della forza con la quale si manifesta, si registrano diversi livelli di consolidamento procedurale. La forma più intensa vede l'apertura di un'unitaria procedura d'insolvenza per le diverse società del gruppo, con la nomina di un unico giudice ed un unico amministratore concorsuale. Ad un grado inferiore d'intensità, si registra l'ipotesi caratterizzata dalla nomina dello stesso giudice e dello stesso amministratore per le diverse procedure d'insolvenza aperte nei confronti delle società del gruppo. In ultimo vi è l'ipotesi che vede l'apertura di una pluralità di procedure d'insolvenza, la nomina di una pluralità di giudici ma l'elezione di un amministratore comune per le diverse procedure¹⁴.

Anche tale strumento è d'ispirazione statunitense, alla *rule 1015 (b)* del *Federal Rules of Bankruptcy Procedure* è infatti così stabilito: "*If a joint petition or two or more petitions are pending in the same court by or against a debtor and an affiliate, the court may order a joint administration of the estates*". Sempre nel *Federal Rules of Bankruptcy Procedure* – alla *rule 2009 (a)* – è poi disposto che: "*If the court orders a joint administration of two or more estates under Rule 1015(b), creditors may elect a single trustee for the estates being jointly administered*".

¹³ In tema di *Procedural Consolidation* v. I. MEVORACH, *Appropriate treatment of corporate groups in insolvency: a universal view*, cit., p 189: "*This mechanism implies that only the procedural aspect of the insolvency is consolidated rather than the actual entities. Thus, a joint administration of the affiliated companies' proceedings is held. A particular court presides over all the cases and one office holder (or a group of joint administrators) is appointed for the various debtors. However, each company remains separate during the course of insolvency, and creditors recover their claims from the particular entity to which they belong. In many cases, it will be sufficient to link between the affiliates using this tool without completely ignoring the separation between the members. Here, too, economic integration should be a major factor in determining the need for this tool. Procedural consolidation should aim to address the case of integrated groups that will benefit from a unified process. It is thus a relatively 'minor' type of mechanism that national laws can perhaps embrace more easily, as it does not involve a redistribution of rights and the corporate veil remains intact*".

¹⁴ Per una puntuale disamina delle differenti ipotesi di *procedural consolidation* v. C. PAULUS, *Group Insolvencies – Some Thoughts About New Approaches*, in *Texas Int LJ*, 2006, 826

Peraltro, l'ordinamento statunitense non è il solo a contemplare una normativa di diritto positivo che consente il consolidamento procedurale. Ed invero, in Spagna, agli artt. 25 – 25-bis e 25-ter della *ley concursal*, è prevista una specifica disciplina in tema di *concurso conexos*, lasciando spazio per la “*declaración conjunta de concurso de varios deudores*”, ovvero per “*la acumulación de concursos*”, nell'ipotesi – tra le altre – in cui i debitori facciano parte dello stesso gruppo di società.

La *ratio* sottesa è quella di evitare la duplicazione di costi ed eventuali ritardi di carattere processuale che determina l'apertura di autonome procedure d'insolvenza per le diverse imprese del gruppo¹⁵. È necessario, quindi, indagare su quali siano i costi connessi all'apertura di una pluralità di procedure per le diverse società del gruppo. Di primo impatto si sarebbe tentati nel dire che all'aumentare del numero di procedure aperte, aumentino – in misura proporzionale – i compensi degli organi del concorso. Se solo si considera però che gli onorari “del” o “dei” curatori sono calcolati sulla base dell'attivo e del passivo della procedura, è agevole costatare che nel caso in cui fosse eletta una pluralità di curatori, le spese totali resterebbero invariate sebbene spalmate su più soggetti. Sembra, invece, corretto assumere che si tratti prevalentemente di “costi informativi” per la gestione integrata delle diverse imprese del gruppo. È facile supporre che laddove siano designati soggetti diversi per la gestione di diverse procedure, vi sia un notevole dispendio di tempo e di risorse al fine dello scambio delle informazioni inerenti al grado d'integrazione economica tra le diverse imprese del gruppo. Al contrario, l'apertura di un'unitaria procedura d'insolvenza concentra tutte le informazioni del gruppo in capo ad *un unico* tribunale, ad *un unico* Giudice Delegato e ad *un unico* amministratore. Il che è, senza dubbio, fonte di risparmio oltre che di gestione efficiente della crisi del gruppo nel suo complesso.

4. – Come detto, una delle novità maggiormente rilevanti del “Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza” è proprio l'introduzione del titolo VI del Codice rubricato “*disposizioni relative ai gruppi d'impresa*”. Con l'introduzione di tale disciplina, può senz'altro affermarsi che il legislatore italiano abbia virato verso l'adozione del consolidamento procedurale. La scelta operata è stata quella di salvaguardare l'autonomia delle masse attive e passive delle diverse imprese del gruppo, escludendo qualsiasi forma di consolidamento sostanziale. Ed infatti, le disposizioni consentono l'apertura di un'unitaria procedura d'insolvenza (di concordato preventivo ovvero di

¹⁵ J. HIGHTOWER, *The Consolidation of the Consolidations in Bankruptcy*, cit., 2003, 469: “*The idea behind procedural consolidation is to expedite the case and render the process less costly*”.

liquidazione giudiziale) laddove siano coinvolte diverse imprese di un gruppo, lasciando ferma – al tempo stesso – l'autonomia delle masse attive e passive. L'indagine, pertanto, proseguirà con lo studio delle norme contenute negli articoli 284-285-286-287 CCI.

4.1 – Le norme contenute negli articoli 284-285-286 CCI disciplinano la c.d. procedura unitaria di concordato preventivo.

In primo luogo, va chiarito attraverso quale meccanismo si possa giungere all'apertura, specificando chi sono i soggetti legittimati a presentare la domanda e in che modo possano esercitare tale legittimazione; in un secondo momento, atteso il consolidamento in una procedura unitaria, sarà opportuno trattare il tema della competenza territoriale nell'ipotesi in cui le imprese del gruppo abbiano il c.d. centro degli interessi principali in circondari giudiziari differenti; in ultima istanza, occorre soffermarsi sul concentramento degli organi nella procedura unitaria di concordato preventivo.

a. Quanto ai soggetti legittimati, soccorre l'art. 284, comma 1, CCI laddove è stabilito che: *“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 un unico ricorso la domanda di accesso al concordato preventivo di cui all'articolo 40 con un piano unitario o con piani reciprocamente collegati e interferenti”*.

La procedura unitaria di concordato preventivo è, dunque, “volontaria”, nel senso che per l'apertura della stessa è prevista la legittimazione esclusiva dei debitori. Dei debitori, appunto. Di una “pluralità” di debitori (imprese), in stato di crisi o di insolvenza appartenenti allo stesso gruppo e aventi ciascuna il centro degli interessi principali in Italia. Ai fini dell'apertura, non è sufficiente, dunque, che la domanda sia presentata da una *singola* impresa del gruppo, così come non è necessario che il ricorso sia sottoscritto da *tutte* le imprese del sodalizio¹⁶. Legittimati saranno gli amministratori di *due* o più società (del gruppo) che intendano avviare la procedura unitaria concordataria meramente per le imprese che rappresentano.

¹⁶ Il che è coerente con la tesi sostenuta da autorevole dottrina I. MEVORACH, *Insolvency within multinational enterprise groups*, cit. secondo la quale *“one size doesn't fit all”*. L'obiettivo è di attribuire elasticità agli strumenti di composizione della crisi del gruppo, nell'idea che il gruppo, nella realtà economica, può manifestarsi con un'infinità di varianti a seconda del grado di integrazione che sussiste tra le diverse imprese.

Con riguardo alle *modalità*, va detto che il procedimento che porta all'apertura prende le mosse dal *ricorso unitario*¹⁷. Il legislatore domestico sembra così recepire le raccomandazioni contenute nella parte III della guida legislativa Uncitral, laddove alla sezione II è suggerita l'introduzione di una *joint application* per l'apertura di una procedura unitaria d'insolvenza¹⁸. È inoltre disposto che al ricorso unitario dovrà essere allegato un *piano unitario* o *piani collegati e interferenti*. Si tratta di una manifestazione della volontà del legislatore di favorire, sempre che ciò non si traduca in un nocumento per i creditori, la salvaguardia delle *sinergie* economiche e finanziarie esistenti tra società in crisi appartenenti al medesimo gruppo. In ipotesi di gruppo accentrato, lo stretto collegamento imprenditoriale tra le varie società atomo tende ad accumunare le sorti delle diverse imprese coinvolte nel fenomeno. La crisi della *holding* rappresenta un elemento di rilevante "turbamento" perché può innescare a sua volta la crisi delle altre società del gruppo. È di tutta evidenza, pertanto, che il documento economico e finanziario redatto da una singola società sarà condizionato da quanto contenuto nel piano redatto da *tutte* le altre¹⁹.

b. Quanto poi alla competenza territoriale, va detto che in un sistema basato sul consolidamento delle procedure, è indubbio che il ruolo

¹⁷ Sul punto v. L. BENEDETTI, *La disciplina dei gruppi d'impresa e il piano unitario di risanamento*, in *La riforma del fallimento* a cura di M. POLLIO, *Italia Oggi*, 2019, 152: "Lo scopo della domanda unica è quello di agevolare una valutazione coordinata in merito alla necessità/opportunità di ricorrere a una soluzione della crisi e alla sussistenza del presupposto per l'esperimento di quest'ultima, oltre che di ridurre i costi (in ossequio alle direttive in tal senso di matrice comunitaria). Tramite tale soluzione è inoltre, possibile agevolare il calcolo dei periodi sospetti come di ogni data che decorra a partire dalla presentazione della domanda: la data di riferimento sarà la stessa per ogni membro del gruppo".

¹⁸ Gli obiettivi perseguiti della *joint application*, rappresentati dalla UNCITRAL *Legislative Guide on Insolvency Law, Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency*, 26, sono:

(a) To facilitate coordinated consideration of an application for commencement of insolvency proceedings with respect to those enterprise group members; (b) To enable the court to obtain information concerning the enterprise group that would facilitate the determination of whether commencement of insolvency proceedings with respect to those group members should be ordered; (c) To promote efficiency and reduce costs; and (d) To provide a mechanism for the court to assess whether procedural coordination of those insolvency proceedings would be appropriate.

¹⁹ La necessità di una disposizione che consenta a una pluralità di imprese in crisi – tra loro economicamente integrate – di presentare un documento unitario, è palese. Nella prassi, si è ovviato a tale lacuna normativa sottoponendo l'efficacia dei singoli piani a condizione che tutti i piani coinvolti nel risanamento di gruppo venissero approvati ed omologati. Sul punto v. Trib. Milano, 16 luglio 2010, www.ilcaso.it, v. anche Trib. Milano, 10 novembre 2009, in *Dir. fall.*, 2010, 205 ss. con nota di G.M. PERUGINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: omologazione richiesta da gruppi societari e condizioni di attuabilità (il caso Risanamento). Prime considerazioni*.

nevralgico sia occupato dalla determinazione del foro di gruppo. Muovendo dalla circostanza che le imprese del sodalizio potrebbero non avere il centro degli interessi principali nello stesso circondario giudiziario, occorre specificare i presupposti per l'individuazione del tribunale competente all'apertura della procedura unitaria.

A tal proposito, la norma contenuta nel comma 1 dell'art. 286 attribuisce la competenza al tribunale ove è situato il centro degli interessi principali della società o ente o persona fisica che, in base alla pubblicità prevista dall'art. 2497 cod. civ., esercita l'attività di direzione e coordinamento.

Parte della dottrina – per ragioni legate al profilo dell'efficienza – si è mostrata contraria alla scelta di tale criterio²⁰: non sempre il luogo ove ha sede la capogruppo si traduce nel posto più idoneo a condurre in porto nel modo più efficiente la procedura unitaria²¹. Ciò nonostante, la regola dell'attrazione degli altri fori a favore di quello della capogruppo risponde all'esigenza di soddisfare l'interesse dei terzi alla prevedibilità del tribunale competente²². La soluzione è volta a garantire la tutela delle ragioni creditorie in prospettiva *ex ante*, e cioè prima che sia assunta la decisione di

²⁰ Sul punto si registra – in un'analisi del gruppo multinazionale – il contributo di I. MEVORACH, *The 'home country' of a multinational enterprise group facing insolvency*, cit., 431: *"Incorporation' as jurisdictional basis for insolvency matters seems to lose its significance, mainly because it might not represent any real connection to the debtor. However, this test still has presence in the debate over the test for jurisdiction (in thenational and international contexts), and in current international insolvency regimes. Perkins for instance argues that if a company's place of incorporation will determine its home country it would result in a clear rule that would avoid protracted disputes about the debtor's principle place of business and will enhance predictability ex ante. Yet, though it is true that incorporation can be certain and predictable (at least if there is sufficient transparency of the information), it may lead us to a place with no real connection to the debtor, thus defeating ex post efficiency"*.

²¹ Si pensi ad esempio al caso in cui la *holding* eserciti meramente attività di direzione e coordinamento essendo, al contrario, le società controllate – ubicate in località territorialmente distanti alla sede della capogruppo – quelle con maggior attivo, ovvero maggior passivo.

²² Sui criteri di determinazione della competenza territoriale in ipotesi di gruppo insolvente M. MAUGERI, *Gruppo insolvente e competenza territoriale*, in *Banca borsa*, 222 ss. Sulla scelta del luogo ove ha sede la capogruppo, l'autore così si esprime: *"In favore di tale criterio sembrerebbe deporre la vocazione 'naturale' del tribunale presso la sede della capogruppo a svolgere il ruolo di ufficio investito del governo dell'unitaria procedura, trattandosi, in fondo, del luogo in cui è stata sino a quel momento esercitata l'attività di direzione delle controllate (sia pure con intensità variabile in ragione della concreta articolazione strutturale assunta dal sodalizio). E in favore di questo criterio potrebbe deporre anche l'argomento fondato sulla sua capacità di soddisfare l'interesse alla prevedibilità del foro da parte dei terzi che siano entrati in rapporti giuridici con società del gruppo poi divenute insolventi"*.

finanziamento, allo scopo che il criterio di determinazione della competenza sia dai terzi riconoscibile²³.

Nell'ipotesi in cui non sia stata effettuata la pubblicità di cui all'art. 2497-bis cod. civ., è competente il tribunale ove è situato il COMI dell'impresa che presenta la più elevata esposizione debitoria in base all'ultimo bilancio approvato²⁴. Anche tale criterio muove dall'intento di garantire certezza e prevedibilità ai creditori, come conferma lo stesso legislatore nella relazione di accompagnamento al codice della crisi e dell'insolvenza, laddove sul punto si esprime chiarendo che l'unico tribunale è stato "*individuato in base a criteri che sono apparsi di più immediata ed univoca individuazione per eliminare ogni possibile incertezza al riguardo*".

Le scelte adottate non convincono appieno, poiché la rilevanza del carattere della *certezza* e della *prevedibilità* si apprezza soprattutto in ipotesi di gruppo multinazionale: in quel caso i finanziatori, al fine di quantificare l'entità del rischio d'insolvenza, devono essere posti nella condizione di individuare in modo certo l'*ordinamento* competente. Trattando il nuovo codice, però, delle sole imprese di un gruppo aventi il COMI nello *Stato italiano*, la scelta del foro competente non è determinante ai fini della legge applicabile. È alla luce di queste considerazioni che l'interesse alla prevedibilità dovrebbe cedere il passo al profilo dell'efficienza socio-economica della procedura²⁵. Altrimenti detto, il luogo di apertura dovrebbe essere il più prossimo possibile agli *assets* e ai creditori del gruppo, di modo da facilitare la gestione della procedura unitaria. L'obiettivo dovrebbe essere quello di generare un *plusvalore* rispetto all'alternativa apertura di una pluralità di procedure per garantire il miglior soddisfacimento dei creditori.

²³ M. MAUGERI, *Gruppo insolvente e competenza territoriale*, cit., 224: "Gli è, infatti, che l'opzione normativa a favore della procedura unitaria comporta la possibilità — anche se non la ineluttabilità — di una traslazione del potere di cognizione dal tribunale che sarebbe competente in base alla regola generale vigente per il caso di insolvenza della singola società debitrice all'ufficio giudiziario evocabile come foro di gruppo e quindi una perdita in termini di certezza del diritto per i creditori che su quel potere di cognizione abbiano eventualmente fatto affidamento".

²⁴ Sulla congruità di tale test v. I. MEVORACH, *The 'home country' of a multinational enterprise group*, cit., 438.

²⁵ Secondo M. MAUGERI, *Gruppo insolvente e competenza territoriale*, cit., 225: "l'innegabile esigenza di certezza dei terzi rivesta, nel caso di insolvenza di un gruppo dalla dimensione operativa puramente nazionale, una portata inferiore a quella assunta nel caso di insolvenza di un gruppo transfrontaliero. Mentre, infatti, in quest'ultima ipotesi l'individuazione del giudice territorialmente competente attrae a sé anche la determinazione della legge applicabile (cfr. l'art. 7 del Regolamento UE), e quindi incide significativamente sul livello di tutela accordata al ceto creditorio, eguale effetto non si produce in presenza di un'insolvenza di gruppo 'domestica' la quale resta assoggettata a un diritto concorsuale uniforme indipendentemente dal luogo di apertura della procedura".

La scelta finale – pertanto – non dovrebbe essere orientata soltanto dall'esigenza di *certezza* e *prevedibilità* dei terzi al luogo di apertura, ma dovrebbe tener conto anche e soprattutto dell'*efficienza* della procedura²⁶.

c. Quanto, in ultimo, al concentramento degli organi, la norma contenuta nell'art. 286 stabilisce che: *“Il tribunale, se accoglie il ricorso, nomina un unico giudice delegato e un unico commissario giudiziale per tutte le imprese del gruppo e dispone il deposito di un unico fondo per le spese di giustizia”*. Mentre, ai sensi dell'art. 284, quinto comma, CCI è disposto che: *“Un professionista indipendente attesta la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano o i piani”*.

Nell'ambito della procedura unitaria è dunque previsto *un unico* tribunale competente, *un unico* giudice delegato, *un unico* commissario giudiziale ed *un unico* attestatore. La *ratio* sottesa alle disposizioni citate – come detto – è quella di evitare l'emersione di *costi informativi* determinati dall'apertura di autonome procedure d'insolvenza.

Nella formulazione originaria del testo, la legge non affronta il tema del consolidamento del comitato dei creditori e del liquidatore in caso di concordato con cessione dei beni. In attuazione della delega contenuta nella legge n. 20 del 2019, il Consiglio dei ministri del 13 febbraio 2020 ha approvato, in esame preliminare, un decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al *“Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza”* (esito pareri Commissioni Camere favorevole con osservazioni). L'art. 32 di tale decreto, dovrebbe introdurre il comma sette dell'art. 286 CCI, laddove è stabilito che: *“Il tribunale, con il decreto di omologazione, nomina un comitato dei creditori per ciascuna impresa del gruppo e, quando il concordato prevede la cessione dei beni, un unico liquidatore giudiziale per tutte le imprese”*.

Quanto alla nomina di un comitato dei creditori per ciascuna impresa del gruppo, se a *prima facie* può sembrare dissonante con gli obiettivi di economia processuale perseguiti, a ben vedere risulta coerente con l'idea di lasciare fuori dal perimetro di consolidamento i diritti sostanziali dei creditori (quindi le masse)²⁷. Sia nell'impianto normativo attuale, che in quello futuro previsto dal CCI, i creditori fanno valere i propri diritti

²⁶ Sul punto così I. MEVORACH, *The 'Home Country' of a multinational enterprise group facing insolvency*, cit., 427: *“Issue by applying alternatives of 'insolvency venues' to the group case and confronting them with key insolvency goals, to assess which standard venue could most effectively enhance cost efficiency, predictability and transparency of the rules (regarding jurisdiction), control forum shopping and accord with creditors' legitimate expectations”*.

²⁷ In merito così G. SCOGNAMIGLIO, *La disciplina del gruppo societario in crisi o insolvente. Prime Riflessioni a valle del recente disegno di legge delega per la riforma organica della legge fallimentare*, cit., 30: *“La permanenza della distinzione delle masse passive, e perciò delle diverse serie di creditori, giustifica la previsione di più comitati dei creditori, uno per ciascuna società”*.

“amministrativi” attraverso il comitato dei creditori. La funzione di vigilanza ed i poteri autorizzativi attribuiti al comitato dei creditori, consentono a tale organo di intervenire in modo determinante sulla gestione della procedura. I membri del comitato dei creditori devono essere scelti in modo da rappresentare i diversi interessi di cui sono portatori i creditori: l'intento è quello di estrapolare l'interesse unitario di cui è portatore l'insieme dei creditori, al fine di manifestarlo nell'ambito della procedura attraverso i poteri di carattere autorizzativo attribuiti all'organo. Nel caso di consolidamento dei comitati dei creditori, si correrebbe il rischio che la gestione della procedura fosse, al contrario, indirizzata in favore dei creditori delle società del gruppo a cui fanno capo i membri del “comitato unico”²⁸.

Occorre, infine, valutare positivamente la scelta di nominare un unico liquidatore giudiziale per tutte le imprese quando il concordato prevede la cessione dei beni. Come detto, l'obiettivo del consolidamento procedurale è quello di evitare il proliferare di costi informativi; a ben vedere, l'elezione di una pluralità di liquidatori nell'ipotesi di concordato preventivo con cessione dei beni potrebbe portare ad un simile risultato negativo.

La norma contenuta nell'art. 284, comma 4, CCI elenca gli elementi essenziali della proposta unitaria di concordato preventivo.

– Da un lato è disposto che il ricorso unitario “*dovrà contenere l'illustrazione delle ragioni di maggiore convenienza, in funzione del migliore soddisfacimento dei creditori delle singole imprese, della scelta di presentare un piano unitario ovvero piani reciprocamente collegati e interferenti invece di un piano autonomo per ciascuna impresa*”.

Vi è l'obbligo in capo alle imprese proponenti di esprimere una valutazione in ordine alla convenienza del piano unitario (ovvero dei piani collegati e interferenti) rispetto all'alternativa di un piano autonomo per ciascuna impresa. In ipotesi di gruppo *decentrato*, quando cioè il *business* del gruppo è diversificato, operando le imprese atomo in differenti settori industriali, si esclude che la crisi di una delle società determini la crisi dell'intero gruppo. Proprio perché nel gruppo *decentrato* ogni impresa gode di ampia autonomia imprenditoriale, è ben possibile che l'insolvenza colpisca meramente una (o poche) società: in tal caso, il problema si presenta “nel” gruppo, restando in *bonis* le altre imprese collegate. Nello scenario così

²⁸ I problemi che sorgono dal consolidamento dei comitati dei creditori sono trattati in maniera completa da J. HIGHTOWER, *The Consolidation of the Consolidations*, cit., 459 ss. L'autore porta ad esempio il caso *Enron*, ove il consolidamento dei comitati dei creditori delle diverse società del gruppo è andato a vantaggio esclusivamente della capogruppo. Ulteriori spunti sul tema sono emersi dalla lettura di J. SARRA, *Oversight and Financing of Cross-Border Business Enterprise Group Insolvency Proceedings*, cit., 2009, 572.

tratteggiato, sorge il dubbio che la gestione unitaria sia profittevole per tutti i creditori. Il parametro del miglior soddisfacimento dei creditori, pertanto, dovrà essere stimato prendendo in considerazione, da un lato, quanto si prevede sarà realizzato in ipotesi di concordato molecolare e, dall'altro lato, quanto si stima possa essere realizzato in caso di concordato parcellizzato. Il piano unitario, pertanto, dovrà muovere dall'obiettivo di conseguire il miglior soddisfacimento delle pretese creditorie attraverso la gestione unitaria del gruppo d'impresa.

– Dall'altro lato, poi, è stabilito che la proposta unitaria “*deve inoltre fornire informazioni analitiche sulla struttura del gruppo e sui vincoli partecipativi o contrattuali esistenti tra le imprese e indicare il registro delle imprese o i registri delle imprese in cui è stata effettuata la pubblicità ai sensi dell'articolo 2497-bis del codice civile*”.

Il legislatore italiano, nell'adottare la norma in commento, ha recepito le raccomandazioni di cui al capitolo II della parte III della guida legislativa Uncitral, ove è suggerito che la *joint application* venga accompagnata da informazioni sulle relazioni intercorrenti tra le imprese del gruppo²⁹. La *ratio* è rinvenibile nella volontà di attivare quei flussi informativi che rappresentano il presupposto necessario per la gestione efficiente della crisi del gruppo. L'obiettivo è di facilitare gli organi della procedura ad ottenere le notizie essenziali per accertare il grado d'integrazione economica esistente tra le diverse imprese del sodalizio³⁰. I mittenti delle informazioni sono le imprese proponenti, il destinatario è il tribunale competente all'apertura della procedura, mentre il contenuto è individuato nell'organizzazione e nella struttura del gruppo in crisi.

Quanto al contenuto del piano unitario o dei piani reciprocamente collegati e interferenti di concordato preventivo, dall'analisi delle norme è possibile estrapolarne uno *necessario* ed uno *eventuale*.

A. a) Il contenuto necessario è, in primo luogo, individuato nel “*risanamento dell'esposizione debitoria di ciascuna impresa*” e nel “*riequilibrio complessivo della situazione finanziaria di ognuna*”³¹. Il piano unitario deve, pertanto, presentarsi come fattualmente idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria e il riequilibrio finanziario di *tutti* i soggetti coinvolti. Il riferimento non è all'impresa molecolare, ma alle singole attività economiche esercitate dai diversi membri del gruppo: il che è coerente con

²⁹ UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency, 21

³⁰ Sul tema dei flussi informativi nel gruppo insolvente v. 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*, Milano, 2016, 409 ss.

³¹ Ex art. 284, comma 5, CCI.

l'idea di trattare in modo separato le masse passive delle imprese partecipanti.

b) In secondo luogo, va detto che l'art. 32 del decreto legislativo correttivo del 13 febbraio 2020 dovrebbe introdurre un ulteriore requisito di carattere necessario, ovvero che *"il piano o i piani di cui al comma 1 quantificano il beneficio stimato per i creditori di ciascuna impresa del gruppo, anche per effetto della sussistenza di vantaggi compensativi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo"*³². Tale norma rende obbligatoria l'indicazione in termini *"numerici"* del beneficio stimato per i creditori.

Al fine di quantificare tale beneficio, è possibile fare riferimento ai c.d. *"vantaggi compensativi"* derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo.

Sulla teoria dei vantaggi compensativi³³, in dottrina, si contrappongono due correnti di pensiero.

Da un lato vi è chi propende per un'interpretazione *"rigida"* dei vantaggi compensativi, volta a legittimare operazioni *svantaggiose* per una delle società del gruppo solo se controbilanciate da contratti intesi a *"ritrasferire"* immediatamente vantaggi economici³⁴. La valutazione circa la sussistenza o meno dei vantaggi compensativi sarà dunque di tipo quantitativo, da stimarsi *ex post*, sulla base degli accadimenti verificatisi nello svolgimento della gestione integrata delle attività economiche. La

³² Nello schema di decreto legislativo correttivo del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza A.G. 175, disponibile on-line al sito: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01154811.pdf>, è specificato che *"la modifica del comma 4 è volta a far sì che venga evidenziato il beneficio stimato per i creditori di ogni singola impresa del gruppo inserita nel piano unitario o nei piani collegati formulato per l'accesso al concordato preventivo e se tale vantaggio venga conseguito in misura maggiore in virtù del collegamento esistente tra le imprese facenti parte del medesimo gruppo"*.

³³ Sulla teoria dei vantaggi compensativi v. su tutti P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, 710 ss.

Si segnalano anche R. ROSSI, N. ABRIANI, P. MONTALENTI, F. MUCCIARELLI, R. SACCHI, *"Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi"*, in *Giur. comm.*, 2002, 29 ss.; M. DE LUCA di ROSETO, *Operazioni rientranti nell'oggetto sociale, interessi di gruppo e vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 2008, 811 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *"I gruppi e la riforma del diritto societario: prime riflessioni"*, in *Riv. dir. impr.*, 2003, 577 ss.

³⁴ P. SPADA, *L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale e interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, 223; D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, vol. 3, Torino, 1993, 8; F. DENOZZA, *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni "virtuali"*, in *Giur. comm.*, 2000, 327; F. BONELLI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1992, 219

teoria dei vantaggi compensativi si tradurrebbe, in tal modo, in una teoria dell'indennizzo: la società svantaggiata maturerebbe il diritto al risarcimento del danno generato dall'operazione³⁵.

Dall'altra parte, a sostegno della tesi c.d. "elastica", vi è chi ritiene che l'operazione non vada valutata in sé e per sé ma debba essere ricondotta alla stregua della strategia unitaria perseguita dal gruppo³⁶. Secondo tale orientamento, l'operazione posta in essere dalla società svantaggiata va verificata in un'ottica *ex ante*, al fine di stimare se i vantaggi compensativi siano, al tempo del compimento dell'atto, per lo meno "ragionevolmente prevedibili".

La soluzione proposta dai sostenitori della tesi rigida appare riduttiva: il risultato economico finale potrebbe essere raggiunto da qualsiasi altra società atomo. Ed invero, l'obbligo di una controprestazione "immediata" al compimento dell'atto sorge in qualunque ipotesi di contratto tra due parti. Al contrario, i vantaggi compensativi sono i vantaggi che derivano dall'appartenenza al gruppo. Trattasi di una compensazione *sui generis* tra i vantaggi e gli svantaggi dell'appartenenza al gruppo. Come affermato da autorevole dottrina i risultati economici delle operazioni "normalmente si manifestano nel medio e lungo termine, sicché una preventiva valutazione dei costi e dei benefici di un'operazione infragruppo, quand'anche possibile (ma quasi mai lo è), si rivelerebbe comunque imprecisa, con l'effetto di trascurare i notevoli vantaggi differiti solitamente connessi alle sinergie di gruppo ed alle economie di scala"³⁷.

A ben vedere, l'inciso "fondatamente prevedibili" di cui all'art. 32 del decreto legislativo correttivo, sembra eliminare ogni dubbio, rafforzando le argomentazioni a sostegno della tesi c.d. "elastica".

³⁵ L'obiettivo sarebbe quello di garantire alla società "atomo" gli stessi risultati che raggiungerebbe nel caso non facesse parte di un gruppo.

³⁶ Così P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., 730: "Il giudizio circa l'esistenza di vantaggi compensativi che controbilanciano il sacrificio economico subito da una società del gruppo nell'ambito di un'operazione intragruppo, al fine di stabilire la legittimità, e cioè la non extra-socialità, del perseguimento dell'interesse di gruppo, deve configurarsi come procedimento valutativo tecnico di carattere economico-funzionale e non quantitativo reso, e perciò successivamente controllato (in sede giudiziale), in base agli elementi noti al momento in cui l'operazione intragruppo viene decisa.

Non può trattarsi di una valutazione quantitativa *ex post*, anche se, ovviamente, il sussidio del dato economico è essenziale, perché ciò che deve essere verificato non è già il risultato finale positivo o negativo, così come esso si è storicamente realizzato, bensì il risultato complessivo che ragionevolmente ci si poteva attendere". V. anche S. A. CERRATO, *Osservazioni in tema di operazioni infragruppo e vantaggi compensativi*, nota a sent. App. Torino, 4 dicembre 2000, in *Giur. it.* 2001, 8-9.

³⁷ R. SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001, 179.

B. a) Quanto al contenuto eventuale, la disciplina del nuovo codice, al primo comma dell'art. 285, dispone che: *"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"*.

È, dunque, ammesso *expressis verbis* il concordato misto di gruppo.

Con riguardo alla disciplina applicabile, il legislatore ha deciso di ricorrere al c.d. criterio di prevalenza: occorre verificare se i flussi complessivi derivanti dalla continuazione dell'attività sono prevalenti rispetto ai flussi complessivi derivanti dalla liquidazione. In tal caso, la disciplina applicabile è rinvenuta in quella del concordato preventivo in continuità aziendale, viceversa in quella del concordato liquidatorio³⁸.

b) Ed ancora – sempre in tema di contenuto eventuale – va detto che il secondo comma dell'art. 285 contempla l'ipotesi che il piano unitario preveda il *"trasferimento di risorse infragruppo"*.

Conditio sine qua non, ai fini dello spostamento di valore da una società ad un'altra del gruppo, è l'attestazione di un professionista indipendente *i)* sulla necessità di tali operazioni ai fini della continuità aziendale; e *ii)* sulla coerenza con l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori di *tutte* le imprese del gruppo.

La disposizione sarà, certamente, oggetto di ampio dibattito in dottrina.

Da un lato, vi è chi ritiene che essa sia in contrasto con il principio di cui all'art. 2740 c.c., ai sensi del quale il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri, e con il principio dettato dall'art. 284 CCI che dispone la separazione delle masse attive e delle masse passive delle società del gruppo in crisi³⁹. Dall'altro lato, vi è chi la considera funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori poiché intesa a tutelare le sinergie di gruppo⁴⁰.

³⁸ Ai sensi dell'art. 285, comma primo, secondo periodo CCI.

³⁹ In tal senso v. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *"Il diritto societario della crisi" nello schema di riforma delle procedure concorsuali: osservazioni critiche "ad adiuvandum"*, disponibile on-line sul sito <http://giustiziacivile.com/crisi-dimpresa/editoriali/il-diritto-societario-della-crisi-nello-schema-di-riforma-delle-procedure>; L. BENEDETTI, *La disciplina dei gruppi d'impresa e il piano unitario di risanamento*, cit., 152; D. GALLETTI, *Commento all'art. 160, in Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. CAVALLINI, vol. III, Milano, 2010, 380 ss.; M. FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo. II. Concordato preventivo, in comm. c.c. Scialoja-Branca-Galgano*, diretto da G. DE NOVA, Bologna, 2014, 148; in giurisprudenza v. Trib. Roma, 25 luglio 2012, in *il Fall.*, 2013, 748 ss., con nota di C. TRENTINI, *Cessione parziale dei beni nel concordato preventivo e attestazione condizionata*; App. Roma, 5 marzo 2013, in *Giur. mer.*, 2013, 1817 ss.

⁴⁰ M. ARATO, *"Regolazione della crisi e dell'insolvenza dei gruppi d'impresa"*, disponibile on line su <http://blog.ilcaso.it/libreriaFile/1014.pdf>; R. SANTAGATA, *"Concordato preventivo "di gruppo" e teoria dei vantaggi compensativi"*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, 213 ss.

Chi scrive ritiene che, al fine di concepire come legittimo lo spostamento di valore da una società del gruppo ad un'altra, occorra valutare, sulla base della teoria dei vantaggi compensativi c.d. "elastica", se tale operazione sia profittevole per i creditori. Il piano unitario di concordato preventivo potrà prospettare il trasferimento di risorse infragruppo, a condizione che tale atto s'inserisca in una pianificazione "imprenditoriale" integrata volta a raggiungere un obiettivo economico comune. In tal caso, non vi è né lesione del principio generalissimo di cui all'art. 2740 cod. civ., né consolidamento sostanziale delle masse attive tra le società del gruppo, poiché l'atto è posto in essere per ottenere un beneficio dalla gestione integrata delle attività economiche del gruppo.

Se è esatto tutto quanto precede, ovvero che il trasferimento di risorse debba essere funzionale ad un'unitaria operazione "imprenditoriale", va respinta l'ipotesi che prevede l'impiego di tali risorse ai fini del soddisfacimento immediato dei creditori di una diversa società del gruppo. Altrimenti detto, non è consentito l'utilizzo di risorse infragruppo per il pagamento istantaneo di creditori che, diversamente, si sarebbero opposti all'omologa del concordato. È indubbio che una simile operazione, non riscontrando alcun tipo di carattere "imprenditoriale", si porrebbe in contrasto con il divieto di alterazione delle cause legittime di prelazione di cui all'art. 85, co. 6, CCI.

4.2 – Come anticipato, il codice della crisi e dell'insolvenza ha introdotto nell'ordinamento domestico la procedura unitaria di liquidazione giudiziale di gruppo.

– Ai sensi dell'art. 287, co. 1, CCI, è stabilito che: *"Più imprese in stato di insolvenza, appartenenti al medesimo gruppo e aventi ciascuna il centro degli interessi principali nello Stato italiano, possono essere assoggettate, in accoglimento di un unico ricorso, dinanzi ad un unico tribunale, a una procedura di liquidazione giudiziale unitaria"*

La norma, che certo non brilla per chiarezza, si caratterizza per il fatto di non definire in positivo chi è legittimato a richiedere l'apertura della procedura unitaria di liquidazione giudiziale. Nonostante il silenzio del legislatore, è indubbio che tra questi vi siano le diverse società del gruppo che "volontariamente" decidano di sottomettersi alla procedura unitaria di gestione della crisi. È dubbio, però, se si possa giungere all'apertura in accoglimento di un ricorso presentato dai creditori, ovvero se tra i legittimati vi sia il curatore della liquidazione giudiziale di una delle società del gruppo. Alla luce dei principi di delega dettati dalla l. 115/2017, pare che al quesito debba darsi risposta negativa. Ed invero, all'art. 3 lett. d) è disposto che il nuovo codice debba *"prevedere per le imprese, in crisi o insolventi, del gruppo sottoposte alla giurisdizione dello Stato italiano la facoltà di proporre con*

unico ricorso domanda di omologazione di un accordo unitario di ristrutturazione dei debiti, di ammissione al concordato preventivo o di liquidazione giudiziale". È evidente che l'obiettivo del legislatore delegante è quello di attribuire alle imprese del gruppo il "diritto" a chiedere l'apertura della procedura unitaria di liquidazione giudiziale. Estendere la legittimazione ai creditori, ovvero al curatore di una società del gruppo in liquidazione giudiziale, vorrebbe dire "imporre" la procedura unitaria di liquidazione giudiziale alle imprese insolventi del gruppo. Il che configurerebbe un palese eccesso di delega.

– Sempre al primo comma dell'art. 287 CCI, è stabilito che le imprese del sodalizio possano essere assoggettate a una procedura di liquidazione giudiziale unitaria: *"quando risultino opportune forme di coordinamento nella liquidazione degli attivi, in funzione dell'obiettivo del migliore soddisfacimento dei creditori delle diverse imprese del gruppo"* e che: *"A tal fine il tribunale tiene conto dei preesistenti reciproci collegamenti di natura economica o produttiva, della composizione dei patrimoni delle diverse imprese e della presenza dei medesimi amministratori"*. Il legislatore ha inteso, in tal modo, stabilire le condizioni al ricorrere delle quali sia ammessa l'apertura della procedura unitaria di liquidazione giudiziale.

Anche qui, l'obiettivo perseguito è quello della massimizzazione del valore della massa attiva al fine di garantire il migliore soddisfacimento delle ragioni creditorie. Si può dunque affermare che il consolidamento procedurale, in un'ottica affine a quella che caratterizza il concordato in continuità aziendale, è ammesso solo se si traduca in un vantaggio per i creditori. A tal proposito assume cruciale rilevanza l'indagine sulla struttura organizzativa del sodalizio: posto che il gruppo può presentarsi, secondo la diversa estensione o intensità dell'esercizio della direzione unitaria, come accentrato o decentrato⁴¹, sembra corretta la soluzione adottata dal legislatore domestico laddove è imposta al tribunale una valutazione – preventiva al consolidamento procedurale – sul grado d'integrazione economica tra le diverse imprese del gruppo.

Quanto alla competenza territoriale, l'art. 287, co. 4, CCI dispone che: *"Se le diverse imprese del gruppo hanno il proprio centro degli interessi principali in circoscrizioni giudiziarie diverse, il tribunale competente è quello dinanzi al quale è stata depositata la prima domanda di liquidazione giudiziale"*. Nell'ambito della procedura unitaria di liquidazione giudiziale, è attribuita competenza

⁴¹ Sul punto v. EMBID IRUJO, J.M., *"Pautas de análisis y tratamiento de los conflictos de intereses en los grupos de sociedades"*, in *La dialettica degli interessi nella società per azioni*, a cura di A. PACIELLO, Napoli, 2011, 216. L'autore afferma che i diversi scenari del fenomeno "gruppo", possono situarsi, in ragione del maggior o minor grado di centralizzazione, lungo un *continuum*, laddove agli estremi troveremo il gruppo centralizzato ed il gruppo decentralizzato

territoriale al tribunale dinanzi al quale è stata depositata la prima domanda di liquidazione giudiziale. Nell'ipotesi in cui la domanda di accesso sia presentata contemporaneamente da più imprese dello stesso gruppo, operano gli stessi criteri di competenza validi per la procedura unitaria di concordato preventivo. Ed infatti, il secondo periodo della norma stabilisce che: *“Qualora la domanda di accesso alla procedura sia presentata contemporaneamente da più imprese dello stesso gruppo, 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; in mancanza, dell'impresa che presenta la più elevata esposizione debitoria in base all'ultimo bilancio approvato”*.

Quanto al consolidamento degli organi, il nuovo codice, al secondo comma dell'art. 287, dispone che in caso di apertura della procedura unitaria di liquidazione giudiziale: *“il tribunale nomina, salvo che sussistano specifiche ragioni, un unico giudice delegato, un unico curatore, un comitato dei creditori per ciascuna impresa del gruppo”*.

È importante sottolineare che l'inciso *“salvo che sussistano specifiche ragioni”* lascia spazio alla nomina di una pluralità di curatori e giudici delegati. A tal proposito, nella Relazione illustrativa al codice è portata come esempio l'ipotesi di situazioni di conflitto di interesse che darebbero luogo alla necessità reiterata di nominare curatori speciali per singoli atti⁴².

Sempre in tema di concentramento degli organi, infine, si segnala il comma cinque dell'art. 287 CCI, ove è attribuito al curatore designato – nel caso in cui ravvisi lo stato d'insolvenza di un'impresa del gruppo non ancora sottoposta alla procedura unitaria di liquidazione giudiziale – il dovere di comunicare tale circostanza agli organi di amministrazione e controllo ovvero di promuovere direttamente l'accertamento dello stato di insolvenza di detta impresa. La relazione illustrativa al nuovo codice, riconduce la *ratio* di tale disposizione alla volontà di *“agevolare l'eventuale riconduzione ad unità di procedure afferenti ad imprese del medesimo gruppo”*. Il che è senza dubbio volto a garantire un'adeguata tutela delle sinergie infragruppo per tentare di inseguire l'interesse di gruppo attraverso la gestione unitaria dell'insolvenza.

⁴² Il tema dei conflitti d'interesse in capo all'amministratore unico è sorto anche nell'ambito della riforma dell'*InsO* tedesco. In quella sede, il problema è stato risolto attraverso la nomina di curatori straordinari. Sul punto v. art. 1, par. 56 b, della legge del 19 marzo 2017 (BGBl. I S. 654) per la semplificazione delle norme in materia di insolvenza di impresa.

5. – Alcune considerazioni finali non possono mancare a proposito della bontà delle disposizioni adottate dal legislatore domestico. La disciplina merita, nel complesso, un giudizio positivo in quanto colma il preesistente vuoto lamentato dalla dottrina.

In primo luogo, è apprezzabile la scelta di lasciare fuori dal perimetro di consolidamento le masse attive e passive delle singole imprese. Come visto, l'applicazione della *substantive consolidation* può provocare la lesione dei diritti sostanziali dei creditori, pertanto, si condivide l'adozione di strumenti di consolidamento procedurale.

In secondo luogo, convince l'idea di perseguire, attraverso una strategia imprenditoriale unitaria, che tenga conto dei c.d. "vantaggi compensativi", l'obiettivo della massimizzazione del patrimonio del gruppo. Il fine ultimo è sempre quello di garantire il miglior soddisfacimento dei creditori, pertanto, si accolgono con favore le norme volte a tutelare gli interessi degli aventi diritti sui diversi patrimoni responsabili.

Tuttavia, vi sono degli accorgimenti che, in attuazione della delega contenuta nella legge n. 20 del 2019, il legislatore dovrebbe realizzare.

Non convince, ad esempio, la scelta di dare rilevanza al carattere della *certezza* e della *prevedibilità* in relazione alla scelta del foro competente. Come visto, il criterio da privilegiare dovrebbe essere quello dell'efficienza socio-economica della procedura. Al fine di garantire una gestione efficace della procedura unitaria, il tribunale competente dovrebbe essere il più vicino possibile agli *assets* del gruppo.

Il legislatore, inoltre, dovrebbe intervenire per definire in modo chiaro che legittimati a chiedere l'apertura della procedura unitaria di liquidazione giudiziale sono meramente le imprese del gruppo, escludendo i creditori, ovvero il curatore della liquidazione giudiziale di una delle società.

Non si tratta, pertanto, di una revisione della disciplina, ma di piccoli accorgimenti che sarebbe auspicabile adottare prima dell'entrata in vigore del Codice della Crisi delle imprese e dell'insolvenza.

Abstract

THE "CONSOLIDATION" TOOLS TO SOLVE THE CRISIS OF THE CORPORATE GROUP: AN INVESTIGATION IN THE LIGHT OF THE RULES PROVIDED BY THE NEW CODE OF ENTERPRISE CRISIS AND INSOLVENCY
L'autore indaga sugli strumenti di Consolidamento per la soluzione della crisi del gruppo di imprese. Particolare attenzione è dedicata alle norme contenute nel nuovo codice che consentono l'apertura di un'unitaria procedura d'insolvenza.

The author investigates the Consolidation tools to manage the crisis of the group of companies. Particular attention is paid to the rules provided by the new code that allow the opening of a single insolvency procedure.