

XI CONVEGNO ANNUALE DELL' ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI  
UNIVERSITARI  
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

"ORGANIZZAZIONE, RIORGANIZZAZIONE E RISTRUTTURAZIONE DELL'IMPRESA  
NEL DIRITTO INTERNO E NELLA DIMENSIONE TRANSNAZIONALE"

Roma, 14 - 15 febbraio 2020

ORESTE CAGNASSO

**La domanda di accesso al concordato preventivo di gruppo in continuità**

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Uno sguardo alle nuove disposizioni relative ai gruppi di imprese e al concordato preventivo di gruppo. - 2.1. Le disposizioni relative ai gruppi di imprese. - 2.2. Il concordato preventivo di gruppo: l'intreccio di norme. - 2.3. (Segue): la domanda unitaria. - 2.4. (Segue): piano unitario o pluralità di piani. - 2.5. (Segue): piani omogenei o eterogenei. - 2.6. (Segue): operazioni contrattuali e riorganizzative. - 3. Il ruolo della capogruppo in caso di crisi o di insolvenza. - 4. Esercizio di eterodirezione e legittimazione alla presentazione della domanda di concordato. - 4.1. L'ipotesi della capogruppo s.p.a. *in bonis*. - 4.2. L'ipotesi della capogruppo s.p.a. e di società del gruppo in crisi o insolventi. - 4.3. L'ipotesi della capogruppo s.r.l.. - 4.4. Il controllo congiunto. - 5. Le possibili opzioni. - 6. I limiti all'esercizio del potere di eterodirezione in caso di crisi o insolvenza. 6.1. I limiti derivanti dalla disciplina concorsuale. - 6.2. I limiti derivanti dai principi di corretta gestione. - 7. Le conseguenze della violazione dei limiti all'esercizio del potere di eterodirezione.

*1. Premessa.*

Come è noto, per le società la domanda di concordato preventivo, ai sensi del terzo comma dell'art. 161 l.f., dev'essere approvata e sottoscritta a norma dell'art. 152 l.f.. Quest'ultimo prevede che la proposta di concordato fallimentare per le società è sottoscritta da coloro che ne hanno la rappresentanza e, unitamente alle relative condizioni, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto, nelle società di capitali e cooperative è deliberata dagli amministratori. Tali norme sono riprodotte, rispettivamente per il concordato preventivo e per quello nella liquidazione giudiziale, dagli artt. 44 e 265 CCII.

Nell'ambito delle disposizioni concernenti i gruppi di imprese il Codice della crisi introduce espressamente la possibilità di proporre con un unico ricorso la domanda di accesso al concordato preventivo.

Attualmente l'unica disciplina in vigore che contempla una proposta di concordato di gruppo è quella contenuta nell'art. 4 *bis* del d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 in tema di amministrazione straordinaria. In conformità a tale disposizione, nel programma di ristrutturazione il Commissario straordinario può prevedere la soddisfazione dei creditori attraverso un concordato, di cui deve indicare dettagliatamente le condizioni e le eventuali garanzie. La proposta di concordato può essere unica per più società del gruppo sottoposte alla procedura, ferma restando l'autonomia delle rispettive masse attive e passive.

Per contro oggi la Suprema Corte non ritiene ammissibile una proposta unitaria di concordato preventivo da parte di società fra loro collegate da vincoli di direzione e controllo<sup>1</sup>. In ogni caso - si è rilevato in un saggio anteriore all'emanazione del Codice della crisi - "*si pone la questione del ruolo della capogruppo nella presentazione delle domande di concordato concernenti le società del gruppo e ciò a prescindere dalla configurazione nella fattispecie di un concordato di gruppo*"<sup>2</sup>.

Nelle pagine seguenti vorrei esaminare alcuni profili relativi appunto al ruolo della capogruppo, alla luce della nuova disciplina prevista dal Codice della crisi, con riferimento all'ipotesi di un concordato preventivo in continuità di gruppo, costituito da società di capitali.

A tal fine mi pare opportuno premettere un veloce sguardo alla nuova disciplina del concordato preventivo di gruppo ed alla posizione della capogruppo, tenuto conto della regola, già vigente, relativa all'obbligo della creazione di assetti organizzativi adeguati in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché dell'obbligo 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.

---

<sup>1</sup> Cfr., di recente, Cass., 17 ottobre 2018, n. 26005, in *Giur. It.*, 2019, 1367, con nota di BOGGIO, *Separazione di masse, contribuzioni, consolidazioni e concordato di gruppo: quo vadis?*

<sup>2</sup> MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento e crisi d'impresa nei gruppi di società*, in *Società, Banche e Crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, 3, Torino, 2014, p. 2723, nota 67.

Muovendo dal presupposto che la capogruppo non solo possa esercitare il potere di eterodirezione in situazioni di crisi, ma debba esercitarlo al fine di consentire il superamento di quest'ultima, e, se possibile, il recupero della continuità aziendale, vorrei soffermarmi sui seguenti profili:

- l'individuazione dei soggetti e/o degli organi che possono (debbono) esercitare l'attività di direzione e coordinamento con riferimento alla proposta e alle condizioni del concordato, distinguendo tra l'ipotesi della s.p.a. e della s.r.l.;

- le opzioni all'interno della scelta avente per oggetto il concordato preventivo;

- i limiti nell'esercizio del potere di eterodirezione da parte della capogruppo;

- le sanzioni applicabili nel caso di violazioni dei doveri connessi a tale esercizio.

*2. Uno sguardo alle nuove disposizioni relative ai gruppi di imprese e al concordato preventivo di gruppo.*

*2.1. Le disposizioni relative ai gruppi di imprese.*

Il titolo VI del Codice della crisi contiene le norme relative ai gruppi di imprese. La loro definizione è fornita dall'art. 2, lett. h): per gruppo di imprese si intende *"l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, escluso lo Stato, che ai sensi degli artt. 2497 e 2545 septies c.c. 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 l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci; 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"*.

Il primo capo, come risulta dalla sua intitolazione, disciplina il concordato, gli accordi di ristrutturazione e il piano attestato di gruppo. La domanda di accesso al concordato preventivo, come pure quella alla procedura di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti possono essere proposte con un unico ricorso.

Il capo secondo regola la procedura unitaria di liquidazione giudiziale. Quest'ultima presuppone l'opportunità di forme di coordinamento nella liquidazione degli attivi funzionali all'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori delle diverse imprese di gruppo.

Il capo terzo disciplina la domanda di accesso a procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza e gli obblighi di informazione e collaborazione.

Il capo quarto contiene alcune norme qualificate come comuni che concernono le azioni di inefficacia tra imprese del gruppo, quelle di responsabilità, la denuncia di gravi irregolarità e i finanziamenti infragruppo<sup>3</sup>.

## 2.2. Il concordato preventivo di gruppo: l'intreccio di norme.

Nel disciplinare la riorganizzazione unitaria delle imprese di gruppo in crisi o insolventi, il legislatore regola partitamente il concordato, gli accordi di ristrutturazione e il piano attestato di gruppo. L'obiettivo, come è stato giustamente sottolineato<sup>4</sup>, consiste nell'"utilità di valorizzare l'integrazione economica e finanziaria ... anche nella fase patologica", oltre che nel risparmio di costi.

In particolare la disciplina del concordato preventivo in continuità di gruppo nasce da un complesso e articolato "intreccio" di regole collocate su piani differenti e a volte non semplici da coordinare.

---

<sup>3</sup> Cfr. nell'amplissima bibliografia dedicata ai gruppi, per tutti, MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società*, cit., p. 2709 ss.; CALLEGARI, *Gli assetti societari e i gruppi*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*. Opera diretta da M. Irrera, Bologna, 2016, p. 585 ss.; ABRIANI - PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, in *Crisi di impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, II, Torino, 2016, p. 2993 ss., a cui si rinvia per le amplissime citazioni bibliografiche. In relazione alla disciplina contenuta nel Codice della crisi v. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di imprese nel CCII: fra unità e pluralità*, in *Soc.*, 2019, p. 413 ss.; MIOLA, *Crisi dei gruppi e finanziamenti infragruppo nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. Soc.*, 2019, p. 306 ss.; e in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. Scritti in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, p. 440 ss.; S. MONTI, *La crisi e l'insolvenza dei e nei gruppi di impresa*, in *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, a cura di S. Sanzo e D. Burroni, Bologna, 2019, p. 318 ss.; PALLADINO, *La nuova disciplina dei gruppi di impresa*, Roma, 2019; SPIOTTA, *La disciplina dei gruppi*, in *Giur.it.*, 2019, p. 2014 ss.; FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2019. Sul controllo congiunto v. CORALLO, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento*, in *Riv. Soc.*, 2005, p. 1 ss..

<sup>4</sup> D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, p. 277 ss..

In primo luogo, le regole "transtipiche", contenute nel secondo comma dell'art. 2086 c.c., relative all'obbligo di costruire assetti adeguati, di monitorare la crisi e di intervenire tempestivamente.

In secondo luogo, le disposizioni in tema di concordato preventivo, di concordato delle società, di concordato di gruppo, che costituiscono altrettante tessere di un mosaico alquanto articolato.

E ancora: la disciplina della s.p.a. e della s.r.l., con specifiche peculiarità, a cui si sovrappone la normativa relativa all'esercizio del potere di direzione e coordinamento.

Ed infine, la presenza di regole concernenti determinate operazioni: in particolare i finanziamenti infragruppo e, per le società quotate, le operazioni con parti correlate.

### 2.3. (Segue): la domanda unitaria.

Una prima possibilità è quella descritta dal legislatore all'art. 284 CCII, comma primo, consistente nella proposizione con un unico ricorso della domanda di accesso al concordato preventivo. E' una scelta che può essere effettuata dalle imprese esclusivamente in presenza di alcuni presupposti. Il primo attiene al profilo soggettivo: deve trattarsi di imprese assoggettabili a concordato preventivo e quindi che svolgano attività commerciale e abbiano le dimensioni oltre le soglie previste dal legislatore. Un ulteriore connotato concerne il profilo oggettivo: devono essere imprese in crisi o insolventi. Più precisamente tale situazione deve sussistere per ogni impresa e non è configurabile un'insolvenza del gruppo unitariamente considerato.

Le imprese che presentano un unico ricorso debbono inoltre appartenere al medesimo gruppo: pertanto deve sussistere tra le stesse un legame riconducibile al rapporto di gruppo, così come delineato all'art. 2 del Codice.

Ed ancora: è prevista la presenza di un'ulteriore circostanza, che fa riferimento alla collocazione geografica: tutte le imprese debbono avere il proprio centro degli interessi principali nello Stato italiano.

Infine, deve sussistere un presupposto di tipo sostanziale, descritto dal legislatore con la formula "*miglior soddisfacimento dei creditori delle singole imprese*". Più precisamente il quarto comma dell'art. 284 CCII dispone: "*la domanda deve 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".* Pertanto l'utilizzo della domanda di accesso con unico ricorso non può essere il frutto di una scelta puramente discrezionale, ma deve essere motivata dalla presenza dell'effetto ora illustrato. Occorre quindi porre a confronto il risultato che potrebbe derivare da una pluralità di procedure concordatarie con quello che potrebbe derivare dalla procedura unitaria: è possibile ricorrere a quest'ultima se:

- a nessuna delle imprese del gruppo deriva un pregiudizio;
- ed inoltre ad una o più imprese consegue un migliore soddisfacimento dei creditori<sup>5</sup>.

Non pare per contro necessario che il miglior soddisfacimento debba riscontrarsi a favore dei creditori di tutte le imprese del gruppo.

In presenza dei presupposti ora richiamati è possibile che le imprese appartenenti ad un gruppo propongano una domanda unitaria di concordato.

Come si è già osservato, la proposta e le condizioni del concordato, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto, nelle società di capitali sono deliberate dagli amministratori.

Dal momento che il gruppo non costituisce un soggetto unitario, ogni impresa deve assumere la relativa decisione ed il legale rappresentante sottoscrivere il ricorso. Trattandosi di un gruppo la decisione può essere assunta autonomamente da ciascuna impresa oppure essere imposta dalla capogruppo nell'esercizio dell'attività e dei poteri di eterodirezione<sup>6</sup>.

#### *2.4. (Segue): piano unitario o pluralità di piani.*

---

<sup>5</sup> D'ATTORRE, *op. cit.*, p. 282.

<sup>6</sup> Il contenuto della domanda è individuato dall'art. 284, quarto comma CCII. Il legislatore prevede che la domanda debba illustrare le ragioni di maggior convenienza per i creditori della procedura unitaria. Se si accoglie la tesi, per cui non è necessario che la domanda unitaria offra vantaggi per i creditori di tutte le imprese del gruppo, si pone il problema se l'illustrazione richiesta dal legislatore debba specificare rispetto a quali società i creditori risultano avvantaggiati. Forse occorrerà anche motivare in ordine alla mancanza di pregiudizio per i creditori di tutte le società. Non sembra, per contro, necessaria l'illustrazione delle ragioni della scelta tra la presentazione di un piano unitario ovvero di piani reciprocamente collegati e interferenti, che pare lasciata alla discrezionalità dei redattori della domanda (cfr. par. 2.4.).

Nel caso della presentazione di un ricorso unitario le società del gruppo possono scegliere, come si è già osservato, sul fondamento dell'art. 284 CCII, nel redigere il piano, tra la predisposizione di un piano unitario o di piani reciprocamente collegati e interferenti. *"Il collegamento o l'interferenza si realizza, evidentemente, quando i piani delle diverse imprese sono tutti parte di un'operazione economica unitaria, nel senso che le sorti di un piano influenzano quelle degli altri, in modo più intenso (collegamento) o meno intenso (interferenza), ma comunque tale che l'attuazione del fine unitario è possibile solo attraverso la corretta attuazione delle misure previste nei singoli piani collegati o interferenti"*<sup>7</sup>.

#### 2.5. (Segue): piani omogenei o eterogenei.

Il piano o i piani concordatari di gruppo possono essere omogenei (prevedendo un concordato liquidatorio o in continuità per tutte le società) oppure avere contenuto misto, disponendo per alcune imprese la liquidazione, per altre, la continuazione dell'attività. In tal caso il legislatore, pur consentendo questa scelta, impone *ex art. 285 comma primo CCII*, l'applicazione della sola disciplina del concordato in continuità, se viene rispettato il criterio della prevalenza. Occorre al proposito confrontare i flussi complessivi derivanti dalla continuazione dell'attività con quelli derivanti dalla liquidazione: qualora risulti che i creditori delle imprese del gruppo saranno soddisfatti in misura prevalente dal ricavo prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta, ivi compresa la cessione del magazzino, troverà applicazione la sola disciplina del concordato in continuità.

Quest'ultima, alla luce delle regole sul concordato preventivo (art. 84, secondo comma CCII), può essere diretta, in capo all'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato, ovvero indiretta, nel caso sia prevista la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, affitto, conferimento dell'azienda o qualunque altro titolo.

Nel caso di continuità indiretta, dev'essere stabilito dal contratto o dal titolo il mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso per un anno dall'omologazione.

---

<sup>7</sup> D'ATTORRE, *op. cit.*, p. 280.

Nel concordato in continuità aziendale, secondo le regole generali, i creditori vengono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale, diretta o indiretta, ivi compresa la cessione del magazzino (art. 84, comma terzo, CCII). Il legislatore prevede poi una presunzione: la prevalenza si considera sempre sussistente 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 di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il momento del deposito del ricorso<sup>8</sup>.

La norma contenuta nell'art. 285, comma primo CCII, sopra richiamata e relativa al concordato di gruppo, pare diretta ad individuare il criterio di prevalenza con riferimento a tutte le società in concordato. Infatti si prende in considerazione il confronto dei flussi complessivi derivanti dalla continuazione dell'attività con quelli derivanti dalla liquidazione ed inoltre si riferisce alla soddisfazione dei creditori delle imprese del gruppo in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale<sup>9</sup>.

Come si è osservato in dottrina<sup>10</sup>, *"nel caso di concordati con continuità aziendale, la nozione di massa attiva non è agevole, perché determinata, per quanto riguarda la parte in continuità, dai flussi che originano dalla prosecuzione, ma solo limitatamente all'arco di piano; il che significa che eventuali beni non destinati alla liquidazione o eventuali flussi della continuità per il periodo successivo rispetto alla durata del piano di concordato non rientreranno nella nozione di massa attiva"; "al fine di ridurre i problemi applicativi e semplificare le fasi di riparto, pare così preferibile ancorare la nozione di massa attiva ad un dato predeterminato ex ante, sia pure in via probabilistica, rappresentato dall'ammontare dell'attivo che, secondo piano e proposta di concordato, ogni impresa del gruppo mette a disposizione dei propri creditori, senza tenere conto degli effettivi risultati in concreto"*.

---

<sup>8</sup> ARATO, *Il concordato con continuità aziendale nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, p. 855 ss..

<sup>9</sup> Come si può constatare, l'art. 84 CCII, in tema di concordato preventivo in continuità aziendale, utilizza il criterio della prevalenza riferendolo al ricavato prodotto, mentre l'art. 285, relativo al concordato di gruppo, utilizza il medesimo criterio con riferimento prima ai flussi complessivi, poi al ricavato prodotto. Sembrerebbe quindi che il legislatore ponga sullo stesso piano flussi e ricavato, che però rappresentano grandezze differenti.

<sup>10</sup> D'ATTORRE, *op. cit.*, p. 284 ss..

Come si è già rilevato, l'art. 84 CCII introduce una presunzione per cui la prevalenza si considera sempre sussistente quando i ricavi attesi dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano derivano da un'attività di impresa alla quale sono addetti almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il momento del deposito del ricorso.

Tale presunzione vale anche con riferimento al piano o ai piani di gruppo? La risposta parrebbe essere positiva, dal momento che la disciplina contenuta nell'art. 84 CCII ha carattere generale.

A questo punto però si pone un ulteriore quesito. Il numero degli addetti nei due esercizi antecedenti deve essere riferito a tutte le imprese del gruppo o solo alle imprese rispetto alle quali è prevista dal piano unitario o dal piano individuale la continuità aziendale? La risposta sembrerebbe dover essere nel primo senso al fine di valorizzare la visione unitaria del gruppo<sup>11</sup>.

Nel caso in cui i flussi complessivi derivanti dalla continuazione dell'attività siano superiori a quelli derivanti dalla liquidazione, trova applicazione la sola disciplina del concordato in continuità: così dispone l'art. 285, comma primo CCII. Pertanto, in applicazione delle regole contenute nell'art. 84 CCII, potrà aversi continuità diretta o indiretta sul fondamento dei vari titoli ivi indicati. Dovrà essere previsto da essi il mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per un anno dall'omologazione e dovrà essere assicurato il ripristino dell'equilibrio economico finanziario.

Il mantenimento e la riassunzione di un certo numero di lavoratori deve essere valutato con riferimento a tutte le imprese in concordato il cui piano sia in continuità oppure in relazione a ciascuna impresa?

Nel caso in cui non risulti un concordato in continuità, quali regole troveranno applicazione? Mi sembra che in tale ipotesi debbano venire in considerazione i presupposti necessari per l'ammissibilità di un concordato liquidatorio: ai sensi del comma quarto dell'art. 84 CCII l'apporto di risorse esterne deve incrementare di almeno il 10%, rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, il soddisfacimento dei

---

<sup>11</sup> Cfr. per questa soluzione D'ATTORRE, *op. cit.*, p. 285 e gli ulteriori approfondimenti relativi alla rilevanza della presenza di un piano unitario o di più piani.

creditori chirografari, che non può essere, in ogni caso, inferiore al 20% dell'ammontare complessivo del credito chirografario. Si tratta di percentuali da applicare con riferimento alle singole masse passive delle imprese da sottoporre a concordato liquidatorio o all'intero passivo?

#### 2.6. (Segue): operazioni contrattuali e riorganizzative.

Il legislatore prevede, in caso di concordato di gruppo, la possibilità che il piano o i piani prevedano operazioni contrattuali e riorganizzative, inclusi i trasferimenti di risorse infragruppo (art. 285, comma secondo CCII). Quanto alle seconde possono venire in considerazione quelle straordinarie disciplinate dall'art. 116 CCII.

Le operazioni in esame e, in particolare, i trasferimenti di risorse infragruppo, richiedono, innanzitutto, un presupposto formale, consistente nell'attestazione da parte di un professionista indipendente della sussistenza di un duplice carattere. Deve trattarsi, in primo luogo, di operazioni *necessarie* ai fini della continuità aziendale per le imprese per le quali sono previste nel piano; deve trattarsi inoltre di operazioni *coerenti* con l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo. Così dispone il comma secondo dell'art. 285 CCII.

Stando alla lettera del dato normativo, i trasferimenti di risorse infragruppo sono ammissibili solo nell'ipotesi di concordato in continuità e solo se in tale prospettiva siano da qualificare come necessari. Pertanto, le imprese beneficiarie di tali trasferimenti debbono essere, stando alla norma, da sottoporre ad un concordato in continuità. Si è affermato in dottrina che "*sembra possibile estendere il campo applicativo, consentendo il trasferimento anche in favore di imprese per le quali sia prevista la liquidazione, purché si dimostri che ciò sia necessario a consentire la continuità aziendale di altre imprese del gruppo (ed eventualmente anche della stessa impresa trasferente)*"<sup>12</sup>.

Non pare, per contro, possibile estendere la norma al caso in cui tutte le imprese siano da sottoporre a concordato liquidatorio<sup>13</sup>.

La seconda condizione, e cioè il miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo, riproduce quanto previsto dal legislatore ai fini dell'ammissibilità dello stesso concordato di gruppo, laddove prevede la necessità della maggiore convenienza, in funzione del

---

<sup>12</sup> D'ATTORRE, *op. cit.*, p. 289.

<sup>13</sup> D'ATTORRE, *op. cit.*, p. 289, che ritiene trattarsi di una "*limitazione non ragionevole*".

migliore soddisfacimento dei creditori delle singole imprese, della scelta di presentare un concordato di gruppo. Anche in questo caso può ritenersi che l'obiettivo sia raggiunto quando i creditori di nessuna impresa sono pregiudicati e si realizza il miglior soddisfacimento dei creditori di una o più imprese<sup>14</sup>. Si tratta poi di verificare se le imprese "avvantaggiate" siano necessariamente quelle destinatarie delle operazioni infragruppo o anche altre.

Nel valutare il possibile pregiudizio ai creditori o ai soci dei trasferimenti di risorse infragruppo occorre tener conto, in applicazione dei principi generali in tema di responsabilità della capogruppo di cui all'art. 2497 c.c., dei vantaggi compensativi. E' vero che il legislatore prevede espressamente tale regola solo con riferimento ai soci (cfr. il quinto comma dell'art. 285 CCII), ma si tratta, come si è appena osservato, di un principio di portata generale che non può non applicarsi anche con riferimento all'eventuale pregiudizio per i creditori.

Sono poi disciplinati dal terzo e quinto comma dell'art. 285 CCII gli strumenti utilizzabili dai creditori e dai soci per far valere gli eventuali pregiudizi derivanti dalle operazioni in esame.

I creditori dissenzienti appartenenti a una classe dissenziente o, nel caso di mancata formazione delle classi, quelli che rappresentano almeno il 20% dei crediti ammessi al voto con riguardo ad una singola società, possono contestare gli effetti pregiudizievoli dell'operazione attraverso l'opposizione all'omologazione del concordato di gruppo. Parimenti i soci possono far valere il pregiudizio arrecato alle rispettive società esclusivamente attraverso l'opposizione all'omologazione.

Occorre aggiungere che l'ammissibilità delle operazioni infragruppo presuppone l'ammissibilità di un concordato "*con destinazione solo parziale dei beni ai propri creditori perché una parte del patrimonio non viene devoluta*" ad essi<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> D'ATTORRE, *op. cit.*, p. 289.

<sup>15</sup> D'ATTORRE, *op. cit.*, p. 289. La Cassazione recentemente ha affermato che il concordato con cessione solo parziale dei beni realizza una violazione dell'art. 2740 c.c., in quanto l'effetto esdebitatorio presuppone la messa a disposizione dei creditori di tutte le attività del debitore, fatto salvo il caso in cui la cessione parziale sia prevista per realizzare la prosecuzione dell'attività imprenditoriale (Cass., 17 ottobre 2018, n. 26005, in *Fall.*, 2019, 489, con nota di BENEDETTI, *Il concordato con cessione parziale dei beni nell'ambito del gruppo in crisi fra passato e futuro*).

### 3. Il ruolo della capogruppo in caso di crisi o di insolvenza.

Come è noto, una delle novità più significative della riforma societaria del 2003 è l'introduzione della disciplina dell'attività di direzione e coordinamento di società. In particolare il legislatore prevede la responsabilità a carico della società o degli enti che esercitano tale attività in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale<sup>16</sup>. Tale regola, contenuta nell'art. 2497 c.c., secondo la dottrina e la giurisprudenza, assume un particolare rilievo sistematico, dal momento che, a contrario, presuppone il potere della capogruppo di esercitare l'attività di direzione e coordinamento.

La norma introduce un limite a quest'ultimo, nel senso che deve essere posto in essere in conformità a principi di corretta gestione, essendo vietate operazioni pregiudizievoli ai soci o ai creditori, con la precisazione che il pregiudizio deve essere valutato non atomisticamente con riferimento alle singole operazioni, ma nell'ottica complessiva dell'attività di eterodirezione<sup>17</sup>.

Ma l'esercizio del potere di eterodirezione presenta solo limiti, o anche è possibile individuarne un contenuto obbligatorio? In particolare, in presenza di una situazione di crisi o di insolvenza e ancor prima nell'ottica del "monitoraggio" della situazione patrimoniale, economica e finanziaria del gruppo?

Al proposito, come sottolineato dalla dottrina che ha affrontato il problema, rileva la disciplina del bilancio consolidato. Sia pur riferita ad ipotesi di controllo, tale normativa pone a carico della capogruppo l'obbligo di redigere il bilancio consolidato, nonché la relazione sulla gestione, che deve contenere un'analisi fedele, equilibrata ed esauriente della situazione dell'insieme delle imprese incluse nel consolidamento ed

---

<sup>16</sup> Ai sensi dell'art. 2, comma primo, lett h) e del quarto comma dell'art. 287 CCII l'attività di eterodirezione può far capo ad una società, ad un ente o anche ad una persona fisica. Sulla *holding* persona fisica nel sistema attuale v., per tutti, VALZER, *Abuso di eterodirezione e regimi di responsabilità. La recente giurisprudenza del Tribunale di Milano*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2016, p. 3 ss..

La *holding* persona fisica è naturalmente fattispecie diversa dall'esercizio del potere di direzione e coordinamento da parte di un singolo socio di s.r.l. quale diritto particolare.

<sup>17</sup> MONTALENTI, *L'attività di direzione e coordinamento. Dottrina, prassi, giurisprudenza*, in *Impresa. Società di capitali. Mercati finanziari*, Torino, 2017, p. 232 ss..

in particolare dar conto dell'evoluzione prevedibile della gestione (art. 40 d. lgs. 9 aprile 1991, n. 127 e successive modificazioni).

*"In questo contesto - si è osservato<sup>18</sup> - è da ritenere, in primo luogo, che rientri nei doveri connessi alla direzione e coordinamento il tempestivo accertamento da parte della capogruppo dell'alterazione dell'equilibrio finanziario delle società eterodirette, comportante la valutazione prognostica circa l'evoluzione della situazione ed in particolare del rischio dell'emergere dell'insolvenza o anche solo di uno stato di crisi".*

In secondo luogo, i doveri derivanti dall'esercizio del potere di direzione e coordinamento ricomprendono l'individuazione dei rimedi in caso di crisi o di insolvenza di una società del gruppo anche al fine di evitare la propagazione della crisi a società *in bonis*, pur senza peraltro un obbligo di assistenza finanziaria<sup>19</sup>.

Prendendo le mosse dall'art. 2497 c.c., che, come si è osservato, individua il perimetro del legittimo esercizio del potere di direzione e coordinamento, si può pervenire pertanto ad una diversa prospettiva, che ne metta in luce i doveri connessi. In particolare, si è osservato<sup>20</sup>, *"devono essere centralizzate, o quantomeno coordinate nella prospettiva dell'attività di direzione e coordinamento, la predisposizione di assetti organizzativi adeguati e le funzioni di controllo interno e di gestione dei rischi aziendali"*.

Il tema degli assetti organizzativi riferiti al gruppo presenta una complessa articolazione con riferimento ai singoli contesti in cui si esercita il potere di direzione e coordinamento<sup>21</sup>.

Così il sistema codicistico si riferisce all'esercizio del potere di direzione e coordinamento, mentre, come è noto, le regole in tema di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi fanno riferimento alla direzione unitaria<sup>22</sup>.

In ordine a discipline settoriali non solo l'esercizio della direzione unitaria costituisce fonte di poteri e di doveri, ma è anche doverosa la stessa attività di eterodirezione, almeno in certi ambiti e nei limiti indicati

---

<sup>18</sup> MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento e crisi d'impresa nei gruppi di società*, cit., p. 2709.

<sup>19</sup> Cfr. MIOLA, *op. cit.*, p. 2735 ss..

<sup>20</sup> MIOLA, *op. cit.*, p. 2712.

<sup>21</sup> MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: un quadro d'insieme*, in *Giur. it.*, 2013, p. 1175 ss.; CALLEGARI, *Gli assetti societari e i gruppi*, cit., p. 585 ss..

<sup>22</sup> Sui rapporti tra direzione unitaria e eterodirezione, v. GALGANO - SBISA', *Direzione e coordinamento di società*, 2° ediz., in *Commentario del Cod. Civ. e codici collegati Scialoja - Branca - Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2014, p. 100 ss..

dal legislatore. Così, come è noto, il T.U.B., che disciplina il gruppo bancario con riferimento al controllo, prevede che 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 stabilità del gruppo: gli amministratori delle singole società sono tenuti a fornire ogni dato e informazione per l'emanazione di tali disposizioni e la necessaria collaborazione per il rispetto delle norme sulla vigilanza consolidata. Così dispone il quarto comma dell'art. 61.

Come si rilevato<sup>23</sup> *"le attività creditizie assumono che sia connaturata con la posizione di capogruppo l'attività di direzione e coordinamento delle società controllate" "e che nel quadro di tale attività la capogruppo deve esercitare sia un controllo strategico, sia un controllo gestionale sulle imprese controllate. Il primo concerne l'evoluzione delle diverse aree di attività in cui il gruppo opera e dei rischi incombenti sul portafoglio di attività esercitate"; "il secondo, volto ad assicurare il mantenimento delle condizioni di equilibrio economico, finanziario e patrimoniale, sia delle singole società, sia del gruppo nel suo insieme, si realizza soprattutto attraverso la predisposizione di piani, programmi e budget". In conclusione, "il potere della capogruppo di emanare disposizioni per dare attuazione alle istruzioni di vigilanza non sarebbe un potere specifico ed isolato, ma, semplicemente, l'espressione di un più ampio e continuativo potere di direzione e coordinamento che alla stessa compete in quanto capogruppo".*

4. *Esercizio di eterodirezione e legittimazione alla presentazione della domanda di concordato.*

Come è noto, l'art. 377 CCII ripete più volte la formula "la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori" riferendola alle società di persone, alla s.p.a. e alla s.r.l.. La dottrina si è divisa sulla portata di tale regola, oscillandosi tra una lettura più aderente al dato testuale, così da abbracciare ogni attività diretta alla realizzazione dell'oggetto sociale, ed una lettura in vario senso più restrittiva<sup>24</sup>. In ogni caso non pare

---

<sup>23</sup> COSTI, *L'ordinamento bancario*, V° ediz., Bologna, 2012, p. 663.

<sup>24</sup> V. MONTALENTI, *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta: dalla "Proposta Rordorf" al Codice della crisi*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. Scritti in ricordo di Michele Sandulli*, cit., p. 482 ss.; ABRIANI - ROSSI, *Nuova disciplina della crisi di impresa e modificazioni del Codice Civile: prime letture*, in *Società*, 2019, p. 393 ss.; CALVOSA, *Gestione dell'impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 2475 c.c.*, *ibid.*,

dubbio che il dovere di istituire assetti adeguati, quello di rilevare tempestivamente la crisi e infine di attivarsi senza indugio costituiscano compiti inderogabilmente attribuiti, nel caso di imprenditore societario o collettivo, all'organo amministrativo.

Contestualmente il Codice della crisi, con una soluzione che può apparire non coerente, come si è già osservato, ha mantenuto la regola, presente nella legge fallimentare, per cui la domanda e le condizioni del concordato preventivo possono essere deliberate, sia nell'ambito della s.p.a., sia in quello della s.r.l., in presenza di una clausola *ad hoc*, dall'assemblea dei soci o con decisione di questi ultimi.

Il potere di eterodirezione spetta nell'ambito delle s.p.a. all'organo amministrativo; nel contesto delle s.r.l. potrebbe essere attribuito a quest'ultimo oppure affidato alle decisioni dei soci o di singoli soci<sup>25</sup>.

Tale affermazione oggi vale ancora, alla luce della nuova disciplina introdotta dal Codice della crisi ed, in particolare, della nuova formulazione dell'art. 2475 c.c., che attribuisce agli amministratori di s.r.l. in via esclusiva la gestione dell'impresa?

Se si ritiene che l'obbligo di intervento costituisca una competenza esclusiva dell'organo amministrativo si deve dedurre che l'esercizio

---

2019, p. 799 ss.; G.A.M. TRIMARCHI, *Codice della crisi: riflessioni sulle prime norme*, in *Notariato*, 2019, p. 115 ss.; RESCIO, *Brevi note sulla "gestione esclusiva dell'impresa" da parte degli amministratori di s.r.l.: distribuzione del potere decisionale e doveri gestori*, in *Societario*, 16 luglio 2019; SPOLIDORO, *Note critiche sulla gestione dell'impresa nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. Soc.*, 2019, p. 253 ss.; BENAZZO, *Il Codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, *ibid.*, 2019, p. 274 ss.; DI CATALDO - ROSSI, *Nuove regole generali per l'impresa nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. Scritti in ricordo di Michele Sandulli*, cit., p. 305 ss.; CAVALIERE, *Le modifiche del codice civile*, in *Giur.it.*, 2019, p. 2046 ss.; FRANCO, *Il nuovo art. 2475 c.c.: un tentativo di coordinamento sistematico*, in *Soc.*, 2019, p. 1063 ss.; DE ANGELIS, *L'influenza della nuova disciplina dell'insolvenza sul diritto dell'impresa e delle società, con particolare riguardo alle s.r.l.*, in *Orizzonti di Diritto Commerciale*, 2019, n. 1; BAUDINO, *La disciplina della società a responsabilità limitata dopo il Codice della Crisi d'impresa: criticità, scadenze imminenti e problematiche alternative*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2019, n. 6, p. 767 ss.; COSSU, *La società a responsabilità limitata nella riforma del diritto commerciale*, *ibid.*, n. 7, p. 937 ss.; PIRRO, *L'assemblea della S.r.l.: i margini delle competenze decisorie dei soci*, *ibid.*, p. 969 ss.; RICCARDELLI, *Il sistema di amministrazione nelle s.r.l. dopo il codice della crisi e dell'insolvenza*, *ibid.*, p. 989 ss.; CAGNASSO, *La posizione dei soci di s.r.l.: in particolare del socio gestore e di quello finanziatore*, *ibid.*, n. 6, p. 837 ss.; SPIOTTA, *Ricadute del Codice della crisi sulla governance delle srl (e non solo)*, in *Società e Contratti. Bilancio e Revisione*, 2019, n. 10, p. 6 ss..

<sup>25</sup> TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, p. 126 ss.; e v. CARIELLO, *La s.r.l. di gruppo*, in *S.r.l. Commentario*, Milano, 2011, p. 1054 ss..

dell'attività di eterodirezione da parte della capogruppo in adempimento di tale obbligo debba necessariamente competere agli amministratori di quest'ultima. Pertanto il particolare settore dell'attività di eterodirezione consistente nell'intervenire tempestivamente in caso di crisi o di insolvenza non può essere attribuito all'assemblea o alle decisioni dei soci e neppure a un singolo socio come diritto particolare.

Tale conclusione può creare non facili problemi di coordinamento nel caso in cui la decisione in ordine alla domanda e alle condizioni del concordato preventivo (o dell'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti) sia di competenza dell'assemblea o delle decisioni dei soci. Anche in tal caso mi pare che gli amministratori possano (debbano) disattendere una deliberazione / decisione illegittima; nell'inerzia da parte dei soci probabilmente l'unica via percorribile sarebbe quella dell'istanza di apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

Nel caso in cui tale inerzia determini un aggravamento del danno per i creditori si pone il problema del soggetto tenuto a risarcirlo.

#### 4.1. *L'ipotesi della capogruppo s.p.a. in bonis.*

La domanda di accesso al concordato preventivo potrebbe essere presentata con un unico ricorso da parte di due o più società del gruppo in crisi o insolventi, mentre la capogruppo è una società *in bonis*. In tal caso quest'ultima non è coinvolta direttamente nella procedura, ma, per così dire, dall'esterno, esercitando il potere di eterodirezione, può "imporre" alle controllate in crisi o insolventi la "via" del concordato e indicarne le condizioni.

Le direttive della capogruppo potranno essere rivolte agli organi amministrativi delle società, qualora spetti ad essa di presentare la domanda o all'assemblea dei soci se, per contro, lo statuto attribuisca ad essa la legittimazione in esame.

#### 4.2. *L'ipotesi della capogruppo s.p.a. e di società del gruppo in crisi o insolventi.*

Nel caso in cui anche la società capogruppo sia in crisi o insolvente il discorso appare più articolato e gli scenari ipotizzabili più numerosi. Può verificarsi la coincidenza tra l'esercente il potere di direzione e coordinamento e l'organo legittimato a formulare la domanda di concordato. Ad esempio, l'attività di eterodirezione può far capo

all'organo amministrativo della capogruppo e, in mancanza di una diversa disposizione dello statuto, anche la legittimazione a presentare la domanda spetta all'organo amministrativo. In tale ipotesi quest'ultimo può decidere la "strategia" relativa sia alla propria società sia al gruppo, in particolare con l'accesso al concordato in continuità caratterizzato da un piano unitario.

Ma potrebbe sussistere una dissociazione tra l'esercente il potere di eterodirezione e il titolare della legittimazione a presentare la domanda di accesso al concordato. Nell'esempio precedente il primo potrebbe far capo all'organo amministrativo della capogruppo, la seconda all'assemblea dei soci. In tal caso potrebbero sussistere differenti visioni, dal momento che la strategia del gruppo farebbe capo ad un organo, le scelte relative alla capogruppo ad un altro. Come dirimere eventuali disparità di opinioni?

#### *4.3. L'ipotesi della capogruppo s.r.l..*

Ritenendo che l'attività di eterodirezione relativa all'intervento tempestivo in caso di crisi o di insolvenza non possa che essere compito dell'organo amministrativo le conclusioni raggiunte per la s.p.a. valgono anche per la s.r.l..

#### *4.4. Il controllo congiunto.*

Come è stato giustamente sottolineato in dottrina<sup>26</sup>, il Codice della crisi prevede espressamente l'ipotesi del controllo congiunto. Infatti, nel definire la nozione di gruppo di imprese, l'art. 2 comma 1, lettera h) CCII fa riferimento all'insieme delle società, delle imprese e degli enti sottoposti alla direzione e coordinamento di una società o di un ente o di una persona fisica. Sono poi previsti due presunzioni semplici, l'una delle quali concerne le società sottoposte a controllo congiunto.

Naturalmente, come è stato osservato dalla dottrina richiamata, si pone il problema di quali possano essere le conseguenze di differenti strategie da parte delle società e degli enti che esercitano il controllo congiunto.

#### *5. Le possibili opzioni.*

---

<sup>26</sup> SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di imprese nel CCII*, cit., p. 417.

La capogruppo, nell'esercitare il potere di direzione e coordinamento e quindi nell'impostare la strategia relativa al gruppo in crisi o insolute, ha la possibilità di effettuare numerose scelte alternative, alcune delle quali con una valenza formale - processuale, altre molto delicate, con una valenza sostanziale. Inoltre alcune opzioni presentano un alto grado di discrezionalità, mentre altre richiedono la presenza di precisi presupposti e quindi una valutazione in ordine alla loro sussistenza.

In primo luogo, ovviamente, dovrà decidere se utilizzare lo strumento concordatario oppure altre soluzioni della crisi (accordi di ristrutturazione dei debiti, piano attestato, liquidazione giudiziale).

Una volta scelta l'opzione concordataria, occorre verificare l'opportunità di formulare una domanda unitaria oppure di promuovere una pluralità di procedure. Come si è già osservato, non si tratta di una scelta discrezionale, dal momento che la prima opzione può essere adottata solo in presenza di determinati presupposti.

E' necessario poi delineare il perimetro del concordato e quindi le società coinvolte da tali procedure. Come si è già rilevato, può ipotizzarsi un concordato di gruppo tra sole società controllate o un concordato di gruppo che ricomprenda la stessa controllante.

Una scelta fondamentale è quella tra concordato in liquidazione o in continuità. Anche con riferimento a quest'ultima le opzioni al suo interno sono ulteriori e complesse: il legislatore prevede la possibilità del concordato in continuazione diretta o indiretta: in questa seconda ipotesi sono stabilite particolari condizioni (oltre che la possibilità di avvalersi dell'affitto di azienda).

Una scelta discrezionale è quella tra la predisposizione di un piano unitario oppure di una pluralità di piani reciprocamente collegati e interferenti.

Occorre poi la predisposizione di tante proposte quante sono le società coinvolte nella procedura: infatti la presenza di distinte masse passive richiede la presentazione di distinte proposte.

Particolarmente rilevante è ancora la decisione in ordine alla previsione, nel piano o nei piani concordatari, di operazioni contrattuali e riorganizzative, inclusi i trasferimenti di risorse infragruppo. (Cfr. il secondo comma dell'art. 285 CCII). Si tratta, in particolare con riferimento ai trasferimenti di risorse, di operazioni ammissibili solo a certe condizioni. La nuova norma consente quindi, modificando l'orientamento

della giurisprudenza attuale che parte del patrimonio di una società venga trasferita ad un'altra, superando in tal modo o almeno sembrando di superare, il disposto dell'art. 2740 cc..

## *6. I limiti all'esercizio del potere di eterodirezione in caso di crisi o insolvenza.*

### *6.1. I limiti derivanti dalla disciplina concorsuale.*

Un primo ambito di limiti è ovviamente costituito dalla stessa disciplina del concordato preventivo di gruppo. Come si è già osservato, numerose scelte non hanno carattere discrezionale, ma sono vincolate dalla presenza di determinati presupposti.

In primo luogo, la stessa alternativa tra la proposizione con un unico ricorso della domanda di accesso al concordato preventivo oppure la scelta di separate procedure è condizionata dalla sussistenza di una serie di requisiti di carattere per così dire formale e di carattere sostanziale.

In caso di continuità diretta, inoltre, il piano deve prevedere che l'attività di impresa sia funzionale ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico finanziario nell'interesse prioritario del creditore oltre che dell'imprenditore e dei soci. In caso di continuità indiretta, nei limiti della compatibilità, vale la stessa regola con riferimento all'attività aziendale proseguita dal soggetto diverso dal debitore (art. 84 CCII). Non solo, in questa ipotesi dev'essere previsto, dal contratto o dal titolo del soggetto che acquista la disponibilità dell'azienda il mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso per un anno dall'omologazione (art. 84 comma 2 CCII). Infine nel concordato in continuità aziendale i creditori vengono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta, ivi compresa la cessione del magazzino (art. 84 comma 3 CCII).

In conclusione la capogruppo, nell'esercitare l'attività di direzione e coordinamento e nel definire la strategia del gruppo in crisi, deve effettuare una serie di valutazioni assai complesse che si riferiscono alla situazione patrimoniale finanziaria prospettica, al soddisfacimento dei creditori, al ricavato presumibile dalla continuità aziendale, al mantenimento dei posti di lavoro con riferimento a ciascuna società in

crisi o insolvente rientrante nel perimetro della procedura. Deve inoltre verificare gli effetti di una procedura unitaria rispetto a procedure autonome.

Il discorso diviene ancora più delicato e complesso, come si è osservato, con riferimento alle operazioni contrattuali e riorganizzazione che possono essere previste nel piano o nei piani concordatari e in particolare ai trasferimenti di risorse infragruppo.

#### *6.2. I limiti derivanti dai principi di corretta gestione.*

In conformità alla disciplina relativa all'esercizio del potere di direzione e coordinamento, quest'ultimo trova un limite nella sussistenza di un pregiudizio per i soci o i creditori, da valutare alla luce dell'appartenenza al gruppo e quindi tenuto conto degli eventuali vantaggi compensativi. Come si è osservato nelle pagine precedenti, i trasferimenti di risorse infragruppo risultano ammissibili in presenza di una serie di presupposti: devono essere previsti nel piano o nei piani concordatari di gruppo; operazioni necessarie ai fini della continuità aziendale; coerenti con l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo. Pertanto non possono arrecare pregiudizio ai creditori e anzi debbono avere per effetto un miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo, anche se probabilmente è sufficiente che tale conseguenza si verifichi per almeno un'impresa.

Applicando la regola comune sui vantaggi compensativi il pregiudizio è da ritenere insussistente quando "controbilanciato" da vantaggi compensativi.

Come è stato osservato in dottrina, anteriormente all'emanazione del Codice della crisi, *"la circostanza che l'operazione sia posta in essere tra società che operano non già autonomamente, bensì secondo una logica di gruppo, impone di riguardare l'atto, isolatamente pregiudizievole, alla luce delle prospettive di ristrutturazione o di liquidazione aggregata del gruppo insolvente nel suo complesso, offerte dal lecito esercizio dell'attività di direzione e coordinamento"*: in particolare vengono in considerazione le fattispecie *"in cui i vantaggi ritratti dal risanamento o dalla liquidazione aggregata dell'attività*

*del gruppo risultino, per la società pregiudicata da una certa operazione, pari o superiore ai sacrifici infertile*"<sup>27</sup>.

Nel ricostruire la categoria dei vantaggi compensativi occorre collocarsi nella prospettiva del gruppo in crisi o insolvente e quindi in un'ottica diversa da quella propria nel caso di operazioni infragruppo tra società *in bonis*. Ciò posto, si tratterà normalmente di vantaggi futuri, sia pure "fondatamente prevedibili in un arco di tempo predeterminato"<sup>28</sup>.

Non è necessario, come è stato osservato<sup>29</sup>, che il vantaggio sia certo e quindi consista in una "contestuale corresponsione di un'attribuzione patrimoniale alla società sacrificata". Anche perché in tal caso occorrerebbe verificare se tale corresponsione non costituisca a sua volta un pregiudizio per la società che la pone in essere.

Può trattarsi, nel cercare di delineare una qualche classificazione, di vantaggi per c.d. endoconcorsuali? Per esempio, evitare la liquidazione giudiziale di una delle società del gruppo, così da impedire l'esercizio nei suoi confronti di azioni revocatorie o risarcitorie<sup>30</sup>. Ma eliminare un rischio equivale ad un vantaggio?

Tra i vantaggi in esame non mi pare collocabile quello consistente nella stessa continuità aziendale per le imprese beneficiate, dal momento che tale circostanza rappresenta un presupposto per l'ammissibilità dell'operazione di trasferimento di risorse.

Potrebbero venire in considerazione, come beneficio da contrapporre al pregiudizio, soprattutto la maggior redditività di un'impresa controllata? Se, ad esempio, la controllante trasferisce risorse alla controllata, creando a se stessa un pregiudizio, potrebbe essere controbilanciato dal "potenziamento delle prospettive" della controllata nell'ottica della continuità aziendale?

Occorre ancora sottolineare il presupposto dell'operazione in esame, più volte richiamato, consistente nell'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori di *tutte* le imprese del gruppo. Ciò comporta che, nell'esaminare pregiudizi e vantaggi, occorra tener conto non del solo rapporto che intercorre tra le due società che pongono in essere

---

<sup>27</sup> R. SANTAGATA, *Concordato preventivo "di gruppo" e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Riv. dir. impresa*, 2015, p. 244 s..

<sup>28</sup> R. SANTAGATA, *op. cit.*, p. 247; 249.

<sup>29</sup> R. SANTAGATA, *op. cit.*, p. 248.

<sup>30</sup> R. SANTAGATA, *op. cit.*, p. 249.

l'operazione, ma degli effetti della stessa sull'intero gruppo. Mi sembrerebbe, per contro, che la prospettiva ricavabile dalle norme sull'esercizio del potere di eterodirezione metta in risalto in primo piano i rapporti tra le società direttamente interessate dall'operazione.

I trasferimenti di risorse infragruppo, oltre che oggetto dell'attestazione del professionista indipendente, debbono essere motivate secondo le regole comuni relative all'esercizio del potere di eterodirezione. Anche nel caso di gruppo in crisi o insolvente troveranno applicazione le regole procedurali e di trasparenza relative alle operazioni con parti correlate.

In caso di opposizione all'omologazione da parte dei creditori (dissenzienti appartenenti a una classe dissenziente o, nel caso di mancata formazione delle classi, rappresentanti almeno il 20% dei crediti ammessi al voto con riguardo ad una singola società), che facciano valere il carattere pregiudizievole delle operazioni infragruppo, il Tribunale omologa il concordato *"qualora ritenga, sulla base di una valutazione complessiva del piano o dei piani collegati, che i creditori possano essere soddisfatti in misura non inferiore a quanto riceverebbero dalla liquidazione giudiziale della singola società"*. Il confronto da effettuare è quindi tra quanto ricavabile dal concordato (in presenza dell'operazione pregiudizievole) e quanto dalla liquidazione giudiziale della singola società. Applicando i principi generali, come si è già sottolineato, il pregiudizio in ogni caso non sussiste quando eliminato dalla presenza dei vantaggi compensativi.

Qualora venga proposta opposizione all'omologazione da parte dei soci che facciano valere il pregiudizio arrecato alle rispettive società dalle operazioni infragruppo, il Tribunale procede all'omologazione *"se esclude la sussistenza di un pregiudizio in considerazione dei vantaggi compensativi derivanti alle singole società dal piano di gruppo"*. In questo caso il legislatore prevede espressamente la possibilità di elisione del pregiudizio in presenza di vantaggi compensativi, che però non collega alla società "pregiudicata", ma alle "singole società del gruppo". Come è stato osservato in dottrina, *"questa norma riveste una notevole importanza sistematica giacché potrebbe offrire lo spunto per adottare una nozione di "interesse di gruppo" prevalente sull'interesse ("egoistico") delle singole società raggruppate (e dei suoi soci esterni)"*<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> SPIOTTA, *La disciplina dei gruppi*, cit., p. 2020.

7. *Le conseguenze della violazione dei limiti all'esercizio del potere di eterodirezione.*

Un primo profilo concerne l'ipotesi dell'inerzia della capogruppo e quindi della violazione del dovere di dare attuazione ad uno strumento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale. Il profilo non può non riguardare anche le singole società in crisi o insolventi che rimangono inerti. Si tratta del problema di fondo relativo alla presenza o meno di un obbligo di intervento da parte della capogruppo<sup>32</sup>.

Una seconda ipotesi, simmetrica ed opposta a quella precedente, può verificarsi nel caso in cui una o più società del gruppo non intendano adeguarsi alle direttive della capogruppo. In tal caso potranno trovare applicazione i poteri della capogruppo.

In ipotesi di società eterodirette la mancata esecuzione delle direttive della capogruppo, come pure l'esecuzione di direttive illegittime sarà fonte di responsabilità per gli amministratori, a seconda dei casi, dalle controllate e dalla controllante. Ma nel caso in cui l'esecuzione delle direttive comporti la presentazione di una domanda di concordato preventivo a certe condizioni e la relativa competenza sia attribuita all'assemblea dei soci, questi ultimi saranno responsabili nell'uno e nell'altro caso e quindi per omessa esecuzione o per esecuzione di una deliberazione illegittima? Nel caso delle s.r.l. la risposta dovrebbe essere positiva, tenuto conto della norma che rende responsabili i soci per atti di gestione. Nell'ipotesi di s.p.a., mancando una norma simile, appare assai più difficile dare una risposta positiva.

La disparità di trattamento già oggi presente con riferimento alla diversa disciplina applicabile in caso di autorizzazioni assembleari da parte degli azionisti e di quelle da parte dei soci o di singoli soci di s.r.l. (fonte di responsabilità le seconde, ma non le prime) mi sembra difficile da giustificare con riferimento alla società in crisi ed alla luce della disciplina introdotta dal Codice della crisi e dell'insolvenza, che pone come obiettivo

---

<sup>32</sup> V. *supra*, par. 3. Come è stato osservato è configurabile la responsabilità della capogruppo anche in caso di inerzia o di comportamento negativo (TOMBARI, *La responsabilità dei soci*, in *S.r.l. Commentario*, cit., p. 720 s.).

centrale quello del tempestivo intervento (e quindi della relativa responsabilità nell'ipotesi in cui ciò non avvenga).

In questa prospettiva assume particolare rilievo l'istituto della denuncia di gravi irregolarità da parte degli amministratori e la sua estensione alla s.r.l.<sup>33</sup>

Qualora siano violati i limiti o i presupposti previsti dalla disciplina concorsuale naturalmente verranno in considerazione gli strumenti propri della stessa. Ad esempio il concordato verrà dichiarato inammissibile o revocato o non omologato.

Si pone però il problema se possano venire in considerazione strumenti civilistici in presenza di deliberazioni dell'organo amministrativo o dell'assemblea che abbiano per oggetto una domanda di concordato con proposta e piano non conformi alla legge. Con riferimento alle azioni invalidanti, di annullabilità o nullità, sia delle deliberazioni dell'organo amministrativo, sia delle deliberazioni dell'assemblea, sia delle decisioni dei soci di s.r.l., pare più semplice pervenire alla loro applicazione, comprensiva delle regole concernenti la legittimazione e la sospensiva. Più difficile mi sembra il ricorso a rimedi risarcitori, dal momento che il legislatore sembra prevedere la sola utilizzabilità di strumenti endoconcorsuali e, in particolare, dell'opposizione all'omologazione<sup>34</sup>.

Orizzonti 2020 - OC

---

<sup>33</sup> Sulla utilizzabilità dell'art. 2409 c.c., esteso dal Codice della crisi alla s.r.l., anche da parte dei soci della controllata v. CARIELLO, *La s.r.l. di gruppo*, in *S.r.l. Commentario*, cit., 2011, p. 1060.

<sup>34</sup> V. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di imprese nel CCII*, cit., p. 427 s..