

La regolazione negoziale della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese nel nuovo CCII

di *Fabrizio Guerrera*

Lo scritto analizza la nuova disciplina della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese dettata dal CCII (d.lgs 12 gennaio 2019, n. 14), soffermandosi sia sulle regole di unificazione procedurale inerenti al concordato preventivo e all'accordo di ristrutturazione dei debiti "di gruppo", sia sui principi che governano la gestione unitaria e coordinata delle soluzioni negoziali della crisi da parte della *holding*.

1. Le principali novità della soluzione negoziale della crisi di gruppo / 2. I profili organizzativi del gruppo nella gestione della crisi / 3. Peculiarità del piano e delle proposte di gruppo / 4. Il perimetro del concordato o dell'accordo di ristrutturazione di gruppo / 5. Pianificazione di gruppo e nuove regole concordatarie / 6. Valutazione del piano di gruppo e approvazione delle proposte di concordato / 7. La tutela di creditori e dei soci delle società del gruppo in sede di omologazione / 8. La disciplina processuale del concordato e dell'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di gruppo / 9. Le operazioni riorganizzative di gruppo

1. Le principali novità della soluzione negoziale della crisi di gruppo

Il titolo VI («Disposizioni relative ai gruppi di imprese») del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d'ora innanzi anche "CCII") introduce nel diritto comune dell'impresa, in attuazione dell'art. 3 della legge delega n. 155/2017, una disciplina organica della crisi e dell'insolvenza dei gruppi, da lungo tempo attesa e sollecitata dalla dottrina¹. Si tratta – va detto – di una normativa che merita, nel complesso, un giudizio largamente positivo, a differenza di altre parti del nuovo CCII.

L'art. 284, commi 1 e 2, CCII, prevede la *facoltà*, con i connessi oneri e rischi procedurali – e non l'obbligo –, di più imprese o società appartenenti a un gruppo di presentare, con unico ricorso, la domanda di accesso al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo (o degli accordi) di ristrutturazione dei debiti *ex art. 40 CCII*, che è soggetta a pubblicità nel registro delle imprese. È prevista, a tal fine, la predisposizione di un piano unitario o di più piani collegati, a scelta delle proponenti; tuttavia, le proposte di concordato rivolte ai creditori devono essere distinte, derivando ciò – come si vedrà – dall'autonomia delle masse delle singole imprese (art. 284, comma 3, CCII) e dal sistema stesso di votazione (art. 286, comma 5, CCII)².

1. Per una sintesi della situazione e del dibattito antecedente all'emanazione del CCII, vds.: G. Scognamiglio, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2008, II, pp. 1091 ss.; C. Costa e A. Pappalardo, *Amministrazione straordinaria e gruppo di imprese*, in C. Costa (a cura di), *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Utet giuridica (Wolters Kluwer), Milano, 2008, pp. 667 ss.; M. Garcea, *La rilevanza del gruppo nelle gestioni negoziate della crisi d'impresa*, in *Riv. soc.*, 2012, pp. 943 ss.; S. Poli, *Il concordato preventivo di gruppo*, in *Giur. comm.*, 2014, pp. 735 ss.; M. Miola, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società*, in *Aa. Vv.*, *Società, banche e crisi d'impresa, Liber amicorum Pietro Abbadessa*, vol. III, Utet giuridica, Milano, 2014, pp. 2693 ss.

2. Per una illustrazione della nuova disciplina, vds. R. Santagata, *Il concordato di gruppo nel progetto Rordorf: prime impressioni*, in

Per il caso di accesso separato alle procedure di crisi da parte di imprese o società appartenenti a un gruppo, in alternativa alla procedura unitaria di concordato di gruppo, l'art. 289 CCII istituisce, invece, particolari obblighi informativi e di collaborazione a favore del commissario giudiziale e a carico della Consob, delle pubbliche autorità e delle società fiduciarie.

È prevista la possibilità di un piano (o di piani collegati) di risanamento di gruppo, oggetto di attestazione da parte di un unico professionista indipendente e quindi, se del caso, di un accordo stragiudiziale con i creditori ex art. 56 CCII. Il piano può essere pubblicato, poi, «su richiesta» dei soggetti interessati nel registro delle imprese, in collegamento alla pubblicità prescritta dall'art. 2497-bis cc per le società soggette a direzione e coordinamento. Anche in questo caso opera – deve ritenersi, limitatamente agli obblighi d'informazione e collaborazione e in favore, qui, dell'attestatore del piano – la disposizione dell'art. 289 CCII.

Si rammenti che i «piani di risanamento di gruppo» sono previsti, nel diritto speciale, dagli artt. 69-quinquies e 159-bis Tub, introdotti dal d.lgs n. 181/2015 in attuazione della direttiva «*Banking Resolution and Recovery*» (BRR). Nella disciplina bancaria delle crisi (titolo IV - «Misure preparatorie, di intervento precoce e liquidazione coatta amministrativa»), essi svolgono, tuttavia, una funzione diversa e «anticipatoria», collegata anche agli *stress test*, poiché predispongono presidi e programmi d'azione per la gestione della crisi *prima* che questa si manifesti: sono cioè *adottati preventivamente* dalle banche interessate, valutati dalla Banca d'Italia e solo dopo, ricorrendone le circostanze, *attuati* sotto la vigilanza o per impulso di essa (artt. 69-octies e 69-noviesdecies Tub)³.

Il codice della crisi adotta all'art. 2, lett. h, una definizione di «gruppo» che ricalca quella della «attività di direzione e coordinamento» (art. 2497 ss. e, specialmente, art. 2497-sexies cc), ma non coincide esat-

tamente con essa. Ciò deriva, probabilmente, dall'intenzione di ampliare la figura del gruppo in crisi o insolvente in una prospettiva di «diritto dell'impresa», prevedendo, fra l'altro, la possibilità che il ruolo di capogruppo sia assunto anche da una persona fisica, con un evidente disallineamento – per lo meno formale – rispetto alla fattispecie dell'art. 2497 cc.

Da segnalare anche la definizione del «gruppo di rilevante dimensione», composto da un'impresa madre e dalle imprese figlie da includere nel bilancio consolidato secondo la direttiva Ue n. 34/2013. Tale qualificazione rileva ai fini della competenza giurisdizionale in materia, che è assegnata, per le relative procedure e le controversie che ne derivano, al tribunale sede della sezione specializzata in materia d'impresa (art. 27 CCII).

L'unificazione della procedura⁴ si conforma al modello della *procedural consolidation*. Essa non presuppone la soggettivazione del gruppo, neanche in senso processuale, bensì la legittimazione delle (sole) imprese ad esso appartenenti, che versino in stato di crisi o d'insolvenza, ad accedere «congiuntamente» alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza. Si ha, cioè, la convergenza dei soggetti legittimati su un'unica domanda, dagli stessi sottoscritta e presentata; nel caso delle società, v'è comunque necessità di un'apposita deliberazione o decisione dell'organo competente ai sensi degli artt. 44, comma 5, e 265 CCII, prevista ora espressamente anche per l'istanza di omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

L'accesso «collettivo» delle imprese del gruppo alla procedura di crisi presuppone, in certo senso, l'inscindibilità del piano di gruppo (o dei piani collegati) rispetto alle «proposte» di concordato o all'accordo unitario (o agli accordi) di ristrutturazione dei debiti. Ciò spiega la prescrizione, all'art. 284, comma 5, CCII, di un'attestazione «unitaria» della veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano (o dei piani) di gruppo da parte di uno stesso professionista indipendente: scelta sicuramente ragionevole e op-

Riv. dir. impr., 2016, pp. 681 ss.; L. Panzani, *La disciplina della crisi di gruppo tra proposte di riforma e modelli internazionali*, in *Fallimento*, 2016, pp. 1153 ss.; G. D'Attorre, *I concordati di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2019, pp. 277 ss.; L. Benedetti, *Osservazioni sulla nuova disciplina della crisi del gruppo di società*, materiali per il corso di perfezionamento su «Il nuovo diritto fallimentare» svoltosi presso l'Università di Firenze il 27 febbraio e il 14 marzo 2019; G. Fauceglia, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 213 ss.; M. Arato, *Regolazione della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese*, in *Il Caso*, 10 aprile 2018, pp. 2 ss. (<http://blog.ilcaso.it/libreriaFile/1014.pdf>); S. Monti, *La crisi e l'insolvenza dei e nei gruppi di imprese*, in S. Sanzo e D. Burroni (a cura di), *Il nuovo codice del crisi di impresa e dell'insolvenza*, Zanichelli, Bologna, 2019, pp. 305 ss.

3. Sull'argomento cfr., in generale, G. Guizzi, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1485; B. Inzitari, *BRRD, bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180 del 2015)*, in *Contratto e impresa*, n. 3/2016, pp. 689-722.

4. Resta così superato l'indirizzo tradizionalmente contrario della giurisprudenza di legittimità, su cui vds. i commenti di M. Fabiani, *Concordato preventivo e gruppo di società* (nota a Cass., 13 ottobre 2015, n. 20559), in *Foro it.*, 2016, pp. 1372 ss.; G. Fauceglia, *Uno, nessuno, centomila: il concordato preventivo di gruppo* (nota a Cass., 13 ottobre 2015, n. 20559), in *Giur. comm.*, 2016, II, pp. 118 ss.; L. Abete, *Concordato preventivo "di gruppo"* (nota a Cass., 31 luglio 2017, n. 19014), in *Fallimento*, 2018, p. 179.

portuna, sebbene condizionante sotto il profilo delle eventuali modifiche del piano e delle sue ripercussioni. In ogni caso, è esplicita e inequivoca la scelta legislativa di salvaguardare la cd. autonomia delle masse attive e passive delle imprese di gruppo (art. 284, comma 3, CCII), che accedono al concordato o all'accordo di ristrutturazione "collettivo", restando esclusa qualsiasi forma di *substantive consolidation*⁵.

L'art. 284, comma 4, CCII richiede l'illustrazione delle «ragioni di maggiore convenienza» del piano di gruppo o dei piani collegati («reciprocamente collegati e interferenti»), e ciò in funzione del «migliore soddisfacimento dei creditori delle singole imprese», per ragioni –verosimilmente– di trasparenza informativa. Invero, al di là dei proclami legislativi, il riferimento all'interesse dei creditori, nel contesto della domanda di accesso e con riferimento alla fase iniziale della presentazione, non appare grandemente significativo: conta soprattutto il (presumibile maggiore) valore del gruppo "risanato" come tale, che dovrebbe riverberarsi, poi, a favore di tutti gli *stakeholders* delle imprese in crisi. Comunque sia, l'allegata preferibilità del concordato o dell'accordo "di gruppo" implica l'illustrazione di una sintetica verifica comparativa tra la soluzione prescelta in concreto e le altre possibili soluzioni negoziali e non della crisi o dell'insolvenza (liquidazione giudiziale, concordato individuale o di gruppo, concordato liquidatorio, di continuità o misto, con assunzione etc.).

L'unificazione delle procedura comporta la valutazione unitaria di ammissibilità, da parte del tribunale ai sensi dell'art. 47 CCII, della "domanda di accesso" alla procedura di crisi presentata da tutte (e da ognuna del-) le imprese o società interessate, con intuibili vantaggi e complicazioni per le proponenti. L'unicità dell'istanza può anche accentuare il rischio d'inammissibilità della domanda di concordato; il che desta preoccupazioni, specialmente in pendenza di istanze di liquidazione giudiziale rivolte contro alcune. Unitaria è, altresì, la delibazione del tribunale in sede di omologa del concordato o dell'accordo di ristrutturazione, in quanto basata, appunto, su una

«valutazione complessiva», sebbene condizionata potenzialmente dalle opposizioni dei creditori e dei soci delle *single* società (art. 285, commi 4 e 5, CCII).

L'art. 284, comma 4, CCII detta, poi, i contenuti informativi della domanda di concordato o di omologazione dell'accordo inerenti alla struttura e ai vincoli di gruppo e al bilancio consolidato; ma si tratta, tutto sommato, di una prescrizione di valenza modesta, tenuto conto degli obblighi pubblicitari incombenti sulle società del gruppo alla stregua degli artt. 2421, n. 1, 2427, nn. 5 e 22-bis, 2428, 2497-bis cc e 42 d.lgs n. 127/1991. La sua utilità si apprezza soprattutto in chiave di trasparenza, completezza e facilitazione informativa, specie sotto il profilo dell'aggregazione e dell'aggiornamento dei dati contabili e societari.

2. I profili organizzativi del gruppo nella gestione della crisi

L'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento da parte dell'impresa *holding* comporta l'assunzione di doveri di "corretta organizzazione" del gruppo e, quindi, anche di doveri di "prevenzione della crisi" del gruppo e delle singole società o imprese appartenenti ad esso⁶.

Sul punto, la lacuna nella disciplina societaria della crisi è soltanto apparente, perché gli artt. 375, 377, commi 2-5, CCII e 2086, comma 2 (nuovo testo) cc si applicano senza dubbio anche alla capogruppo *in quanto tale*. Il che equivale a dire che il dovere di operare «la gestione dell'impresa nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086, secondo comma» e il «dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale» si proiettano sulle controllate, attraverso le quali l'impresa di gruppo o l'attività diretta e coordinata del gruppo di imprese è esercitata.

L'organizzazione del gruppo non riguarda soltanto la trasmissione delle direttive della *holding*,

5. Il rilievo è comune tra i commentatori della nuova disciplina: vds., in particolare, G. D'Attorre, *I concordati di gruppo*, op. cit., pp. 280 ss.; L. Benedetti, *Osservazioni*, op. cit.; G. Fauceglia, *Il nuovo diritto*, op. cit., pp. 213 ss.; sul fenomeno nell'esperienza Usa, vds. D. Vattermoli, *Gruppi insolventi e "consolidamento" di patrimoni* (substantive consolidation), in *Rivista di diritto societario (RDS)*, 2010, pp. 586 ss.

6. Il problema è particolarmente avvertito nella disciplina bancaria, che prevede l'istituzione di un *Early Warning System* volto al controllo sulla situazione patrimoniale, finanziaria ed economica della banca e imperniato su indicatori di natura quali-quantitativa, selezionati per monitorarne il profilo di rischio in vari ambiti (patrimonio, liquidità, governance, controlli interni, redditività, rischio creditizio, etc.) e fornire gli elementi necessari agli interventi e alle eventuali misure sanzionatorie o di sostegno della capogruppo: cfr. le *Disposizioni di vigilanza* (Banca d'Italia, circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 e successive modifiche e integrazioni), parte I, titolo IV, capitolo 6, sezione III («Processo di gestione del rischio di liquidità») e parte III, capitolo 6, sezione III («Gruppo bancario cooperativo – Contratto di coesione»). Vds. pure, in tema, l'art. 6, comma 2, Tusp (d.lgs 19 agosto 2016, n. 175), che prevede, per le società a controllo pubblico, l'obbligo di predisporre «specifici programmi di valutazione del rischio aziendale» e di informarne l'assemblea attraverso la relazione sul governo societario.

ma si estende ai flussi informativi (ascendenti e discendenti), ai compiti “ampliati” (alla sfera delle controllate) degli organi amministrativi e di controllo della capogruppo e al monitoraggio della situazione patrimoniale e finanziaria complessiva delle società del gruppo⁷. Del resto, la realtà del gruppo di imprese è caratterizzata, di norma, da intensi rapporti infragruppo (commerciali, finanziari, di garanzia etc.) e talora anche dall'accentramento della tesoreria⁸, sicché l'integrazione funzionale e operativa delle attività accentua il rischio di una “propagazione” della crisi e dell'insolvenza.

Lo stesso vale per il dovere 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» prescritto dal combinato disposto degli artt. 375 e 377 CCII e 2086, comma 2 cc⁹. Esso non comporta, beninteso, un dovere d'intervento incondizionato della capogruppo in forma di “salvataggio” delle imprese in situazione di crisi o d'insolvenza: in questo senso depone anche la *Section 15.15 dell'EMCA (European Model Companies Act)* nel disegnare i presupposti della «*Parent liability*»¹⁰, che attribuisce peraltro in via esclusiva all'organo di gestione o di liquidazione o al curatore fallimentare della società controllata la legittimazione all'esercizio dell'azione.

Piuttosto, deve essere adeguatamente valutato e fronteggiato il rischio sistemico per il gruppo in caso di “abbandono” della controllata in difficoltà e, comunque, osservato, nella gestione della situazione di crisi del gruppo o di alcune delle sue componenti, il canone generale della «corretta gestione societaria e imprenditoriale» (art. 2497 cc)¹¹. Ricorre infatti, di norma, un “interesse di gruppo” a evitare il contagio o anche soltanto un pregiudizio economico per la *holding* e le sue controllate (dirette o indirette), determinato dall'irrecuperabilità dei crediti, dall'escussione delle garanzie, dalla svalutazione delle partecipazioni etc.

In chiave positiva, l'attività di direzione e coordinamento implica l'espletamento di un ruolo decisionale strategico della *holding* nella gestione “unitaria e coordinata” della crisi del gruppo (o di alcune delle imprese e società del gruppo) e nella pianificazione complessiva della sua soluzione, al fine di realizzare, direttamente o indirettamente, sinergie e utilità per alcune o per tutte le imprese del gruppo. V'è la possibilità che la soluzione negoziale “di gruppo” generi un plusvalore o, comunque, limiti le perdite, anche soltanto nel senso della riduzione delle minusvalenze sui cespiti da liquidare, e produca economie di spese per la procedura nonché per l'assistenza e la consulenza; ciò risponde, senz'altro, all'interesse della *holding* in quanto tale.

Il ruolo decisionale strategico della controllante è enfatizzato anche dal fatto che il CCII, per così dire, apre alla rilevanza del gruppo “in senso forte” nelle soluzioni negoziali della crisi, prevedendo la possibilità di operazioni e trasferimenti di risorse infragruppo a servizio del concordato o dell'accordo (art. 285, comma 2, CCII). Il che, come meglio si vedrà, da un lato, pone un problema di “distribuzione interna” del plusvalore di gruppo (di cui occorre definire un ragionevole criterio); dall'altro, prospetta un rischio di trasferimenti (ingiustificati o sproporzionati) di ricchezza tra le masse patrimoniali “autonome” delle imprese o società coinvolte, con possibile pregiudizio dei creditori e dei soci, che va affrontato, appunto, nell'ambito di un progetto unitario di risanamento, liquidazione o ristrutturazione¹². A ciò si aggiunga l'opportunità o necessità del coinvolgimento di società o imprese “sane” del gruppo nella soluzione della crisi o dell'insolvenza, le quali non possono accedere, come tali, alla procedura di crisi, ma possono dare un sostegno determinante alla sua soluzione.

La domanda “unitaria” di accesso alla procedura presuppone che vi sia stata una decisione della capogruppo, condivisa o recepita, e comunque attuata e

7. Cfr., sul tema: L. Benedetti, *I flussi informativi nella crisi del gruppo*, in *Giur. comm.*, n. 2/2017, pp. 271 ss.; F. Guerrera, *I regolamenti di gruppo*, in *Liber amicorum Pietro Abbadessa*, vol. II, op. cit., pp. 1599 ss.

8. Cfr. G. Verna, *Sulla presentazione di concordati preventivi da parte di gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 2015, I, pp. 903 ss.; G. Lombardi e P.D. Beltrami, *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2011, I, pp. 713 ss.

9. Per una lettura critica (e giustamente riduttiva) di questa prescrizione, cfr. V. Di Cataldo – S. Rossi, *Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *RDS*, 2018, pp. 753 ss.

10. Cfr. par. 1: «*Whenever a subsidiary company, which has been managed according to instructions issued by its parents in the interest of the group, has no reasonable prospect, by means of its own resources, of avoiding a winding-up (crisis point), the parent company is obliged without delay to effect a fundamental restructuring of the subsidiary or to initiate its winding-up procedure*».

11. Vds., in argomento, M. Miola, *Attività*, op. cit., pp. 2719 ss. e 2735 ss.

12. Su questi problemi vds., in particolare, R. Santagata, *Concordato preventivo “di gruppo” e “teoria dei vantaggi compensativi”*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, 213 ss.; G. D'Atorre, *I concordati di gruppo*, op. cit., pp. 288 ss.; L. Panzani, *La disciplina della crisi di gruppo*, op. cit., pp. 1153 ss.

formalmente assunta da ciascuna delle altre società del gruppo. L'atto potrebbe essere previsto e regolato dallo statuto o dal regolamento di gruppo, ferma restando la necessità di una delibera autonoma per ogni singola società. Non sembra, quindi, necessario un mandato alla *holding* (salva, com'è ovvio, la possibilità di conferire una procura speciale *ad hoc*) per la presentazione dell'unico ricorso, né tantomeno un preventivo "patto" tra le imprese del gruppo.

Altro discorso è, come si vedrà, quello concernente l'eventuale "accordo" inerente alla regolamentazione sostanziale dei rapporti di gruppo sottostanti al piano unitario (o ai piani collegati), che può riguardare anche il profilo dei vantaggi compensativi (art. 285, commi 2 e 5, CCII). Si noti che, anche per quest'aspetto, un modello di riferimento può essere rintracciato nell'art. 69-*duodecies* Tub, introdotto dal d.lgs n. 181/2015 in attuazione della direttiva BRR, che prevede la possibilità di concludere – sempre, però, in via preventiva – accordi di «sostegno finanziario di gruppo».

3. Peculiarità del piano e delle proposte di gruppo

La direzione strategica della *holding* dovrebbe mirare a: risanare le singole società del gruppo in stato di crisi o insolvenza (art. 284, comma 5, CCII); ottimizzare il soddisfacimento dei rispettivi creditori (art. 285, comma 2, CCII); tutelare, per quanto possibile, la posizione dei detentori degli "strumenti di capitale".

Il piano di gruppo unitario o i piani collegati devono, ai fini dell'ammissione della domanda di accesso alla procedura di regolazione concordata ai sensi dell'art. 44 CCII, dimostrare la fattibilità e convenienza della soluzione integrata della crisi in funzione di tali obiettivi (art. 284, commi 4 e 5, CCII). La discrezionalità dell'organo amministrativo della controllante sopravvive in misura limitata nella fase di crisi del gruppo¹³, dovendo il potere di gestione societario e imprenditoriale esercitarsi in modo vieppiù corretto e rispettoso dei diritti dei soci esterni e dei creditori.

L'autonomia patrimoniale delle masse attive e passive delle imprese del gruppo, ribadita dall'art. 284, comma 3, CCII, costituisce un limite alla costruzione delle soluzioni negoziali della crisi o dell'insol-

venza del gruppo. Si tratta, tuttavia, di un vincolo da intendere in senso sostanziale e relativo, non formale o assoluto: le operazioni e i «trasferimenti di risorse infragruppo» «a servizio del piano di ristrutturazione» sono ammessi (art. 285, comma 2, CCII) e vanno attuati, appunto, conciliandoli con il rispetto di tale limite.

L'eterodirezione (e la correlativa scelta delle modalità e dell'*iter* del risanamento) può giustificare l'imposizione di sacrifici a singole entità del gruppo, senza per questo connotare in senso "solidaristico" e, tantomeno, "mutualistico" l'interesse del gruppo. Quest'ultimo resta genuinamente "lucrativo", anche in uno scenario di salvataggio, perché la *holding* deve mirare a conservare i valori dei propri attivi, a partire da quello delle sue partecipazioni nelle controllate. Lo stesso vale per l'attribuzione di vantaggi (diretti o indiretti) derivanti, per esempio, da rinunce o garanzie infragruppo o dalla previsione di una cessione soltanto "parziale" di beni *ex art.* 85, comma 3, lett. a, CCII di una società a fronte della messa a disposizione di altre utilità.

Riguardo a quest'ultimo aspetto, va rammentato che la giurisprudenza di legittimità, contro l'opinione dottrinale prevalente, insiste nell'affermare l'innammissibilità di una *cessio bonorum* "parziale", in sede concordataria, per violazione dell'art. 2740 cc¹⁴. Tuttavia, la tesi dell'inderogabile necessità di destinazione integrale del patrimonio dell'imprenditore insolvente ai suoi creditori dovrebbe essere superata, almeno per i concordati di gruppo, proprio dalla possibilità di prevedere e attuare, per legge, trasferimenti di risorse infragruppo.

La previsione, nell'ambito del piano, di «operazioni contrattuali e riorganizzative» infragruppo e di «trasferimenti di risorse» da parte di una a beneficio di altre società del gruppo dovrebbe trovare, appunto, la sua "causa" – alla stregua degli accordi di risanamento o ristrutturazione o del concordato preventivo – nella stessa soluzione negoziale della crisi. Queste attribuzioni patrimoniali potrebbero essere regolate da un "contratto" (di devoluzione o di assistenza finanziaria, anche plurilaterale) collegato al piano e sottostante alla domanda di concordato o di omologa dell'accordo. Volendo richiamare il modello degli accordi di «sostegno finanziario di gruppo», prima ricordato, deve osservarsi che l'art. 69-*duodecies*, comma 4, Tub prevede finanziamenti, prestazioni di

13. Cfr. A. Mazzoni, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in R. Sacchi (a cura di), *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 813; U. Tombari, *Crisi di impresa e doveri "corretta gestione e societaria" della società capogruppo*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, p. 644; N. Abriani, *Le responsabilità nelle crisi dei gruppi*, in *Il nuovo dir. soc.*, n. 11/2012, p. 93; G. Strampelli, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 605.

14. Cfr. Cass., 17 ottobre 2018, n. 26005, in *Fallimento*, 2019, 489 ss., con nota di L. Benedetti, *Il concordato con cessione parziale dei beni nell'ambito del gruppo in crisi tra passato e futuro*.

garanzie, messa a disposizione di beni o attività (da utilizzare come garanzia), nonché combinazioni di queste forme di sostegno mediante una o più operazioni, anche con soggetti terzi (estranei al gruppo).

La causazione di svantaggi, in relazione alle masse patrimoniali facenti capo alle imprese del gruppo, potrebbe essere compensata da idonee contropartite dirette o indirette alle società sacrificate; o – perché no? – da indennità dirette a favore dei creditori penalizzati e, perciò, astrattamente controinteressati a quella soluzione. Resta ferma, peraltro, l'esigenza di considerare, anche nei suoi effetti riflessi, il beneficio generato dal superamento stesso della crisi di gruppo.

L'art. 285, comma 2, CCII prescrive un'attestazione "supplementare", da parte di un professionista indipendente, circa la "necessità" delle operazioni infragruppo ai fini: a) della continuità di almeno alcune delle imprese del gruppo (con l'esclusione, invero non opportuna, dei trasferimenti infragruppo nei concordati liquidatori); b) del migliore soddisfacimento dei creditori «di tutte le imprese del gruppo». Quest'ultimo criterio dovrebbe intendersi in modo relativo ed elastico, nel senso cioè dell'equilibrio e della neutralità della scelta, complessivamente valutati, ammettendo disparità funzionali alla riuscita dell'operazione.

In altri termini, la nuova disciplina, letta alla luce del principio di autonomia privata, dovrebbe consentire di promuovere soluzioni negoziali più complesse e articolate della crisi del gruppo o delle imprese del gruppo. L'*atipicità* della proposta di concordato preventivo – sopravvissuta nel CCII (art. 85, comma 3, lett. a e b, CCII) a dispetto della rigida dicotomia finalistica continuità/liquidazione posta dall'art. 84, comma 1, CCII – può giovare, cioè, a valorizzare l'autonomia delle imprese proponenti nell'elaborazione del piano di ristrutturazione o di liquidazione di gruppo e delle proposte ai creditori.

Quella "dicotomia" – sia detto incidentalmente – contraddice la filosofia di fondo che ispira la moderna disciplina delle soluzioni negoziali della crisi d'impresa e rappresenta un'ipotesi concettuale della prassi e delle tendenze giurisprudenziali. Essa complica inutilmente l'applicazione delle regole concordatarie (basti pensare alle ambiguità del giudizio di "prevalenza" o alla difficoltà di ricondurre il concordato con assunzione allo schema continuativo o liquidatorio), ostacola senza ragioni l'accesso alla procedura di crisi

ed è ignorata, non a caso, dalla direttiva Ue del 22 novembre 2016 sui cd. quadri di ristrutturazione preventiva¹⁵.

In questo quadro, l'interesse "di gruppo" si risolve, quindi, nell'ottimizzazione della soluzione negoziale della crisi delle singole società interessate e si riverbera anche nella valorizzazione del patrimonio e della redditività delle stesse, nell'interesse dei rispettivi creditori, *in primis*, e degli stessi soci (in presenza, di un residuo attivo reale o virtuale, o comunque di un valore latente dell'impresa, anche se non espresso dal bilancio). Donde la necessità di definire il "perimetro" del concordato o dell'accordo di ristrutturazione di gruppo in rapporto alla dimensione complessiva e alla configurazione del gruppo stesso.

4. Il perimetro del concordato o dell'accordo di ristrutturazione di gruppo

Il "perimetro" del concordato o dell'accordo di risanamento o di ristrutturazione di gruppo (artt. 56 e 57 CCII) non necessariamente coincide con quello del gruppo in sé o della parte del gruppo in crisi. Alcune entità *in bonis* potrebbero, infatti, concorrere "dall'esterno" alla sua riorganizzazione nella posizione di assuntori, garanti o sovventori, sottoscrivendo la domanda di concordato o l'accordo in aggiunta ai soggetti legittimati o assumendo impegni collaterali e strumentali¹⁶.

L'interesse "di gruppo" al salvataggio o, più in generale, alla risoluzione della crisi può essere perseguito mediante l'assunzione, da parte delle imprese sane, di obblighi di devoluzione, garanzia, finanziamento, investimento, prestazione di beni e servizi a condizioni di favore etc., generalmente subordinati all'omologazione del concordato o dell'accordo di ristrutturazione, o alla stipula dell'accordo di risanamento. Simili atti non sono da valutare, in linea di principio, contrari all'interesse sociale né, tantomeno, estranei all'oggetto della società che li compie. Possibile è, altresì, la previsione di finanziamenti pre-deducibili (artt. 99-102 CCII) e di nuovi apporti provenienti dalla *holding* o dai soci della società in crisi e dalle altre società del gruppo, nell'ambito del piano unitario o nei piani collegati.

15. Cfr., in tema, L. Stanghellini, *Il Codice della crisi e dell'insolvenza - Editoriale*, materiali per il corso di perfezionamento su «Il nuovo diritto fallimentare» svoltosi presso l'Università di Firenze il 27 febbraio e il 14 marzo 2019; L. Panzani, *La proposta di Direttiva della Commissione UE: Early warning, ristrutturazione e seconda chance*, in *Fallimento*, 2017, pp. 129 ss.; Id., *Conservazione dell'impresa, interesse pubblico e tutela dei creditori: considerazioni a margine della proposta di direttiva in tema di armonizzazione delle procedure di ristrutturazione*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 11 settembre 2017, <http://blog.ilcaso.it/libreriaFile/977.pdf>.

16. Sul punto, vds. Uncitral, *Legislative Guide on Insolvency Law - Part III. Treatment of enterprise groups in insolvency*, New York, 2012, pp. 22 ss.

Naturalmente, in questo caso, gli organi societari di gestione delle imprese partecipanti alla soluzione negoziale di gruppo, esercitando la loro discrezionalità amministrativa, assumono una responsabilità verso i centri d'interesse "esterni", cioè verso i soci *non di controllo* e i creditori della capogruppo o delle società sorelle le quali, senza essere in crisi o insolventi, concorrono alla soluzione negoziale pianificata di gruppo: nel senso che il sacrificio dovrà essere giustificato, proporzionato e adeguatamente compensato, nella logica dell'art. 2497 cc.

L'allargamento del perimetro del concordato o dell'accordo ad altre entità del gruppo rende necessaria l'estensione dell'analisi di veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano di risanamento, di ristrutturazione o di concordato da parte del professionista indipendente a tutte le società del gruppo coinvolte. Si avrà, quindi, un'attestazione unitaria del piano (art. 284, comma 5, CCII), come pure una valutazione giudiziale unica di fattibilità (anche economica) e di attendibilità dei relativi dati e presupposti ai fini dell'ammissione (art. 47 CCII).

L'adesione "dall'esterno" alla proposta di concordato o all'accordo di ristrutturazione o di risanamento, da parte di altre imprese *in bonis* o entità del gruppo, avrà per queste ultime effetti diversi, sebbene collegati alle regole di efficacia concorsuale (e, se del caso, extra-concorsuale) dello strumento negoziale utilizzato (artt. 44, comma 6, 56 e 17 CCII).

Per quanto riguarda, in particolare, il concordato, potrà profilarsi una "complicazione" della fase esecutiva in caso di "partecipazione" di altre imprese sane del gruppo, nel senso che il commissario giudiziale dovrà vigilare coerentemente (art. 118 CCII) anche sull'assolvimento degli impegni assunti da queste, ove essenziali alla riuscita del piano¹⁷, ma incontrerà limitazioni relativamente ai poteri d'intervento e sostitutivi che possono essergli attribuiti dal tribunale rispetto alle imprese non assoggettate alla procedura. Questo vale, a maggior ragione, per la figura l'amministratore giudiziario, che è organo della società in concordato e, quindi, può instare per l'attuazione degli obblighi delle altre imprese partecipanti, ma non agire direttamente in loro vece.

5. Pianificazione di gruppo e nuove regole concordatarie

Come si è detto, la soluzione negoziale di gruppo può essere programmata nell'ambito di un piano

unitario o di più piani collegati (di risanamento, di ristrutturazione e di concordato) in vista della regolazione della crisi o dell'insolvenza dell'intero gruppo o di una parte di esso.

L'art. 285, comma 1, CCII prevede espressamente la possibilità di combinare la liquidazione e la continuazione di alcune delle imprese di gruppo in funzione di un programma complessivo di soluzione della crisi. La "commistione" di fini ricorre frequentemente nelle soluzioni concordatarie e, a maggior ragione, in realtà imprenditoriali articolate e multiformi come quelle dell'impresa di gruppo, che mal si presta a essere governata dalla dicotomia introdotta dal CCII all'art. 84, comma 1.

Comunque sia, nel nuovo contesto normativo si pone, anche per il concordato di gruppo, un problema molto serio di "selezione" della disciplina applicabile, determinato dalle strette imposte dalla dicotomia tra concordato liquidatorio e con continuità aziendale e dalle insidie della valutazione di "prevalenza" della finalità del concordato, che si traducono in altrettanti rischi d'inammissibilità della domanda *ex art. 47 CCII*. Com'è noto, l'art. 84, comma 4, CCII disincentiva il concordato liquidatorio, prescrivendo l'apporto di risorse aggiuntive e l'offerta di una percentuale minima di pagamento ai creditori chirografari; laddove il ricorso al concordato con continuità aziendale, seppure ostacolato da requisiti di accesso piuttosto stringenti, è reso più vantaggioso sotto il profilo della flessibilità e della libertà di formulazione della proposta (quanto a percentuali, necessità di risorse, previsioni di moratoria etc.).

Il problema è affrontato dal disposto dell'art. 285 CCII, che replica l'art. 84, comma 3, CCII, introducendo il discutibile criterio della "prevalenza quantitativa" dei flussi generati dalla continuazione dell'attività (descritti come «ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta, ivi compresa la cessione del magazzino»), rispetto a quelli generati dalla liquidazione, declinato in questo caso su base "consolidata". Le perplessità derivano, tuttavia, dall'intrinseca incongruenza del concetto di ricavato della continuità aziendale, inteso come fonte di copertura del fabbisogno concordatario, che si può superare soltanto ricomprendendovi la continuità cd. indiretta, che si realizza cioè tramite la cessione o l'affitto di complessi aziendali destinati alla cessione a terzi (proponenti o non).

Dovrebbe applicarsi anche al concordato "di gruppo", con gli opportuni adattamenti, quella singolare e altrettanto discutibile "presunzione assoluta

17. In argomento, vds. F. Guerrera, *L'esecuzione forzata del concordato preventivo nell'art. 185 l. fall. e nell'art. 118 del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in corso di pubblicazione in *Scritti in ricordo di M. Sandulli*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 358 ss.

di prevalenza” della continuità aziendale introdotta dall’art. 84, comma 3, CCII nell’ipotesi di mantenimento in servizio di un numero di addetti pari ad almeno la metà della media dell’ultimo biennio precedente alla domanda. Si dovrebbe applicare, pertanto, il regime del concordato “con continuità aziendale”, ove il requisito risultasse rispettato, computando i lavoratori con riferimento al complesso delle imprese del gruppo che accedono congiuntamente alla procedura di crisi.

In questo quadro, così incerto e controverso, bisognerebbe porsi un quesito di fondo, e cioè se la soluzione concordataria “di gruppo” consenta – più di quella “individuale” e, appunto, nel segno della “rilevanza specifica” del gruppo – un recupero della *atipicità* della proposta di concordato preventivo e agevoli, così, il superamento delle strettoie evocate dal disposto dell’art. 285, comma 1, CCII.

In questa prospettiva, un altro profilo interpretativo critico è quello della dubbia applicabilità al concordato di gruppo della disciplina delle proposte concorrenti (art. 90 CCII). Non sembra, infatti, che possa ritenersi ammissibile la proposta formulata da un terzo, relativamente a singole imprese o società e incompatibile con il piano (o i piani collegati) di gruppo, né che possa operare, in presenza di proposte necessariamente differenziate in relazione alle diverse masse, la soglia di accesso di cui all’art. 90, comma 5, CCII. Tanto meno sembra praticabile una proposta concorrente, accompagnata magari dalla “ricapitalizzazione forzosa” della *holding*, che implicherebbe l’assunzione di poteri di “direzione unitaria” da parte del terzo proponente anche sulle altre società accedute alla procedura di crisi, al di là dei confini entro cui si ammette il superamento del dibattuto principio di “neutralità organizzativa”¹⁸. Sembra, pertanto, preferibile l’opzione ermeneutica della disapplicazione dell’istituto alle crisi di gruppo.

In conclusione, occorre chiedersi se sia possibile superare (o forzare) i limiti o i vincoli alla libertà negoziale del proponente nella prospettiva di una valutazione “globale” del concordato di gruppo e in vista dell’obiettivo della migliore “valorizzazione virtuale” dell’impresa di gruppo, che implica, appunto, il «miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo» (art. 285, comma 1, CCII); senza dimenticare che, in caso di “continuità diretta”, l’obiettivo

è quello del «ripristino dell’equilibrio economico finanziario nell’interesse prioritario dei creditori, oltre che *dell’imprenditore e dei soci*» (art. 84, comma 2, CCII).

Probabilmente – o auspicabilmente – la risposta a tale domanda è affermativa, e questa rappresenterebbe la più importante chiave di rilevanza normativa del gruppo (*in senso forte*) nelle soluzioni negoziali della crisi.

6. Valutazione del piano di gruppo e approvazione delle proposte di concordato

Come si è detto, i proponenti del concordato sono chiamati a illustrare la convenienza della soluzione negoziale di gruppo per i creditori. In ogni caso, il piano unitario o i piani collegati, con la previsione della continuità aziendale diretta o indiretta e della liquidazione parziale dei beni, mettono capo a una pluralità di proposte ai creditori delle rispettive imprese.

Alla votazione “contestuale e separata” sulle proposte di concordato preventivo formulate dalle singole imprese istanti parteciperanno i relativi creditori, ma non i soci e, più in generale, i “detentori di strumenti di capitale”, quand’anche pregiudicati dal piano di soluzione. Il CCII non recepisce la soluzione prevista e suggerita in tal senso (sebbene non imposta) dalla proposta di direttiva Ue del 22 novembre 2016, che promuove la partecipazione di questi *stakeholders* all’adozione del piano di ristrutturazione, seppure scongiurando la possibilità di un loro ostruzionismo (art. 2, n. 3; art. 9, comma 1; art. 12)¹⁹.

L’approvazione della proposta di concordato “di gruppo” esige, secondo l’art. 286, comma 5, CCII, l’approvazione delle proposte di *tutte* le imprese che hanno presentato la domanda unitaria di concordato da parte dei creditori di *ognuna* di esse, secondo le regole generali in materia (classi, maggioranze etc.).

Il “classamento” dei creditori di ciascuna delle società proponenti non è obbligatorio, ma altamente probabile, alla luce dell’art. 85, comma 5, CCII, che introduce varie ipotesi di distinzione necessaria delle varie tipologie di creditori. Si è adottata, quindi, per la votazione dei creditori una logica di coordinamento e di separazione differente da quella scelta dall’art.

18. In argomento, sia consentito rinviare a F. Guerrera, *Il rapporto tra gli organi sociali e gli organi della procedura concorsuale nelle ristrutturazioni di società in crisi*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 6/2018, pp. 1082 ss. ed ivi diffusi richiami alla dottrina in materia, tra cui si segnala, in particolare: V. Pinto, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, in *Riv. soc.*, 2017, p. 100.; M.L. Vitali, *Profili di diritto societario delle “proposte concorrenti” nella nuova disciplina del concordato preventivo*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 870; G. Ferri Jr., *La struttura finanziaria della società in crisi*, in *RDS*, 2012, pp. 477 ss.

19. Cfr. L. Panzani, *La proposta di direttiva*, *op. cit.*, pp. 129 ss.; *Id.*, *Conservazione dell’impresa*, *op. cit.*; D. Vattermolli, *La posizione dei soci nelle ristrutturazioni. Dal principio di neutralità organizzativa alla residual owner doctrine?*, in *Riv. soc.*, 2018, pp. 858 ss.

4-bis, comma 2, dl n. 347/2003, che prevedeva la formazione di “sottoclassi” di creditori in ragione della situazione patrimoniale della società debitrice.

Sono escluse dal voto le imprese creditrici appartenenti al gruppo (art. 286, comma 6, CCII), sia *in bonis*, cioè estranee alla procedura di concordato, sia *a fortiori* partecipanti ad essa quali proponenti. Non si ha, quindi, data l'autonomia delle masse, l'elisione delle partite infragruppo, ma soltanto la loro “neutralizzazione” ai fini del voto per ragioni di trasparenza e correttezza della decisione collettiva.

Questa regola non si armonizza facilmente con la disciplina generale dettata in materia di voto nel concordato e appare anzi, per la verità, contraddittoria. Essa, infatti, da un verso, esclude dal voto e dal computo delle maggioranze le società appartenenti al gruppo e, in generale, i creditori “in conflitto d'interessi” sia nel concordato preventivo sia in quello fallimentare (artt. 109, comma 5 e 243, comma 5, CCII); dall'altro, attribuisce la legittimazione al voto al creditore che formula la proposta di concordato “concorrente” (e alle società del relativo gruppo), purché inserite in una apposita “classe” (art. 109, comma 6, CCII), mantenendo in vita l'attuale e discutibile soluzione compromissoria.

All'approvazione della proposta da parte dei vari gruppi di creditori concorsuali, segue, ricorrendone i presupposti, l'omologazione giudiziale sulla base di una valutazione unitaria e complessiva del piano di gruppo o dei piani collegati (art. 285, comma 4, CCII). In questa sede, vanno amministrati e risolti i possibili conflitti con i creditori e tra i creditori delle società del gruppo, così come i conflitti con i soci “esterni” delle società partecipanti alla soluzione negoziale della crisi, e anzitutto delle società proponenti dirette, che riguardano il trattamento loro riservato sulla base del piano, in ragione delle risorse patrimoniali e finanziarie disponibili, delle operazioni tra le imprese del gruppo, dei vantaggi direttamente o indirettamente arrecati all'una o all'altra massa e dei criteri di distribuzione del “plusvalore” creato dalla soluzione riorganizzativa.

La legge opta per un criterio “minimalista” o “neutrale” di soluzione del conflitto riguardo ai creditori: in caso di opposizione dei creditori legittimati ai sensi dell'art. 285, comma 3, CCII, il tribunale deve assicurarsi che essi possano essere «soddisfatti in misura non inferiore a quanto ricaverebbero dalla liquidazione giudiziale della singola società» (in osservanza del principio *NCWO* - “no creditor worse off”); e questo vale anche per i trasferimenti di risorse all'interno del gruppo conseguenti alle operazioni contrattuali e riorganizzative previste dal piano. Ovviamente, il

giudizio d'indifferenza della soluzione concordataria per la singola massa patrimoniale, dal punto di vista dei creditori, implica la determinazione (tutt'altro che facile e incontrovertibile) del valore dell'impresa in prospettiva di gruppo, comparativamente a quella fallimentare.

Per quanto riguarda, invece, i soci esterni, i quali intendano far valere – sempre tramite l'opposizione all'omologazione – l'irragionevolezza del pregiudizio arrecato alla singola società dalle operazioni e dai trasferimenti di risorse infragruppo, l'art. 285, comma 5, CCII prevede l'applicazione del criterio dei «vantaggi compensativi» dettato dall'art. 2497 cc, in funzione della possibile esenzione della responsabilità del soggetto controllante da responsabilità per i danni da eterodirezione abusiva. Dovendo essere adattato, in sede di opposizione all'omologa, alla valutazione del piano (o dei piani) di gruppo²⁰, appare necessaria una sua reinterpretazione e rielaborazione in funzione concordataria: il che significa lasciare spazio all'apprezzamento del vantaggio concreto dato dal superamento della crisi di gruppo, così come delle eventuali contropartite, ove contemplate dal piano e oggetto di espressa pattuizione.

L'applicazione del criterio dei vantaggi compensativi potrà aversi non soltanto in chiave *indennitaria* (relativamente, cioè, ai benefici derivanti all'impresa dalla soluzione di gruppo: risparmi di spesa, finanziamenti prededucibili, continuazione di rapporti commerciali, forniture di beni e servizi, prestazione di garanzie infragruppo etc.), ma, in certa qual misura, non incompatibile con l'autonomia delle masse, anche *redistributiva*, facendo riferimento al “patrimonio consolidato” o, meglio, al “plusvalore atteso” dalla ristrutturazione. Inoltre, i vantaggi compensativi potrebbero essere non solo *attuali* e tangibili ovvero *potenziali* e prevedibili, ma anche puramente *virtuali* o *negativi*, così, per esempio, legati al “non esperimento” di azioni recuperatorie o risarcitorie di pertinenza della massa, in caso di dichiarazione d'insolvenza (ivi inclusa l'azione di responsabilità da eterodirezione abusiva ex art. 2497 cc contro la *holding* e i soggetti corresponsabili).

7. La tutela di creditori e dei soci delle società del gruppo in sede di omologazione

In sede di omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione di gruppo, il tribunale gode di poteri alquanto penetranti allorché i creditori dissenzienti legittimati all'opposizione con-

20. Cfr. R. Santagata, *Concordato preventivo “di gruppo”, op. cit.*, pp. 213 ss.

testino, tramite questa, la convenienza della proposta (art. 112, comma 1, CCII) o gli effetti pregiudizievoli delle operazioni infragruppo (art. 285, comma 3, CCII); lo stesso vale, con riguardo a questi ultimi, per le contestazioni dei soci (art. 285, comma 5, CCII), che possono essere fatte valere attraverso l'opposizione. Peraltro, il criterio di soluzione del conflitto è, giustamente, differente per i creditori e per i soci delle società del gruppo.

Il giudizio sulla "convenienza" della proposta di concordato o dell'accordo di ristrutturazione, *dal punto di vista dei creditori oppositori* (dissenzienti o non aderenti), è basato, in ogni caso, anche quando è contestato il pregiudizio dell'operazione, su una valutazione complessiva del piano e sul raffronto di questo con i presumibili risultati della liquidazione giudiziale della "singola società" (cfr. art. 285, comma 4, CCII e artt. 48 e 112 CCII) e non anche di un eventuale concordato individuale (nel che potrebbe ravvisarsi una qualche incongruenza rispetto alla fase di ammissione al concordato di gruppo, specialmente alla luce del principio di autonomia delle masse).

Il giudizio sulla sussistenza (o accettabilità) del pregiudizio alla singola società, *dal punto di vista dei soci*, è imperniato invece sul criterio squisitamente societario dei vantaggi compensativi (art. 285, comma 5, CCII).

In questa prospettiva, devono essere segnalati i limiti intrinseci della tutela giudiziale dei soci dissenzienti realizzata attraverso il rimedio "endo-concorsuale" dell'opposizione all'omologa del concordato e dell'accordo di gruppo. Si tratta di limiti alquanto stringenti e severi, sotto il profilo del rito e soprattutto dei termini e delle modalità di difesa dei diritti e degli interessi astrattamente intaccati dalla soluzione contestata (artt. 48 e 112 CCII), specialmente se si considera la complessità delle operazioni contrattuali e riorganizzative, valutate in sé e in rapporto al piano di gruppo.

Queste regole processuali appaiono ispirate al discorso superamento del principio di "neutralità organizzativa" e al conseguente affievolimento dei diritti di partecipazione dei soci e degli investitori delle società delle società in crisi, ai quali non sarà consentito, per l'appunto, di esperire i normali rimedi societari – anzitutto invalidativi – avverso le decisioni contestate (artt. 2377, 2379, 2388, 2479-bis e *ter cc*). Può tornare utile, in proposito, il raffronto con l'art. 264 CCII sui poteri "straordinari" del curatore in ordine al compimento di atti e operazioni riguardanti l'organizzazione e la struttura finanziaria della società, in

quanto previsti dal programma di liquidazione, che prevede una ridotta tutela dei soci oppositori della società fallita, lì addirittura compressa nei limiti ancor più angusti del reclamo contro gli atti del curatore *ex art.* 133 CCII.

Sembra da escludere, tuttavia, che tali limitazioni possano applicarsi anche ai soci delle società *in bonis* eventualmente coinvolte nel piano di ristrutturazione "di gruppo", con un ruolo anche determinante (per esempio, di finanziatore, garante o assuntore). Costoro, quali soggetti controinteressati, oltre a essere legittimati come terzi all'opposizione *ex art.* 48 CCII, potranno impugnare le deliberazioni lesive dei loro diritti, sebbene ciò costituisca un fattore di rischio con riguardo alla "fattibilità giuridica" del concordato²¹.

È, invece, inconcepibile l'opposizione di una società controllata (verosimilmente, in caso di cambio del controllo o dell'amministrazione per qualunque causa), poiché questa ha deciso "a monte" la presentazione della domanda di concordato o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione di gruppo e l'ha irrevocabilmente sottoscritta tramite il suo rappresentante (cfr. artt. 44, comma 5 e 265 CCII). Ammissibile sarà, semmai, l'opposizione di altre società del gruppo estranee al perimetro del concordato come soggetti terzi *ex art.* 48 CCII, là dove controinteressate alla soluzione concordataria o ristrutturativa (verosimilmente, nel caso di sfaldamento e di conflittualità del gruppo).

8. La disciplina processuale del concordato e dell'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di gruppo

Come si è detto, la disciplina del concordato o dell'accordo "di gruppo", basato su un piano unitario o piani coordinati, è ispirato al modello della *procedural consolidation* e rappresenta un'alternativa al mero coordinamento procedurale previsto dall'art. 289 CCII, che prevede obblighi di informazione e collaborazione.

Il tribunale competente per il concordato preventivo o per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di gruppo – beninteso, di imprese o società aventi tutte sede in Italia (art. 284, comma 1, CCII) – è individuato con riferimento al COMI della capogruppo²² (art. 27 CCII), quand'anche *holding* "individuale" o, in mancanza di regolare pubblicità *ex art.*

21. Sulla questione, sia consentito rinviare a F. Guerrero, *Il rapporto tra gli organi sociali e gli organi della procedura*, op. cit., pp. 1093 ss.

22. Cfr. G. D'Attorre, *I concordati di gruppo*, op. cit., pp. 277 ss.; L. Benedetti, *Osservazioni*, op. cit.; nella dottrina precedente all'emanazione del CCII, vds. A. Mazzoni, *Concordati di gruppi transfrontalieri e disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, in

2497-bis cc, dell'impresa maggiormente indebitata. Non sono previste regole di riunione o coordinamento in caso di procedure separate, anche perché il concordato di gruppo è soltanto "facoltativo"; anzi, possono sorgere conflitti di competenza in caso di istanze di liquidazione giudiziale presentate, presso altri tribunali, contro una delle società del gruppo.

Resta salva, per i gruppi transfrontalieri, l'applicazione del regolamento Ue n. 2015/848 relativo alle procedure d'insolvenza, comprensive di quelle di ristrutturazione – *lato sensu* – dell'impresa, che segue la logica alternativa del "coordinamento" tra gli organi giurisdizionali delle procedure di crisi e d'insolvenza²³. Il regolamento, tuttavia, lascia irrisolti taluni problemi internazional-privatistici di "diritto societario della crisi", come quelli che riguardano atti, compiti e responsabilità inerenti alla situazione di crisi e alla fase di accesso alla procedura.

L'art. 286 CCII prevede per il «concordato di gruppo» la nomina di un unico giudice delegato e di un unico commissario giudiziale, a dispetto dell'autonomia giuridica delle singole imprese e delle relative masse (dove i possibili conflitti d'interessi insorgenti tra diversi gruppi di soci e di creditori; cioè, tuttavia, non sembra legittimare la nomina di diversi comitati dei creditori, in caso di concordati con cessione). Diversa è la soluzione scelta per la liquidazione giudiziale unitaria del gruppo dall'art. 287, comma 2, CCII, essendo possibile optare in quel caso anche per la pluralità degli organi, ove sussistano «specifiche ragioni».

L'eventuale procedimento di revoca del concordato per atti di frode e di apertura della liquidazione giudiziale (artt. 49, comma 2, e 106 CCII) deve essere condotto unitariamente. Anche i costi della procedura di gruppo sono stabiliti complessivamente e ripartiti tra le società in proporzione alle rispettive masse attive.

Il tribunale adito provvede all'omologazione del concordato o dell'accordo, ricorrendone i presupposti. L'unicità del procedimento di omologazione deriva dall'unità stessa del ricorso, cioè della domanda processuale delle imprese del gruppo, che prescinde dalla pluralità (eventuale) dei piani e di quella (necessaria) delle proposte collegate. Esso sfocia in un unico decreto di omologazione del concordato di gruppo, in esito alla deliberazione delle eventuali opposizioni dei creditori e di soci dissenzienti. In questo modo si supera la necessità di ricorrere al meccanismo, frequentemente adottato, delle condizioni sospensive "in-

crociate" dei concordati e degli accordi delle singole imprese e società del gruppo.

In questo sistema, pertanto, tutti i conflitti tra i centri d'interesse riferibili alle società del gruppo sono "internalizzati" e vanno risolti preventivamente o successivamente (cioè in sede di ammissione o di omologazione), nell'ambito della procedura unitaria, con gli strumenti e i rimedi concorsuali. Questo principio vale, tuttavia, per i conflitti in materia societaria soltanto nei limiti in cui è espressamente previsto, come si è già detto.

L'art. 286, comma 7, CCII prevede opportunamente l'applicazione dei principi in materia di annullabilità e di risoluzione "parziale" del contratto al concordato di gruppo, una volta omologato e, quindi, in fase esecutiva. Non può dubitarsi, invece – si ripete –, che l'ammissione al concordato preventivo debba essere *globale e incondizionata*, così come l'approvazione delle proposte da parte della maggioranza dei gruppi dei creditori o delle relative classi.

Piuttosto, va segnalata l'utilità, nella regolazione delle crisi di gruppo, del ricorso al rimedio di cui all'art. 118 CCII dell'esecuzione "in forma specifica" del concordato, che prevede il potenziamento della figura del commissario giudiziale e la possibilità della nomina di un amministratore giudiziario limitatamente alle imprese in crisi, come tali formalmente assoggettate alla procedura.

9. Le operazioni riorganizzative di gruppo

La riorganizzazione del gruppo può basarsi anche su "operazioni straordinarie" e ciò comporta l'applicazione della disposizione dell'art. 116 CCII, che detta una particolare disciplina della "stabilizzazione" delle trasformazioni, fusioni e scissioni delle società in concordato preventivo. Tale disposizione presenta alcune incongruenze e suscita perplessità, specie là dove fa riferimento alle contestazioni dei creditori sulla «validità» dell'operazione (anziché al rimedio specifico dell'opposizione *ex artt.* 2500-*novies*, 2503 e 2506-*ter*, comma 3, cc), a tutela della garanzia patrimoniale del credito.

L'impressione è quella che sia mancata un'adeguata considerazione della scansione del procedimento, peraltro non identica per tutte le operazioni straordinarie, e del carattere generalmente "condizionato" (all'omologazione del concordato o dell'accor-

RDS, 2010, p. 552.

23. Cfr. M. Maugeri, *Gruppo insolvente e competenza territoriale*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, n. 2/2018, pp. 222 ss.; F.M. Muciarelli, *Il Regolamento sulle insolvenze transfrontaliere e la delega italiana sulla crisi d'impresa*, in *Riv. soc.*, n. 4/2018, pp. 891 ss.

do) della delibera di trasformazione, fusione, scissione adottata in tale contesto²⁴.

La volontà del legislatore sembra essere, comunque, quella di far confluire qualsiasi contestazione sull'operazione straordinaria, in termini di validità, efficacia o esecuzione, in ragione della sua provenienza *soggettiva*, nell'alveo dell'opposizione dei creditori dissenzienti all'omologazione unitaria del concordato, peraltro dettando una disciplina processuale *ad hoc*. L'art. 116, comma 2, CCII prevede la pubblicazione del piano nel registro delle imprese di tutte le società interessate e la fissazione, ad almeno trenta giorni da tale adempimento, di un'udienza per la trattazione dell'opposizione (*al piano*, quindi, e *non alla delibera* riorganizzativa con essa programmata); opposizione che dovrebbe essere regolata per ogni altro aspetto dalla disposizione dell'art. 48 CCII in materia di omologazione.

Resta il dubbio se la disciplina vada applicata, per analogia, anche all'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, rispetto ai creditori "non aderenti", come parrebbe coerente.

L'art. 116, comma 3, CCII stabilisce poi, del tutto opportunamente, l'irreversibilità degli effetti dell'operazione nel caso di risoluzione o annullamento del concordato, facendo salvo però il diritto al risarcimento del danno, secondo la disciplina societaria generale in materia (artt. 2500-*bis*, 2504-*quater* e 2506-*ter* cc).

Va segnalato, infine, che non dovrebbe applicarsi a queste operazioni il regime ordinario del recesso dei soci dissenzienti, che potrebbe arrecare notevoli ostacoli alla fattibilità del piano, in conformità con l'art. 6, comma 2, lett. c, n. 3, l. n. 155/2017, e ciò malgrado la sua mancata attuazione. Il problema si pone per le trasformazioni, le fusioni e scissioni trasformative, le scissioni non proporzionali e, in misura maggiore, per le srl (si pensi all'aumento di capitale con esclusione dell'opzione: art. 2481-*bis*, comma 1, cc), prescindendo qui da particolari previsioni di recesso "statutario".

Sembrano dunque parecchi – specie nella prospettiva del "diritto societario della crisi" – i punti critici su cui occorrerebbe intervenire per una revisione e messa a punto del CCII, prima della sua entrata in vigore.

24. Cfr. M. Maltoni, relazione al convegno su «Prime letture della riforma del diritto fallimentare», organizzato dall'Associazione «*Insignum*», Roma, 15 febbraio 2019.