

CONCORDATO DI GRUPPO E AUTONOMIA PRIVATA

SOMMARIO: 1. Premessa – 1.2. La prassi dei concordati di gruppo – 1.3. Profili critici del coordinamento di fatto tra distinte procedure – 2. Il c.d. consolidamento processuale – 2.1. Le questioni ormai pacifiche – 2.2. Un punto controverso: la separazione delle masse attive e passive – 3. Il c.d. consolidamento sostanziale (attenuato) – 3.1. Sulla centralità della componente negoziale del concordato preventivo – 3.2. Sulla distribuzione non proporzionale del plusvalore ottenuto dalla gestione unitaria degli *asset*.

1. PREMESSA

Alcune recenti pronunce giurisprudenziali hanno (ri)acceso un certo interesse tra gli studiosi attorno al tema del *concordato preventivo di gruppo*¹: argomento stimolante e al contempo complesso, in quanto, non essendo questo un istituto preso in considerazione dalle norme fallimentari, l'interprete si trova costretto a ragionare forte dei soli principi. Senonché, quelli che vengono in rilievo in questa materia talvolta si relazionano tra loro in modo assolutamente confliggente. Di fronte a un tale scenario, pertanto, l'operatore giuridico non potrà non prendere una posizione, che sia in senso conservativo o in senso evolutivo.

Sorprende, in specie, l'assenza di alcuna previsione all'interno della disciplina generale delle procedure concorsuali giacché è oramai dato di comune esperienza che nella «*realtà economica odierna [...] le imprese operanti sul mercato sono frequentemente organizzate in gruppi di società*»². Solo alcune leggi speciali ne prevedono una minimale disciplina. Faccio riferimento, per quanto attiene al concordato preventivo – che sarà il terreno in cui si muoverà questo breve studio –, agli artt. 80 ss. della disciplina dettata in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza dalla legge 270/1999, ovvero alla normativa di cui al d.l. 233/1986, in tema di liquidazione coatta amministrativa di società di revisione, oppure, ancora, alla disciplina speciale riservata ai gruppi bancari o assicurativi insolventi (d.lgs. 209/2005). Dette previsioni sono tutte contenute in norme che, proprio in ragione della loro specialità, si ritiene però non siano suscettibili di applicazione analogica³. Trattasi,

¹ In dottrina si possono trovare alcune utili rassegne giurisprudenziali, che espongono in maniera organica e ragionata gran parte delle pronunce sul tema, non di rado dando conto anche di decisioni inedite; trattasi, segnatamente, di C. RAVINA, *Concordato di gruppo: inammissibile la confusione delle masse attive e passive in assenza di una disciplina positiva dell'istituto*, in *ilfallimentarista.it* e di – più attento, quest'ultimo, allo sviluppo cronologico della giurisprudenza – S. POLI, *Il "concordato di gruppo": i) profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplenza giurisprudenziale*, in «*Contr. e impr.*», fasc. 6., 2014, pp. 1345-1379.

² Così Cass. 13 ottobre 2015, n. 20559, la quale rappresenta, in linea di tempo, l'ultima pronuncia della giurisprudenza sul tema del concordato di gruppo.

³ Dello stesso avviso di mostra anche R. SANTAGATA, *Concordato preventivo "di gruppo" e*

infatti, di procedure concorsuali connotate da un'accentuata caratterizzazione amministrativistica: elemento che le distingue nettamente dalla disciplina generale della legge fallimentare.

La mancanza di una disciplina legale, dunque, in uno con la circostanza per cui la normativa fallimentare italiana, scontando una genesi assai risalente, continua ad avere come punto di riferimento l'impresa non societaria, non aiuta certo a prospettare in chiave concorsuale (e dunque patologica) istituti e ragionamenti codificati dal diritto societario nella sua fisiologia. Questo stato delle cose porta con sé una serie di problemi: taluni risolti in maniera pressoché inequivoca e costante della giurisprudenza, altri ancora dubbi. È in particolare attorno a questi ultimi che si sono concentrati i maggiori contributi della dottrina, i quali – pur fatti gli opportuni distinguo – si attestano su posizioni tra loro sostanzialmente assimilabili.

Va dato atto che gli sforzi compiuti tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza sono assolutamente giustificati; anzi, lodevoli, in quanto è fuori di dubbio che la gestione unitaria della crisi dell'impresa di gruppo sia in grado di garantire notevoli benefici⁴, apprezzabili tanto sul versante dell'economia processuale, giusta l'identità degli organi della procedura, quanto in termini di tutela del ceto creditorio, giacché per una tale via si potrà realizzare il valore di avviamento dell'impresa di gruppo, altrimenti destinato a perdersi, giusta la gestione separata degli *asset*. Un'oculata gestione unitaria della crisi del gruppo, dunque, permetterà di evitare la liquidazione fallimentare, o anche solamente la cessione frazionata dei singoli cespiti in sede concordataria (per così dire) "ordinaria", la quale vanificherebbe lo sforzo imprenditoriale compiuto sino a quel

«teoria dei vantaggi compensativi», in «Riv. dir. impresa», fasc. 2, 2015, p. 239, il quale afferma che «malgrado la novella della disciplina del concordato preventivo del 2005 sia stata ispirata proprio dalla legge Marzano, [la quale prevede una specifica regolamentazione del fenomeno della crisi di insolvenza dell'impresa di gruppo,] non è possibile trapiantare la peculiare fattispecie [...] ivi contemplata nel diritto concorsuale ordinario. Vi osta, sul piano formale, la mancanza di una norma che legittimi la presentazione di una proposta concordataria formalmente unitaria anche quando le imprese del gruppo abbiano la propria sede presso il medesimo circondario: ciò che preclude, de iure condito, alla confluenza in un'unica classe di creditori garantiti da diversi compendi patrimoniali. Altrimenti detto, nel diritto concorsuale comune la suddivisione dei creditori in classi può prevedere trattamenti differenziati, ma siffatta creatività dell'autonomia privata nella formazione delle classi può riguardare esclusivamente creditori di una medesima società, non anche investire il rapporto tra creditori di diverse imprese appartenenti allo stesso gruppo, come eccezionalmente consentito invece dell'art. 4-bis, 2° comma, d.l. 347/2003, convertito in legge 39/2004».

⁴ Tra gli altri, v.: S. AMBROSINI, *La domanda di concordato*, in *Le altre procedure concorsuali*, vol. IV, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli-F. P. Luiso-E. Gabrielli, Torino, Giappichelli, 2014, p. 56; M. GRACEA, *La rilevanza del gruppo nelle gestioni negoziate della crisi di impresa*, in «Riv. Soc.», 2012, pp. 951 s.

momento nel creare delle economie di scala ⁵.

Ebbene, va del pari rilevato che, se è vero, da un lato, che nessuna norma della legge fallimentare prevede, in linea generale, la possibilità di porre in essere una gestione “di gruppo” della crisi d’impresa, è altrettanto vero, però, che oggi i margini lasciati dalla disciplina concorsuale all’autonomia privata sono ben più ampi di quelli di un tempo. Il riferimento va, in specie, al novellato art. 160 l.fall., il quale sancisce il principio di *atipicità della proposta concordataria*. Principio quest’ultimo che, se opportunamente valorizzato, dovrebbe consentire l’apprezzamento dei collegamenti esistenti tra le società, i quali, là dove riuscissero ad essere tradotti in presumibili vantaggi per i creditori delle varie società in crisi, dovrebbero far propendere per l’omologazione della proposta concordataria in luogo dell’alternativa e più onerosa dichiarazione di fallimento ⁶.

Va anche detto, però, che la giurisprudenza non si è sino ad oggi dimostrata incline a valorizzare l’addentellato normativo da ultimo ricordato, opponendo al *favor* legislativo per le soluzioni negoziate delle crisi d’impresa altri argomenti che depongono in senso opposto, dei quali si darà conto nel prosieguo.

1.2. La prassi dei concordati di gruppo

Molteplici potrebbero essere le vie in astratto perseguibili al fine di giungere ad una composizione unitaria della crisi che coinvolge più società appartenenti ad un medesimo gruppo. La prassi processuale, in specie, ci ha fornito almeno tre paradigmi.

Il primo – il più semplice – si realizza attraverso la fusione delle società del gruppo interessate e la conseguente presentazione di un’unica proposta di definizione della crisi ad opera del soggetto risultante dalla fusione ⁷; il secondo – più complesso – attuabile attraverso l’espedito della costituzione di una società in nome collettivo a cui tutte le società appartenenti al gruppo conferiscono il

⁵ La disciplina fallimentare, peraltro, riconosce questo valore ed è chiara nell’indicare, come soluzione preferibile – in tanto in quanto verosimilmente più proficua – quella delle cessioni “aggregate”. L’art. 105 l.fall., in specie, afferma che «La liquidazione dei singoli beni ai sensi degli articoli seguenti del presente capo è disposta quando risulta prevedibile che la vendita dell’intero complesso aziendale, di suoi rami, di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori».

Il disposto vale, ovviamente, per la società intesa *uti singuli*. Nella misura in cui l’impresa, però, si avvalga di beni appartenenti a diverse società del gruppo, è da ritenere che questo possa essere inteso come un sintomo della meritevolezza dell’operazione.

⁶ R. SANTAGATA, *Concordato preventivo di gruppo*, cit., p. 215.

⁷ Deporrebbe, in questo senso, la stessa lettera della legge, là dove l’art. 160 l.fall. afferma che «l’imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere: a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie [...]».

proprio patrimonio, al fine (anche in questo caso) di presentare una unitaria proposta di concordato da parte della s.n.c.⁸; il terzo ed ultimo, infine, è quello della presentazione di molteplici ricorsi congiunti, sulla base di un piano unitario, da parte di più società del gruppo, per le quali sussistano i presupposti processuali per una trattazione in sede di concordato preventivo della crisi finanziaria, realizzando un coordinamento in via di fatto tra le distinte procedure delle imprese affiliate⁹.

Le prime due soluzioni, benché si presentino astrattamente più lineari – lasciando ipotizzare, peraltro, indubbi vantaggi quanto alla creazione di un'unica massa attiva e passiva –, comportano in realtà più controindicazioni che benefici.

La preventiva fusione delle società coinvolte, in specie, si dimostra concretamente inadeguata e scarsamente percorribile¹⁰ tanto per la tempistica che essa richiederebbe (le cadenze temporali imposte dalle regole che disciplinano il procedimento di fusione, infatti, sono difficilmente compatibili con le esigenze degli strumenti negoziali di composizione della crisi, la cui efficacia è direttamente proporzionale alla tempestività della loro attivazione¹¹) quanto per le evidenti criticità cui si andrebbe incontro nell'eventualità in cui, da parte dei creditori, siano proposte delle opposizioni alla fusione, oppure venga esercitato il recesso da parte dei soci dissenzienti¹². Il verificarsi di tali reazioni da parte dei creditori e/o dei soci si tradurrebbe, infatti, in una ulteriore dilatazione dei tempi di attivazione dei rimedi concorsuali, sicché, *medio tempore*, ragionevolmente si assisterà ad un ulteriore deterioramento della massa attiva.

Questi non sono che alcuni dei profili problematici evidenziati dall'ipotesi di fusione. Ancorché incompleti, essi paiono comunque *per se* sufficienti per ritenere

⁸ Hanno adottato questa soluzione, tra le altre, le recenti pronunce del Trib. Varese, 14 maggio 2014, inedita, di cui dà conto G. VERNA, *Sulla presentazione di concordati preventivi da parte di gruppi di società*, in «Giur. comm.», parte I, pp. 903-917, nonché Trib. La Spezia, 27 aprile 2012, in *IlCaso.it*.

⁹ Praticabile pienamente, in realtà, solamente grazie ad una certa complicità dell'autorità giudiziaria, che non sarebbe necessariamente tenuta a dare seguito ad una tale prospettazione. In questo senso certamente depongono, però, i maggiori margini di manovra accordati dall'attuale formulazione della legge fallimentare all'autonomia privata.

¹⁰ *Auspica*, invece, una soluzione di tal fatta la decisione della Corte di Appello di Roma del 5 marzo 2013, benché vi abbia dato conto solamente *incidenter tantum*, mentre si pronunciava in senso negativo rispetto all'ammissibilità di un concordato preventivo di gruppo attuato attraverso il promovimento di un "fascio di procedure" tra loro armonizzate (pur riconoscendone l'astratta meritevolezza) nella misura in cui si fossero realizzati dei "travasi di finanza" tra le diverse società del gruppo.

¹¹ S. POLI, *Il "concordato di gruppo": i) profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplenza giurisprudenziale*, cit., p. 1347.

¹² *Ibid.*

insoddisfacente la soluzione della crisi di gruppo realizzata per questa via.

Pure la costituzione di una società in nome collettivo a cui tutti gli appartenenti al gruppo conferiscano il proprio patrimonio¹³ è, del pari, una tecnica foriera di pesanti controindicazioni. Su tutte si pensi, in particolar modo, alla possibile reazione dei creditori, i quali avrebbero buon gioco ad esperire un'azione revocatoria avverso il conferimento nella s.n.c. del patrimonio sociale, che ne produrrebbe la confusione con gli altri, peraltro in una società di persone¹⁴.

¹³ Ritenuta ammissibile, da ultimo, dalla Corte di Appello di Genova, ma cassata, successivamente, in sede di legittimità, con la recente sentenza Cass. n. 20559/2015.

Detta tecnica si realizza, più nello specifico, facendo ricorso alla preventiva costituzione di una società in nome collettivo in cui si fanno confluire, tramite appositi conferimenti e in genere sotto condizione risolutiva della mancata omologazione del concordato (delle conferenti e) della s.n.c., tutto il patrimonio (attivo e passivo) delle società di capitali conferenti, socie illimitatamente responsabili della neo-costituita s.n.c. Quest'ultima, unitamente alle conferenti (rimaste però mere "scatole vuote", prive sia di attivo che di passivo), presenteranno poi, contestualmente, un unico ricorso *ex art.161 l.fall.*, in cui la sola s.n.c. si presenterà – ancor prima di qualsiasi votazione da parte dei creditori – come l'unico soggetto dotato di un attivo ed un passivo, ossia come l'unico soggetto in cui è precedentemente confluito l'intero patrimonio del gruppo tramite il conferimento (e la confusione) di tutte le masse attive e passive delle varie società del gruppo e verso cui, pertanto, tutti i creditori del gruppo potranno e dovranno indirizzare le proprie legittime aspettative di soddisfazione.

Ai sensi dell'art. 184, 2° co., l.fall., l'eventuale omologazione del concordato preventivo della s.n.c. dovrebbe essere – in linea astratta – efficace anche per i soci illimitatamente responsabili, ossia per tutte le società di capitali conferenti, chiudendo così il cerchio sulla ristrutturazione dell'intero gruppo societario. Quest'ultimo passaggio, ad onor del vero, sconta dei limiti che rendono assai dubitabile la sua correttezza – sebbene sostenuta in giurisprudenza –; della questione, però, si dirà più diffusamente *infra*.

Sul punto, v. G. VERNA, *Sulla presentazione di concordati preventivi da parte di gruppi di società*, cit.

¹⁴ Per entrambe le fattispecie (sia, dunque, quella della fusione "semplice", sia quella della costituzione di una s.n.c. "newco") potrebbero valere, inoltre, i seguenti rilievi: nella misura in cui emerga una posizione di dominio, ci si dovrà porre la questione, in un contesto di gestione negoziale della crisi, dell'appostazione, tra i rischi in cui potrebbe incorrere la controllante, di un fondo (appunto, di rischio) destinato a prevenire l'ipotetica azione risarcitoria esperibile dai soci della società controllata e dai suoi creditori. Ci si dovrà, inoltre, porre il problema della postergazione dei finanziamenti tra le società del gruppo, essendo solo in parte applicabili al concordato preventivo le disposizioni di cui all'art. 182-*quater* e 182-*quinquies* l.fall. In specie, si fa qui riferimento all'eventualità per cui il regime favorevole della prededucibilità si potrà far valere solo nel limite degli spazi concessi dalle citate norme e, comunque, nel limite dell'ottanta per cento del loro ammontare (tale limite varrebbe anche per l'ipotesi disciplinata dall'art. 182-*quinquies* l.fall., se si accede alla ricostruzione prospettata da U. TOMBARI, nell'ormai celebre *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, in «Riv. soc.», 2013, pp. 1138-1161).

Considerazioni pressoché analoghe in M. FABIANI, *Commento 'sub' art. 2221*, in *Fallimento e concordato preventivo. Volume II. Il concordato preventivo*, in *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano* a cura di G. De Nova, Bologna, Zanichelli, 2014, p.

Assorbente è, inoltre, il rilievo per cui l'estensione dell'effetto esdebitatorio ex art. 184, 2° co., l.fall. alle singole società socie della s.n.c. potrà valere esclusivamente per i debiti della s.n.c. e non anche per i debiti personali delle società medesime. Il che potrebbe far venire meno la convenienza dell'intera operazione¹⁵.

Avverso una soluzione della crisi dell'impresa di gruppo mediante la costituzione di una newco pesa, inoltre, una recente pronuncia della giurisprudenza di legittimità, la quale ha ravvisato, in un'ipotesi analoga a quella descritta, un'operazione suscettibile di forzare eccessivamente dato normativo; là dove per «eccessivamente» si deve intendere «*oltre i limiti che, a mezzo di una mera interpretazione ed in mancanza di una disciplina positiva del fenomeno [...] esso poteva ragionevolmente tollerare*»¹⁶.

149.

¹⁵ R. SANTAGATA, *Sulla ristrutturazione del gruppo mediante costituzione di una società in nome collettivo funzionale al concordato preventivo*, in «Dir. fall.», fasc. 6, 2015, p. 643, il quale afferma che «*non possono [...] ignorarsi [...] le rilevanti controindicazioni sottese alla soluzione applicativa in discussione [...]. Prima fra tutte, il rischio di un fallimento, nelle more della procedura concordataria, delle società conferenti che, per effetto del conferimento del loro intero patrimonio alla s.n.c., non sono affatto liberate dai loro debiti pregressi: debiti che, non derivando dal nuovo vincolo sociale, non risultano affatto coperti dagli effetti esdebitatori conseguenti all'omologazione ed all'esecuzione del concordato ai sensi dell'art. 184, comma 2, legge fallim., e rispetto ai quali deve anzi predicarsi una perdurante responsabilità delle società conferenti in solido con la s.n.c. conferitaria ai sensi dell'art. 2560, comma 2, cod. civ.*».

Sul punto, v. anche M. FABIANI, *Commento 'sub' art. 2221, cit.*, p. 149.

¹⁶ Testualmente, Cass. n. 20559/2015, cit.

Pare però dubitabile, in questa sede, che la pronuncia abbia avuto esito negativo per il semplice fatto che la gestione fosse avvenuta per il tramite dell'espedito in discorso. Si può infatti ricavare piuttosto agevolmente dalla motivazione della sentenza che plurimi sono stati i vizi censurati in sede di giudizio di cassazione. Nella specie, oltre ai vizi di incompetenza territoriale – certamente evitabili, se solo fosse stata adottata una strategia processuale differente (sul punto *funditus, infra*, al § 2.1.) – ha pesato soprattutto una cattiva gestione della commistione delle masse attive e passive, tale per cui tutti i creditori delle quattro società si sono ritrovati ricompresi nel medesimo numero di classi, così che i creditori delle società meno capienti si sono trovati a concorrere con quelli delle società più capienti, in violazione – ha affermato la Corte di cassazione – del principio di cui all'art. 2740 c.c. Le massime ricavate dalla citata pronuncia, però, non danno minimamente conto del fatto che l'operazione – in concreto mal congegnata – sarebbe, comunque, in astratto ammissibile; da ciò ne sono risultate delle affermazioni che, all'opposto, hanno fatto uso di espressioni pericolosamente generali, in grado di dissuadere l'interprete meno attento dall'ipotizzare qualsiasi tipo di gestione unitaria della crisi dell'impresa di gruppo. Si può leggere, infatti, nelle varie massime ricollegate a questa pronuncia, espressioni del tipo: «*non è ammissibile il concordato preventivo di gruppo, in assenza di una disciplina positiva del fenomeno nel nostro ordinamento: non può essere, quindi, omologata una domanda unitaria di concordato preventivo riguardante un gruppo di società*» (massima tratta da *Ilfallimenterista.it*). Il che non è propriamente ciò che emerge da una lettura attenta della sentenza.

1.3. Profili critici del coordinamento di fatto tra distinte procedure

Atteso quanto sopra considerato, è agevole comprendere perché si ritenga più utile riflettere attorno alla terza ipotesi prospettata, ossia quella del *coordinamento di fatto* tra le distinte procedure: ipotesi questa che, se depurata da alcuni problemi procedurali agevolmente risolvibili, pare la più “lineare” e la meno affetta da inconvenienti strutturali.

La c.d. *procedural consolidation*¹⁷, in altri termini, pare essere soluzione che, per il tramite di opportuni accorgimenti, riuscirebbe, al contempo, da un lato ad evitare interpretazioni ortopediche del dato normativo e, dal lato opposto, a beneficiare comunque di (quasi) tutti i risultati positivi ottenibili da una gestione unitaria della crisi dell’impresa di gruppo. Non saranno dunque più menzionate, d’ora innanzi, le altre due forme di gestione di gruppo della crisi d’insolvenza, al fine di potersi occupare esclusivamente di quest’ultima.

Nel senso della valorizzazione di quest’ultima tecnica di risoluzione della crisi di gruppo, d’altronde, pare si stia muovendo anche il legislatore riformista¹⁸,

¹⁷ Per «*procedural consolidation*» si intende, appunto, un coordinamento delle diverse procedure concordatarie che si realizzi puramente e semplicemente sul piano processuale. Ben diversa è, invece, la «*substantive consolidation*», la quale realizza, a talune condizioni, una vera e propria confusione dei patrimoni societari.

I termini ed i concetti della *procedural consolidation* e della *substantive consolidation* sono stati elaborati nell’ordinamento nordamericano, in ottica di maggiore tutela dei creditori, all’interno della teorica del *piercing the corporate veil*. Sul punto, v. D. VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e «consolidamento» di patrimoni (substantive consolidation)*, in «Riv. soc.» 2010, fasc. 3, pp. 586 ss.

¹⁸ Come è noto ai più, la Commissione ministeriale istituita dal Ministro della Giustizia con decreto del 24 febbraio 2015 ss.mm.ii., meglio conosciuta come Commissione Rordorf dal nome del suo presidente, in data 29 dicembre 2015 ha licenziato lo Schema di disegno di legge recante *delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e di insolvenza*, il quale dovrebbe essere – quantomeno secondo le intenzioni del legislatore – il punto di partenza per una riforma organica delle diverse procedure concorsuali che il nostro ordinamento giuridico oggi contempla; il trampolino per la «*futura emanazione di un testo normativo che abroghi la vigente legge fallimentare e le leggi successive in tema di crisi d’impresa per disciplinare in modo coerente ed unitario il fenomeno dell’insolvenza*» (così si legge nella *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, rinvenibile in diversi siti internet, tra cui orizzontideldirittocommerciale.it o fallimentiesocieta.it, da cui è tratta la citazione). Ebbene, all’interno dell’articolato, tra le varie novità, un «*capitolo di notevole importanza*» – così lo definisce la stessa *Relazione* – è certamente quello che mira a colmare la lacuna dell’attuale legge fallimentare relativa alla trattazione unitaria dei gruppi di imprese (art. 3 d.d.l. delega). Lacuna che – e sono sempre parole della *Relazione* – «*del resto, è da tempo acutamente avvertita nella pratica*».

A questo scopo il disegno di legge mira, innanzitutto, ad evitare, ai fini concorsuali, una definizione rigida di «gruppo». Questo soprattutto nel campo delle procedure concordatarie, le quali sono considerate dallo stesso legislatore il terreno d’elezione in cui «*il connotato tendenzialmente unitario del fenomeno di gruppo possa assumere una valenza maggiore*» (*Relazione*, cit., p. 29). Ciò posto, a una tale definizione seguono delle disposizioni

peraltro nel solco delle soluzioni già fatte proprie dalla legislazione speciale¹⁹ e da quella comunitaria²⁰.

«volte a consentire lo svolgimento di una procedura unitaria per la trattazione dell'insolvenza delle plurime imprese del gruppo, individuando criteri di competenza territoriale idonei allo scopo e prevedendo, comunque, anche in caso di procedure distinte che si svolgano in sedi giudiziarie diverse, che vi siano obblighi di reciproca informazione a carico degli organi della procedura. È stata altresì prevista la possibilità di proporre un unico ricorso sia per l'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti dell'intero gruppo, sia per l'ammissione di tutte le imprese del gruppo alla procedura di concordato preventivo e per la successiva eventuale omologazione, anche con la presentazione di un piano concordatario unico o di piani tra loro collegati e interferenti» (Relazione, cit., p. 30), fatta salva, comunque, l'autonomia delle masse attive e passive di ciascuna impresa costituita in forma di società dotata di una propria personalità giuridica.

¹⁹ Il riferimento è, come già anticipato in apertura del § 1., alla disciplina contenuta nella legislazione speciale e – segnatamente – all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza di cui al d.lgs. 270/1999, la quale rileva in maniera preminente rispetto alle altre fonti, in ragione della maggiore ampiezza del suo ambito di applicazione.

La disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, in specie, prevede la possibilità di estendere l'amministrazione straordinaria aperta rispetto ad un'impresa in possesso dei requisiti dimensionali previsti dall'art. 2 d.lgs. 270/1999 (la c.d. «procedura madre») anche ad altre imprese insolventi – non necessariamente aventi forma societaria – appartenenti allo stesso gruppo, anche se prive dei medesimi requisiti dimensionali.

L'unica condizione posta dalla legge per un'estensione della procedura madre è quella della complementarietà funzionale. Vale a dire che, al fine di un'estensione, le altre imprese del gruppo dovranno presentare concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività ovvero comunque dovrà risultare opportuna una gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del gruppo.

In tal modo, all'amministrazione straordinaria delle imprese del gruppo saranno preposti gli stessi organi nominati per la procedura madre, fermo restando, pur sempre, la distinzione e la separazione delle rispettive masse attive e passive.

²⁰ In specie, il Regolamento (UE) n. 848/2015 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, in vigore dal 25 giugno 2015 (ma esplicherà effetti solamente per le procedure aperte successivamente al 26 giugno 2017), relativo alle procedure di insolvenza transnazionali, mira a garantire una gestione efficiente delle procedure riguardanti un privato o un'impresa che svolge attività commerciali o abbia interessi finanziari in un Paese dell'Unione europea diverso da quello in cui normalmente risiede. Il regolamento prevede norme comunitarie volte a stabilire: (a) il giudice competente per l'apertura della procedura di insolvenza; (b) la legge nazionale applicabile; (c) il riconoscimento della decisione del giudice qualora un'impresa, un professionista o un privato risulti insolvente. Per quello che ai nostri fini qui rileva, degno di nota è il fatto che il regolamento stabilisce un quadro giuridico speciale relativo all'insolvenza dei membri di un gruppo di società, il quale comprende: (i) norme che obbligano i vari amministratori delle procedure di insolvenza e i giudici coinvolti a collaborare e comunicare reciprocamente; (ii) diritti limitati per l'autorizzazione di un amministratore delle procedure di insolvenza riguardanti un altro membro dello stesso gruppo; (iii) un sistema specifico per il coordinamento delle procedure riguardanti lo stesso gruppo di società (denominate «procedure di insolvenza di gruppi di società», di cui agli artt. 56-77 Reg. 848/2015).

Schematizzando, le criticità con cui ci si scontra ragionando su come si potrebbe predisporre un concordato preventivo che abbia come scopo quello di trattare unitariamente tutte le società in crisi appartenenti ad un medesimo gruppo riguardano prevalentemente due piani: (a) quello della meritevolezza – e, quindi, della legittimità, su di un versante latamente “causale” – di una proposta e di un piano concordatari di gruppo; e, in caso di risposta positiva, (b) quello del modo concreto in cui questo particolare concordato possa realizzarsi.

Nell’ambito di quest’ultimo punto, invero, sono a loro volta individuabili tre ulteriori ordini di problematiche, che attengono: (i) ai profili preliminari o pregiudiziali ²¹, (ii) ai termini di consolidamento procedurale ²² e (iii) a quelli di consolidamento sostanziale, nell’ottica – appunto – di un concordato di gruppo.

Tra le criticità riscontrabili un’attenzione particolare merita la possibilità di procedere ad un’unica votazione, cui partecipino i creditori delle diverse società.

Quest’ultima problematica, invero, coinvolge ed introduce quello che, tra tutti, è il più complesso ordine di questioni che attengono al concordato di gruppo: la possibilità, *de iure condito*, di realizzare forme di confusione (o aggregazione) delle masse passive o attive.

Anticipando parte gli esiti del presente lavoro, è possibile già in questa sede affermare che probabilmente non sarebbe necessario giungere ad una vera e propria confusione delle masse attive e passive – difficilmente ammissibile, in assenza di una norma che espressamente lo consenta – per riuscire comunque a sfruttare pienamente le potenzialità del concordato di gruppo, attuando (in altre

²¹ Quanto ai profili preliminari, in specie, vengono in rilievo le questioni concernenti la competenza territoriale e la valutazione dei presupposti di ammissione alla procedura. Sotto il primo aspetto, in particolare, occorre verificare se, ed eventualmente a quali condizioni, nel concordato che coinvolga delle società del gruppo aventi sede legale nel circondario di tribunali diversi possa configurarsi una sorta di attrazione da parte della competenza (unitaria) del foro della *holding*. Per i casi di insolvenza transfrontaliera la questione si articola ulteriormente, presentando nuove e diverse criticità in chiave di giurisdizione, oltre che di competenza. Criticità che, però, risultano assai mitigate all’interno dell’Unione europea, in quanto unitariamente disciplinate dal Reg. 848/2015. In secondo luogo, sempre in via preliminare, va verificato se il diritto positivo consenta forme di valutazione unitaria (e, quindi, consolidata) dei presupposti, soggettivi e oggettivi, di ammissione alla procedura, ovvero se questi ultimi vadano vagliati con un approccio atomistico.

²² Il piano del consolidamento processuale, invece, accorpa una serie di problematiche che sono, in ultima analisi, riconducibili tutte alla qualificazione del concordato di gruppo alla stregua di un’unica procedura, ovvero quale fascio di procedure concorsuali tra loro coordinate. Le principali questioni che ne derivano sono costituite dalla legittimità di introdurre il concordato di gruppo con un unico ricorso; dalla necessità, ovvero dall’opportunità, che vengano nominati i medesimi organi (giudice delegato, commissario giudiziale e – in caso di concordato con cessione dei beni – liquidatore); nonché dall’interazione fra le vicende concordatarie delle diverse società coinvolte.

forme) dei “travasi di finanza”. Là dove per «travasi di finanza» si intende, in prima approssimazione, che parte dei “valori” di alcune società vengano utilizzati per soddisfare i creditori di altre società o, comunque, che quantomeno si riesca a realizzare un’assegnazione non proporzionale del plusvalore generato dalla gestione unitaria degli *asset*.

Sono questi ultimi, in particolare, i temi su cui ci si soffermerà. La maggior parte delle questioni a monte, infatti, sono già state oggetto di attenta analisi, e spesso di appagante composizione, da parte della giurisprudenza e della dottrina; è possibile riscontrare invece ancora del margine di ragionamento attorno al tema della separazione delle masse attive e passive – *pendant* della distinta personalità giuridica delle società del gruppo – e alla correlativa (asserita) impossibilità di operare dei “travasi” in sede concorsuale. Operazione quest’ultima considerata inammissibile dalla più recente giurisprudenza, in quanto posta in essere in violazione del canone inderogabile di cui all’art. 2740 c.c., il quale si attesterebbe, dunque, come l’ultimo vero scoglio da superare per concedere pieno diritto di cittadinanza alla gestione “di gruppo” delle crisi d’impresa.

2. IL C.D. CONSOLIDAMENTO PROCESSUALE

2.1. Le questioni ormai pacifiche

Chiarito che, nel prosieguo, per «concordato di gruppo» si intenderà esclusivamente quello realizzato attraverso la tecnica del consolidamento processuale, è d’uopo passare alle concrete questioni interpretative.

Come si è detto, nel silenzio del legislatore una funzione di supplenza è stata svolta soprattutto dalla giurisprudenza, la quale ha risolto, seppure in maniera non sempre univoca, i vari problemi che affliggevano la soluzione del coordinamento delle procedure.

Non è, però, lo scopo del presente elaborato quello di fornire un’attenta analisi delle varie questioni. Cionondimeno si ritiene doveroso fornire un rapido affresco dello stato dell’arte, al fine di collocare le prossime riflessioni all’interno di un quadro organico e condiviso. Si procederà, dunque, in questa sede, ad una rapida carrellata di quelli che possono essere oramai intesi come dati acquisiti tra gli studiosi della materia.

E così, in prima battuta, va rilevato che il concordato viene inteso dalla maggior parte della dottrina e della giurisprudenza alla stregua di un contratto o vieppiù di un negozio giuridico.

Solo nell’ambito del negozio giuridico, infatti, si potranno inquadrare, da un lato, i principî elaborati dalla giurisprudenza e dalla dottrina in materia di concordato di gruppo e, dall’altro, le riflessioni sugli spazi di autonomia privata che l’attuale assetto normativo concede all’interprete.

È partendo da questo assunto che dovranno dunque muovere tutte le riflessioni che seguiranno. Un tale assioma dovrà essere tenuto a mente in special modo nel momento in cui si passerà da una ricognizione dello *status quo* alla parte maggiormente “propositiva” del presente lavoro.

In quest’ottica, va dappprincipio rilevato che risulta pressoché incontestata l’astratta meritevolezza della figura in esame; il che significa che non è posta in discussione la legittimità, in chiave astrattamente causale, di un piano ovvero di una proposta concordataria di gruppo.

Sulla causa del concordato preventivo sono peraltro di recente intervenute le Sezioni Unite della Corte di cassazione, le quali, con la nota sentenza n. 1521/2013, hanno individuato la causa *in astratto* del concordato preventivo nella «*regolazione della crisi*», salva pur sempre la verifica, di volta in volta, della sua declinazione «*in concreto*», rispetto alle modalità proposte dal debitore per il «*soddisfacimento dei creditori*». Ebbene, proprio muovendo da queste considerazioni, il passo è breve e sostanzialmente obbligato. Sulla scorta dell’insegnamento delle Sezioni Unite, infatti, non si potrà che giungere a riconoscere come astrattamente meritevoli anche una proposta ed un piano «di gruppo» (i quali mirano, appunto, ad una «*regolazione della crisi*»²³) salvo poi verificare «*in concreto*» l’idoneità del piano al soddisfacimento dei creditori in misura maggiore rispetto all’alternativa fallimentare.

Rispetto alle questioni che attengono, invece, alle forme ed ai termini di consolidamento procedurale (*i.e.*: il *quomodo* della procedura concordataria), posto che la giurisprudenza non si è mai espressamente spinta sino al punto di avanzare una ricostruzione sistematica dell’istituto, giova qui evidenziare alcuni elementi da cui muovere per compiere questo sforzo.

E così, non va dimenticato che il *concordato preventivo*, benché la “nuova”

²³ Tale circostanza è ammessa, tra le altre, anche da App. Roma, 5 marzo 2013, la quale, attraverso una serie di motivazioni dal sapore forse un po’ formalistico – criticate, tra gli altri, da R. SANTAGATA, *Concordato preventivo “di gruppo” e «teoria dei vantaggi compensativi»*, cit. – ritiene però inammissibile la proposta concordataria formulata, affermando, tra l’altro, in un *obiter dictum*, di ravvisare, nel caso concreto, «*addirittura [...] un difetto di causa di un concordato esclusivamente liquidatorio avente ad oggetto la cessione solo di taluni beni dell’imprenditore*», com’era, appunto, nel caso di specie.

Se pure la menzionata giurisprudenza che ha avverso la soluzione concordataria di gruppo è arrivata ad ammettere, in astratto, la meritevolezza di una tale prospettazione, *a fortiori* la legittimità causale del piano concordatario è stata riconosciuta dalla giurisprudenza che ha ritenuto ammissibile non solo (e non tanto) – benché, ai nostri fini, sarebbe sufficiente – un consolidamento processuale, ma anche (e persino) una *substantive consolidation*. Per una ordinata panoramica della casistica giurisprudenziale conviene rinviare a C. RAVINA, *Concordato di gruppo: inammissibile la confusione delle masse attive e passive in assenza di una disciplina positiva dell’istituto*, cit., nonché a S. POLI, *Il “concordato di gruppo”: i profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplenza giurisprudenziale*, cit.

disciplina fallimentare ponga un maggiore accento sulla sua matrice negoziale, rimane pur sempre una *procedura concorsuale* e che questa procedura, sul piano positivo, è tutt'ora pensata, disciplinata ed articolata con riferimento alla *singola impresa*.

Da tali considerazioni non può che emergere la conseguenza per cui, *de iure condito*, non sarebbe in alcun modo configurabile una procedura concordataria «unitaria» di gruppo, bensì – più semplicemente – un «fascio di procedure» tra loro distinte ma al contempo coordinate al servizio del medesimo piano ²⁴.

Il che vale a dire che il concordato di gruppo, sul piano processuale, non si connoterebbe come un fenomeno di *unificazione processuale*, bensì di semplice *coordinamento tra procedure distinte*.

Una tale opzione implica in primo luogo che, sul piano sostanziale, si dovrà ragionare in termini di concordati tra loro legati da un forte vincolo di connessione. Il che aprirebbe la strada per ragionare in termini di contratti collegati, qualora si aderisse all'impostazione che vede il concordato preventivo alla stregua di un negozio giuridico ²⁵.

Compite queste premesse di metodo, diventa piuttosto agevole risolvere i dubbi interpretativi che si pongono con riferimento ai profili preliminari e/o pregiudiziali rispetto all'apertura della procedura.

In particolar modo, quanto alla competenza territoriale bisogna concludere che, qualora alcune delle società coinvolte abbiano sede legale nel circondario di un tribunale diverso da quello della *holding*, non sarà di per sé possibile configurare un'attrazione a favore del foro fallimentare della capogruppo, non essendo questa opzione prevista dall'art. 161 l.fall., che regola la materia.

Ciò non toglie, purtroppo, che un accentramento delle procedure presso il foro della *holding* possa comunque essere conseguito, senza forzare il dato positivo, mediante l'applicazione dei consolidati precedenti giurisprudenziali in tema di prevalenza, ai fini concorsuali, della sede effettiva sulla sede legale. Al fine di proporre tutte le domande delle società del gruppo dinanzi ad un'unica autorità giudiziaria, quindi, si dovrà dimostrare che l'eterodirezione abbia comportato una sostanziale delega delle funzioni di *management* ²⁶ alla controllante da parte

²⁴ S. POLI, *Il "concordato di gruppo": ii) verifica critica degli approdi giurisprudenziali con tentativo di ricavare dal sistema le chiavi per un parziale superamento del dogma della separazione delle masse (attive)*, in «Contr. e impr.», fasc. 1., 2015, p. 107.

²⁵ L'assunto costituirà la base logica per molte delle riflessioni che si andranno ad inanellare successivamente. Lo stesso, però, stante la complessità che lo caratterizza, rimarrà indimostrato. Ci si accontenterà, in questa sede, di fare affidamento sulle sempre maggiori adesioni che un'impostazione del genere sembra accogliere all'interno della dottrina più recente.

²⁶ Per la specifica individuazione dei criteri utilizzati dagli interpreti per l'individuazione, ai fini della competenza concorsuale, della sede effettiva delle imprese, v., per brevità:

dell'organo amministrativo della controllata.

Analogamente, sul piano dei presupposti di accesso alla procedura, è diretta conseguenza delle premesse da cui si sono prese le mosse che essi vadano atomisticamente dimostrati e vagliati con riferimento a ciascuna delle società ricorrenti, non essendo possibile, da un lato, per attrazione estendere il concordato a società che non versino in stato di crisi né, dall'altro, valutarne i presupposti di accesso prendendo a riferimento il gruppo nel suo complesso.

Al più, le società *in bonis* del gruppo, qualora si rendesse necessario, potranno costituirsi, ai sensi dell'art. 160 l.fall., quali assuntori o finanziatori della procedura, agevolando così – per questa via – la ristrutturazione del debito²⁷.

Gli effetti della qualificazione del concordato di gruppo alla stregua di un fascio di procedure collegate si esplicano, inoltre, anche sul piano più propriamente del *quomodo* del consolidamento processuale.

E così, in primo luogo, esso comporta che la tecnica preferibile per la proposizione della domanda concordataria sia quella della redazione e del deposito di una pluralità di ricorsi separati, ancorché tra loro collegati²⁸. Nulla

MAFFEI-ALBERTI, *Commentario breve la legge fallimentare*, Padova, CEDAM, 2013, pp. 47 ss. Da evitare assolutamente, invece, qualsivoglia goffo tentativo di trasferimento "all'ultimo" della sede sociale, particolarmente sgradito alla giurisprudenza, la quale sanziona costantemente tali manovre con l'inammissibilità della domanda (cfr., da ultimo, Cass. n. 20559/2015).

²⁷ R. SANTAGATA, *Concordato preventivo "di gruppo" e «teoria dei vantaggi compensativi»*, cit., p. 219.

Non va dimenticato, però, che alcune pronunce, hanno qualificato il concordato di gruppo come una vera e propria *procedura unitaria*.

Trattasi, in specie, tra le altre, di Trib. Firenze, 13 luglio 1992, in «Dir. fall.», 1994, fasc. II, pp. 563 ss.; Trib. Ivrea, 21 febbraio 1995, in «Fall.», 1995, fasc. 5, pp. 969 ss.; Trib. Benevento, 19 ottobre 2011 e Trib. Asti, 24 settembre 2012, entrambi citati in C. RAVINA, *Concordato di gruppo: inammissibile la confusione delle masse attive e passive in assenza di una disciplina positiva dell'istituto*, cit.; Trib. Roma, 14 novembre 2012, in «Fall.», 2013, fasc. 1, pp. 73 ss., le quali, pur mantenendo (almeno formalmente) distinte le masse attive e passive, hanno ritenuto ammissibile un unico ricorso ed un unico piano concordatario per più società.

Altre ancora, invece, hanno considerato unitariamente l'attivo del gruppo ed il fabbisogno dei creditori concordatari ai fini della verifica dei presupposti di ammissione alla procedura del gruppo nel suo insieme. È il caso, ad esempio, della pronuncia Trib. Roma, 16 dicembre 1997, di cui dà conto C. RAVINA, *Concordato di gruppo: inammissibile la confusione delle masse attive e passive in assenza di una disciplina positiva dell'istituto*, cit.

²⁸ A tale riguardo, nota, però, un'attenta dottrina, che «la proposizione di un concordato di gruppo con ricorso unitario, tuttavia, non sembra di per sé dover portare alla sua inammissibilità – stante la possibile riqualificazione della fattispecie quale un "fascio di domande", ancorché formalmente contenute in un unico atto introduttivo –, a condizione, peraltro, che gli elementi del ricorso e degli allegati richiesti dall'art. 161 l.fall. siano comunque identificabili con riferimento a ciascuna delle società ricorrenti» (S. POLI, *Il "concordato di gruppo": ii) verifica critica degli approdi giurisprudenziali con tentativo di ricavare dal sistema le chiavi per un parziale superamento del dogma della separazione delle masse (attive)*, cit., p. 110). Sul piano operativo, la circostanza

vieta, in realtà – anzi, forse sarebbe proprio questa la soluzione da valorizzare – che il ricorso sia nella sostanza il medesimo e che dia conto non solo delle esigenze della società ricorrente ma anche di tutte le altre imprese del gruppo, in modo che risulti *ex actis* in maniera inequivocabile la convenienza del procedere coordinatamente ²⁹.

Correlativamente, dal lato dell'autorità giudiziaria, si ritiene che il tribunale possa scegliere se procedere con un unico decreto di ammissione, ovvero mediante provvedimenti separati. È possibile, ovviamente, stanti i presupposti da cui siamo partiti, che il tribunale ritenga che una o più delle società ricorrenti non presentino i requisiti di ammissione alla procedura, mentre li ravvisi, all'opposto, per le altre società del gruppo ³⁰.

Quanto all'effettivo coordinamento delle procedure, la soluzione chiaramente preferibile è quella della nomina del medesimo giudice delegato e del medesimo commissario giudiziale – nonché, nei piani concordatari che prevedono la cessione di beni, degli stessi liquidatori e, ove ne ricorrano le condizioni ³¹, dei componenti del comitato dei creditori -. Anche in questo caso, però, la scelta non è obbligata, in quanto il tribunale potrebbe determinarsi diversamente, a seconda del caso concreto ³².

che l'unico ricorso per concordato di gruppo vada riqualificato come un atto di impulso di un fascio di procedure distinte (ma collegate) non è irrilevante, ma anzi comporta alcuni conseguenze tutt'altro che marginali. Basti pensare, ad esempio, alla necessità di corrispondere tanti contributi unificati quante sono le società comprese nel perimetro soggettivo del ricorso.

²⁹ Per lo stesso ordine di ragioni si ritiene preferibile che pure l'incarico dell'attestazione da parte dell'esperto sia affidato, per tutte le società ricorrenti, al medesimo professionista. È, questa, comunque, una soluzione non strettamente necessaria. V. sul punto: S. POLI, *Il "concordato di gruppo": ii) verifica critica degli approdi giurisprudenziali con tentativo di ricavare dal sistema le chiavi per un parziale superamento del dogma della separazione delle masse (attive)*, cit., p. 110. Nello stesso senso, ma da un'angolazione visuale leggermente diversa, anche R. SANTAGATA, *Concordato preventivo di gruppo*, cit., p. 253, il quale, condividendo il medesimo punto di vista, ragiona su quale sia la via preferibile al fine di far sì che la relazione dell'esperto riesca ad evidenziare adeguatamente i vantaggi compensativi all'interno di un piano concordatario che coinvolge più società di un medesimo gruppo. Vantaggi che, secondo la condivisibile opinione espressa dall'Autore dovrebbero riuscire a giustificare anche dei «travasi di finanza».

³⁰ Il che potrebbe generare, com'è intuibile, non pochi problemi nella misura in cui i piani concordatari siano tra loro strettamente interrelati, tale per cui il venir meno dell'uno implichi la perdita di interesse anche per gli altri. Sul tema, comunque, si ritornerà tra poco.

³¹ Ossia laddove i creditori siano i medesimi per ogni società o comunque se ne riescano a trovare di comuni.

³² Sempre la già citata dottrina (S. POLI, *Il "concordato di gruppo": ii) verifica critica degli approdi giurisprudenziali con tentativo di ricavare dal sistema le chiavi per un parziale superamento del dogma della separazione delle masse (attive)*, cit., p. 111) opportunamente fa notare come la normale complessità dei piani concordatari di gruppo possa essere meglio gestita qualora

Quanto al tema dell'interazione fra le vicende concordatarie delle diverse società coinvolte, invece, è d'uopo domandarsi quali siano le conseguenze delle vicende che attengono ad una procedura rispetto alle altre.

E così, in concreto, si dovrà capire cosa accadrà alle società del gruppo qualora nei confronti di una di esse si verifichi: (i) l'inammissibilità originaria o (ii) la revoca del decreto di ammissione, (iii) la mancata approvazione oppure (iv) il diniego dell'omologa, nonché (v) l'annullamento o (vi) la risoluzione del concordato.

Anche in questa sede emerge la rilevanza dell'iniziale opzione interpretativa circa la qualificazione del concordato di gruppo alla stregua di una procedura unitaria, ovvero di un fascio di procedure collegate. Il che vale a dire, sostanzialmente, passando da un piano processuale ad uno sostanziale, che altro sarà ritenere il concordato di gruppo come una serie di contratti collegati, altro sarà interpretarlo come un unico contratto a parti soggettivamente complesse tanto dal dato dei debitori quanto dal lato dei creditori. Gli esiti pratici, invero, non si discosteranno di molto nell'uno o nell'altro caso. Ciò che cambia, però - e non di poco -, è l'iter logico-argomentativo che porterà a detti esiti. Nel caso in cui si adotti la qualificazione del concordato di gruppo quale «unica procedura», infatti, si dovrà fare luogo ai principî dettati in generale per la nullità parziale, mentre partendo dall'assunto per cui il concordato di gruppo realizzi un fascio di procedure collegate, le vicende relative ad una delle società ricorrenti dovranno sottostare ai canoni interpretativi forgiati in relazione ai contratti collegati. Vero è, comunque, che tanto nell'una quanto nell'altra ipotesi si giungerà ad un esito conforme al principio *simul stabunt simul cadent* (o, se si accede all'opzione del concordato come procedura unitaria, *magis ut valeat quam pereat*) nella misura in cui la vicenda che ha colpito una società risulti *essenziale* per l'attuazione del piano (o non risulti tale, nell'altra ipotesi).

2.2. Un punto controverso: la separazione delle masse attive e passive

Atteso tutto quanto sino a qui considerato, residua un'ultima questione, la quale costituisce peraltro - come anticipato - il vero nucleo delle problematiche ancora insolte con riferimento al concordato di gruppo. Si tratta, in specie, della possibilità di introdurre e prevedere forme di aggregazione delle masse attive e passive delle diverse società.

Il canone della separazione delle masse attive e passive nel concordato di gruppo, oltre ad essere stato oggetto di specifica positivizzazione all'interno della disciplina speciale sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in

sia nominato, nel ruolo di commissario o di liquidatore, uno studio associato o una società di professionisti: possibilità introdotte con la riforma del 2006.

stato di insolvenza, riceve conferma anche nei recenti progetti di riforma della legge fallimentare³³ (parrebbe, dunque, una regola destinata a permanere nell'ordinamento). Ciò che maggiormente rileva, però, è che tale principio sia stato accolto e sviluppato sempre più diffusamente dalla giurisprudenza più recente³⁴, che lo ha eretto a limite inderogabile di legittimità del concordato di gruppo.

A tale riguardo, va da subito precisato che il problema principale non attiene tanto al principio della separazione delle masse in sé – il quale, peraltro, sarebbe assolutamente coerente con la logica sino a qui adottata (*i.e.*: quella di leggere il concordato di gruppo come un fascio di negozi tra loro collegati) –, quanto piuttosto ai corollari che da quest'ultimo sono stati fatti discendere.

Sotto il piano processuale, la separazione delle masse attive implica la necessità che nei concordati di gruppo vengano redatti separati elenchi dei creditori per ciascuna delle società partecipanti e vengano tenute votazioni distinte, senza poter giungere a forme di aggregazione nel voto e nel calcolo delle maggioranze trasversali rispetto alle diverse società³⁵.

La giurisprudenza più recente³⁶, inoltre, considerando, da un lato, la mancanza di soggettività giuridica del gruppo in sé considerato – soggettività che, invece,

³³ Cfr. Schema di disegno di legge delega, recante la *delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e di insolvenza*, recentemente licenziato dalla c.d. Commissione Rordorf, il quale all'art. 3, co. 1, lett. c), sancisce espressamente «la facoltà per le imprese del gruppo sottoposte alla giurisdizione dello Stato italiano di proporre con unico ricorso domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, o di ammissione al concordato preventivo, o di liquidazione giudiziale, *ferma restando* in ogni caso *l'autonomia delle rispettive masse attive e passive*, con predeterminazione del criterio attributivo della competenza, ai fini della gestione unitaria delle rispettive procedure concorsuali, ove le imprese abbiano la propria sede in circoscrizioni giudiziarie diverse».

³⁴ Rileva, infatti, un'attenta dottrina – ma la questione è agevolmente verificabile anche solo attraverso una sommaria analisi dei precedenti giurisprudenziali citati in queste pagine – che è soprattutto nel periodo successivo all'avvio del processo di riforma della legge fallimentare che si realizza una «*progressiva focalizzazione delle questioni di fondo dell'istituto (in particolare quella della separazione delle masse attive e passive) e l'affinamento delle argomentazioni giuridiche utilizzate per risolverle*» (S. POLI, *Il "concordato di gruppo": i profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplenza giurisprudenziale*, cit., p. 1366; in giurisprudenza si vedano, in particolare, App. Roma, 5 marzo 2013, cit.; Cass. n. 20559/2015).

Tale rilievo non è colto, invece, da C. RAVINA, *Concordato di gruppo: inammissibile la confusione delle masse attive e passive in assenza di una disciplina positiva dell'istituto*, cit., la quale ripropone una suddivisione dei precedenti esclusivamente sulla base del grado di consolidamento raggiunto. Personalmente ritengo, però, che lo spunto di fornito da S. POLI sia assolutamente corretto e da valorizzare.

³⁵ S. POLI, *Il "concordato di gruppo": ii) verifica critica degli approdi giurisprudenziali con tentativo di ricavare dal sistema le chiavi per un parziale superamento del dogma della separazione delle masse (attive)*, cit., p. 109.

³⁶ App. Roma, 5 marzo 2013, cit.; Cass. n. 20559/2015, cit.

caratterizza ciascuna delle società – e, dall’altro, il principio di cui all’art. 2740 c.c. (secondo il quale ogni debitore – e dunque, nel caso di specie, ogni società – risponde dei *propri debiti* con tutto il *proprio patrimonio*), afferma che il maggiore ricavo realizzato in ragione della gestione unitaria delle singole procedure dovrà necessariamente essere ripartito tra le società ricorrenti in proporzione a quanto dalle stesse apportato nelle procedure medesime ³⁷, non potendosi realizzare dei “travasi di finanza”.

È chiaro, a tal proposito, che ipotizzare dei correttivi a tale rigida proporzionalità potrebbe aiutare non poco l’operatore economico a costruire dei piani concordatari che soddisfino maggiormente le esigenze concrete della realtà produttiva in crisi. In specie, ragionando per ipotesi, un correttivo di tal fatta potrebbe risultare particolarmente utile qualora si riuscisse a far ammettere al concordato una società del gruppo – società il cui apporto magari potrebbe risultare essenziale per riuscire a valorizzare in chiave unitaria i beni e gli apparati produttivi dell’intero gruppo, generando così il plusvalore sperato – solo destinando ai creditori della stessa l’intero maggior valore generato dalla gestione unitaria della procedura.

Autorevole dottrina ³⁸ ha a tale riguardo avanzato delle ipotesi ricostruttive volte ad ammettere un riparto non proporzionale del maggior valore realizzato mediante la gestione unitaria della crisi di gruppo, basandosi sostanzialmente sulla valorizzazione di due circostanze: (a) gli ostacoli formali della legislazione societaria e fallimentare sarebbero stati fortemente depotenziati dalle ultime riforme, le quali hanno tutte contribuito a dare un assetto maggiormente liberale al sistema concordatario; (b) il fenomeno dei gruppi è fondamentalmente regolato dal principio dei vantaggi compensativi; principio che non avrebbe senso escludere nella fase patologica della vita dell’impresa ma che, anzi, dovrebbe, proprio in questa sede, ricevere ulteriore valorizzazione al fine di poter esprimere tutte le proprie potenzialità.

La giurisprudenza più recente però, come si accennava, pare non abbia voluto cogliere queste istanze, pur suffragate da argomentazioni forti e coerenti con il sistema, preferendo valorizzare altri parametri interpretativi, quale quello della responsabilità patrimoniale del debitore, che viene letto alla stregua di un limite indisponibile eretto dall’ordinamento a tutela dei soggetti al cui interesse si orienta la procedura concordataria: i creditori.

La giurisprudenza ha riservato – com’è naturale, in questi casi “di frontiera” – maggiore attenzione ai profili pratici piuttosto che all’inquadramento sistematico

³⁷ Ammesso e non concesso che un tale calcolo sia effettivamente possibile. Del che si dubita, ma sul punto torneremo comunque *infra* (v. § 3.2.).

³⁸ Per tutti, R. SANTAGATA, *Concordato preventivo “di gruppo” e «teoria dei vantaggi compensativi»*, cit., *passim*.

dell'istituto. Studiando attentamente i casi emersi nella pratica, si nota che questi hanno portato a un orientamento sempre più rigido e volto a restringere gli spazi dell'autonomia privata nella disciplina del concordato. Dall'analisi dei precedenti, inoltre, emerge un dato assai rilevante: l'organizzazione di gruppo è stata di volta in volta valorizzata a seconda dell'opportunità. Ogniqualvolta la proposta concordataria avesse permesso, in linea di fatto, una sicura miglior soddisfazione di tutti i creditori ³⁹, ecco che allora la forma aggregata dell'impresa non poteva non essere adeguatamente tenuta in conto, all'opposto non considerandola nei casi in cui la capogruppo avesse voluto porre in essere manovre sostanzialmente espropriative rispetto alla garanzia generica di una parte dei creditori ⁴⁰. In queste ultime ipotesi, infatti, si è preferito valorizzare l'alterità soggettiva delle società del gruppo, invocando la loro personale responsabilità patrimoniale. Il che non deve destare stupore, se solo si considera che lo (scarno) statuto normativo dei gruppi giustappone degli elementi in intima contraddizione tra loro, quale il mantenimento della soggettività di tutti i partecipanti, che rimangono per ciò in grado di autodeterminare la propria azione, e la legittimazione della capogruppo a porre in essere un'attività di direzione e coordinamento. Contraddizione che è piuttosto agevole piegare ora in un senso ora nell'altro.

Come anticipato, il tema del rapporto tra il concordato di gruppo e la teoria dei vantaggi compensativi è già stato ampiamente sviluppato da una certa dottrina ⁴¹.

Si ritiene, però, che questo non sia l'unico punto di vista da cui poter approcciare il problema.

Alla luce di quanto sino a qui considerato, in specie, potrebbe essere utile interrogarsi circa la possibilità o meno di addurre ulteriori argomentazioni a favore dell'ammissibilità del concordato preventivo di gruppo rispetto a quelle fondate sulla teoria dei vantaggi compensativi e sulla valorizzazione del principio di atipicità della proposta di concordato.

Segnatamente, potrebbe essere rilevante verificare se il canone di cui all'art. 2740 c.c. sia effettivamente un limite inderogabile per l'autonomia privata.

Sarebbe anche utile comprendere, inoltre, se effettivamente il principio *ex art.* 2740 c.c. valga ad impedire *qualsiasi* tentativo di gestione "elastica" dei debiti di gruppo, ovvero se il suo perimetro di applicazione non debba piuttosto essere circoscritto entro l'ambito che gli è proprio, evitando applicazioni

³⁹ Ovvero, comunque, di gran parte di essi in contesti in cui – in bilanciamento – ci fossero stati delle manifestazioni di amplissimo consenso al piano da parte di questi ultimi. Tali sono i rilievi di C. RAVINA, *Concordato di gruppo: inammissibile la confusione delle masse attive e passive in assenza di una disciplina positiva dell'istituto*, cit., a valle di una lunga ed attenta analisi giurisprudenziale.

⁴⁰ Su tutti, emblematiche: App. Roma, 5 marzo 2013, cit.; Cass. n. 20559/2015, cit.

⁴¹ R. SANTAGATA, *Concordato preventivo "di gruppo" e «teoria dei vantaggi compensativi»*, cit.

indiscriminatamente onnicomprensive, là dove si ritenga, per ipotesi, che né la teoria dei vantaggi compensativi né il principio di atipicità della domanda né, infine – ammesso e non concesso che sia possibile –, la deroga in via pattizia del principio di responsabilità patrimoniale possano valere al fine di ammettere una (anche solo parziale) confusione delle masse, o quanto meno una ripartizione non proporzionale del plusvalore.

Nella misura in cui si riesca a valorizzare opportunamente il dato normativo invocato dalla stessa giurisprudenza a garanzia dei creditori e a circoscriverlo entro il limite di applicazione che gli è proprio, inoltre, non sarebbe nemmeno necessario argomentare in ordine al principio dei vantaggi compensativi, che pure innegabilmente rileva, ma nei confronti del quale la giurisprudenza ha dimostrato una certa diffidenza.

La questione, dunque, sarà sviluppata cercando di sindacare quali siano i limiti dell'autonomia privata nella gestione negoziale della crisi. Quanto e fino a che punto, cioè, possa valere il potere dispositivo dei creditori all'interno di un contesto in cui le decisioni vengono prese a maggioranza e sono astrattamente in grado di incidere anche sulla soddisfazione dei creditori di altre società.

3. IL C.D. CONSOLIDAMENTO SOSTANZIALE (ATTENUATO)

Per impostare correttamente il discorso attorno ai limiti dell'art. 2740 c.c., pare necessario riflettere quantomeno su due aspetti, idonei, ciascuno per proprio conto, a circoscrivere l'ambito di operatività del principio della responsabilità personale. Tali circostanze, sebbene tra loro correlate, attengono a due piani differenti: l'uno, per così dire, "interno" e l'altro "esterno" alla norma.

Si è definito il primo come limite «interno», in quanto esso è insito alla norma stessa e ne connota la portata percettiva.

È opinione diffusa in dottrina⁴² che il principio della responsabilità patrimoniale sia stato tradizionalmente inteso in passato in termini eccessivamente vasti e onnicomprensivi e che alla luce di un mutato quadro normativo e sistematico di riferimento sarebbe utile ridefinirne i contorni in chiave maggiormente liberale.

La prima questione attiene dunque alla possibilità di derogare in via pattizia al principio generale per cui tutti i beni (presenti e futuri) del debitore sono destinati, in via potenziale, a soddisfare le pretese creditorie. Si dovrà chiarire, in altre parole,

⁴² G. SICCHIERO, *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, in «Contr. e impr.», 2012, pp. 91 ss; M. PORCELLI, *Le limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Collana dei maestri del diritto civile. Domenico Rubino. Interesse e rapporti giuridici*, vol. I, a cura di Perlinger e Polidori, Napoli, Ed. Scient. It., 2009, pp. 619 ss.; F. MACARIO, *Principi generali e nuovi scenari nel sistema della responsabilità patrimoniale*, in «Giust. civ.», 2015, fasc. 1, pp. 59-87.

se sia proprio vero che l'art. 2740 c.c. costituisca un limite assoluto ed inderogabile all'autonomia privata e, nel caso in cui non sia così, a quali condizioni e con che limiti sia possibile una tale deroga.

A fianco di tale interrogativo se ne colloca un altro: se, nell'ambito del concordato preventivo, il principio della responsabilità patrimoniale debba valere *in ogni caso*, ovvero se non possano verificarsi, in via di fatto, delle ipotesi di "travasi di finanza" (da intendersi, qui, nel senso più ampio possibile) in grado di esulare dall'ambito di applicazione dell'art. 2740 c.c., così come attualmente interpretato dalla giurisprudenza, in quanto sostanzialmente non espropriative della garanzia patrimoniale spettante ai creditori della società.

È questo il limite che ho definito «esterno» alla norma, poiché opera sul piano della fattispecie concreta a prescindere da questioni spiccatamente ermeneutiche.

Tale elemento, segnatamente, anticipando quello che si verrà a trattare *infra* (v. § 3.2.), verrà in rilievo nell'analisi del caso in cui, grazie alla gestione unitaria della crisi d'impresa, il plusvalore realizzato (il valore di avviamento dell'impresa di gruppo) sia stato oggetto di distribuzione non proporzionale; senza però che detta operazione abbia in alcun modo intaccato i singoli patrimoni delle società. Questo, su tutti, sembra possa essere il paradigma su cui ragionare al fine di cogliere l'effettiva portata concreta dei corollari del principio della separazione delle masse.

La ricerca di quali possano essere, in linea di fatto, le ipotesi di gestione "flessibile" della crisi di gruppo in cui non venga in rilievo il rigido divieto dell'art. 2740 c.c. può essere utile per due ordini di ragioni: in primo luogo perché potrebbe fornire una "traccia" per predisporre un ipotetico piano concordatario di gruppo in grado di varcare indenne lo scrutinio giudiziale; in secondo luogo perché trattare di fattispecie-limite aiuta a ragionare sull'estensione degli istituti coinvolti.

Nel caso di specie, con riferimento alla questione del "plusvalore del gruppo" ci si deve domandare, in particolar modo, quando essa divenga rilevante sotto il profilo normativo. In che occasioni e attraverso quali strumenti giuridici, in altri termini, questa realtà economica venga presa in considerazione dall'ordinamento e, specificamente, se questo possa o debba accadere all'interno della procedura concordataria.

Per rimanere fedele allo spirito di questo lavoro – che è, pur sempre, un "primo approccio" al tema del concordato preventivo di gruppo – ci si soffermerà solamente sul limite esterno dell'art. 2740 c.c., in quanto un'adeguata riflessione attorno al c.d. limite interno richiederebbe conoscenze e spazi ben più ampi. Per quest'ultimo tema, dunque, verrà tracciata solamente quella che potrebbe essere, in ipotesi, una prima via per affrontare la questione.

Si inizierà, anzi, proprio da qui, in modo da poter ragionare, alla fine, sulle fattispecie concrete che potrebbero per sé sole escludere l'operatività dei limiti di cui all'art. 2740 c.c. senza aver lasciato aperte parentesi poi non richiuse.

3.1. Sulla centralità della componente negoziale del concordato preventivo

Il nucleo centrale della riflessione sui profili c.d. “interni” al principio di cui all’art. 2740 c.c. si sviluppa attorno ai limiti dell’autonomia contrattuale nell’ambito della soluzione concordataria della crisi di gruppo.

Il presupposto per poter ragionare in termini di derogabilità della regola della responsabilità patrimoniale è quello di considerare il concordato preventivo come un vero e proprio contratto. Il fatto che nella vulgata si parli oramai da tempo di una progressiva «privatizzazione delle procedure concorsuali», tuttavia, non consente un’immediata conclusione in tal senso⁴³, giacché è espressione enfatica di natura descrittiva che poco è in grado di indicare con riferimento all’effettiva natura del concordato.

Nel concordato preventivo di gruppo, inoltre, la complessità delle questioni si fa ben più articolata rispetto ad un concordato preventivo ordinario, per non parlare della maggiore articolazione che essa assume rispetto ad una qualunque vicenda contrattuale che si esaurisca sul piano strettamente civilistico, il quale è l’ambito originario in cui si trovano espresse le maggiori riflessioni attorno ai limiti dell’art. 2740 c.c. e dal quale necessariamente si dovrà partire. Ciò emerge chiaramente se solo si consideri che quanto teorizzato dalla riflessione civilistica ha preso le mosse da una dinamica contrattuale posta in essere tra due soli soggetti, mentre nelle vicende in discorso lo strumento concordatario mira ad appianare i contrasti tra *più debitori e più gruppi di creditori*.

Si ritiene, però, che questo aumento di complessità non sia un ostacolo insormontabile qualora si riesca ad accomunare tra loro le posizioni, rispettivamente, dei debitori e dei creditori⁴⁴.

⁴³ Pensare di ricostruire, anche solo per sommi capi, l’annoso dibattito circa la natura del concordato preventivo, è opera eccessivamente ardua per le finalità che si propone il presente scritto.

⁴⁴ Ciò sarebbe possibile, per ipotesi – il che però è ancora da dimostrare, né potrà essere adeguatamente dimostrato nell’economia del presente contributo – facendo leva, dal lato dei debitori, sulla tradizionale nozione di «parte» quale unico centro di interessi e, dal lato dei creditori, valorizzando il fatto che tutte le proposte concordatarie di gruppo, nella ricostruzione qui accolta, avrebbero il medesimo contenuto.

Di talché si potrebbe attribuire al fenomeno, alternativamente, o una qualificazione che lo interpreti alla stregua di un unico negozio giuridico, ovvero, alternativamente, una pluralità di fasci contrattuali tutti recanti il medesimo contenuto prescrittivo.

Si ritiene che l’interpretazione del concordato di gruppo alla stregua di un “fascio di fasci” contrattuali sia la più intuitiva, ancorché probabilmente potrebbe portare maggiori problemi, poi, sotto il profilo applicativo, nella misura in cui la si volesse utilizzare strumentalmente rispetto alla persecuzione delle denunciate finalità liberali.

Per qualificare il concordato di gruppo come un unico negozio, invece, si dovrebbe configurare un accordo in cui collocare ai poli opposti, da una parte, tutti i debitori, le cui posizioni sarebbero assimilabili in quanto tutte rientranti nel medesimo centro di interessi

Verificato, dunque, il punto di partenza, ipotizzando che la risposta sia positiva, ossia che il concordato preventivo possa effettivamente essere assimilato ad un negozio giuridico, si potrà guardare alla più moderna riflessione civilistica in materia di responsabilità patrimoniale⁴⁵, la quale – per la prima volta scostandosi dall’insegnamento tradizionale (*rectius*: tratatizio) secondo cui *qualunque* limitazione convenzionale della responsabilità patrimoniale sarebbe affetta da nullità per contrarietà all’art. 2740 c.c.⁴⁶ – è giunta a ritenere – sulla base di argomentazioni assolutamente condivisibili⁴⁷ – che la funzione dell’art. 2740 c.c. sarebbe precipuamente quella di proteggere il creditore dai comportamenti posti in essere dal debitore a suo danno, e non già quella di precludergli la stipulazione di accordi in ordine alla realizzazione del credito⁴⁸.

e, dall’altra parte, tutti i creditori, i quali – poiché non sarebbe possibile ricomprenderli tutti sotto una stessa parte, in quanto ciascuno portatore di un interesse particolare alla soddisfazione del proprio credito – comunque condividerebbero tra loro la vincolatività delle medesime prescrizioni contrattuali.

Al fine di considerare il concordato di gruppo come un unico contratto, i maggiori problemi si collocano sul piano della possibilità o meno di assimilare le posizioni di tutti i creditori sulla base del fatto che gli stessi si vedono soggetti alle medesime condizioni contrattuali. Sul punto, comunque, si ritornerà tra breve, dopo aver dato conto della riflessione civilistica sul tema della derogabilità del principio di cui all’art. 2740 c.c.

⁴⁵ G. SICCHIERO, *I patti sulla responsabilità patrimoniale*, cit., pp. 91 ss.; M. PORCELLI, *Le limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., pp. 619 ss.

⁴⁶ Su tutti: R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, p. 1 ss.; Si vedano anche, però, per completezza, V. ROPPO, voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 1051 ss.; ID., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato Rescigno*, Torino, Utet, 1997, vol. XIX, pp. 511 ss.; BIANCA, *Diritto civile. Vol. 6. La proprietà*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 164 ss.

⁴⁷ G. SICCHIERO, in particolare, partendo dall’analisi della *ratio* dell’art. 2740 c.c., (*i.e.*: la protezione del creditore rispetto ai comportamenti con cui il debitore si sottragga di propria iniziativa alla propria responsabilità), rinviene nella dottrina maggioritaria una posizione insensatamente ostile rispetto ad accordi potenziamenti vantaggiosi tanto per il debitore quanto per il creditore. Ritiene, in specie, che non si prospetti alcun problema di «ordine pubblico economico» qualora debitore e creditore convengano di concentrare le possibili azioni esecutive su alcuni beni anziché su altri ovvero di rinunciare all’azione anche su tutti i beni, in cambio di una garanzia di terzi. Secondo l’Autore, infatti, in dette ipotesi si discuterebbe di non già di una rinuncia alla responsabilità del debitore, ma di una semplice regolamentazione della stessa. Regolamentazione certamente possibile nella misura in cui il contratto che la realizza, siccome atipico, persegua interessi meritevoli di tutela. L’Autore dimostra questi assunti, infine, analizzando tutta una serie di ipotesi in cui l’ordinamento italiano ammette accordi tra il debitore ed i creditori diretti regolare la responsabilità patrimoniale del primo, che costituirebbero indici univoci nel senso di una sostanziale apertura dell’ordinamento verso questo genere di accordi. Partendo, tra l’altro, proprio dalla disciplina di diritto fallimentare, afferma che «in queste ipotesi prevale oramai la logica privatistica dell’autonomia contrattuale» (G. SICCHIERO, *I patti sulla responsabilità patrimoniale*, cit., p. 99).

⁴⁸ G. SICCHIERO, *I patti sulla responsabilità patrimoniale*, cit., p. 94 s., dove afferma,

Se questo è l'interesse protetto dalla norma, certamente rientreranno nella sua sfera di applicazione – e, in particolare, nella sfera di applicazione del secondo comma, il quale ammette limitazioni della responsabilità patrimoniale solamente nei casi stabiliti dalla legge – gli atti unilaterali del debitore diretti a limitare la propria responsabilità patrimoniale.

Per quanto riguarda le limitazioni convenzionali, invece, si rivelerebbe necessario operare una distinzione avendo riguardo agli interessi che le parti intendono realizzare tramite l'accordo. Trattandosi di contratti atipici, la condizione per la loro ammissibilità, infatti, è che essi siano diretti alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela *ex art. 1322 c.c.*⁴⁹.

La citata dottrina, comunque, correttamente nega la validità di un accordo che si limiti ad escludere *tout court* la responsabilità patrimoniale del debitore⁵⁰. Si dovrebbe giungere a negare la validità di un tale accordo, inoltre, ogniqualvolta risulti *ex ante* l'inidoneità del patrimonio residuo a garantire intera soddisfazione al creditore, ancorché l'accordo derogatorio si fosse concentrato solamente su alcuni determinati beni.

Questo è ragionevole e corretto, chiaramente, nella misura in cui ci si trovi in uno stato di fisiologia del rapporto obbligatorio; diverso, però, sarebbe in ottica concorsuale, in cui il patrimonio del debitore è, secondo *l'id quod plerumque accidit*, insufficiente a soddisfare le pretese creditorie.

Pare preferibile ritenere, in particolare, che in tale ambito non debbano per forza venire meno le riflessioni sino a qui condotte solo perché le ipotesi non risultano

specificamente, che «*Il principio in esame non mi pare convincente nella sua assolutezza: ritengo infatti che l'art. 2740 c.c. serva a proteggere il creditore dai comportamenti con cui il debitore si sottragga di propria iniziativa alla propria responsabilità, mentre occorre ripensare con attenzione il divieto qualora con questo si voglia impedire la realizzazione di interessi meritevoli di tutela (art. 1322 c.c.), che si soddisfino pur tramite una limitazione di responsabilità del debitore. [...] In concreto: ritengo che il divieto in esame, per la funzione cui è destinato, costituisca un valido impedimento contro atti cui il creditore sia estraneo, che possono diminuire la responsabilità del debitore verso di lui [...] Mi chiedo invece quali ragioni possono opporsi, al di fuori di un'interpretazione autoreferenziale della norma, per negare validità, ad es., ad un accordo con cui il debitore ed i creditori convengano che il secondo non agisca esecutivamente sull'azienda del debitore (dove magari lavorano diversi dipendenti) in cambio di una fideiussione o di un'ipoteca di un terzo datore che il debitore procuri in cambio».*

⁴⁹ Ivi, p. 98, nonché, in chiusura, a p. 105.

⁵⁰ Questo per evidenti ragioni: si consentirebbe, altrimenti, di «rimettere alla pura volontà del debitore la possibilità concreta per il creditore di ottenere in via esecutiva la prestazione dovuta» (G. SICCHIERO, *op. cit.*, cit., p. 96), restando quindi nella piena disponibilità di quest'ultimo la decisione sull'adempimento, giacché in nessun caso il creditore avrebbe alcuno strumento giuridico per ottenere coattivamente ciò che non gli venisse spontaneamente prestato. L'adempimento, in altre parole, sarebbe assoggettato alla mera volontà potestativa del debitore; e non è ammissibile che l'autonomia privata arrivi a tal punto da consentire a qualcuno di arricchirsi senza causa nei confronti della controparte contrattuale.

tra loro perfettamente collimanti; semplicemente, dal momento che si verserebbe in una situazione di incapienza del patrimonio del debitore (altrimenti non si sarebbe aperta alcuna procedura concordataria), il patto sulla responsabilità patrimoniale (*i.e.*: il concordato di gruppo) in tanto dovrebbe ritenersi ammissibile, in quanto riesca a garantire ai creditori di ciascuna società una soddisfazione maggiore rispetto all'alternativa atomistica ovvero al fallimento. È questo, peraltro, l'unico requisito che la legge pone (art. 180 l.fall.) per realizzare operazioni che, comunque, anche nelle ipotesi ordinarie, si pongono in un'area complessivamente derogatoria rispetto all'art. 2740 c.c.

Posta così la questione, si dovrebbe dunque concludere che il concordato preventivo, in quanto ammissibile, sarebbe in ogni caso idoneo a configurare un'ipotesi derogatoria rispetto il principio di responsabilità patrimoniale, giacché i requisiti per l'uno e per l'altra coincidono, dovendo essere entrambi idonei ad assicurare una soddisfazione maggiore rispetto all'unica alternativa altrimenti praticabile: quella del fallimento.

Il piano sul quale valutare la derogabilità convenzionale dell'art. 2740 c.c. sarebbe dunque, secondo questa ricostruzione, quello della causa: elemento che – giova ricordare – nel concordato preventivo di gruppo è stato riconosciuto dalla giurisprudenza come in astratto meritevole di tutela (*v. supra*, § 2.1.).

È stato inoltre osservato – si ritiene, ancora una volta, correttamente – da altra parte della dottrina che il principio di tipicità delle limitazioni della responsabilità patrimoniale dovrebbe riguardare solamente quelle produttive di effetti *erga omnes* e non, invece, quelle efficaci *inter partes* (*i.e.*: quelle che esplicano semplici effetti obbligatori)⁵¹. L'art. 2740, 2° co., c.c. sarebbe, in specie, espressione del «*principio della tipicità delle forme di separazione con efficacia reale*», costituendo così conferma del fatto che le limitazioni della responsabilità patrimoniale con effetti solamente

⁵¹ G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Giuffrè, Milano, 2012, *passim*, secondo cui il fondamento del principio della riserva di legge di cui all'art. 2740 c.c. deve essere cercato «*oltre l'opzione di politica legislativa*» esercitata con la sua introduzione e, specificamente, nell'esigenza di «*coerenza complessiva del sistema*».

Si badi, però, che l'opzione lessicale non induca nell'errore di ritenere che per «*efficacia obbligatoria*» si intenda la non suscettibilità di esperire una esecuzione che non sia per equivalente. Invero, «*la contrapposizione tra efficacia reale ed obbligatoria del patto [...] non ha alcun valore all'interno dei rapporti tra i contraenti, [...] giacché si tratta di istituti che assumono pregnanza quando riferiti agli effetti dei contratti rispetto agli estranei [...]. Tra le parti, invece, il contratto ha forza di legge (art. 1372 c.c.), il che vale ad indicare, nel caso in esame, come il debitore possa opporre al creditore procedente l'esistenza dell'accordo sulla non credibilità dei beni indicati nel patto. Di qui la conseguenza di legittimarlo all'opposizione all'esecuzione per ottenere la cessazione del comportamento inadempiente, giacché il contraente deluso può sempre chiedere la manutenzione del contratto ai sensi dell'art. 1453 c.c. anziché la sua risoluzione*» (G. SICCHIERO. *I patti sulla responsabilità patrimoniale*, cit., p. 104 s.).

inter partes non possano che essere escluse dal suo ambito di applicazione ⁵².

Ciò posto, in definitiva, per dare risposta al quesito iniziale circa la derogabilità o meno dell'art. 2740 c.c. da parte di un concordato di gruppo, si dovrà valutare se il concordato preventivo possa dirsi, in linea di massima e con tutti i *caveat* del caso, un contratto in senso tecnico e, in specie, se espliciti efficacia solamente *inter partes*.

Per poter sciogliere questo primo nodo si dovrà valutare quali siano le «parti» di un concordato preventivo (se valga, cioè, la definizione tradizionale di «parte contrattuale» ⁵³) e se qualcosa muti all'interno del contesto di un concordato di gruppo.

Atteso ciò, si dovrà valutare cosa implichi il fatto che il concordato di gruppo sia qualificato come un «fascio di procedure» rispetto al rapporto tra una società e i creditori delle altre, nella misura in cui il piano concordatario abbia medesimo contenuto per tutte le procedure del fascio.

Tale riflessione è cosa altra rispetto a quella già valutata con riferimento alla rilevanza delle vicende che toccano una società del gruppo in concordato rispetto alle altre (v. § 2.1.).

Lì abbiamo visto che per i rapporti sussistenti tra le procedure collegate l'esito sarebbe stato quello di ritenere che le vicende relative ad una delle società ricorrenti sarebbero state riconducibili ai canoni interpretativi dettati in materia di contratti collegati, pervenendo ad un principio di *simul stabunt simul cadent* nella misura in cui la vicenda che avesse colpito una società fosse risultata *essenziale* per l'attuazione del piano. Ciò dovrebbe in linea di massima confermarsi anche in questa sede. Vero è, però, d'altra parte, che una più attenta analisi in tema di contratti con parti soggettivamente complesse potrebbe forse imporre dei distinguo non irrilevanti, ai quali si dovrà dare adeguato credito ⁵⁴.

⁵² G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., 72 e 91 ss.

⁵³ Cfr., per tutti, C. M. BIANCA, *Diritto Civile. 3. Il contratto*, 2000, Milano, Giuffrè, pp. 53 s., che definisce il concetto di «parte contrattuale», richiamando quanto già affermato a suo tempo da Messineo, come il centro di interessi a cui deve riferirsi la volontà contrattuale e su cui ricadono gli effetti dell'accordo.

Sul punto, ragionare adeguatamente in materia di parti del contratto potrebbe aiutare a risolvere il quesito se sia più corretto qualificare il concordato di gruppo come una serie di contratti aventi medesimo contenuto, ovvero come un unico contratto con «parti soggettivamente complesse» (quantomeno da un lato).

Sul tema, oltre alle scarse indicazioni di C. M. BIANCA, *Diritto Civile. 3. Il contratto*, cit., v., più approfonditamente, S. D'ANDREA, *La parte soggettivamente complessa. Profili di disciplina*, Milano, Giuffrè, 2002.

⁵⁴ Il tutto, sempreché sia corretta, come abbiamo assunto sino a qui, la qualificazione del concordato di gruppo come un «fascio di concordati». A diverso esito, infatti, si dovrebbe giungere qualora si ritenesse che il concordato di gruppo, in realtà, in ragione del fatto che

Quello che qui ci si domanda, invece, è se il fatto che tutti i creditori siano legati, benché con società diverse, da contratti aventi medesimo contenuto patrimoniale, possa in un certo senso legittimare la disposizione di diritti propri in favore di altri soggetti, laddove, però, questi ultimi (i beneficiari) non siano parti di quel fascio di contratti collegati che vincola ciascuna società ai propri creditori, bensì dal fascio di contratti che lega un'altra società con i propri creditori. L'accordo su cui ciascuna massa di creditori si è pronunciata, dopotutto, è il medesimo e ciascun gruppo di creditori, nell'aderire al concordato, ha approvato l'operazione nella sua interezza, quindi anche con riferimento agli atti compiuti dalle altre società; quindi anche con riferimento ai possibili travasi di finanza eventualmente dedotti nel piano.

In sintesi, considerato tutto quanto visto finora, posto che si ritiene che le parti possano contrattualmente derogare all'art. 2740 c.c. a patto che il loro accordo espliciti effetti solamente *inter partes*, sia meritevole di tutela e non pregiudichi la soddisfazione del credito, il concordato di gruppo, atteso che comunque si versa in una situazione già di per sé derogatoria rispetto al principio di cui all'art. 2740 c.c., potrà (ulteriormente) derogare al principio di responsabilità patrimoniale laddove si convenga che lo stesso abbia natura contrattuale, espliciti effetti *inter partes* e garantisca una maggiore soddisfazione rispetto alle alternative concretamente praticabili.

Il punto maggiormente ostico, com'è agevole intuire, risiede in ultima istanza nel verificare se la ricostruzione proposta dalla citata dottrina civilistica possa trovare albergo anche nel concordato preventivo di gruppo, attese le peculiarità ora esaminate, e se il consenso del creditore, presupposto logico del potere dispositivo riconosciuto ai privati, possa essere espresso da una decisione adottata a maggioranza, come prevede la legge (art. 177 l.fall.), ovvero se, all'interno dell'adunanza dei creditori, la proposta debba intendersi come dotata di un'efficacia *erga omnes* e dunque per la validità dell'accordo derogatorio si debba richiedere l'unanimità dei consensi⁵⁵.

si tratterebbe pur sempre di unico contenuto contrattuale replicato tra soggetti diversi, dal lato tanto attivo quanto passivo, sia qualificabile come un unico contratto. Anche in questo caso, però, potrebbero valere le considerazioni già mosse in quella sede, tale per cui si giungerebbe comunque, in caso di essenzialità della previsione, ad una caducazione dell'intera operazione, giusta l'applicazione analogica dei principi dettati in materia di contratti plurilaterali con comunione di scopo.

⁵⁵ La soluzione dipenderà, con ogni probabilità, dalla risposta che si riuscirà a fornire al tema, logicamente anteriore, della rilevanza del principio maggioritario nel concordato preventivo. Una tale indagine non potrà non prendere in considerazione le tesi sviluppate in R. SACCHI, *op. cit.*, Milano, Giuffrè, 1984, il quale esclude che il principio di maggioranza all'interno del concordato e dell'amministrazione controllata possa essere ricondotto alle regole del diritto dei contratti, giacché «*occorrerebbe che sempre [...] esistesse necessariamente*

3.2. Sulla distribuzione non proporzionale del plusvalore ottenuto dalla gestione unitaria degli asset

Fino a questo punto il ragionamento ha seguito uno sviluppo logico piuttosto piano: preso atto dello stato dell'arte e valutati come insoddisfacenti i risultati a cui la prassi è giunta in materia di separazione delle masse concordatarie, si è dato brevemente conto di alcune proposte alternative: la prima tesa a valorizzare maggiormente il principio dei vantaggi compensativi e dell'atipicità della proposta contrattuale, la seconda – soltanto accennata – volta a depotenziare l'ostacolo posto dal principio di responsabilità patrimoniale argomentando attorno alla sua derogabilità.

Il tema che si tratterà in quest'ultimo paragrafo, che attiene al limite esterno dell'art. 2740 c.c., invece, introdurrà un elemento di discontinuità rispetto al filo

*un rapporto di strumentalità fra gli interessi dei creditori in quanto tale rispetto alla proposta del debitore, il che, invece, va negato» per tutta una serie di ragioni diffusamente motivate nella monografia (R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, cit., p. 311). Secondo la ricostruzione dell'Autore, infatti, il principio di maggioranza nel concordato deve essere letto in stretta connessione con l'eterotutela degli interessi dei creditori, ai quali, pertanto, viene negato il potere di disporre delle prescrizioni di legge poste a garanzia dei loro interessi. Da una siffatta qualificazione della (etero)tutela degli interessi dei creditori, discende un'interpretazione della disciplina diretta a potenziare i poteri di controllo ed intervento dell'autorità giudiziaria; impostazione che mal si concilierebbe con le prospettive coltivate nel presente scritto, sebbene sia lo stesso Autore ad escludere che dalla qualificazione come eterotutela della tutela degli interessi dei creditori possa discendere *de plano* l'adesione all'opzione interpretativa che sostiene la natura pubblicistica e processualistica del concordato, implicando la stessa solamente l'impossibilità dell'assimilazione del concordato ad istituti di natura contrattuale. Benché le osservazioni sviluppate dalla citata dottrina siano rigorosamente motivate, non si esclude che il mutato contesto normativo possa far propendere l'interprete per una soluzione differente.*

Si veda anche, per una rilettura più recente del rapporto tra principio di maggioranza ed autonomia privata: M. TAMPONI, *Principio di maggioranza, legittimazione del potere e autonomia privata*, in «Riv. dir. civ.», 2015, fasc. 6, pp. 1313-1329.

In tema di rapporto tra principi generali civilistici e diritto commerciale, invece, si vedano, per una lettura "di sistema": S. DELLE MONACHE, «Commercializzazione» del diritto civile (e viceversa), in «Riv. dir. civ.», 2012, fasc. 4, pp. 489-507; e per degli spunti maggiormente attinenti all'oggetto dell'indagine: F. MACARIO, *Principi generali e nuovi scenari nel sistema della responsabilità patrimoniale*, cit., pp. 59-87, il quale propone di opporre al processo degenerativo di parcellizzazione delle materie – a suo avviso non giustificato da alcuna esigenza di razionalizzazione del sistema – di «ricondere la "specialità" ai principi e alle categorie ordinanti, tanto i primi quanto le seconde frutto dell'elaborazione concettuale dei giuristi e non dell'occasionalità con cui il legislatore costruisce i micro-settori. L'autonomia, in questo contesto "privata", rappresenta un decisivo momento di coesione, ossia di aggregazione concettuale del sistema (del diritto privato generale), esprimendo tanto il dato propulsivo e il filo conduttore del percorso, quanto l'obiettivo consistente nella valorizzazione delle stanze della società civile all'interno del fenomeno giuridico».

rosso seguito sino a questo momento.

L'analisi che si propone adotta una prospettiva casistica ed eminentemente fattuale. Si valuterà, in specie, se, nell'ambito del concordato preventivo, possano o meno verificarsi delle ipotesi di "travasi di finanza" in grado di esulare dall'ambito di applicazione dell'art. 2740 c.c. in quanto non espropriative della garanzia patrimoniale spettante ai creditori della società.

In questa sede, però (ed è questo l'elemento di discontinuità rispetto al ragionamento precedente), non si procederà al fine di aprire una breccia nel principio di responsabilità patrimoniale, bensì allo scopo di proporre una lettura del medesimo che permetta di coniugare tanto i principi affermati dalla giurisprudenza quanto le istanze di flessibilità invocate dalla dottrina. Si ragionerà, dunque, *come se* né i rilievi in punto di teoria dei vantaggi compensativi né gli spunti in tema di derogabilità convenzionale dell'art. 2740 c.c. fossero in grado di cogliere nel segno.

Progredire in questi termini assolve primariamente allo scopo di cercare una via pratica per giungere - *rebus sic stantibus* - ad una maggiore soddisfazione dei creditori del gruppo, evitando la liquidazione fallimentare o anche solo la cessione frazionata dei beni dell'impresa: soluzioni che - come si è detto - oblitererebbero lo sforzo imprenditoriale compiuto sino ad allora per creare economie di scala in grado di rendere maggiormente competitiva l'impresa sul mercato.

È quest'ultimo, peraltro, uno scopo ritenuto certamente meritevole di tutela dall'ordinamento. Segnali in questo senso si possono ricavare, ad esempio, dall'art. 105 l.fall., il quale ammette la liquidazione separata dei cespiti solo laddove non risulti prevedibile che la vendita «dell'intero complesso aziendale, di suoi rami, di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori», ovvero dalla ancor più generale disciplina sul trasferimento di azienda, la quale si preoccupa di salvaguardare il valore di avviamento addirittura prevedendo un automatico subingresso nei contratti stipulati nell'esercizio dell'attività d'impresa. Da entrambi i citati complessi normativi si evince che il valore di avviamento è un *proprium* dell'organizzazione imprenditoriale: valore che non può essere pretermesso considerando l'impresa come un bene "comune" ma che, all'opposto, dovrebbe essere adeguatamente valorizzato e, per quanto possibile, preservato.

Limite invalicabile in quest'ambito - giova ricordarlo - è il principio per cui la soddisfazione dei creditori derivante dal concordato di gruppo debba essere garantita «in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili» (art. 180, 4° co., l.fall.), pena il suo rigetto in sede di opposizione nell'ambito del giudizio di omologazione. Il concordato di gruppo dovrà dunque garantire una soddisfazione delle pretese di ciascun creditore del gruppo

maggiore o uguale rispetto a quanto lo stesso ricaverebbe per altra via: che sia quella fallimentare o quella del concordato preventivo atomistico.

Ciò premesso, si ritiene utile operare alcuni distinguo in relazione alle concrete modalità attraverso le quali può essere articolata la proposta di concordato preventivo ed il relativo piano.

L'esigenza di ragionare attorno all'assetto pratico del piano concordatario di gruppo nasce - come anticipato - da una attenta lettura della giurisprudenza più recente, la quale ha ritenuto di non attribuire grande pregio alle ragioni fondate sulla teoria dei vantaggi compensativi in ambito concorsuale e sul principio di atipicità della proposta concordataria.

In questa sede, all'opposto, si crede che il principio di responsabilità patrimoniale non possa essere assunto *d'emblée* come un canone assoluto ed invalicabile, ostativo *in ogni caso* rispetto all'ammissibilità della composizione della crisi attraverso soluzioni flessibili articolate mediante operazioni infra-gruppo.

Per comprendere appieno il convincimento testé espresso, giova ripercorrere brevemente i due casi pratici emersi in giurisprudenza i quali sono, sul punto, piuttosto esplicitivi. Trattasi, in specie, delle già ampiamente citate pronunce della Corte di appello di Roma e della Corte di cassazione: App. Roma 5 marzo 2013, cit. e Cass. 13 ottobre 2015, n. 20559, cit..

Orbene, nel caso deciso dalla Corte territoriale romana, la proposta concordataria prevedeva una cessione parziale dei beni di due società ai relativi creditori, con una contestuale destinazione ai creditori di altre società del gruppo del ricavato della liquidazione eccedente l'integrale soddisfacimento dei privilegiati e dei chirografari (questi ultimi entro una certa percentuale). Nella decisione presa dalla Corte di cassazione, invece, si discuteva di un piano concordatario in cui tutti i creditori delle quattro società del gruppo (i cui patrimoni erano ormai confusi) sarebbero confluiti nel medesimo numero di classi, così che i creditori delle società meno capienti avrebbero concorso con quelli delle società più capienti.

Come è agevole constatare, in entrambi i casi si è effettivamente trattato di piani concordatari sostanzialmente espropriativi di parte della garanzia patrimoniale su cui alcuni creditori avrebbero ragionevolmente fondato le loro pretese.

In contesti come quelli appena descritti, è dunque difficile sostenere l'inapplicabilità della preclusione di cui all'art. 2740 c.c. se non dando credito - come invero parrebbe ragionevole - alle tesi che valorizzano in ambito concordatario il principio dei vantaggi compensativi⁵⁶, ovvero accedere (una volta verificatane la praticabilità) alla proposta avanzata nel paragrafo precedente, ammettendo la derogabilità pattizia del limite della responsabilità patrimoniale.

⁵⁶ R. SANTAGATA, *Concordato preventivo "di gruppo" e «teoria dei vantaggi compensativi»*, cit.

Senza giungere ad una rilettura del principio di responsabilità patrimoniale, però, pare difficile pensare di poter superare gli ostacoli posti dalla citata giurisprudenza, nei casi in cui si faccia riferimento alle ipotesi di travasi di finanza in senso stretto, ossia quelli realizzati destinando alla soddisfazione dei creditori di una società parte dei valori di un'altra società.

Da qui l'esigenza di cercare di comprendere, allo stato, gli spazi comunque lasciati aperti dal principio di responsabilità patrimoniale, così come oggi prevalentemente interpretato.

Per dare risposta al quesito si ritiene necessario restringere ancora una volta il campo dell'indagine, ragionando ora esclusivamente attorno ad uno solo dei corollari del principio di responsabilità patrimoniale.

Il principio enunciato dalla giurisprudenza a cui si fa qui riferimento è quello secondo cui, nel caso di vendita aggregata dei beni di più società, sarebbe necessario ripartire *proporzionalmente* l'eventuale plusvalore realizzato tra tutte le società in concordato.

È ragionevole ritenere che il tema della distribuzione non proporzionale del plusvalore rileverà soprattutto nell'ambito nei concordati in continuità, anche realizzati per il tramite di una cessione parziale dei beni⁵⁷, poiché è questo il caso in cui le società, rimanendo "in vita", diventano i veri e propri destinatari del plusvalore generato. È altrettanto vero, però, che questioni pressoché analoghe si dovrebbero porre anche nell'ipotesi di concordati liquidatori, poiché anche lì si dovrà comunque valutare a quale "gruppo" di creditori destinare il ricavato della vendita comprensivo del valore di avviamento. Pare, però, che il concordato preventivo liquidatorio, quale forma di soluzione anticipata della crisi d'impresa, sia un istituto destinato a non avere grandi sbocchi applicativi in futuro, laddove solo si consideri che il recente d.d.l. delega predisposto dalla commissione Rordorf propende per una rimodulazione del sistema attuale in favore di un quadro in cui venga affidata al concordato preventivo esclusivamente la funzione conservativa e di ristrutturazione dell'impresa, riservando ad una procedura liquidatoria assimilabile all'attuale fallimento tutti gli esiti disgregatori del patrimonio sociale⁵⁸.

⁵⁷ Sull'ammissibilità del concordato preventivo con cessione parziale dei beni, v.: R. SANTAGATA, *Concordato preventivo "di gruppo" e «teoria dei vantaggi compensativi»*, cit., pp. 221-224.

⁵⁸ Tale intento emerge peraltro chiaramente dalla *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, cit., la quale afferma che lo schema del disegno di legge delega anzitutto propende per una *reductio ad unum* della fase iniziale delle varie procedure esistenti, per il tramite della creazione di un unico procedimento di accertamento giudiziale della crisi di insolvenza. Individuata un'unica sede procedimentale, globalmente destinata all'esame delle diverse possibili soluzioni, verranno dunque in rilievo gli strumenti di regolazione dell'insolvenza, che potranno essere conservativi

Il principio della distribuzione proporzionale del plusvalore, oltre ad essere senz'altro foriero di una serie non irrilevante di dubbi interpretativi, presenta dei profili che, sul piano strettamente giuridico, potrebbero far dubitare della sua piena correttezza e della sua indiscriminata applicabilità.

Il tema, in buona sostanza, è quello di capire se il plusvalore realizzato vada integralmente ripartito in maniera proporzionale tra le società del gruppo attraverso semplici operazioni matematiche o se in questa operazione allocativa possa residuare qualche margine di discrezionalità. A leggere quanto affermato *incidenter tantum* dalla giurisprudenza parrebbe che la risposta debba essere nel primo senso, ma della correttezza di un'opzione di questo tipo – come anticipato – è lecito dubitare.

Le prime questioni da risolvere sono di ordine strettamente interpretativo.

Tra queste, anzitutto si pone il problema di valutare come determinare delle "quote" proporzionali da prendere come parametro per redistribuire il plusvalore ottenuto e quali elementi del patrimonio sociale concorrano a determinare detto valore percentuale.

Ebbene, è ragionevole ritenere che tali quote debbano essere predisposte prendendo in considerazione solamente la componente attiva dei beni dedotti all'interno della procedura concordataria; non sarebbe corretto, infatti, far rientrare nel parametro funzionale alla distribuzione del ricavato anche i debiti che proprio su tale somma dovrebbero trarre soddisfazione, pena falsare la rappresentazione degli apporti della società, in ragione del maggiore o minore grado di indebitamento che queste debbano scontare.

Ciò posto, è altresì necessario comprendere quale sia il criterio da utilizzare al fine di stabilire in che misura abbiano contribuito i beni di una società rispetto alla considerazione complessiva che il terzo beneficiario ha compiuto all'atto dell'acquisto, così da stabilire la quota per cui il maggior valore andrà suddiviso.

A tale riguardo sarà necessario confrontare una valutazione di stima prognostica dei vari *asset* delle società per confrontarli poi con il risultato ottenuto dalla vendita complessiva. Tale operazione avrà il pregio di rendere commensurabili i vari apporti e, per il tramite della differenza, far emergere quel "prezzo in più" pagato dal terzo al fine di beneficiare delle sinergie ricavabili dall'organizzazione aziendale: il prezzo in più pagato, vale a dire, per il valore di avviamento del complesso produttivo.

Sarà indispensabile, nel compiere questa operazione, che i criteri di stima siano i medesimi per valutare tutti i patrimoni delle diverse società: il che, francamente,

ovvero liquidatori, posto che, finché sarà possibile – avendo però cura di scoraggiare comportamenti strumentali –, dovrà essere assicurata la prevalenza degli strumenti negoziali rispetto a quelli suscettibili di disgregare il valore del patrimonio (v. *Relazione*, cit., pp. 8-10).

sembra essere cosa ardua laddove si consideri che i compendi patrimoniali potrebbero essere affatto diversi ed eterogenei tra loro. Il problema risiederebbe non già nella possibilità di rendere commensurabile il valore di *asset* fisicamente differenti (giacché a tal fine sarebbe sufficiente ridurre entrambi i beni ad un equivalente in denaro), quanto, piuttosto, nel permettere di verificare che questa operazione venga effettuata secondo criteri uniformi, in un campo in cui è noto a tutti come, a seconda del parametro scelto, il risultato potrebbe variare anche di molto. Talché, per questa via, si potrebbe surrettiziamente violare il principio enunciato dalla giurisprudenza, pur dandovi formalmente piena attuazione.

Il criterio ordinario utilizzato nella prassi per determinare il valore patrimoniale della società è quello dello *stand alone*. Secondo la scienza aziendalistica, infatti, tra i requisiti necessari per pervenire ad un'attendibile stima del capitale economico di una società si dovrà tenere conto del criterio della c.d. «neutralità» (oltre, ovviamente, a quello della razionalità, dell'obiettività, della concretezza e della generalità). Il metodo utilizzato, cioè, dovrà prescindere dalle condizioni e dagli interessi delle parti coinvolte nell'affare⁵⁹. Il che, in ottica di gruppo, vale a dire che le singole società dovranno essere valutate senza tenere conto delle relative interdipendenze. Questo, si dice, al fine di "depurare" il calcolo da elementi aleatori che frustrerebbero una valutazione oggettiva.

E così, pare che anche in questo caso, a voler accedere alle tesi invalse nella prassi, si debbano determinare le quote spettanti a ciascuna società del gruppo dividendo il risultato complessivo della vendita per il valore dei patrimoni dei singoli enti, posto che quest'ultimo sarà stato stimato mediante una valutazione atomistica dei singoli *asset*.

Alcune voci "fuori dal coro", però, hanno fatto notare come questo criterio, benché sicuramente si presenti come il più semplice e confortante, in realtà non dà pienamente conto della realtà economica e giuridica sottesa all'operazione.

Nel caso che ci occupa, in particolare, il criterio dello *stand alone* non sarebbe in grado di dare conto preventivamente del possibile plusvalore realizzabile con il concordato di gruppo. Con il che verrebbe ad essere preclusa qualunque valutazione in tal senso in sede di piano concordatario, che altro non sarebbe, allora, che una semplice sommatoria dei valori aziendali delle varie società.

Alcuni spunti che consentirebbero, invece, un'adeguata valorizzazione delle sinergie di gruppo potrebbero essere tratti dalla letteratura giuridica ed aziendalistica in materia di concambio nella fusione⁶⁰; settore in cui, benché

⁵⁹ Tipicamente il criterio della neutralità verrà in rilievo nelle ipotesi di recesso, fusione, scissione, liquidazione o trasferimento di azienda, in cui si rende necessaria una stima del patrimonio.

⁶⁰ Su tutti: L. A. BIANCHI, *La congruità del rapporto di cambio nella fusione*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2002, pp. 68 ss., in cui si ragiona su chi allocare il plusvalore da fusione; ma anche: P.

generalmente si propenda per una valutazione autonoma, anziché congiunta, delle imprese destinate a fondersi (sulla base, appunto, del c.d. criterio di *stand alone*), non di rado ci si è interrogati se, al fine di determinare il valore comparativo delle azioni o delle quote, si dovesse tenere conto anche del contributo relativo che le singole società sarebbero in grado di apportare al maggior valore che la fusione potrebbe in astratto generare⁶¹. Il che, *mutatis mutandis*, sarebbe proprio ciò che in questa sede rileverebbe.

La necessità di tener conto, ai fini della determinazione della congruità del rapporto di cambio, anche dei vantaggi sinergici attesi, i quali costituirebbero una componente di rilevanza primaria all'interno della prospettiva economica dell'operazione, viene affermata in particolare dalla prevalente dottrina aziendalistica e da parte della dottrina giuridica tedesca, che giungono così a risultati opposti rispetto a quelli a cui aderisce la principale dottrina italiana in materia⁶².

Considerazioni simili si possono leggere in tema di recesso, altro settore in cui la giurisprudenza e parte della dottrina tedesca riconoscono la possibilità di includere nel calcolo della liquidazione le cc.dd. «sinergie improprie»⁶³, ossia «*i vantaggi acquisibili dalla società in virtù di qualsiasi integrazione*»⁶⁴, purché suscettibili di una quantificazione e di una puntuale imputazione a ciascuna delle diverse società partecipanti all'operazione⁶⁵.

È ragionevole ritenere che pure nel nostro caso non sia affatto utile obliterare il dato che, in definitiva, consentirebbe di realizzare il tanto preteso valore di avviamento dell'impresa di gruppo: elemento in grado di attribuire un valore monetario alle sinergie che si sviluppano tra le diverse società della compagine.

MARCHETTI, *Appunti sulla nuova disciplina delle fusioni*, in «Riv. notariato», 1991, pp. 17-51; M. MAUGERI, *Il danno da concambio "incongruo"*, in «Giur. comm.», 2015, pp. 308-329. Altri spunti, inoltre, potrebbero trarsi da: M. MAUGERI-H. FLEISCHER, *Problemi giuridici in tema di valutazione delle azioni del socio recedente: un confronto tra diritto tedesco e diritto italiano*, in «Riv. soc.», 2013, pp. 101 s., in materia di recesso.

⁶¹ L. A BIANCHI, *La congruità del rapporto di cambio nella fusione*, cit., p. 69; M. MAUGERI-H. FLEISCHER, *Problemi giuridici in tema di valutazione delle azioni del socio recedente: un confronto tra diritto tedesco e diritto italiano*, cit., pp. 101 s.

⁶² L. A BIANCHI, *La congruità del rapporto di cambio nella fusione*, cit., p. 73, nt. 161.

⁶³ Alle quali si contrappongono le c.d. «sinergie pure», ossia quegli «*incrementi di valore destinati a prodursi solo in esito al perfezionamento di quella specifica aggregazione*» (M. MAUGERI-H. FLEISCHER, *Problemi giuridici in tema di valutazione delle azioni del socio recedente: un confronto tra diritto tedesco e diritto italiano*, cit., p. 101).

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Altra parte della dottrina tedesca, invece, si dimostra favorevole ad una completa ricomprensione dei vantaggi sinergici all'interno computo del valore di rimborso delle azioni, pur prescindendo dalla natura dell'integrazione, in quanto altrimenti «*verrebbe frustrata la possibilità di addivenire alla corresponsione di una compensazione "piena" per l'azionista uscente*» (*ibid.*).

In ragione di queste valutazioni si ritiene di dover propendere, in questa sede, per una valutazione dei patrimoni sociali che tenga conto del menzionato valore di avviamento. È su questa base, allora, che dovranno essere determinate le quote attraverso cui suddividere il plusvalore.

Posto che il maggior valore del complesso produttivo viene in rilievo in ragione delle sinergie esistenti tra le varie componenti patrimoniali, diversa considerazione, in ottica di allocazione di questo plusvalore, dovrebbe valere a seconda che dette sinergie si realizzino nel contesto della stessa società (cioè, vale a dire, *internamente* alle stesse), ovvero tra elementi di diverse società del gruppo (ossia su un piano, per così dire, *infra-gruppo*).

Ed infatti, se ci si dovesse pronunciare sul quesito «a chi spetta il maggior valore realizzato dalle sinergie?», diversa sarebbe la risposta a seconda che queste siano tutte interne ad una società, rispetto al caso in cui esse si esplicino in un ambito intersoggettivo all'interno del gruppo.

Le sinergie che si realizzano tutte all'interno di una società, in specie, dovrebbero essere imputate alla società medesima, dal momento che esse fanno parte integrante del suo patrimonio.

Non si può dire, però, che anche le sinergie che si spiegano nei rapporti intersocietari spettino alle società coinvolte, in quanto il loro collegamento generalmente avrà trovato ragione in una decisione della capogruppo, la quale è l'unica che può aver disposto gli assetti delle proprie controllate in quel modo, al fine di realizzare economie di scala.

Ecco che, allora, se il maggior valore viene a realizzarsi – integralmente o *pro quota* – per il tramite di relazioni intersocietarie, tale plusvalore non potrà che essere imputato alla capogruppo.

Visto come ripartire all'interno del gruppo il valore di avviamento del medesimo, emerge ora il tema originario: se questo maggior valore possa subire dei riparti non esattamente proporzionali, ovvero se i creditori di ciascuna società abbiano il diritto di soddisfarsi integralmente ed esclusivamente su tale componente patrimoniale.

Giova qui anticipare, in realtà, che la via che permette di legittimare dei travasi di finanza (per quanto in senso lato) passa proprio per lo stabilire esattamente il parametro con cui attribuire il plusvalore alle varie società del gruppo, seguendo il criterio proporzionale suggerito dalla giurisprudenza.

Il principio discretivo in questo campo è uno ed uno solo: quello dell'art. 180, 4° co., l.fall., il quale – come ricordato –, affinché il concordato di gruppo sia valutabile come ammissibile in sede di opposizione, afferma che la soddisfazione dei creditori derivante da quest'ultimo debba essere garantita «in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili».

E così, sulla scorta di questo principio, si dovranno distinguere, in quanto differenti, le situazioni delle società eterodirette rispetto a quelle della capogruppo. Per le prime, infatti, come si è visto, il plusvalore sarà generato da elementi tutti interni alle medesime, di talché tale componente patrimoniale non potrà che andare a favore dei soci, in quanto comunque l'alternativa fallimentare sarebbe in grado di realizzarlo.

Diverso è invece il caso della capogruppo, in cui quel "qualcosa in più" che si può ottenere non emerge direttamente dal valore dei patrimoni delle varie società che essa detiene, bensì dalla loro organizzazione di impresa, che è appunto ascrivibile all'azione della capogruppo.

Ciò che viene in rilievo in questa sede non sarebbe realizzabile altrimenti, se non appunto attraverso la gestione consolidata della crisi d'impresa. È la considerazione unitaria della struttura produttiva in sede concorsuale che ha fatto "nascere" quel valore, che altrimenti sarebbe irrimediabilmente andato perduto tanto nella procedura fallimentare, quanto all'interno di un concordato preventivo "classico".

Si tratta di un valore che, fintantoché si fosse rimasti nell'ambito della fisiologia dei rapporti, esisteva ed era "fruibile" da tutte le società del gruppo attraverso una serie di vantaggi (basti pensare, ai maggiori finanziamenti ottenibili dal ceto bancario, o ai risparmi di costi per le attività di *management* o di *cash-pooling*), ma che sarebbe stato annichilito dall'apertura di una procedura concorsuale "tradizionale" (atomisticamente intesa). Il modo per recuperarlo diviene, allora, quello del concordato di gruppo.

E così, tenendo a mente il principio cardine di cui all'art. 180, 4° co., l.fall., sarà possibile ritenere che tale plusvalore non debba necessariamente andare ad esclusivo beneficio dei creditori della capogruppo, in quanto sarebbe sufficiente che il piano assicurasse a questi ultimi valore non inferiore a quello estraibile dal fallimento. Ma, come si è visto, un tale plusvalore non sarebbe stato in alcun modo realizzabile in quella sede.

È questa la ragione che permette all'interprete, allora, di ritenere che quel valore possa essere liberamente disposto dalla capogruppo anche in favore dei creditori delle società eterodirette, secondo il suo libero apprezzamento.

Come calcolare quello specifico valore e come ottimizzarlo all'interno di un piano concordatario, però, non sarà cosa semplice. Nessuno nega, difatti, la «difficoltà pratica di procedere ad un computo certo, o anche solo ragionevolmente approssimativo, del contributo impresso da ciascuna società alla redditività differenziale dell'entità post-fusione»⁶⁶, ma ciò non toglie che, se si vuole accogliere una lettura come quella sopra proposta, nella predisposizione del piano concordatario uno

⁶⁶ M. MAUGERI, *Il danno da concambio "incongruo"*, cit., p. 323.

sforzo in questo senso dovrebbe essere tentato.

E così, in specie, sarebbe opportuno, nel piano, riuscire a valorizzare adeguatamente le sinergie di cui l'impresa del gruppo beneficia, quantificando *a priori* l'ipotetico plusvalore che dovrebbe emergere dall'operazione.

Ecco che, infine, a valle di questi ragionamenti, trova ragione il tema dei vantaggi compensativi, il quale, per quanto corretto e di forte interesse, dovrebbe venire sul piano logico in rilievo solo dopo aver verificato, come si è qui tentato di proporre, se (a) i limiti di cui all'art. 2740 c.c. siano in concreto operanti per tutte le ipotesi e (b) se la portata precettiva della disposizione in oggetto non possa essere derogata da una corretta estrinsecazione in via pattizia del potere dispositivo dei creditori.

Padova-Milano, 24 aprile 2016

Mattia Facci