

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

**DOTTORATO DI RICERCA IN
ISTITUZIONI E MERCATI, DIRITTI E TUTELE**

Ciclo XXVII

Settore Concorsuale di afferenza: 12/B1

Settore Scientifico disciplinare: IUS/04

**DOVERI E RESPONSABILITA' DEGLI AMMINISTRATORI
NELLA CRISI DEI GRUPPI DI SOCIETA'**

Presentata da: Maria Assunta Berardi

**Coordinatore Dottorato
Prof. Giulio Illuminati**

**Relatore
Prof. Alberto Musso**

Esame finale anno 2015

INDICE

Introduzione	5
--------------------	---

CAPITOLO 1

IL SILENZIO DELLA LEGGE FALLIMENTARE E LA RESPONSABILITA' *EX ART. 2497 COD. CIV.*

1. I gruppi di società nel diritto societario: un inquadramento generale della disciplina	10
2. Il gruppo nella legislazione speciale	23
3. Il silenzio del fenomeno del gruppo nella nuova legge fallimentare	27
4. (<i>Segue</i>) Frammenti di disciplina di "gruppo" nella legge fallimentare..	35
5. La responsabilità illimitata derivante dall'art. 147 l. fall.	37
6. (<i>Segue</i>) Il fallimento della <i>holding</i> di tipo personale	45

CAPITOLO 2

LA CRISI DELL'IMPRESA NEL GRUPPO E L'ESERCIZIO DELL'ATTIVITA' DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

1. Premessa	58
2. La responsabilità da direzione e coordinamento: l'interesse imprenditoriale di gruppo	62
2.2 Il danno mancante alla luce dei vantaggi compensativi.....	74

2.3 I principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale: un possibile contenuto	83
3. La crisi nel gruppo e i doveri di correttezza gestionale: profili generali.....	89
4. I doveri della società capogruppo nell'ottica di "prevenzione" della crisi.....	94
5. Crisi nel gruppo e responsabilità della capogruppo <i>ex art. 2497 cod. civ.</i> sul modello dell'istituto britannico del <i>wrongful trading</i>	103

CAPITOLO 3

I DOVERI E LE SCELTE DI GESTIONE DELLA CRISI

NELL'AMBITO DELLA DIREZIONE UNITARIA

1. Premessa.....	111
2. I doveri della capogruppo a fronte dell'emersione della crisi: lineamenti generali.....	115
2.2 (<i>Segue</i>) L'alternativa tra ricapitalizzare e liquidare quale applicazione del principio di corretta gestione imprenditoriale.....	119
3. L'insindacabilità delle scelte nell'ambito della direzione unitaria.....	121
4. Il dovere della <i>holding</i> di mantenimento dell'equilibrio finanziario all'interno del gruppo.....	126
5. La scelta del piano di risanamento e la possibilità della sua estensione nel gruppo: profili generali.....	134
5.2 (<i>Segue</i>) Il concordato preventivo e l'accordo di ristrutturazione dei debiti nei gruppi di società nella prospettiva dei vantaggi compensativi.....	140
6. Cenni conclusivi.....	151
<i>Bibliografia</i>	153

INTRODUZIONE

I gruppi di società sono uno dei più importanti fenomeni dell'attuale realtà economica e giuridica, sia essa a carattere nazionale o multinazionale, e lo stato di crisi dell'impresa non può non misurarsi anche con loro. In Italia i gruppi di grandi dimensioni sono pochi, il nostro Paese ha una particolare struttura della realtà imprenditoriale caratterizzata da un apprezzabile numero di piccole medie imprese, ma ciò non esclude la presenza di gruppi a base "familiare".

L'articolazione di un gruppo risponde, di regola, a una strategia imprenditoriale, volta alla razionalizzazione e all'efficienza del sistema produttivo, oltre che alla responsabilità limitata mediante la diversificazione dei rischi tra le varie società del gruppo. Da un punto di vista economico aziendalistico, il gruppo si costituisce per ottimizzare risorse organizzative, per abbattere i costi, ampliare quote di mercato (possono, ad esempio, appartenere allo stesso gruppo la società che produce e quella che commercializza i prodotti, le società che svolgono lo stesso tipo di attività ma in differenti aree geografiche) situazioni che per essere realizzate richiedono un'attività di direzione unitaria impressa da una *holding* ai soggetti appartenenti all'aggregazione, i quali, pur conservando la loro autonomia giuridica e patrimoniale, perdono indipendenza economica e discrezionalità operativa.

I rapporti fra le società appartenenti a un gruppo, peraltro, molto spesso sono tali per cui non sempre si riesce a evitare che la crisi di una società del gruppo coinvolga altre che ne fanno parte e spesso la crisi le investe contemporaneamente. Inoltre, mentre in tempi "normali" un gruppo di società opera, sostanzialmente, come un autonomo soggetto economico,

nel momento in cui “entra in crisi”, l’intera struttura unitaria viene messa in discussione.

Nel nostro ordinamento giuridico, invero, la rilevanza del gruppo, nell’ambito delle procedure concorsuali, trova riscontro solo nelle procedure amministrative contenute in leggi speciali, che prevedono espressamente un trattamento unitario del gruppo insolvente o in crisi: si tratta, in primo luogo, della legge sull’amministrazione straordinaria delle grandi imprese, oggi contenuta nel d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, e si rammenta che proprio con la prima legge sull’amministrazione straordinaria delle grandi imprese (d.l. 30 gennaio 1979, n. 26 convertito con modifiche nella legge 3 aprile 1979, n. 95) il gruppo “entra” per la prima volta nelle discipline dirette a regolare la crisi d’impresa; della legge sulla liquidazione coatta amministrativa delle società fiduciarie e di revisione (art. 2, d.l. 5 giugno 1986, n. 233, convertito con la l. 1 agosto 1986, n. 430) e della crisi dei gruppi bancari (artt. 98-103, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385).

L’esistenza del fenomeno dei gruppi di società in crisi non trova, invece, risposte esplicite nella legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267), che continua a trascurare, a parte qualche “frammento” di disciplina, l’ipotesi dell’appartenenza della società fallibile a un gruppo di società, senza tener conto della crescente diffusione del fenomeno¹, a differenza

¹ La forma organizzativa del gruppo è, invero, in continua crescita: negli ultimi anni è fortemente aumentato il numero sia delle società capogruppo, che delle società soggette a direzione e coordinamento (per una stima del numero delle società capogruppo e delle società eterodirette v. TOMBARI, *Il “Diritto dei Gruppi”: primi bilanci e prospettive per il legislatore comunitario*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, 1, 67, il quale mostra i dati numerici tratti da un’analisi empirica sulla “Corporate Italia” presentata dalla Camera di Commercio di Milano e che riguarda un periodo temporale di otto anni, più precisamente dal 30 giugno 2005 all’1 marzo 2013).

della giurisprudenza, che soprattutto in tema di concordato preventivo e accordo di ristrutturazione dei debiti, continua a offrire spunti per affrontarlo. Questa lacuna inevitabilmente si riflette in modo negativo sulla possibilità di individuare nel diritto fallimentare le regole di gestione della crisi dell'impresa nel gruppo.

Per quanto riguarda il diritto societario, il fenomeno dei gruppi di società era quasi ignorato nel codice civile del 1942, il quale si concentrava sul controllo societario e sui rapporti tra società controllante e società controllate, ma significative novità in materia di gruppi di società sono state introdotte dalla riforma del diritto societario. Il legislatore delegato, invero, con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 e con le successive modifiche introdotte dal d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37, in attuazione della l. 3 ottobre 2001, n. 366, si è astenuto dal parlare espressamente di “gruppi di società”, ma ha comunque inteso disciplinare quest’ultimi riferendosi all’“attività di direzione e coordinamento”, di cui agli artt. 2497 ss. cod. civ., disciplina dalla quale si ricavano le regole di comportamento che devono essere osservate nell’esercizio della direzione unitaria, a tutela dei soci di minoranza e dei creditori sociali delle società eterogestite, prevedendo la responsabilità diretta della capogruppo in caso di svalorizzazione della partecipazione sociale, ovvero di insufficienza della garanzia patrimoniale generica, causate dall’abuso dell’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento, ossia dalla circostanza che l’azione della capogruppo sia riconducibile al perseguimento di un interesse imprenditoriale proprio o altrui e in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società del gruppo, responsabilità peraltro estendibile agli altri soggetti concorrenti, ovvero beneficiari, dell’illecito, ai sensi del

secondo comma dell'art. 2497 cod. civ, in ogni caso salvo i c.d. vantaggi compensativi.

In questo contesto, il presente lavoro si propone di affrontare la lacuna oggi presente nella legge fallimentare in materia di gruppi e quindi di individuare i possibili doveri e le responsabilità degli amministratori nella gestione della crisi nei gruppi di società. In particolare, nel primo capitolo si procederà a introdurre l'oggetto dell'analisi mediante un inquadramento generale della disciplina in materia di gruppi di società presente nel nostro sistema normativo, che si rende necessario alla luce di quanto sinora accennato, al fine di comprendere pienamente le ragioni per le quali l'interprete si pone il problema di verificare se sia possibile attribuire nel nostro ordinamento giuridico proprio all'art. 2497 cod. civ., sebbene contenuto nell'ambito della disciplina societaria, quella valenza di "clausola generale"², in base alla quale individuare i doveri e le responsabilità, di tipo risarcitorio, degli amministratori, in particolare degli amministratori della società che esercita attività di direzione e coordinamento, in una situazione di crisi o insolvenza nel gruppo, più precisamente, il complesso di regole di corretta gestione societaria e imprenditoriale, con le quali il perdurante silenzio della legge fallimentare non può non confrontarsi.

Nel secondo capitolo verranno individuati e approfonditi i criteri dai quali ricavare le regole di *governance* nei gruppi di società, e la relativa responsabilità, anche in un'ottica di "prevenzione", nelle situazioni di crisi nel gruppo, espressi nella disciplina dell'attività di direzione e coordinamento. L'indagine verrà effettuata attraverso l'analisi

² Il termine "clausola generale" è espressamente utilizzato da G. SCOGNAMIGLIO, "Clausole generali", *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 4, 517.

dell'interesse imprenditoriale identificato dalla società capogruppo, che deve essere adattato alle tutele delle singole società al gruppo appartenenti; del danno mancante alla luce della nota teoria dei vantaggi compensativi e la loro previsione nel piano di risanamento; l'interpretazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, nei quali ricercare le regole per il risanamento aziendale del gruppo complessivamente considerato.

Sulla scorta delle suddette argomentazioni, nel terzo capitolo si cercherà di individuare i doveri di diligenza che devono essere osservati dagli amministratori per conservare, ovvero accrescere, il patrimonio della società a garanzia dei creditori sociali e tenendo altresì conto, trattandosi di un'articolazione di gruppo, dell'interesse dei soci di minoranza e degli stessi soci della *holding*, il cui patrimonio è costituito principalmente dal valore delle sue partecipate e in generale le regole di gestione nell'ambito del gruppo nel momento di "emersione" della crisi e, in particolare, gli "strumenti" che il nostro legislatore offre per fronteggiarla, con un cenno anche alle recenti riforme nelle procedure concorsuali.

CAPITOLO 1

IL SILENZIO DELLA LEGGE FALLIMENTARE E LA RESPONSABILITA' EX ART. 2497 COD. CIV.

Sommario: **1.** I gruppi di società nel diritto societario: un inquadramento generale della disciplina – **2.** Il gruppo nella legislazione speciale – **3.** Il silenzio del fenomeno del gruppo nella nuova legge fallimentare – **4.** (*Segue*) Frammenti di disciplina di “gruppo” nella legge fallimentare – **5.** La responsabilità illimitata derivante dall’art. 147 l. fall. – **6.** (*Segue*) Il fallimento della *holding* di tipo personale.

1. I gruppi di società nel diritto societario: un inquadramento generale della disciplina

Non esiste nelle norme del codice civile una nozione unitaria e compiuta di “gruppo” e anche il fondamento e la disciplina del gruppo non sono affrontati direttamente. Il legislatore italiano, invero, nel disciplinare i gruppi di società si è mosso in modo tendenzialmente autonomo rispetto all’esperienza di altri ordinamenti europei, come per esempio quello tedesco, che ha introdotto per la prima volta una disciplina completa in materia di gruppi e al quale il legislatore delegato della riforma del 2003 sembra ispirarsi. Al riguardo, l’*Aktiengesetz* del 1965, par. 18, modificato da ultimo nel 2010, prevede che: “se un’impresa dominante (*ein herrschendes Unternehmen*) e una o più imprese dipendenti (*abhängige Unternehmen*) sono riunite sotto la direzione unitaria dell’impresa dominante, esse formano un gruppo (c.d. *Konzern*). Le singole imprese sono parte del gruppo. Le società legate da un contratto di dominio, o nelle

quali l'una è annessa all'altra, devono essere considerate come riunite sotto una *direzione unitaria*. Si presume che la società controllata formi un gruppo con l'impresa dominante"³. E il legislatore della riforma del 2003, nel tentare di disciplinare il fenomeno dei gruppi di società, pur in assenza di un'espressa definizione in tal senso, pone l'accento proprio sul concetto di "direzione unitaria", contenuto oggi anche nell'art. 2497 cod. civ., che deve essere considerata quale criterio fondamentale per la identificazione del gruppo stesso e che, come sostenuto dalla dottrina, costituisce l'elemento che differenzia il gruppo di società da altre forme di aggregazione di imprese, anche in forma societaria⁴.

Con la riforma del diritto societario sono state, quindi, introdotte nuove norme in materia di direzione e coordinamento, che hanno segnato significativi elementi di novità nell'ambito dei gruppi, specialmente in materia di responsabilizzazione della capogruppo nell'assunzione di decisioni aziendali di cui siano destinatarie le società sulle quali è esercitata l'attività di direzione e coordinamento. Attraverso gli artt. 2497 ss. cod. civ., il legislatore si è sottratto quasi appositamente alla necessità di offrire una, tanto richiesta, nozione di "gruppo". La stessa Relazione

³ Cfr. DI MAJO, *I gruppi di società. Responsabilità e profili concorsuali*, Milano, Giuffrè, 2012, 161 ss. ove ampi riferimenti alla dottrina tedesca. L'A., al fine di illustrare i diversi modi in cui il fenomeno dei gruppi di società è stato affrontato a livello comunitario, mette in evidenza anche le principali esperienze straniere e, in particolare, oltre a quella della Germania, quella della Francia e della Gran Bretagna; v. anche TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, Giuffrè, 2010, 7 ss., anche qui con ampi riferimenti alla legislazione, alla dottrina e alla giurisprudenza tedesca. Secondo l'A., in particolare, un punto di riferimento per il legislatore italiano, quantunque non accolto nel nostro ordinamento, che ha scelto di regolamentare in modo diverso il fenomeno del gruppo, si fonda, inoltre, sulla distinzione tra "gruppi di fatto" e "gruppi contrattuali", con i quali una società si sottopone al dominio altrui.

⁴ FOFFANI, *Le aggregazioni societarie di fronte al diritto penale: appunti sulle nozioni di "partecipazione rilevante", "collegamento", "controllo" e "gruppo"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, I, 121.

illustrativa al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 ha motivato la scelta per la quale, nell'attuare la delega, all'art. 2497 cod. civ. si è ritenuto opportuno non dare o richiamare alcuna nozione di gruppo o di controllo, *inter alia*, osservando che “qualunque nuova nozione si sarebbe dimostrata inadeguata all'incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica” e che “spetterà a dottrina e giurisprudenza individuare e costituire i principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria posti nel nuovo testo a tutela del bene “partecipazione”, e ovviamente, in concreto, dottrina e giurisprudenza non potranno non tener conto delle infinite variabili e dell'incessante evoluzione economica e operativa”.

L'impostazione che prevalse era quella che poneva alla base della disciplina il “fatto” dell'esercizio dell'attività di direzione unitaria di una società da parte di un diverso soggetto (società o ente) e prevedere, al contempo, una forma di responsabilità, sulla quale poggia l'intera disciplina, in capo a quest'ultimo, verso i soci di minoranza (i c.d. soci esterni⁵) e i creditori delle società figlie, in caso di “abuso” del potere di direzione unitaria⁶, ossia la circostanza che l'azione fosse riconducibile al perseguimento di un interesse imprenditoriale proprio o altrui e in

⁵ Cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, Giappichelli, 1996, 165, secondo la quale, poiché il socio o i soci titolari del potere di controllo sono lo stesso o gli stessi in tutte le società che appartengono al gruppo, i nostri soci esterni si può dire, non solo al controllo della singola società, ma anche al gruppo, in quanto sia identificato attraverso il socio di comando, comune a tutte le società: secondo l'espressione tedesca sono *Konzernfrei*.

⁶ Come è stato correttamente osservato: ciò che è abusivo è una direzione unitaria che non tenga conto delle esigenze delle singole componenti, che trasformi la direzione unitaria in direzione unica (così CARIELLO, *Bernardino Libonati e i gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, 4, 691).

violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale⁷, responsabilità peraltro estendibile agli altri soggetti concorrenti, ovvero beneficiari, dell'illecito, ai sensi del secondo comma dell'art. 2497 cod. civ.. I gruppi di società non sono stati quindi affrontati attraverso regole definitorie e di disciplina, ma indirettamente attraverso il versante della responsabilità⁸ riferito all'esercizio di un'attività di direzione unitaria⁹.

Il legislatore delegato sembra abbia, in ogni caso, agito in attuazione della l. 3 ottobre 2001, n. 366, contenente “delega al governo per la riforma del diritto societario”, la quale, all'art. 10, intitolato ai “gruppi”, quantunque tacesse sul profilo della responsabilità, riteneva che la riforma in materia di gruppi avrebbe dovuto ispirarsi a determinati principi e criteri direttivi, in primo luogo principi di trasparenza, tali da assicurare che l'attività di direzione e di coordinamento contemperasse adeguatamente l'interesse del gruppo, quello delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime¹⁰. Si richiedeva, pertanto, che le

⁷ Si è trattato, quindi, di una impostazione abbastanza lontana dall'idea di gruppo quale forma di organizzazione dell'impresa. L'idea di fondo era, infatti, quella di disciplinare il fenomeno dei gruppi solo riguardo al danno cagionato dal gruppo. La Relazione stessa parla di responsabilità *extracontrattuale* da fatto illecito (cfr. Relazione di accompagnamento alla riforma del diritto societario, in *La riforma del diritto societario, Lavori preparatori. Testi e materiali*, a cura di Vietti, Auletta, Lo Cascio, Tombari, Zoppini, Milano, Giuffrè, 2006).

⁸ La novella del 2003, tuttavia, non sembra aver inciso in maniera significativa sulla natura della responsabilità della direzione di attività di direzione e coordinamento. Sono, invero, tuttora contrapposte la tesi della natura contrattuale ed *extracontrattuale* di detta responsabilità, sul punto v. CONFALONIERI, *Art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da Cottino e altri, Bologna, Zanichelli, 2004, 2175 ss.

⁹ Come è stato sottolineato in dottrina (v. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, Cedam, 2006, 189 ss.).

¹⁰ Occorre precisare che il principio di adeguato contemperamento degli interessi era già presente nella legislazione in materia di crisi d'impresa, basti pensare all'art. 80, d.lgs. 270 del 1999, di cui *infra*.

decisioni conseguenti ad una valutazione dell'interesse del gruppo fossero motivate; di prevedere forme di pubblicità dell'appartenenza al gruppo; di individuare i casi nei quali riconoscere adeguate forme di tutela al socio al momento dell'ingresso e dell'uscita della società dal gruppo¹¹.

¹¹ Nell'attuare la delega, il legislatore della riforma ha quindi inteso disciplinare il fenomeno del gruppo mediante l'introduzione di specifiche disposizioni normative e, quindi, ha regolato la responsabilità delle società o enti che esercitano attività di direzione e coordinamento (art. 2497 cod. civ.); il sistema di pubblicità delle società soggette all'altrui direzione e coordinamento (art. 2497 *bis* cod. civ.); l'obbligo di motivazione delle decisioni influenzate dall'attività di direzione e coordinamento (art. 2497 *ter* cod. civ.); le ipotesi di recesso riconosciuto al socio di una società soggetta ad attività di direzione e coordinamento (art. 2497 *quater* cod. civ.); i finanziamenti effettuati a favore della società sottoposta all'attività di direzione e coordinamento da parte di chi esercita tale attività, ovvero da altri soggetti ad essa sottoposti (art. 2497 *quinqües* cod. civ.); il sistema di tutela dei soci la cui società è soggetta ad attività di direzione e coordinamento di altra società sul terreno probatorio, ricorrendo al metodo della presunzione semplice (art. 2497 *sexies* cod. civ.); la direzione e il coordinamento di società esercitata sulla base di un contratto o di clausole statutarie (art. 2497 *septies* cod. civ.). Come sostenuto dalla dottrina, inoltre, il legislatore della riforma avrebbe disciplinato il gruppo, quantunque egli non utilizzi questa espressione, anche mediante l'introduzione nel Capo V del codice civile, relativo alla società per azioni, di specifiche disposizioni normative per l'ipotesi in cui una società faccia parte di un gruppo in posizione "dominante", ovvero "dipendente" e, quindi, attraverso il coordinamento con le disposizioni normative in tema di società per azioni quali: l'art. 2381, comma quinto, cod. civ., impone agli organi delegati di riferire al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate; l'art. 2399 cod. civ., che dà rilevanza a rapporti personali e professionali che possono verificarsi nell'ambito di un gruppo e che sono suscettibili di compromettere l'indipendenza del sindaco; l'art. 2403 *bis*, comma secondo, cod. civ., che consente ai sindaci di chiedere agli amministratori notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari, nonché di scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo e all'andamento generale dell'attività sociale; l'art. 2409, comma primo e ultimo, cod. civ., che consente la denuncia al tribunale anche quando le gravi irregolarità siano compiute dagli amministratori nella gestione di una o più società controllate; nonché l'art. 2391 *bis* cod. civ.; l'art. 150 t.u.f.; l'art. 151, primo e secondo comma, t.u.f.; l'art. 151 *bis*, primo e quarto comma, t.u.f.; l'art. 151 *ter*, primo e quarto comma, t.u.f.. Si tratta di disposizione che sono destinate a interagire con i principi

Si deve ritenere, quindi, che la *ratio* in forza della quale è stato introdotto l'art. 2497 cod. civ. è consistita nel concedere tutela ai soci esterni e ai creditori della società eterogestita nei confronti della società o ente capogruppo, in caso di svalorizzazione della partecipazione sociale, ovvero di insufficienza della garanzia patrimoniale generica, causate dall'abuso dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento. Ma, come sostenuto dalla dottrina, il gruppo oggi deve essere studiato e compreso non come un mero "fatto", bensì come una "nuova forma di organizzazione dell'impresa (prevalentemente) societaria", intendendo con questa locuzione una categoria giuridica che incide sul sistema delle competenze degli organi delle società del gruppo e rispetto alla quale il problema centrale è proprio quello del "governo"¹².

Non è questa la sede per entrare troppo nel merito del dibattito dottrinale in tema di gruppi societari (alla luce della – nuova – disciplina dell'attività di direzione e coordinamento) e controllo, è d'obbligo però fare alcune considerazioni, osservando, in primo luogo, che il gruppo di società, così come disciplinato dal legislatore della riforma del 2003, si

enunciati dagli artt. 2497 ss. cod. civ., costituendo i c.d. "frammenti di uno statuto organizzativo di una società per azioni dominante e dipendente". Secondo questa dottrina il legislatore della riforma del diritto societario avrebbe per la prima volta introdotto una disciplina del gruppo di imprese dotata di una qualche organicità (cfr. sul punto TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit, 6 ss.; ID, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. "di gruppo" tra disciplina legale e autonomia privata*, in *Riv. soc.*, 2009, 123 e, tra gli altri, ASSONIME, Circolare n. 44, 2006, in www.assonime.it; G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma della società*, a cura di Scognamiglio, Milano, Giuffrè, 2003, 188; PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Società*, 2002, 12, 1487; MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nelle s.r.l.*, Torino, Giappichelli, 2007).

¹² TOMBARI, *Il "Diritto dei Gruppi": primi bilanci e prospettive per il legislatore comunitario*, cit., 67 ss.

caratterizza rispetto al controllo, di cui all'art. 2359 cod. civ., per un *quid pluris*, costituito proprio dalla “direzione unitaria”, che si basa sul “principio dell’effettività”¹³. Un legame tra “controllo” e “gruppo” sicuramente può consistere nel fatto che quest’ultimo si realizza principalmente mediante l’assunzione di partecipazioni, invero, il controllo può essere una manifestazione del fenomeno economico del gruppo¹⁴.

Controllo e gruppo di società, tuttavia, sono fenomeni fra loro contigui, ma concettualmente differenti. Il controllo, peraltro, viene richiamato, quale base di una presunzione semplice di esercizio di attività di direzione e coordinamento, dall’art. 2497 *sexies* cod. civ., riconoscendolo anche quale titolo di legittimo esercizio, facoltativo e salvo prova contraria, di quel potere di direzione unitaria sancito all’art. 2497 cod. civ., a carico della società o dell’ente tenuto al consolidamento del bilancio o che comunque controlla un’altra società ai sensi dell’art. 2359 cod. civ.¹⁵.

¹³ v. Trib. Palermo 15 giugno 2011, in *Foro it.*, 2011, 3184, il quale espressamente ritiene che l’attività di direzione e coordinamento costituisce un *quid pluris* rispetto al mero esercizio del controllo, in quanto espressione di un potere di ingerenza più intenso, consistente nel flusso costante di istruzioni impartite dalla società controllante e trasposte all’interno delle decisioni assunte dagli organi della controllata; nonché Trib. Pescara 16 gennaio 2009, in *Società*, 2010, 683.

¹⁴ Cfr. sul punto v. anche MOLLO, MONTESANO, *Il controllo societario nel Testo unico della finanza. Problemi e prospettive di riforma*, in *Quaderni giuridici*, Giugno 2015, reperibile sul sito internet www.consob.it.

¹⁵ V. sul punto NOTARI, Sub art. 2359, in *Azioni: art. 2346-2362 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi e Notari, Milano, Egea-Giuffrè, 2008, 723 ss. e in part. 725, il quale osserva che si ha esercizio del controllo senza esercizio dell’attività di direzione e coordinamento ogni volta che la controllante si limita a esercitare le prerogative derivanti dalla partecipazione di maggioranza, astenendosi dall’impartire direttive all’organo amministrativo della controllata.

Anche prima della riforma societaria del 2003 per lo più si riteneva che il controllo potesse rappresentare una condizione necessaria, ma non sufficiente per aversi un gruppo, il quale, appunto, si riteneva fosse caratterizzato dall'ulteriore e imprescindibile presupposto consistente nell'esercizio da parte di una società capogruppo di un'effettiva funzione di indirizzo e coordinamento delle attività facenti capo alle diverse unità del gruppo e, quindi, da un collegamento qualitativamente diverso dal controllo e, pertanto, più incisivo¹⁶. Secondo la dottrina, inoltre, si può “dirigere e coordinare” l'attività di più società senza necessariamente disporre della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria, ovvero di voti sufficienti per esercitarvi un'influenza dominante¹⁷.

La “direzione unitaria”, cui si riferisce la norma in esame, nel silenzio della legge, si ritiene consista in un flusso costante di istruzioni

¹⁶ Cfr. prima della riforma nella nota sentenza Caltagirone, di cui *infra*, Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Il Fallimento*, 1990, 495, si riteneva che la direzione unitaria si differenziasse dal semplice controllo: in quanto quest'ultimo costituisce una situazione potenziale di esercizio di influenza dominante, mentre per l'esistenza del gruppo è necessario l'esercizio effettivo di detta potenzialità. Inoltre la direzione unitaria del gruppo, ancorché alla sua base vi sia il fenomeno del controllo, si evolve rispetto ad esso con una diversificazione qualitativa, se non altro perché il controllo è un fenomeno che può riguardare un'unica controllante e unica controllata, mentre la direzione unitaria del gruppo ha come caratteristica essenziale la pluralità delle controllate, coordinate dall'unica controllante in un'organizzazione imprenditoriale complessa (dal punto di vista economico); G. ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in AA.VV., *I gruppi di società*. Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18 novembre 1995, a cura di Balzarini, Carcano e Mucciarelli, Milano, Giuffrè, 1996, 24 ss., già prima della riforma del diritto societario poneva l'accento sul concetto “fattuale e concreto” di direzione unitaria, destinato a sostituire quello di controllo, un concetto ormai “formale e astratto” e che proprio perché diversamente modellato dal legislatore, a suo parere, era diventato una “metafora assopita”: “il concetto di controllo deve essere allora sostituito da quello di dominio, o ancora più correttamente da quello di direzione unitaria (sinonimo di dominio extrassembleare), che del dominio è la più concreta manifestazione”.

¹⁷ DI MAJO, *Il gruppi di società. Responsabilità e profili concorsuali*, cit., 19 ss.

che la società capogruppo impartisce alla società eterodiretta, a prescindere dalla presenza o meno di un controllo partecipativo. In particolare, trattandosi di attività di fatto, pur giuridicamente rilevante e generativa di responsabilità, essa non può che esplicarsi come influenza dominante sulle scelte e determinazioni gestorie degli amministratori della società eterodiretta, che ne sono i naturali referenti e destinatari, determinandone l'*an* e il *quomodo*¹⁸. È stato sostenuto, altresì, che l'art. 2497 cod. civ. si riferisce a un esercizio "attivo" di funzioni di direzione e coordinamento, all'interno di uno schema che prevede un'influenza altrettanto attiva sulla vita della società coordinata, consapevolmente esercitata dalla capogruppo¹⁹, per il perseguimento di un interesse di gruppo distinto, se così si può dire, da quello delle singole società eterodirette, di cui si parlerà nel prosieguo della presente trattazione.

Dall'art. 2497 cod. civ. si ricava, quindi, quello che viene definito come un potere di "alta amministrazione", consistente nella definizione

¹⁸ In tal senso Trib. Milano, 20 dicembre 2013, in www.giurisprudenzadelleimprese.it; v. anche BENEDETTI, *La responsabilità ex art. 2497 c.c. della banca e le soluzioni negoziali delle crisi di impresa*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, 2, 423; MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 321, secondo il quale per attività di direzione e coordinamento deve intendersi l'esercizio di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei a incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche e operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conclusione degli affari sociali.

¹⁹ cfr. Trib. Milano, 23 aprile 2008, in *Società*, 2009, 78 segg.; Trib. Milano, ord., 20 marzo 2014, in *Società*, 2014, 7, 883; in *Giur. it.*, 2015, 2, 403, con nota di MORINO, *La responsabilità della holding persona fisica: fisiologia o patologia?*, secondo il Tribunale l'attività di direzione e coordinamento si distingue dall'amministrazione di fatto della società, in quanto l'ente dirigente influenza o determina le scelte gestorie operate dagli amministratori della società eterodiretta, che si tradurranno in atti gestori rilevanti verso i terzi compiuti, in esecuzione delle direttive, dagli amministratori della società eterodiretta.

delle linee strategiche della società che detiene il potere di direzione unitaria su una o più società eterodirette ed è, quindi, legittimamente allocato nelle mani della società capogruppo, la quale deve esercitarlo nel rispetto “dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale” delle società dirette e coordinate²⁰. Come sostenuto in giurisprudenza, la

²⁰ Circa la definizione di “alta amministrazione” e sulla legittimità della direzione unitaria v. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., il quale sostiene, inoltre, che il riconoscimento della liceità dell’attività di direzione e coordinamento assume un importante valore organizzativo e, al riguardo, l’art. 2497 cod. civ. avrebbe una chiara funzione di “privilegio”, in quanto legittima la società capogruppo non solo a impartire direttive alle società figlie, ma anche di impartire loro delle direttive *prima facie* “pregiudizievoli”, purché sia tutelati gli interessi patrimoniali di quest’ultima mediante il meccanismo dei vantaggi compensativi, v. ID., *Poteri e doveri dell’organo amministrativo di una s.p.a. “di gruppo” tra disciplina legale e autonomia privata*, cit., 126; G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, cit., 202, secondo la quale poiché i canoni di comportamento imposti al soggetto controllante, e la tempo stesso i criteri alla stregua dei quali deve essere valutata la responsabilità, sono quelli tipici del gestore d’impresa, non dovrebbe considerarsi illegittima la pretesa di esercitare fino in fondo, appunto, i poteri e le prerogative propri del gestore, ingerendosi stabilmente nelle quotidiane scelte gestorie della controllata; MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, cit., 202, secondo il quale la previsione normativa di una responsabilità specifica a carico di chi è legittimato a esercitare l’attività di direzione e coordinamento consente di configurare in capo alla società capogruppo non già limitato a interventi episodici, bensì potenzialmente caratterizzabile da una continuità e complessità del tutto analoghe a quelle rintracciabili nell’attività gestoria posta in essere dagli amministratori; NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell’attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 sexies e 2497 septies cod. civ.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 996-997. Cfr. anche Trib. Milano 2 febbraio 2012, in *Società*, 2012, 7, 746, con nota di ERASMO BONAVERA, *Abuso nell’attività di direzione e coordinamento e violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*. In particolare, secondo il Tribunale l’attività di direzione e coordinamento è in sé stessa legittima. Dal che si desume che non esistono precondizioni o requisiti di legittimità, che siano previsti dalla norma in questione, la quale designa invece solo i limiti di quella liceità, cioè i casi in cui essa, in presenza di determinate circostanze, diviene illegittima: lesione della corretta gestione societaria e imprenditoriale della singola società del gruppo. Pertanto, dalla previsione dell’art. 2497 cod. civ. è possibile desumere la liceità di ogni operazione

valutazione circa la legittimità dell'attività di direzione e coordinamento esercitata dalla *holding* non dipende dall'uso che questa faccia dei vantaggi ottenuti attraverso il suo esercizio, ma dalle modalità con cui sono ottenuti quei vantaggi (se in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale) e dall'evenienza che, in caso di scorretto esercizio di quell'attività, ne siano derivati danni alla controllata²¹.

Le società dominate, inoltre, sono tenute a eseguire le direttive che non contrastano con i propri principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, in una prospettiva di tutela dei soci di minoranza e dei creditori della società dipendente medesima. In tale prospettiva si deve leggere l'art. 2497 *ter* cod. civ., ai sensi del quale incombe sugli organi delle società soggette a direzione e coordinamento un obbligo di motivazione, allorché le decisioni della controllata siano "influenzate" dall'attività di direzione e coordinamento, la cui funzione dovrebbe essere quella di garantire la trasparenza nello svolgimento dell'attività delle

compiuta nell'esercizio di attività di direzione e coordinamento che sia economicamente neutra per la controllata, cioè o non dannosa o dannosa quando il danno sia compensato da vantaggi di gruppo o eliso da specifiche operazioni di segno opposto. Per una posizione diversa v. GUIZZI, *La Responsabilità della controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di Scognamiglio, Milano, Giuffrè, 2003, 211, il quale ritiene che l'esercizio del potere di direzione è assunto come mero fatto, risultando estranea al legislatore della riforma del 2003 qualsiasi preoccupazione di una preventiva qualificazione della stessa come lecita e/o doverosa.

²¹ Cfr. Trib. Milano, 2 febbraio 2012, cit. Anche prima della riforma del diritto societario, la dottrina riteneva che il rimedio più conforme a un equilibrato assetto degli interessi in gioco, nell'ambito delle aggregazioni societarie, fosse quello di imporre alla società, che per generali programmi di gruppo o per direttive di vertice, avesse tratto indebiti profitti, l'obbligo del ristoro del pregiudizio causato alla società controparte (PAVONE LA ROSA, *La responsabilità degli amministratori della controllante nella crisi del gruppo societario*, in *Riv. soc.*, 2002, 800).

stesse²². Gli amministratori delle società figlie, più precisamente, mantengono una pozione c.d. “di filtro”, nel senso che ove le direttive, le istruzioni e le decisioni promananti dagli organi gestori della capogruppo appaiano pregiudizievoli, essi sono tenuti a verificare l’adeguatezza delle misure compensative previste a loro favore, nonché la complessiva sostenibilità delle scelte d’impresa, assumendo, quindi, all’occorrenza, un atteggiamento di legittima “disobbedienza”²³. Questo perché la partecipazione a un gruppo di società non modifica i doveri incombenti sull’organo di gestione della società eterodiretta e quindi, se si tratta di s.p.a., quelli previsti in generale in capo agli amministratori dall’art. 2380

²² La norma in questione, dunque, confermando la legittimità dell’attività di direzione e coordinamento esercitata dalla società capogruppo, è una norma di tutela, una regola di correttezza procedimentale. Il legislatore, dunque, impone alla società controllata un obbligo di motivazione, laddove ravvisi un probabile “pericolo” per i soci e i creditori della stessa, derivante da decisioni influenzate dalla politica del gruppo a danno, se pur eventuale, dell’interesse “particolare” della società destinataria della direttiva. Essa, tuttavia, “impone un obbligo di trasparenza, piuttosto che un dovere di disattendere direttive non immediatamente coerenti con l’obiettivo della massima valorizzazione della società controllata”, cfr. sul punto G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, cit., 200.

²³ v. sul punto TOMBARI, *Poteri e doveri di una s.p.a. di gruppo tra disciplina legale e autonomia privata*, cit., 122 ss.; ID., *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 109 ss.; MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, in *Giur. comm.*, I, 2012, 72; Cass. 22 ottobre 2008 n. 39546, la quale in tema infedeltà patrimoniale, ha, tra l’altro, rilevato che l’introduzione nel nostro ordinamento dell’art. 2634, comma 3, cod. civ., non permette di affermare che la presenza di un gruppo societario legittimi per ciò solo qualsiasi condotta di asservimento di una società all’interesse delle altre società del gruppo. Anche dopo la riforma, infatti, l’autonomia soggettiva e patrimoniale che contraddistingue ogni singola società impone all’amministratore di perseguire prioritariamente l’interesse della specifica società a cui egli è preposto, non essendogli consentito di sacrificarlo in nome di un diverso interesse, anche se riconducibile a quello di chi è collocato al vertice del gruppo, e che non procurerebbe riflesso alcuno a favore dei terzi creditori dell’organismo impoverito; v. anche Cass. 27 maggio 2003, n. 23241, nonché Cass., 15 marzo 2007, n. 11019.

bis cod. civ.. Lo *status* di appartenenza a un gruppo di società modifica, piuttosto, il contesto nell'ambito del quale concretamente si svolge l'attività imprenditoriale della società amministrata, al quale appartengono senz'altro anche le direttive della società capogruppo, delle quali occorre tener conto nell'esercizio della propria attività gestoria²⁴.

In linee generali, in quanto il tema sarà approfondito nel secondo capitolo, con maggiore riguardo, ai fini della presente indagine, alla crisi di una o più società del gruppo, la gestione del gruppo si ritiene possa esplicarsi, ad esempio, in direttive, piani, decisioni, istruzioni, interventi, anche informali, impartiti alle società dirette e coordinate e deve svolgersi nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, a tutela della salvaguardia del patrimonio, della redditività e dell'equilibrio finanziario delle singole società eterogestite²⁵. La società capogruppo deve essere in grado di individuare il punto di equilibrio tra l'interesse del gruppo e quello delle singole società partecipanti all'aggregazione. Inoltre, alla luce anche di quanto emerge dal riconoscimento della rilevanza dei c.d. vantaggi compensativi, la valutazione circa il corretto esercizio dell'attività di direzione e coordinamento dovrà essere condotta, non solo con riferimento a un'operazione isolatamente considerata, ma tenuto conto

²⁴ Cfr. sul punto ANGELICI, *Notarelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, 4, 382 ss., secondo il quale il concreto esercizio dell'attività di direzione e coordinamento può avvenire solo se e in quanto gli amministratori della società controllata si adeguano alle direttive della controllante, poiché si tratta di un dovere che si realizza sul piano del "fatto", non traducendosi nell'instaurazione di alcun rapporto obbligatorio e che si manifesta concretamente nel momento in cui la società controllata segue le direttive della controllante.

²⁵ Cfr. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppi di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 61 ss.; GUERRERA, *Gruppi di società, operazioni straordinarie e procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2005, 1, 16 ss.;

del risultato complessivo dell'attività gestoria di gruppo per la società soggetta a direzione e coordinamento²⁶.

2. Il gruppo nella legislazione speciale

Altri interventi di legislazione speciale che disciplinano il fenomeno del gruppo sono contenuti, inoltre: nelle norme per la tutela della concorrenza e del mercato, che nella definizione di controllo includono, *inter alia*, le circostanze di fatto e di diritto, in relazione alle quali si ha la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle attività di un'impresa (art. 7, l. 10 ottobre 1990, n. 287); nel d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, che, in materia di assicurazioni private, disciplina il c.d. gruppo assicurativo, identificato, ai fini della vigilanza, nell'attività di controllo, diretto o indiretto, esercitata sulle componenti del gruppo assicurativo dall'impresa di assicurazione o di riassicurazione italiana capogruppo, ovvero dall'impresa italiana di partecipazione assicurativa capogruppo, ovvero dall'impresa italiana di partecipazione finanziaria mista capogruppo di cui all'articolo 3, comma 2, del d.lgs. 30 maggio 2005, n. 142, di cui all'art. 82; nelle norme in materia di obbligo di redazione del bilancio consolidato, che mira a una rappresentazione della situazione economica e finanziaria del gruppo nel suo insieme, attraverso l'eliminazione delle operazioni intercorse fra le società a esso appartenenti. Il bilancio consolidato, infatti, deve essere redatto dalle società di capitali che controllano altre imprese e dalle società cooperative che controllano

²⁶ E' d'obbligo citare MONTALENTI, *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance*, Padova, Cedam, 1999; ID., *Operazioni intragruppo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 1999, 12, 2318, al quale si deve la paternità della teoria dei vantaggi compensativi, per l'approfondimento della quale v. *infra*..

società di capitali, ai sensi degli artt. 25 ss., d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127, nonché dalle società in nome collettivo e in accomandita semplice, qualora tutti i loro soci illimitatamente responsabili siano società di capitali, ai sensi dell'art. 111 *duodecies* disp. att. cod. civ., introdotto dopo la riforma del 2003²⁷; nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), che all'art. 11 individua i criteri volti a identificare il gruppo e prevede, all'art. 12, una vigilanza sul gruppo, da parte della Banca d'Italia, con l'obbligo della società capogruppo, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, di emanare disposizioni alle componenti del gruppo per l'esecuzione delle disposizioni emanate dalla stessa Banca d'Italia.

Per quanto concerne le procedure concorsuali, è nella disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese che la rilevanza del gruppo è, invece, espressamente riconosciuta.

Essa nel definire le "imprese del gruppo" pone l'accento sul controllo diretto o indiretto e sulla direzione comune in assenza di controllo. Si rintraccia, infatti, una delle prime, più complete e significative definizioni di gruppo già nella c.d. legge Prodi risalente al 1979²⁸ e ancora

²⁷ Si rammenta, inoltre, che l'art. 2497 *sexies* cod. civ. prevede che, salvo prova contraria, si presume che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuta al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla, ai sensi dell'art. 2359 cod. civ., il quale, com'è noto, stabilisce quando sussiste il controllo, interno – di diritto e di fatto - ed esterno, e il collegamento tra società, in merito ai quali si rinvia *infra*. Il termine "gruppo", inoltre, viene espressamente utilizzato, sia nelle norme penali societarie (artt. 2621, 2622, 2634 cod. civ.), sia nella disciplina delle società cooperative (art. 2545 *septies* cod. civ.).

²⁸ Come sostenuto da Bernardino Libonati più di trent'anni fa, con la legge sulla amministrazione straordinaria delle grandi imprese (d.l. 30 gennaio 1979, n. 26 convertito con modifiche nella legge 3 aprile 1979, n. 95) il "gruppo" entra nelle discipline dirette a regolare la crisi di impresa e assume rilevanza autonoma e qualificante in ordine all'applicazione di determinate norme (cfr. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze,

oggi nella c.d. legge Prodi *bis* (d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270), che l'ha sostituita, nonché nelle sue varianti speciali occasionate dalle vicende Parmalat (d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito con la l. 18 febbraio 2004, n. 39) e Alitalia, in seguito alla quale, nel 2008 (d.l. 28 agosto 2008, n. 134, convertito con la l. 27 ottobre 2008, n. 166) sono state apportate ulteriori integrazioni. La legge in questione contiene una disciplina di trattamento unitario del gruppo insolvente, laddove, in particolare, l'art. 80 prevede che se la società facente parte di un gruppo viene dichiarata insolvente e viene ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria (c.d. procedura madre²⁹), alla stessa procedura possono essere ammesse le altre imprese del gruppo che si trovano in stato di insolvenza, indipendentemente dalla sussistenza dei requisiti necessari previsti all'art. 2, purché presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali, ovvero qualora risulti opportuna la gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del gruppo. Nel gruppo di imprese, ai sensi dell'art. 80 della legge sull'amministrazione straordinaria, sono, pertanto, comprese tutte le imprese controllanti l'impresa sottoposta alla procedura madre e le imprese da questa controllate, nonché quelle che risultano soggette a una direzione comune, tanto da risultare sufficiente, per la nozione di gruppo, a differenza dell'art. 2497 cod. civ., che sussista uno dei due elementi e, quindi, che vi sia controllo, ovvero direzione comune.

Nardini Editore, 1981, 7). Cfr. anche il commento di PAVONE LA ROSA, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2001, 5, 557 ss.

²⁹ La c.d. procedura madre è quella che viene aperta per prima, a prescindere che sia la società capogruppo, ovvero altra società satellite (cfr. MAFFEI ALBERTI, *Sub Art. 80*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, Cedam, 2009, 1577).

L'art. 90 della legge sull'amministrazione straordinaria prevede, inoltre, la responsabilità diretta degli amministratori della società capogruppo, i quali risponderanno in solido con gli amministratori della società dichiarata insolvente dei danni da questi cagionati alla società stessa nell'esercizio della direzione unitaria. Anche questa norma, al pari del disposto di cui all'art. 2497 cod. civ., individua la responsabilità non già nell'esercizio della direzione unitaria, di per sé lecito, bensì nel suo abuso posto in essere dagli amministratori della *holding* per aver imposto direttive e istruzioni a danno della singola società del gruppo.

Altre ipotesi di trattamento unitario del gruppo insolvente o in crisi si trovano in altre norme della legislazione speciale: sono i casi di liquidazione coatta amministrativa delle società fiduciarie o di revisione (art. 2, d.l. 5 giugno 1986, n. 233, convertito con la l. 1 agosto 1986, n. 430), nei quali le società appartenenti al gruppo, la cui insolvenza sia stata accertata giudizialmente, sono assoggettate alla medesima disciplina prevista per la capogruppo insolvente; nonché nelle norme della crisi dei gruppi creditizi (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385), che prevedono un trattamento unitario di gruppo nel caso in cui la società capogruppo sia sottoposta ad amministrazione straordinaria o a liquidazione coatta amministrativa. L'art. 60 t.u.b., inoltre, detta gli elementi di identificazione della composizione del gruppo bancario e l'art. 61 t.u.b. individua espressamente una nozione di capogruppo.

La disciplina dei gruppi di società ha rappresentato, inoltre, anche se in sordina, un punto di riferimento nell'*Action Plan*³⁰ del 12 dicembre

³⁰ Comunicazione della Commissione europea, Strasburgo, 12 dicembre 2012, COM (2012) 740 *final*: Piano d'azione: diritto europeo delle società e governo societario – una disciplina giuridica moderna a favore di azionisti più impegnati e società sostenibili.

2012 (e prima ancora nel *Reflection group* del 2011³¹) nel quale era prevista un’iniziativa, da proporre da parte della Commissione nel 2014, finalizzata a un miglioramento delle informazioni sui gruppi e il riconoscimento del concetto di “interesse di gruppo”³².

3. Il silenzio del fenomeno del gruppo nella nuova legge fallimentare

La legge fallimentare riformata³³, invece, nonostante l’introduzione da parte del legislatore, con la riforma organica delle società di capitali del

³¹ *Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law*, 5 aprile 2011, è pubblicato in *Riv. dir. soc.*, 2011, 751.

³² Cfr. MARCHETTI, *Il nuovo Action Plan in materia societaria e di corporate governance*, in *Riv. soc.*, 2013, 1, 225 e in part. 228 riportante la traduzione in italiano dell’*Action Plan*. A livello comunitario, occorre, inoltre, ricordare che a seguito della proposta di modifica al Regolamento n. 1346 del 29 maggio 2000 sull’insolvenza transfrontaliera, approvata dalla Commissione Europea in data 12 dicembre 2012, è stata adottata in data 12 marzo 2014 la Raccomandazione n. 135 “sul nuovo approccio al fallimento delle imprese e all’insolvenza”, che ha il “duplice obiettivo di incoraggiare gli Stati membri a istituire un quadro giuridico che consenta la ristrutturazione efficace delle imprese sane in difficoltà finanziaria e di dare una seconda opportunità agli imprenditori onesti, promuovendo l’imprenditoria, gli investimenti e l’occupazione e contribuendo a ridurre gli ostacoli al buon funzionamento del mercato interno”, attraverso la realizzare di un’armonizzazione tra le varie discipline fallimentari degli Stati nazionali (il testo della Raccomandazione è reperibile in *Fallimento*, 2014, 4, 393 con commento di MACRÌ, *Un commento a prima lettura*).

³³ Il R.D. 16 marzo 1942, n. 267 è stato riformato in quattro tempi attraverso: *i*) il d.l. 14 marzo 2005, n. 35 convertito dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 che ha dettato i criteri di delega per la riforma del 2006; *ii*) il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, che ha innovato la disciplina del fallimento e ha eliminato l’amministrazione controllata; *iii*) il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, con il quale sono state apportate correzioni alle precedenti riforme; *iv*) il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito nella l. 7 agosto 2012, n. 134, che ha modificato la disciplina del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Si rammenta, inoltre, che anche l’ordinamento tedesco, che ha una compiuta disciplina in materia di gruppi di società sul piano del diritto societario, non ha provveduto a regolamentare le situazioni di crisi che coinvolgono i gruppi. Solo di recente

2003 (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6), della disciplina generale dell'attività di direzione e coordinamento con gli artt. 2497 ss. cod. civ., se ne è disinteressata e continua a trascurare l'ipotesi dell'appartenenza della società fallibile o dichiarata fallita a un gruppo³⁴. Ciò malgrado nello schema di disegno di legge, approvato dalla prima Commissione Ministeriale Trevisanato per la riforma delle procedure concorsuali, recante "Delega al Governo per la riforma organica della disciplina della crisi d'impresa e dell'insolvenza", veniva espressamente disciplinata la "Crisi e l'insolvenza nei gruppi", sulla quale il consenso era diffuso.

Nel testo approvato dalla maggioranza si leggeva che "la disciplina dell'insolvenza nei gruppi di imprese è volta a garantire il coordinamento dei procedimenti e a tendere all'uniformità del trattamento dei creditori nell'ambito del gruppo", analogamente nel testo della "Proposta alternativa", espressa dalla minoranza della Commissione, si leggeva che "la disciplina della crisi e dell'insolvenza nei gruppi di imprese è volta a garantire il coordinamento delle procedure in vista del miglior perseguimento delle finalità delle procedure medesime e della tutela dei creditori nell'ambito del gruppo".

I criteri direttivi che avrebbero dovuto regolare la crisi e l'insolvenza nei gruppi erano poi i medesimi e riguardavano: l'individuazione del gruppo di imprese e delle imprese, anche non societarie, appartenenti al gruppo secondo le disposizioni previste dall'art. 80 della legge sull'amministrazione straordinaria; la competenza del

è iniziato un *iter* legislativo, con il quale si vorrebbe colmare questa lacuna. Si tratta della presentazione da parte del *Bundesministeriums der Justiz*, in data 3 gennaio 2013, di un *Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen*.

³⁴ Sul punto v. D'ORAZIO, *Il fallimento delle società*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di Bonfatti e Panzani, Milano, Ipsoa, 2008, 633.

tribunale in caso di dichiarazione dell'insolvenza o di accesso alla procedura di composizione concordata della crisi anche del soggetto che esercita la direzione e il coordinamento, che veniva individuata nel luogo in cui ha sede la capogruppo; la preposizione alle procedure degli stessi organi gestori e di controllo, nonché la possibile integrazione del consiglio dei creditori, salva, in ogni caso, l'autonomia delle singole masse attive e passive; l'individuazione delle regole di coordinamento fra le singole procedure in caso di dichiarazione dell'insolvenza o di accesso alla procedura di composizione concordata della crisi di due o più imprese appartenenti al gruppo. Il testo approvato dalla maggioranza proponeva un ulteriore criterio direttivo consistente nella necessità di individuare una disciplina, anche in deroga al codice civile, relativa alla responsabilità del soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento, nonché dei suoi amministratori e organi di controllo, per abuso di direzione unitaria e per abuso della personalità giuridica delle società appartenenti al gruppo in conformità alle discipline previste nell'art. 90 del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 e nell'art.2497 cod. civ.³⁵.

In assenza, quindi, di disposizioni specifiche dettate in caso di fallimento di una società appartenente a un gruppo, la verifica della fallibilità delle singole società continua a essere effettuata autonomamente e senza considerare l'ipotesi che altre società del gruppo, che si trovano in stato di crisi o insolvenza, possano essere assoggettate alla medesima procedura, quand'anche risulti opportuno, al fine di assicurare una più efficace tutela patrimoniale alle società figlie e, in particolare, ai loro creditori, una gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del gruppo,

³⁵ Entrambi gli schemi di legge delega sono pubblicati in *Fallimento*, 2003, I, 2064 ss.

soprattutto se si considera che spesso è proprio la politica unitaria del gruppo a determinare il dissesto e l'insolvenza delle singole società a esso appartenenti. Anche, per fare un esempio, le *Linee guida per il finanziamento alle imprese in crisi*, elaborate dall'Università di Firenze, Assonime e Cndcec³⁶, affrontano la tematica del risanamento delle aziende appartenenti a un'aggregazione e i vari strumenti di soluzione della crisi e sottolineano, in primo luogo, che essendo molto probabile che la crisi di un'impresa del gruppo coinvolga altre entità allo stesso appartenenti, anche in assenza di una disciplina nella legge fallimentare, sarebbe opportuno che la strategia di risanamento debba, invece, coinvolgere l'intero gruppo.

Tali *Linee guida* delineano un principio importante, secondo cui non sono ravvisabili ragioni ostative alla redazione di un unico documento che comprenda gli strumenti (piano di risanamento, accordo di ristrutturazione, concordato preventivo) che ciascuna società ha deciso di adottare, al fine di garantire un coordinamento delle singole procedure e tendere all'uniformità del trattamento dei creditori nell'ambito del gruppo, fermo restando: l'autonomia giuridica di ciascuna società e la conseguente necessità di tenere distinti i relativi patrimoni, che impone a ciascuna società di predisporre il proprio strumento di risanamento, ciascuno dei quali deve ricevere una autonoma attestazione da parte del professionista.

Il diritto fallimentare, pertanto, anche in seguito alle recenti riforme legislative, non riconoscendo l'esigenza di introdurre una disciplina

³⁶ La seconda edizione 2015 del documento è consultabile sul sito www.cndcec.it. L'elaborazione delle *Linee-Guida* è stata resa possibile dal contributo ricevuto dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca nell'ambito del progetto PRIN 2005 "Modelli innovativi nella finanza delle piccole e medie imprese", responsabile dell'unità di ricerca presso l'Università degli Studi di Firenze Prof. Stanghellini, componenti dell'unità Prof. Moliterni, Prof. D'Angelo, Dott.ssa Turelli, Dott. Zorzi, Avv. Paratore, Avv. Ariani e Dott. Giani.

specifica per il gruppo e, quindi, l'opportunità di una gestione unitaria della crisi, perpetua una lacuna della legislazione concorsuale, criticata peraltro in dottrina, che si riflette negativamente sulla gestione della crisi di un gruppo di società³⁷.

Da un lato quindi il nostro codice civile, nella parte dedicata al diritto delle società, si occupa dei gruppi senza fornirne, salvo quanto si dirà alla conclusione di questa indagine, una disciplina unitaria e organica, né, tantomeno, una sua espressa definizione, dall'altro le stesse nozioni che regolano la crisi d'impresa riguardano il singolo imprenditore anche nella sua forma societaria e non l'impresa di gruppo³⁸.

Ci si trova, dunque, ancora di fronte all'alternativa tra una rigida applicazione della normativa concorsuale a ciascuna società individualmente considerata, indipendentemente dal fatto che sia inserita in un contesto di "gruppo", e la ricerca di soluzioni in grado di coniugare il rispetto del principio dell'autonomia, giuridica e patrimoniale, che le singole società appartenenti a un gruppo in parte conservano, con l'unicità gestionale del gruppo stesso.

Il fenomeno dei gruppi di società, infatti, viene dalla dottrina qualificato come un'aggregazione di imprese societarie formalmente autonome e indipendenti l'una dall'altra, ma assoggettate tutte a una

³⁷ GUERRERA, *Soluzioni concordatarie della crisi e riorganizzazioni societarie*, in *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, a cura di Di Marzio e Macario, Milano, Giuffrè, 2010, 575; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, Giuffrè, 2007; PORTALE, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, I, 368.

³⁸ Sul tema cfr. FAUCEGLIA, ROCCO DI TORREPADULA, *Diritto dell'impresa in crisi*, Bologna, Zanichelli, 2010. Il tema è approfondito anche da PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, Milano, Giuffrè, 2010, 35 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2008, 6, 1091.

direzione unitaria; tutte le società al gruppo appartenenti sono sotto l'influenza dominante di un'unica società (società capogruppo o società madre), che direttamente o indirettamente controlla e dirige la loro attività d'impresa, secondo un disegno unitario, per il perseguimento di uno scopo unitario e comune a tutte le società del gruppo (c.d. interesse di gruppo).

Da questa considerazione nasce la tradizionale affermazione, secondo la quale nei gruppi ad un'unica impresa sotto il profilo economico corrispondono più imprese sotto il profilo giuridico, tante quante sono le società facenti parte del gruppo³⁹.

In tema di crisi e insolvenza, la ricostruzione giurisprudenziale prevalente è inequivocabile ed è nel senso di escludere che lo stato patrimoniale e finanziario del gruppo sia rilevante ai fini di ritenere sussistente, ovvero di escludere, lo stato di insolvenza di una singola società appartenente al gruppo stesso, che deve essere riferito esclusivamente alla situazione economica della medesima.

La giurisprudenza di legittimità, in particolare, afferma come le disposizioni introdotte dal legislatore della riforma del 2003 recepiscono il concetto di autonomia dell'unità del gruppo sul solo piano della responsabilità dell'ente che ne esercita il coordinamento ed esplica la direzione delle società in esso aggregate, sul regime pubblicitario e sul funzionamento del gruppo stesso, sanzionando nel suo ambito l'abuso di tale attività, ma, al di fuori del caso d'illecita gestione societaria, non hanno creato un autonomo centro d'imputazione, né un unico soggetto di diritto in cui si annullerebbero, convergendo in esso le dinamiche economiche, anche le singole entità giuridiche. Prevale, pertanto, una

³⁹ In questo senso espressamente CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, Utet, 2010, 289.

valutazione atomistica della situazione economico-patrimoniale della società che fa parte di un gruppo, in relazione alla quale si afferma che anche in presenza di società integralmente controllate non può essere superata l'autonomia patrimoniale e la distinta personalità giuridica delle società appartenenti al gruppo, le quali rispondono con il proprio patrimonio soltanto dei propri debiti⁴⁰.

La Suprema Corte ha, inoltre, negato che le regole dettate per l'amministrazione straordinaria siano estendibili a ipotesi non contemplate

⁴⁰ Sul principio della distinta soggettività e formale indipendenza giuridica del gruppo v. dopo le intervenute riforme: Cass. 21 aprile 2011, n. 9260, in *Fallimento*, 2011, 10, 1163, con nota di SALVATO, *Accertamento dell'insolvenza di società di capitali facente parte di un "gruppo"*, che sottolinea come anche dopo la riforma della disciplina delle società di capitali e della legge fallimentare, ciascuna delle società facenti parte di uno stesso gruppo conserva la propria personalità giuridica e risponde soltanto dei propri debiti (richiamando l'orientamento, consolidato e da essa pienamente condiviso, ribadito da Cass. 18 novembre 2010, n. 23344, in *Fallimento*, 2011, 5, 565, con nota di SIGNORELLI, *Società di fatto, holding e fallimento*, che ha avuto ad oggetto una fattispecie governata dalle norme anteriori alle riforme realizzate alla metà del decorso decennio, secondo la quale, al fine della dichiarazione di fallimento di una società, l'accertamento dello stato di insolvenza deve essere effettuato con esclusivo riferimento alla situazione economica della società medesima, anche quando essa sia inserita in un gruppo, cioè in una pluralità di società collegate o controllate da un'unica società *holding*, giacché, nonostante tale collegamento o controllo, ciascuna di dette società conserva distinta la propria personalità giuridica e autonoma qualità d'imprenditore. Essa a sua volta richiama, tra le altre, Cass. n. 4550 del 1992; Cass. n. 9704 del 1990 e Cass. n. 795 del 1989); v. anche Cass. pen. 25 gennaio 2012, n. 10791, in *Pluris*; Cass. 14 ottobre 2010, n. 21250; Cass. 17 aprile 2007, n. 9143, in *Fallimento*, 5, 2008, 559 con nota di BLATTI, *La revocabilità dei pagamenti infragruppo e l'autonomia delle società controllate.*; v. anche Cass. 16 luglio 1992, n. 8656, in *Dir. fall.*, 1993, II, 381; nello stesso senso cfr. Cass. 26 giugno 1992, n. 8012, in *Soc.e fall.*, 1992, 1026; Cass. 14 aprile 1992, n. 4550, in *Dir. fall.*, 1993, II, 313; Cass. 25 settembre 1990, n. 9704, in *Soc. e fall*, 1991, 265; Cass. 2 luglio 1990, n. 6769, in *Dir. fall.*, 1991, II, 47; Cass. 17 marzo 1989, n. 1320, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1047; Cass. 8 febbraio 1989, n. 795, in *Foro it.*, 1989, I, 3454; Trib. Roma 10 novembre 1981, in *Dir. fall.*, 1982, II, 193.

dalla legge speciale⁴¹. Pertanto, anche qualora la politica unitaria del gruppo abbia determinato il dissesto e l'insolvenza delle società dominate, il fallimento di quest'ultime non potrebbe estendersi *tout court* alla società capogruppo.

Con riguardo, in particolare, alla fase di istruttoria prefallimentare concernente più imprese facenti parte del medesimo gruppo, si è sostenuto che l'appartenenza a esso possa essere significativa solo nella prospettiva di acquisire maggiori notizie sulla solvibilità della singola impresa⁴².

L'unitarietà di gestione, economica e finanziaria, del gruppo, inoltre, rilevarebbe, secondo la giurisprudenza, sul piano concorsuale solo se la riorganizzazione delle imprese a esso appartenenti, quale che sia l'attività esercitata da quella risultata insolvente, si espliciti in iniziative di ripristino della condizione di liquidità, riferita non già al gruppo considerato quale entità a sé stante ma alla singola impresa che in quel gruppo è inserita⁴³.

Il panorama muta laddove tutte le società del gruppo siano insolventi. In questa ipotesi, sarebbe opportuno che il legislatore considerasse misure atte a superare la visione atomistica della legge fallimentare.

⁴¹ Cass. 8 febbraio 1989, n. 795, in *Fallimento*, 1989, 609; Cass. 2 luglio 1990, n. 6769, in *Dir. fall.*, 1990, 1349, che escludevano l'applicazione in via analogica degli artt. 3 e 4 della allora legge n. 95/1979 (c.d. Legge Prodi) alla fattispecie del fallimento.

⁴² FABIANI, *Il gruppo di imprese nel fallimento e nelle procedure concorsuali minori*, in *Fallimento*, 1995, 5, 487.

⁴³ Cfr. Cass. 21 aprile 2011, n. 9260, sopra citata, la quale precisa inoltre che il Tribunale fallimentare deve tener conto del collegamento economico e finanziario tra le società, e deve quindi verificare se le operazioni in cui esso si esprime e realizza si siano trasfuse in concrete iniziative di sostegno finanziario della capogruppo e, soprattutto, se esse siano state effettivamente idonee a procurare il risanamento della società controllata o eterodiretta di cui sia emersa l'insolvenza, in termini di recupero della sua solvibilità.

4. (Segue) Frammenti di disciplina nella legge fallimentare

Frammenti di disciplina del gruppo di società nella legge fallimentare si possono rintracciare, in tema di concordato fallimentare, nell'art. 124, comma 1, l. fall., che in merito alla relativa proposta richiama espressamente - con riferimento alla presentazione della proposta da parte del fallito, dopo il decorso di un anno dalla dichiarazione di fallimento e purché non siano decorsi due anni dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo - la “società cui egli partecipi” e le “società sottoposte a comune controllo”; nell'art. 127, comma 6, l. fall., il quale nell'escludere dal voto e dal computo delle maggioranze necessarie ai fini dell'approvazione della proposta concordataria si riferisce anche alle società appartenenti al medesimo gruppo di quella fallita. Si è discusso se questa regola sia estendibile anche al concordato preventivo. La giurisprudenza sul punto ha statuito che la disposizione di cui all'art. 127, comma 6, l. fall., che esclude dal voto e dal computo delle maggioranze le società controllanti, quelle controllate e quelle soggette al comune controllo, ha carattere eccezionale e non è quindi applicabile al voto espresso nel procedimento per concordato preventivo⁴⁴; un ulteriore riferimento potrebbe essere, in tema di concordato preventivo, anche l'art. 160, comma 1, lett. b), l. fall., nella parte in cui prevede che l'imprenditore, che si trova in stato di crisi, possa proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che, *inter alia*, può prevedere: l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato a un assuntore e la possibilità che si costituiscano come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate, ovvero da costituire nel corso della procedura. Sulla scorta del

⁴⁴ Cfr. Trib. Reggio Emilia, 1 marzo 2007, in *www.ilcaso.it*; v. sul punto anche G. SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, cit., 1100.

suddetto dato testuale è stato sostenuto che la proposta di concordato può anche essere avanzata congiuntamente da più soggetti in stato di crisi e, più precisamente, da più imprese facenti parte del medesimo gruppo, ferma restando l'autonomia e la separazione dei patrimoni delle singole società proponenti. Sul punto è sorto un dibattito in dottrina che sarà approfondito nel corso della presente indagine⁴⁵.

Ritroviamo altre “tracce” di disciplina anche nella recente apertura rappresentata dalla modifica, con il c.d. Decreto sviluppo (d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 134) dell'art. 182 *quater*, comma 3, l. fall., in tema di prededucibilità, nei limiti dell'ottanta per cento del loro ammontare, dei crediti derivanti da finanziamenti effettuati a favore della società in stato di crisi da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altre società a essa sottoposte, in esecuzione di un concordato preventivo, ai sensi degli artt. 160 ss. l. fall., ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, ai sensi dell'art. 182 *bis* cod. civ.; nonché dei crediti derivanti da finanziamenti infragruppo erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti⁴⁶.

⁴⁵ Cfr. SANDULLI, *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Sandulli e Nigro, Torino, Giappichelli, 2006, 537; SANTONI, *Contenuto del piano di concordato e modalità di soddisfacimento dei creditori*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2006, 1, 517; DI MAJO, *I gruppi di imprese nel concordato preventivo e nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, in www.orizzontideldirittocommerciale.it, 2013; GARCEA, *La rilevanza del gruppo nelle gestioni negoziate della crisi di impresa*, in *Riv. soc.*, 2012, 5, 943 ss.; in senso contrario LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, Ipsoa, 2007, 947. Per gli ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali v. G. SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, cit..

⁴⁶ Si rammenta, inoltre, che l'art. 182 *quinquies* l. fall. prevede la possibilità per il debitore che presenta una domanda di ammissione al concordato preventivo, ai sensi

Questa disciplina determina una deroga all'art. 2497 *quinquies* cod. civ., e, quindi, alla regola della postergazione prevista anche per le s.r.l., ai sensi dell'art. 2467 cod. civ., espressamente richiamata dalla norma codicistica riferita ai finanziamenti nell'attività di direzione e coordinamento.

Per il resto, oggi come ieri, non è possibile rintracciare nella legge fallimentare un riferimento normativo che riservi unicamente all'insolvenza o alla crisi di una società del gruppo un trattamento diverso da quello riservato a una società monade.

5. La responsabilità illimitata derivante dall'art. 147 l. fall.

Un ulteriore, ma indiretto, frammento di disciplina sembrerebbe, inoltre, offerto dal novellato art. 147 l. fall.⁴⁷, il quale espressamente prevede, in caso di fallimento di una società in nome collettivo, in accomandita semplice, ovvero in accomandita per azioni, il fallimento, per estensione, dei soci (palesi e occulti, la cui esistenza venga solo successivamente scoperta), anche se non persone fisiche, illimitatamente responsabili, indipendentemente dalla loro situazione patrimoniale, i quali risponderanno verso i creditori concorsuali della società di persone, ovvero della società in accomandita per azioni, dichiarata fallita, con tutto il loro patrimonio.

dell'art. 161 l. fall., o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, ai sensi dell'art. 182 *bis*, comma 1, l. fall., o una proposta di accordo, ai sensi dell'art. 182 *bis*, comma 6, cod. civ., di chiedere al Tribunale di essere autorizzato a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'art. 111 l. fall.. Ma in questo contesto normativo nulla si prevede in merito ai finanziamenti infragruppo, v. *infra*.

⁴⁷ L'art. 147 l. fall. è stato modificato dall'art. 131, d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5.

Come noto, a seguito della riforma del diritto societario del 2003, sono stati dissipati i dubbi in ordine alla possibilità per le società di capitali di partecipare a società di persone, mediante la modifica dell'art. 2361 cod. civ., che prevede appunto la possibilità per la società per azioni, di partecipare ad altre imprese in qualità di soci illimitatamente responsabili.

Regola, quest'ultima, che, quantunque dettata in tema di società per azioni, si ritiene applicabile anche alle società a responsabilità limitata in virtù dell'espresso riferimento contenuto nell'art. 111 *duodecies* disp. att. cod. civ.⁴⁸.

Si evince pertanto come, sulla base di tale sistema legislativo, il nostro ordinamento ritiene ammissibile, da un lato che società di persone siano partecipate anche eventualmente soltanto da società di capitali e, dall'altro lato, la fallibilità di tali società di capitali, ove siano socie di società di persone e, quindi, socie con responsabilità illimitata, in precedenza assolutamente negato dalla giurisprudenza di legittimità⁴⁹.

⁴⁸ Tuttavia, in dottrina si è ritenuto che, a differenza delle s.p.a., in assenza di prescrizioni normative per le società a responsabilità limitata, l'assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle stesse, rappresenta un atto gestorio proprio degli amministratori, non rimesso alla competenza dei soci ai sensi dell'art. 2479, secondo comma, n. 5 cod. civ. (v. FIMMANÒ, *Il fallimento della super-società di fatto*, in *Fallimento*, 2009, 1, 94). Al contrario, è stato, altresì, osservato, che in ogni caso sono riservate alla competenza dei soci di società a responsabilità limitata le decisioni di compiere operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci, quale potrebbe essere la partecipazione in oggetto CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Tratt. di dir. comm.*, diretto da Cottino, Padova, Cedam, 2007, 298 ss.).

⁴⁹ v. Cass., Sez. un., 19 novembre 1981, n. 6151, in *Foro it.*, 1982, I, 2897; Cass., Sez. un., 17 ottobre 1988, n. 5636, in *Giur. comm.*, 1989, II, 708.

Alla luce, quindi, del mutato contesto normativo, anche con l'introduzione dell'art. 2497 cod. civ., è riemersa⁵⁰ nelle elaborazioni giurisprudenziali la teoria del fallimento della supersocietà di fatto, ossia della società di fatto tra una o più persone fisiche, ovvero società di persone, e una o più società di capitali, costituite al solo scopo di interporre tra sé e i terzi lo schermo della responsabilità limitata.

Al riguardo, si è posto, tra gli altri, il problema se ammettere l'esistenza di una mera società di fatto fra società, di persone o di capitali, e persone fisiche, ovvero se non si possa prescindere dall'osservanza dell'art. 2361, comma 2, cod. civ., che legittima la partecipazione di una società per azioni in una società di persone solo previa deliberazione dell'assemblea e successiva enunciazione specifica, da parte degli amministratori, della relativa partecipazione nella nota integrativa del bilancio. Il primo adempimento sarebbe posto a tutela dei soci, ai quali è riconosciuto il diritto di poter decidere se effettuare un investimento che sottrae la porzione di patrimonio societario investita nella partecipazione alle regole che disciplinano l'amministrazione e la formazione del bilancio delle società di capitali; il secondo sarebbe, invece, posto a tutela dei creditori, affinché gli stessi possano monitorare le effettive condizioni di rischio e di affidabilità dell'impresa, inevitabilmente influenzate dalle condizioni della società di persone partecipata.

Non è questa la sede per approfondire in modo accurato l'argomento, ma la configurabilità di una tale società di fatto non può non coinvolgere anche il fenomeno dei gruppi di società. Essa, invero, potrebbe rilevare come mezzo per coinvolgere nel fallimento di una data società,

⁵⁰ La teoria della fallibilità della "supersocietà" è stata elaborata negli anni '50, tra gli altri, da ASCARELLI, *Saggi di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1955, 256.

altre società appartenenti alla medesima aggregazione, nonché le eventuali persone fisiche che abbiano di fatto esercitato la direzione unitaria⁵¹. Si ritiene opportuno, pertanto, senza pretesa di completezza, ai fini della nostra indagine, soffermarsi sul tema, ampiamente dibattuto e non ancora sopito, essendo non univoche le soluzioni a tale questione emerse in giurisprudenza⁵².

La dibattuta questione, peraltro, è stata affrontata anche di recente dalla Consulta, la quale, pur non prendendo alcuna posizione sul punto, è stata chiamata a pronunciarsi, in particolare, sull'eventuale configurabilità di una società di fatto, con conseguente estensione del fallimento della stessa, ai sensi dell'art. 147, comma 5, cod. civ., anche nell'ipotesi in cui non siano state rispettate le prescrizioni di cui all'art. 2361, comma 2, cod. civ.⁵³, mediante una forzatura del principio che vuole che il soggetto

⁵¹ La giurisprudenza, in epoca antecedente la riforma del 2003, escludeva che il "gruppo" potesse configurarsi nei termini di una società di fatto (v. Trib. Napoli 8 luglio 1996, in *Società*, 1997, 190).

⁵² Non potendo, tra l'altro, in questa sede dar conto del dibattito sorto in dottrina in merito all'abuso della personalità giuridica, si rinvia per un riesame critico delle tecniche di repressione dell'abuso della personalità giuridica, prima e dopo il "caso Caltagirone", LATELLA, *Holding fra soci-amministratori di società di capitali ed estensione della responsabilità ex art. 2362 cod. civ.*, in *Giur. comm.*, 1999, II, 580.

⁵³ La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata dal Trib. Bari, ord. 20 novembre 2013, in *Giur. comm.*, 2014, 5, II, 906, con nota di MURINO, *Sulla fattispecie di società di fatto tra società di capitali* il quale, con riferimento alla domanda proposta dalla curatela, osservava come l'ipotesi relativa all'estensione del fallimento originariamente dichiarato nei confronti di una società a responsabilità limitata fosse esclusa dall'art. 147, comma 5, cod. civ., nonostante dopo la riforma del diritto societario sia ammessa la possibilità per le società di capitali di partecipare a società di persone, come espressamente previsto dall'art. 2361 cod. civ. e dall'art. 111 *duodecies* disp. att. cod. civ., oltre che dall'art. 147, comma 1, cod. civ., che prevede la fallibilità delle società di capitali ove siano socie di società a responsabilità illimitata. Esso, pertanto, adiva la Corte, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., in merito alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 147, comma 5, cod. civ. nella parte in cui non consente l'estensione

fallibile sia solo l'imprenditore individuale⁵⁴. La pronuncia della Consulta non offre alcuna soluzione chiarificatrice e lascia, pertanto, ancora molti dubbi irrisolti⁵⁵.

L'orientamento che, ritenendo il gruppo alla stregua della supersocietà di fatto, sostiene l'esigenza di coinvolgere nella procedura fallimentare tutte le società al gruppo appartenenti, afferma che si possa prescindere dall'ottemperanza alla prescrizione dell'art. 2361, comma 2, cod. civ. e che, pertanto, ci si troverebbe di fronte a una supersocietà di

del fallimento originario di una società di capitali a una società di fatto costituita tra la società inizialmente fallita e altri soci di fatto, siano essi persone fisiche o società. Il giudice *a quo* prospettava, alla luce degli artt. 2361, comma 2, cod. civ., 111 *duodecies* disp. att. cod. civ. e 147, comma 1, l. fall., un'ingiustificata esclusione della possibilità di estendere il fallimento alla società di fatto cui partecipi una società di capitali, allorché il fallimento originario abbia riguardato la società di capitali e che tale esclusione determinerebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra società di fatto, in quanto allorché il fallimento venga richiesto immediatamente nei confronti di una società di fatto, esso sarebbe ammissibile ai sensi dell'art. 147, comma 1, l. fall., mentre nel caso in cui il fallimento originario riguardi una società di capitali esso non potrebbe essere esteso alla società di fatto, ai sensi del comma 5 del medesimo articolo. Il rimettente, inoltre, pur non esprimendosi in merito all'eventualità che una società di capitali partecipi a una società di persone anche per fatti concludenti, in violazione dell'art. 2361, comma 2, cod. civ., sembra propendere per questa interpretazione favorevole, posto che diversamente non avrebbe potuto consentire l'applicazione dell'art. 147, comma 5, cod. civ.; conf. Trib. Parma 13 marzo 2014, ord., in *Fallimento*, 2014, 8-9, 902, con nota SIGNORELLI, *Estensione del fallimento da società di capitali a società di fatto?*, secondo l'A. sembra preferibile accedere alla tesi che richiederebbe la necessità della deliberazione assembleare ai fini dell'estensione del fallimento anche al socio non persona fisica perché i soci siano messi nella condizione di poter approvare espressamente un passo tanto grave da parte degli amministratori.

⁵⁴ Come noto l'art. 147, comma 5, cod. civ. ha accolto pienamente l'orientamento giurisprudenziale in tema di società occulta, anche se tale previsione era contenuta già nell'art. 24 della legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza.

⁵⁵ Il testo della sentenza della Corte Cost. 12 dicembre 2014, n. 276, è reperibile in *Fallimento*, 2015, 4, 414, con nota di ANGIOLINI, *"Super-società" di fatto: la Consulta non "scioglie la riserva"*.

fatto (irregolare), anche nel caso in cui l'assunzione di partecipazione sociale non sia stata deliberata dall'assemblea e, pertanto, le conseguenze in caso di mancato rispetto della norma in questione avrebbero una rilevanza puramente interna, determinando una responsabilità dell'organo amministrativo, anche alla luce del novellato art. 2384 cod. civ., che qualifica come generale il potere di rappresentanza degli amministratori ed esclude l'opponibilità ai terzi delle limitazioni ai poteri degli amministratori, ovvero una revoca per giusta causa di quest'ultimi⁵⁶.

⁵⁶ cfr. Trib. Forlì 9 febbraio 2008, in *Fallimento*, 2008, 1328, con nota di IRRERA, *La società di fatto tra società di capitali e il suo fallimento per estensione*; Trib. S. Maria Capua Vetere 8 luglio 2008, cit., 89, con nota di FIMMANÒ; Trib. Vibo Valentia 10 giugno 2011; App. Catanzaro 30 luglio 2012, in *Giur. comm.*, 2013, II, 433; Trib. Palermo 14 ottobre 2012, in *Società*, 2013, 4, 392, con nota di HAMEL, *Il Fallimento di società di fatto tra società di capitali*. Il Tribunale sostiene che le prescrizioni contenute nell'art. 2361 cod. civ. sono poste a tutela dei terzi e la delibera assembleare è un atto di autorizzazione diretto a rimuovere un limite legale all'esercizio del potere generale di rappresentanza degli amministratori. Da ciò discende che la mancanza di tale delibera, secondo le regole generali riguardanti i limiti al potere di rappresentanza degli amministratori, non comporta la nullità della partecipazione (assunta anche per fatti concludenti), ma solo l'eventuale responsabilità dell'organo rappresentativo. Si osserva, inoltre, come l'art. 147 l. fall. delinei un necessario rapporto di "dipendenza unidirezionale" tra la dichiarazione di fallimento, ovvero, più correttamente, lo stato di insolvenza, nella società di fatto e la dichiarazione di fallimento delle società partecipate. Occorre, pertanto, accertare l'insolvenza della società di fatto e dal suo fallimento discenderà automaticamente il fallimento dei soci, persone fisiche o società partecipate; Trib. Brindisi 7 gennaio 2013, in *Giur. comm.*, 2014, 5, II, 906, con nota di MURINO, *Sulla fattispecie di società di fatto tra società di capitali*. Il Tribunale ha ritenuto che l'atto di assunzione delle partecipazioni sia un atto puramente gestorio e in quanto tale riservato alla competenza dell'organo amministrativo e, in quanto tale, esso è idoneo a obbligare la società verso i terzi anche in carenza di una deliberazione assembleare; Trib. Reggio Calabria 8 aprile 2013, in *Fallimento*, 2014, 1, 63, con nota di GUERRERA, *Note critiche sulla c.d. supersocietà e sulla estensione del fallimento in funzione repressiva dell'abuso di direzione unitaria*. In dottrina v. ABETE, *L'insolvenza nel gruppo e del gruppo*, in *Fallimento*, 9, 2009, 1111, secondo il quale a sostegno di tale opzione positiva rileva come la fattispecie della "supersocietà" (di fatto) sia per certi versi ammessa *tout court* dal medesimo primo comma dell'art. 147 l. fall.: il capo III del titolo V del libro V (esplicitamente richiamato

In senso opposto, invece, si è ritenuto che l'assunzione della veste di socio illimitatamente responsabile di una società di persone da parte di una società per azioni è, in ogni caso, subordinata all'assolvimento delle condizioni inderogabili poste dall'art. 2361, comma 2, cod. civ. e, quindi, l'estensione del fallimento sarebbe possibile solo nei confronti delle società socie di una società di persone regolare⁵⁷. Diversamente, secondo

nel corpo dell'art. 147, primo comma, l. fall.) contempla pur - all'art. 2297 c.c. - il modello della collettiva irregolare, alla cui disciplina si ricollega, a mo' di mera variante, la società di fatto esercente attività d'impresa commerciale, sicché la possibilità di soci illimitatamente responsabili non persone fisiche, che lo stesso art. 147, primo comma, l. fall., prospetta, va riferita sia al modello che alla sua pura e semplice variante; GAETA, *Riflessioni sull'assunzione di partecipazioni in mancanza della autorizzazione assembleare prevista dall'art. 2361, comma 2, c.c.*, in *Giur. mer.*, 2011, 11, 2721; per una disamina più approfondita v. COSTANTINO, *Il fallimento delle società*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, 1, Torino, Utet, 2010.

⁵⁷ cfr. App. Torino 30 luglio 2007, in *Giur. it.*, 2007, 2219 (che conferma decreto Trib. Torino 4 aprile 2007), con nota di COTTINO, *Note minime su società di capitali (presunta) socia di società di persone e fallimento*, secondo la Corte, inoltre, è inconcepibile, nella disciplina delle s.p.a., una delibera assembleare per fatti concludenti: in assenza del requisito minimo di cui all'art. 2379, comma 3, ult. parte, cod. civ. - concernente il verbale sintetico della delibera assembleare, recante almeno la data e l'oggetto, e sottoscritto dal Presidente e dal Segretario - una tale delibera sarebbe radicalmente nulla ai sensi e per gli effetti dell'art. 2379, comma 1, cod. civ., se non addirittura inesistente (nel caso di sottoposto all'esame della Corte, non risultava neppure un verbale di riunione del Consiglio di amministrazione in cui si deliberasse la costituzione della società di fatto in questione); App. Bologna 11 giugno 2008, in *Fallimento*, 2008, 1293, con nota di PLATANIA, *Il fallimento della società di fatto partecipata da società capitali*, con questa decisione la Corte ha riformato Trib. Forlì 9 febbraio 2008, cit.; App. Napoli 5 giugno 2009, in *Nuovo dir. soc.*, 2009, 16, 42, con nota di ANGIOLINI, *L'estensione del fallimento della società di fatto alla s.r.l. socia*; App. Venezia 10 dicembre 2011, in *www.ilcaso.it*; Trib. Mantova 30 aprile 2013, in *Giur. comm.*, 2014, 5, II, 906; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 15 gennaio 2015. Cfr. anche TOMBARI, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo "modello di organizzazione di impresa"*, in *Riv. soc.*, 2006, 1, 194, il quale ritiene che la delibera non configuri uno specifico dovere gestorio dell'assemblea, ma abbia invece natura autorizzativa con l'effetto di rimuovere un limite legale al potere proprio degli amministratori di assumere partecipazioni in altre imprese, la cui inosservanza determina

quest'ultimo orientamento, i problemi posti dall'esistenza di un rapporto di gruppo tra dette società, ove provato, non rimarrebbero giuridicamente irrilevanti, ma determinerebbero l'applicazione, anche a tutela dei creditori e non solo dei soci, soprattutto quelli di minoranza, dell'art. 2497 cod. civ., dettato per il caso di abuso nell'attività di direzione o coordinamento. Di conseguenza, nell'ambito di un gruppo di società, l'eventuale responsabilità della società o ente capogruppo verso i creditori della società eterodiretta, responsabilità idonea a tutelare adeguatamente gli interessi e l'affidamento di tali creditori, non solo ha carattere sussidiario e residuale, sussistendo solo se tali creditori non possano essere soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento, ai sensi dell'art. 2497, comma 3, cod. civ., ma si tratta, altresì, di una responsabilità ben diversa da quella, illimitata, rilevante agli effetti dell'art. 147 l. fall..

In caso di fallimento della società coordinata, invero, l'art. 2497, ult. comma, cod. civ., prevede non già l'estensione del fallimento alla società che si è ingerita, bensì l'esercizio da parte del curatore dell'azione di responsabilità, che potrebbe portare, ove si traducesse in una condanna al risarcimento del danno della società dominante, anche al suo fallimento, ma se e in quanto essa fosse o diventasse a sua volta insolvente⁵⁸. Peraltro, sempre in tema di gruppi di società, il fallimento di una società, sia pure quello della capogruppo, non comporta mai automaticamente il fallimento per estensione, o a cascata, delle società eterodirette. Al contrario, come sopra già segnalato, l'eventuale dichiarazione di fallimento di tali società, secondo un costante orientamento giurisprudenziale, dovrà essere

l'inefficacia dell'atto stesso; v. anche CALANDRA BUONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 543.

⁵⁸ In particolare App. Torino 30 luglio 2007 e Trib. Torino 4 aprile 2007, cit.;

rigorosamente condizionata all'accertamento dei requisiti di fallibilità e all'accertamento del loro stato d'insolvenza, avendo riguardo a ciascuna singola situazione patrimoniale⁵⁹.

6. (Segue) Il fallimento della *holding* di tipo personale

Il tema della responsabilità derivante da attività di direzione e coordinamento ci impone di affrontare la questione relativa alla configurabilità di una *holding* di tipo personale, anche di fatto, e la sua conseguente assoggettabilità a fallimento.

E' vero che il legislatore della riforma societaria all'art. 2497, comma 1, cod. civ., si riferisce espressamente alla qualità di "società o enti" del soggetto capogruppo, espressione quest'ultima che, in sede di approvazione definitiva del decreto, ha sostituito quella iniziale, con la quale egli si riferiva semplicemente a "chi" esercitasse "a qualunque titolo" l'attività di direzione e coordinamento di società e, quindi, anche alla

⁵⁹ Cass. 21 aprile 2011, n. 9260, Cass. 18 novembre 2010, n. 23344, cit., ove altri riferimenti giurisprudenziali; cfr. sul punto anche GUERRERA, *Note critiche sulla c.d. supersocietà e sulla estensione del fallimento in funzione repressiva dell'abuso di direzione unitaria*, cit., il quale, criticando Trib. Reggio Calabria 8 aprile 2013, ritiene che in presenza di un accertato "coordinamento unitario di due società (nella specie due s.r.l.) partecipate ed etero dirette da uno o più soggetti (nella specie due coniugi), soltanto l'esercizio delle azioni di responsabilità verso i soggetti colpevoli di abuso e *mala gestio* (artt. 2476, comma 7, e 2497 cod. civ.) potrebbe legittimamente incrementare l'attivo fallimentare a vantaggio dei creditori, restando sui binari della disciplina societaria. Ed infatti, nel contesto di questi giudizi di responsabilità, gli amministratori e i soci convenuti (i primi interessati alla sorte della società), avrebbero una reale possibilità di difendersi e di contraddire, com'è loro diritto, anziché subire passivamente le conseguenze disastrose della estensione automatica del fallimento. Secondo l'A. non è opportuno, invece, riproporre schemi e soluzioni giurisprudenziali superati da decenni e a suo tempo criticati, come quelli della fallibilità del socio unico o del socio tiranno o della "società di fatto" tra società di capitali o tra società e persone fisiche.

holding personale, dal che dovrebbe desumersi che il legislatore abbia voluto limitare l'ambito operativo della norma in questione⁶⁰.

A prescindere, tuttavia, dal tenore letterale della norma, si deve ritenere, come ampiamente sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, anche se non mancano voci discordanti, che dal disposto dell'art. 2497 cod. civ. non può desumersi l'irrelevanza dell'esercizio della medesima attività di direzione unitaria da parte di soggetti diversi dalle "società o enti" e che, quindi, il dato letterale non può impedire un'interpretazione più ampia dell'art. 2497 cod. civ. e, quindi, la sua estensione analogica. Di conseguenza, ove una persona fisica svolga un'attività in tutto assimilabile alla direzione unitaria, a tale fattispecie non potrebbe applicarsi una disciplina diversa da quella riservata, almeno testualmente, a società o enti⁶¹, posto che la *ratio* dell'art. 2497 cod. civ. risponde all'esigenza di assicurare piena ed effettiva tutela a coloro che potrebbero essere pregiudicati da una direzione unitaria illecita e pregiudizievole. Pertanto,

⁶⁰ Cfr. Schema di decreto legislativo recante: "Riforma organica della disciplina delle società di capitali e cooperative, in attuazione della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366", approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 30 settembre 2001, in *Riv. soc.*, 2002, 5, 1346 e in part., per gli artt. 2497 cod. civ. ss, 1423. Si rammenta, inoltre, la successiva precisazione contenuta nel testo dell'art. 19, comma 6, del d.l. 1 luglio 2009, n. 78, secondo il quale "l'art. 2497 cod. civ. si interpreta nel senso che per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria". Non vi è dubbio che tra gli "enti" debbano ricomprendersi le associazioni, le fondazioni e gli enti pubblici (in tal senso v. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. imp.*, 2002, 1021). Tuttavia, si ritiene che questa norma non si riferirebbe all'interpretazione complessiva dell'art. 2497 cod. civ., ma solo all'espressione "enti", con lo scopo di escludere lo Stato dalla categoria. Non vi è dubbio che tra gli "enti" debbano ricomprendersi le associazioni, le fondazioni e gli enti pubblici (in tal senso v. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit.).

⁶¹ Cfr. G. SCOGNAMIGLIO, "Clasole generali", *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 549.

non si comprende il motivo per cui la disciplina non dovrebbe trovare applicazione anche nei confronti di una *holding* persona fisica. Peraltro, secondo l'orientamento positivo, l'estensione analogica deriva anche da un'interpretazione della disposizione normativa costituzionalmente orientata, posto che l'essenziale del soggetto di comando, privo della qualità di "società" o "ente", da ogni obbligazione risarcitoria diretta verso i soggetti che la norma in questione vuole tutelare, risulterebbe ingiustificata, tanto da determinare la violazione degli artt. 3 e 41 Cost., in quanto vi sarebbe una disparità di trattamento nei confronti dei soci c.d. "esterni al controllo" e i creditori delle società soggette alla direzione e al coordinamento di una *holding* persona fisica e un'incompatibilità con il principio di libertà di iniziativa economica⁶².

È chiaro, peraltro, che, come già evidenziato, posta "l'effettività" della direzione unitaria, la ricorrenza della situazione di direzione e coordinamento non può dedursi dal mero *status* di socio di controllo, in capo alla persona fisica, ma dovrà essere in concreto ricavata da specifici elementi probatori in grado di dimostrare che il socio persona fisica, in sostanza, si sia comportato come una vera e propria *holding*, svolgendo professionalmente, con stabile organizzazione, l'indirizzo, il controllo e il coordinamento di una o più società, per il perseguimento dell'interesse di gruppo. In quanto, come già affermato in tema di "amministratore di fatto"

⁶² Trib. Venezia 11 ottobre 2012, in *Società*, 2013, 1, 84; App. Ancona 5 marzo 2010, in *Giur. comm.*, 2011, II, 643; GUIZZI, *Patrimoni separati e gruppi di società. Articolazione dell'impresa e segmentazione del rischio: due tecniche a confronto*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 654; BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., c.c.*, Milano, Giuffrè, 2012, 242; GUERRERA, "Compiti" e responsabilità del socio di controllo, in *Riv. dir. soc.*, 2009, 3, 518 ss.; ID., *Gruppi di società, operazioni straordinarie e procedure concorsuali*, cit., 27; G. SCOGNAMIGLIO, "Clausole generali", *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 547.

e oggi anche in tema di “*holding* persona fisica”, a essere rilevante non è tanto la qualifica funzionale del soggetto, quanto lo svolgersi della funzione e dell’attività⁶³.

⁶³ In questo senso cfr. Trib. Milano 20 marzo 2014, cit., con nota di MORINO, *La responsabilità della holding persona fisica: fisiologia o patologia?*, che invoca i principi dell’amministratore di fatto. La questione sottoposta al Tribunale riguardava un’azione di responsabilità esercitata con riguardo a una serie di operazioni immobiliari intercorse fra il “Gruppo Fonsai” (controllato dai Ligresti tramite la Premafin Finanziaria Holding di Partecipazioni s.p.a.) e il “Gruppo Ligresti”, formato interamente da società anch’esse controllate, direttamente o indirettamente, dai membri della famiglia Ligresti e qualificabili, per questa ragione, come parti correlate; Trib. Salerno 11 giugno 2012, in *Dir. fall.*, 2014, 5, 514, secondo il quale la persona fisica che, cessata dalla carica di amministratore, continui a svolgere, senza formale investitura, attività di gestione di una o più società di capitali non è assoggettabile a fallimento personale in estensione di quello sociale ma in via autonoma qualora tale attività assurga a *holding* impresa individuale; Trib. Milano 11 aprile 2011, in *Fallimento*, 2011, 10, 1229; App. Milano 17 luglio 2008, in *Fallimento*, 2009, 2, 169, il quale, ai fini della responsabilità pone l’accento sull’“abuso di dominio”; Trib. Roma 21 novembre 2011, in *www.ilcaso.it*; Cass., Sez. un., 29 novembre 2006, n. 25275 (cassa App. Napoli 23 luglio 2003), che ribadisce il consolidato principio secondo il quale è configurabile una *holding* di tipo personale allorché una persona fisica, che sia a capo di più società di capitali in veste di titolare di quote o partecipazioni azionarie, svolga professionalmente, con stabile organizzazione, l’indirizzo, il controllo ed il coordinamento delle società medesime, non limitandosi, così, al mero esercizio dei poteri inerenti alla qualità di socio. In dottrina per un’interpretazione estensiva della norma v.: GUERRERA, cit., secondo il quale ai fini dell’applicazione dell’art. 2497 cod. civ., piuttosto che la “struttura” e la “qualità” del soggetto dominante, rileva la condotta in cui si esplica la direzione unitaria, quantunque provenga da un singolo socio imprenditore. L’A. fa leva anche sul secondo comma dell’art. 2497 cod. civ., con il quale il legislatore avrebbe inteso “propagare” tale responsabilità; GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società: manuale breve*, Milano, Giuffrè, 2008, 348; SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 548; VALZER, *La responsabilità da direzione e coordinamento*, Torino, Giappichelli, 2011, 200 ss., in part. 226, il quale sostiene che quella della direzione e coordinamento di società è una disciplina “di fenomeno” e non “di soggetto”, in particolare è una “disciplina dell’attività” e, in quanto tale, prescinde dalla natura del soggetto che la conduce; PRESTIPINO, *La responsabilità risarcitoria della persona fisica capogruppo*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 105, il quale ritiene che l’interpretazione della norma debba essere coerente con la *ratio legis* e, quindi, tendere,

Quando si parla di *holding* personale viene in rilievo, anche ai fini dell'assoggettabilità al fallimento, non solo la *holding* persona fisica, ma anche la *holding* società di fatto tra persone fisiche. Com'è noto, la società di fatto è una figura societaria che viene ricondotta al più generale principio di effettività caratterizzante l'attività di impresa. Si insegna solitamente che per la costituzione di una società di fatto non è necessario l'atto scritto, in quanto il contratto si perfeziona anche per fatti concludenti e ad essa si applicherà la disciplina della società in nome collettivo irregolare se svolge attività commerciale e, pertanto, la società di fatto sarà esposta al fallimento al pari di ogni imprenditore individuale⁶⁴.

In tema di attività di direzione e coordinamento, in dottrina è stato chiarito come i principi di disciplina contenuti negli artt. 2497 ss. cod. civ., fondandosi sull'effettivo esercizio di direzione unitaria, prescindono dalla forma organizzativa assunta dall'impresa, nel senso che trovano

quanto più possibile, a soddisfare le esigenze di tutela sottese a una determinata disciplina. Ritengono applicabile la norma ai sensi del secondo comma dell'art. 2497 cod. civ., per aver "preso parte all'evento lesivo", ovvero per averne tratto consapevolmente beneficio dal fatto lesivo posto in essere dagli amministratori della società controllata, escludendo la responsabilità diretta ai sensi del primo comma: SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 606, secondo il quale il secondo comma è di per sé idoneo a configurare una persona fisica *holder*; GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca, artt. 2497-2497 septies*, Bologna-Roma, Zanichelli, 2005, 59; ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, cit., 201; Trib. Palermo 3 giugno 2010, in *Foro it.*, 2011, III, 931; *contra* ESPOSITO, *La "categoria" dell'abuso "nella" personalità giuridica dopo la riforma del diritto delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 29, il quale sostiene che le persone fisiche sono enti naturali, corporali, dotati di intelletto, mentre le persone giuridiche sono enti creati dall'ordinamento giuridico. attraverso una interpretazione estensiva; GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, Giuffré, 2007, 187 ss.

⁶⁴ v. CAMPOBASSO, cit., 60.

applicazione per ogni società e, tendenzialmente, per ogni società di gruppo, a prescindere dal modello organizzativo prescelto⁶⁵.

Posto il riferimento generico a “società” utilizzato dal legislatore, potrebbero, pertanto, configurarsi come soggetti di imputazione di attività di direzione unitaria, anche *holding* costituite in forma di società di persone, e anche irregolare o di fatto⁶⁶.

Anche prima della riforma del diritto societario forte e consolidata era la presa di posizione sulla definizione di *holding* personale/società di fatto. Essa, invero, ha ricevuto nell’elaborazione giurisprudenziale pieno riconoscimento a partire dalla pronuncia del giudice di legittimità del 1990 (il c.d. caso “Caltagirone”), che ha indicato i requisiti necessari idonei a individuare tale fenomeno, ossia se alla persona fisica, che sia socio di controllo di una pluralità di società, potesse riconoscersi la qualifica di *holding* capogruppo⁶⁷. Ora come allora, infatti, l’interrogativo di fondo verteva su quale fosse la sanzione giuridica più appropriata per il comportamento del socio che, non limitandosi a percepire i dividendi cui avrebbe diritto, avesse indirizzato e condizionato la gestione di più società, fino a danneggiarle.

La giurisprudenza di legittimità e anche quella di merito, si è, prima e dopo l’entrata in vigore della riforma del diritto societario,

⁶⁵ TOMBARI, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo “modello di organizzazione di impresa”*, cit., 203.

⁶⁶ MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, cit., 323, il quale, tuttavia, limita la fattispecie alla società di fatto tra persone fisiche, in considerazione della più generale inconfigurabilità di una società di fatto tra società di capitali.

⁶⁷ Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Fallimento*, 1990, 495, con nota di LAMANNA, *La holding quale impresa commerciale (anche individuale) e il dogma della personalità giuridica*; in *Giur. Comm.*, 1991, II, 366, con nota di RONDINONE, *Esercizio della direzione unitaria ed acquisto della qualità di imprenditore commerciale*.

allineata a tale orientamento, ponendo l'accento, *inter alia*, sull'esigenza del requisito della spendita del nome, ritenendo che l'attività svolta dalla *holding* per potersi configurare come un'autonoma impresa e, in quanto tale, assoggettabile a fallimento (sia essa di sola gestione del gruppo, c.d. *holding* pura, ovvero anche di natura ausiliaria o finanziaria, c.d. *holding* operativa), deve esplicarsi in atti, anche negoziali, posti in essere in nome proprio e, dunque, fonte di responsabilità diretta del loro autore, presentando un'obiettiva attitudine a perseguire utili risultati economici, per il gruppo o le sue componenti, causalmente ricollegabili all'attività medesima⁶⁸.

Nella pronuncia del 1990 la Suprema Corte si domandava, appunto, se la *holding* di tipo personale, fosse per ciò stesso a sua volta un imprenditore (ossia in virtù del potere direttivo esercitato sulla base di una posizione di controllo acquisita a livello di partecipazione nelle varie società del gruppo, c.d. *holding* pura); ovvero potesse o meno, essere considerata impresa solo in virtù delle attività accessorie e ausiliarie (c.d. *holding* operativa), che al modello normalmente attengono, ma non necessariamente a esso ineriscono. E se, in sostanza, sotto il profilo dell'impresa, la *holding* fosse una realtà meramente economica (e, quindi,

⁶⁸ Cass. 9 agosto 2002, n. 12113, in *Fallimento*, 2003, 610, con nota di TRENTINI, *Qualità della holding ed assoggettabilità a fallimento*; Cass. 13 marzo 2003, n. 3724, *ivi*, 2004, 155; App. Bologna 23 maggio 2007, in *Società*, 2008, 316; Trib. Napoli 8 gennaio 2007, in *Fallimento*, 4, 2007, 407, con nota di FIMMANÒ, *Dal socio tiranno al dominus abusivo*; nello stesso senso Trib. Vicenza 23 novembre 2006, *ivi*; Trib. Roma 28 novembre 2006, *ivi*; Cass. 18 novembre 2010, n. 23344, *cit.*. Cfr. in tema di responsabilità sociale Cass. pen. 18 gennaio 2011, n. 24583, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 8, 953, secondo la quale ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, la società capogruppo (c.d. *holding*) può ben essere chiamata a rispondere per il reato commesso da una persona fisica nel quadro dell'attività di altra società del gruppo. A tal fine, però, è necessario accertare che il soggetto responsabile abbia concretamente agito per conto della "*holding*", perseguendo anche l'interesse di quest'ultima.

una società senza impresa), che si risolve sotto il profilo giuridico nella pluralità dei soggetti che la compongono, da considerarsi nella loro autonomia (giuridica e patrimoniale), ovvero se la stessa *holding*, proprio in virtù dell'attività di coordinamento e di direzione delle varie imprese controllate, si qualificasse anch'essa come impresa.

La Corte concludeva nel senso che: l'attività di direzione e di coordinamento della *holding* poteva considerarsi alla stregua di una "fase" dell'attività imprenditoriale, e che essa poteva configurarsi quale imprenditore in quanto professionalmente e con adeguata organizzazione svolgeva (accentrandola presso di sé) una fase delle imprese esercitate dalla società operative, nonché imprenditore commerciale qualora l'attività, inserita nel suo ciclo, avesse natura commerciale. Ritenendo, pertanto, soddisfatti i requisiti richiesti dall'art. 2082 cod. civ. per l'acquisto della qualità di imprenditore, in relazione alla tipologia di cui all'art. 2195 cod. civ.⁶⁹. In particolare, secondo questa impostazione

⁶⁹ Sentenza, peraltro, criticata dalla dottrina, che la considera ipocrita e scandalosa. Oltre al dibattito relativo all'abuso della personalità giuridica, parte della dottrina ha ritenuto che la tesi elaborata dalla Suprema Corte nel caso Caltagirone fosse l'applicazione ai gruppi di società della c.d. teoria "dell'impresa fiancheggiatrice", v. in particolare SPADA, *Della permeabilità differenziata della personalità giuridica nell'ultima giurisprudenza commerciale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 429, il quale, tra le altre cose, non condivide l'idea che di una dissociazione soggettiva della "fasi" dell'impresa e la configurazione della direzione come "fase", in quanto il comportamento può essere considerato imprenditoriale solo nella integrità delle sue fasi; in questo senso anche G. SCOGNAMIGLIO (sentita in occasione di un seminario organizzato dalla scuola di dottorato), la quale ritiene che l'attività di direzione e coordinamento è una fase dell'impresa ma non può essere impresa; v. anche GIOVANNINI, *La holding persona fisica e l'abuso della personalità giuridica*, in *Giur. comm.*, 2004, 22; ID., *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, cit., 208 ss. (secondo la quale l'espedito è sempre quello di imputare al socio (o ai soci) di larga maggioranza - che in questo caso controlla una pluralità di società e non una sola - un'autonoma attività d'impresa - quella della *holding* - che lo stesso deve aver posto in essere spendendo il

giurisprudenziale, l'impresa *holding* è fallibile qualora soddisfi tre presupposti precisi: spendita del nome (gli atti nei quali la direzione e il coordinamento del gruppo si esplicano devono essere posti in essere in nome proprio e, quindi, sono fonte di responsabilità del loro autore); autonomia organizzativa e autonomia economica (attitudine a raggiungere un *plus* dovuto all'attività di direzione e controllo)⁷⁰.

Alla luce di questa analisi veniva tenuta distinta la figura della *holding* da quella del socio tiranno, ossia del socio che, quantunque non fosse titolare dell'intero pacchetto azionario, né direttamente, né

proprio nome e perseguendo un risultato economico distinto da quello delle società controllate), ove ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, cui si rinvia.

⁷⁰ Secondo la Corte, più precisamente: l'attività di direzione e coordinamento di un gruppo di imprese cui sia funzionalizzato l'esercizio dei poteri derivanti dal possesso di uno o più pacchetti azionari, sia essa svolta da una società di capitali, da una persona fisica o da una società di fatto, determina l'acquisto della qualità di imprenditore in capo a chi la eserciti qualora, oltre ad essere qualificata dai requisiti usualmente intesi dell'"organizzazione" e della "professionalità", la stessa sia posta in essere in nome dell'esercente e risulti astrattamente idonea a far conseguire al gruppo vantaggi economici ulteriori rispetto a quelli acquisibili in mancanza dell'opera di coordinamento. [...] Perché all'attività d'impresa dell'imprenditore *holding* sia riconosciuta natura commerciale è sufficiente che anche solo una delle attività svolte dalle società controllate sia compresa in uno dei tipi previsti dall'art. 2195 cod. civ.. Diversamente, il soggetto che eserciti un'attività di direzione e governo di un gruppo di imprese acquista egualmente la qualità di imprenditore commerciale quando, oltre a detta attività, ponga in essere anche attività di servizi ausiliarie a sostegno delle attività operative svolte dalle società controllate, purché nell'esercitarle il medesimo spenda il proprio nome e le stesse attività ausiliarie appalesino un'economicità autonoma rispetto all'economicità propria delle attività svolte dalle società controllate (v. ABETE, *L'insolvenza del gruppo e nel gruppo*, cit., nota 15); v. anche Cass. 18 novembre 2010, n. 23344, cit., secondo la quale: è configurabile una *holding* di tipo personale (che nella specie ha assunto la forma di società di fatto) costituente impresa commerciale suscettibile di fallimento in quanto fonte di responsabilità diretta dell'imprenditore, quando questa agisca in nome proprio per il perseguimento di un risultato economico ottenuto attraverso l'attività svolta, professionalmente, con l'organizzazione ed il coordinamento dei fattori produttivi relativi al proprio gruppo di imprese.

indirettamente (e, quindi, non agiva in proprio nome), non solo disponeva della maggioranza, ma era anche in grado di abusare di questa, servendosi della società come cosa propria, violando sistematicamente le norme del diritto societario⁷¹.

Ritenuta ammissibile, secondo l'orientamento prevalente, una società di fatto tra persone fisiche, la quale eserciti attività di direzione e coordinamento nei confronti di una o più società di capitali e/o di persone, occorre, soprattutto a seguito della riforma del diritto societario e, quindi, dell'introduzione dell'art. 2497 cod. civ., soffermarsi sulla problematica, molto dibattuta, pur senza addentrarci nel profondo del dibattito, relativa al presupposto richiamato, tra gli altri, dalla Corte del 1990 e individuato nella necessaria spendita del nome, inteso come l'agire in nome proprio, del soggetto che esercita detta attività di direzione unitaria. Sul punto occorre segnalare che parte della giurisprudenza di merito e della dottrina ritiene che ai fini del riconoscimento della *holding* societaria non sia necessaria il requisito della spendita del nome. Detto requisito viene ridimensionato in "esteriorizzazione", individuabile in qualsiasi compimento di attività negoziale posta in essere da uno solo dei componenti il sodalizio irregolare in nome proprio, percepita dai terzi come riferita alla società di fatto⁷². Viene precisato, inoltre, che la c.d.

⁷¹ La figura del socio tiranno, come noto, è stata elaborata all'interno della teoria dell'imprenditore occulto da BIGIAMI, *Difesa dell'imprenditore occulto*, Padova, 1962; ID., *Responsabilità del socio tiranno*, in *Foro it.*, 1960, I, 1180, la quale non elimina l'ente sociale con il suo patrimonio, ma semplicemente affianca al suo patrimonio e alla sua responsabilità quella del socio sovrano, con una soluzione perciò diversa rispetto a quelle prospettate dal superamento della personalità giuridica, che tendono invece a sostituire la responsabilità del socio tiranno a quella della società.

⁷² Cfr. App. Napoli 1 agosto 2014, commentata da MURINO, *Fallimento della holding società di fatto: gli incerti confini tra responsabilità civile e impresa commerciale*, in *www.plurisonline.it*. La Corte richiama, tra gli altri, i seguenti precedenti:

direzione strategica esercitata dalla *holding* non si traduce in attività negoziale, ma in un'attività propedeutica a questa, attraverso l'influenza assembleare o semplici direttive agli amministratori delle società eterodirette⁷³.

L'*incipit* della responsabilità, di natura risarcitoria, contenuto nella disposizione normativa in esame è costituito proprio dall'attività di direzione unitaria e rileva nel caso in cui un soggetto, giuridico o di fatto, dirige e coordina abusivamente una o più società a esso assoggettate, ossia nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui e in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle singole società medesime e, come si sostiene in giurisprudenza e in dottrina, la relativa azione di responsabilità, di cui all'art. 2497, comma 3, cod. civ., è diretta al ristoro dei danni arrecati dall'attività di direzione abusiva e non già ad ottenere l'adempimento delle obbligazioni contratte in nome delle società dirette e coordinate⁷⁴.

App. Ancona 5 marzo 2010, cit.; Trib. Ancona 10 agosto 2009, in *Giur. comm.*, II, 633; Trib. Padova 2 novembre 2001, in *Fallimento*, 2002, 1218 e si adegua sul punto a quanto sostenuto, quantunque con riferimento alla previgente normativa, da Cass. 18 novembre 2010, n. 23344, cit., la quale dà rilevanza anche soltanto di un'attività negoziale posta in essere in nome proprio da uno qualsiasi dei soci di fatto, ma chiaramente percepibile dai terzi come riferita alla società (la quale richiama in argomento anche Cass. n. 13954/1999). V. anche in dottrina, FIMMANÒ, *Dal socio tiranno al dominus abusivo*, cit..

⁷³ App. Napoli 1 agosto 2014, cit..

⁷⁴ L'art. 2497 cod. civ., inoltre, nel disciplinare l'attività di direzione e coordinamento individua i limiti di esercizio di detta attività (quindi l'abuso) e espressamente prevede la responsabilità di chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio. Cfr. ancora App. Napoli 1 agosto 2014, cit., il quale ritiene che il requisito della spendita del nome assume rilevanza soltanto per le c.d. obbligazioni volontarie, assunte cioè in base ad una attività negoziale e non anche per quelle c.d. involontarie, quali sono per loro natura le obbligazioni risarcitorie (nel caso di specie integrate dalla violazione di doveri di comportamento che hanno cagionato un danno patrimoniale alle società etero dirette e, di

Nei confronti della *holding*, che abbia svolto attività di direzione e coordinamento abusiva, sussiste una responsabilità risarcitoria nei confronti dei soci e dei creditori sociali per la lesione cagionata al patrimonio della società eterodiretta, ai sensi dell'art. 2497 cod. civ., non invece un'ipotesi di responsabilità patrimoniale, o per estensione. Tutto ciò dovrebbe garantire una maggiore tutela ai creditori sociali, i quali di fronte a una lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società, dovuta a una illegittima e pregiudizievole attività di direzione e coordinamento della capogruppo, possono esercitare, sussistendone i presupposti e per il tramite del curatore, ovvero del commissario, ai sensi dell'art. 2497, comma 4, cod. civ., l'azione di responsabilità, ovvero chiedere l'autonomo fallimento della *holding* insolvente, ovvero l'assoggettamento ad altra procedura concorsuale, sussistendone i presupposti, qualora quest'ultima non provveda al risarcimento dei danni cagionati, salvo in ogni caso il limite dei vantaggi compensativi.

La ricostruzione del quadro legislativo fin qui delineata ci porta, quindi, a esaminare, nell'ambito dell'illecita gestione societaria, anche nel momento di crisi di una o più società dirette coordinate, al fine di individuare i doveri e le responsabilità dell'organo gestore, la normativa

riflesso, ai creditori sociali delle stesse); nonché in dottrina FIMMANÒ, cit., 420 ss., cui si rinvia per gli ampi riferimenti dottrinali. L'A. sposando la tesi della responsabilità da abuso di dominio, ha ritenuto che: quando l'impresa o le imprese dominate sono società di capitali eterodirette contro l'interesse sociale, e cioè utilizzate come veicolo di una condotta economica e strategica unitaria nell'interesse extrasociale, la questione non è più l'imputazione sostanziale degli atti; l'abuso della personalità giuridica, né lo squarcio della segregazione, né la simulazione di società, né la trasformazione tacita in società in nome collettivo irregolare, né il ripristino della regola della responsabilità illimitata di cui all'art. 2740 c.c., ma appunto l'abuso dell'attività di dominio; cfr. anche ANGIOLINI, *Dal caso «Caltagirone» al dominus abusivo: la responsabilità della holding nella insolvenza delle controllate*, in *Società*, 2008, 3, 318 ss..

rappresentata dalla disciplina dell'attività di direzione e coordinamento, di cui agli artt. 2497 ss. cod. civ., e il complesso di regole di corretta gestione societaria e imprenditoriale, con le quali il perdurante silenzio della legge fallimentare non può non confrontarsi.

CAPITOLO 2

LA CRISI DELL'IMPRESA NEL GRUPPO E L'ESERCIZIO DELL'ATTIVITA' DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

Sommario: **1.** Premessa – **2.** La responsabilità da direzione e coordinamento: l'interesse imprenditoriale di gruppo – **2.2** Il danno mancante alla luce dei vantaggi compensativi – **2.3** I principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale: un possibile contenuto – **3.** La crisi nel gruppo e i doveri di correttezza gestionale: profili generali – **4.** I doveri della società capogruppo nell'ottica di "prevenzione" della crisi – **5.** Crisi nel gruppo e responsabilità della capogruppo *ex art. 2497 cod. civ. sul modello dell'istituto britannico del *wrongful trading*.*

1. Premessa

Il silenzio della legge fallimentare in materia di gruppi di società e la presenza di una disciplina generale dell'attività di direzione e coordinamento introdotta dal legislatore della riforma del diritto societario, ci porta a ritenere che essa possa trovare risvolti applicativi anche nell'ambito della crisi d'impresa nei gruppi.

L'attività di direzione e coordinamento, e la responsabilità per il suo abuso, prima di approdare nel diritto societario è stata pensata, anche se nella limitata prospettiva dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese, nell'ambito delle procedure concorsuali. La legge sull'amministrazione straordinaria, come già segnalato, riconosce espressamente un'ampia e articolata disciplina delle aggregazioni societarie e, in particolare, l'art. 90 riconosce la legittimità

dell'organizzazione di gruppo, sanzionando l'abuso della direzione unitaria. Ciò confermerebbe che la responsabilità per abuso di direzione unitaria, della quale stiamo discorrendo, possa venire in evidenza anche nell'ipotesi di crisi di una o più società al gruppo appartenenti.

Sotto questo profilo, la ricostruzione del fondamento della previsione di una responsabilità per gli organi di governo della società capogruppo, per illegittimo esercizio della direzione unitaria nella crisi dei gruppi, che possa tutelare le società figlie quando la politica unitaria del gruppo abbia determinato il dissesto, ovvero l'insolvenza, delle società dominate, non può prescindere dalle indicazioni offerte dalle suddette leggi speciali, oltre che, in primo luogo, dal disposto dell'art. 2497 cod. civ. E' lo stesso legislatore, peraltro, all'art. 2497, comma 4, cod. civ., che si preoccupa di disciplinare la legittimazione relativa all'esercizio dell'azione di responsabilità spettante ai creditori della società, soggetta all'altrui direzione e coordinamento, dichiarata fallita, ovvero assoggetta alla liquidazione coatta amministrativa o all'amministrazione straordinaria⁷⁵.

In questo contesto, il presupposto dell'indagine concernente l'individuazione dei doveri degli amministratori nella gestione della crisi dei gruppi di società è che esiste una responsabilità dell'organo gestore della società capogruppo in caso di abuso della direzione unitaria, che potrebbe anche ricollegarsi all'insuccesso, ovvero alla mancata attivazione, delle operazioni di risanamento di una o più società del gruppo.

La disciplina dell'attività di direzione e coordinamento sembra, invero, offrirci chiaramente i criteri per individuare le regole di *governance* dei gruppi di società nelle situazioni di crisi, in particolare i doveri di

⁷⁵ Sull'individuazione della natura di tale responsabilità: contrattuale o extracontrattuale v. CONFALONIERI, *Art. 2497*, cit..

diligenza che devono essere osservati dagli amministratori per conservare, ovvero accrescere, il patrimonio della società a garanzia dei creditori sociali e tenendo altresì conto, trattandosi di un'articolazione di gruppo, dell'interesse dei soci di minoranza, che va tutelato, a mente dell'art. 2497 cod. civ., affinché possano almeno ottenere il rimborso del valore delle loro azioni, nonché a tutela dei soci della stessa *holding*, il cui patrimonio è costituito essenzialmente dal valore delle partecipate, posto che secondo quanto indicato nella Relazione ministeriale di accompagnamento alla legge di riforma, il limite all'esercizio di attività di direzione e coordinamento è costituito dal rispetto dei valori essenziali del "bene" partecipazione sociale, che il legislatore individua nella partecipazione, ai sensi dell'art. 2247 cod. civ., all'esercizio in comune di un'attività economica al fine di dividerne gli utili. Inoltre, è la stessa Relazione che individua i valori da proteggere e tutelare nei principi di continuità dell'impresa sociale, redditività e valorizzazione della partecipazione sociale.

Se l'attività di direzione e coordinamento è legittima e tiene presente e non penalizza i legittimi interessi di chi la esercita, bisogna ai fini della nostra indagine comprendere il significato dei "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale", imposti dal legislatore quali limiti all'esercizio del "potere decisionale" delle società facenti parte dell'aggregazione di gruppo da parte della società capogruppo. Come già segnalato, le singole società eterogestite, pur se inserite in una prospettiva di gruppo, continuano a conservare la loro autonomia giuridica, oltre che patrimoniale, in quanto continuano a rappresentare un distinto "centro di

imputazione di rapporti”, dotato di un proprio interesse, che va tutelato e, di conseguenza, a operare come un autonomo “centro di profitto”⁷⁶.

L’individuazione di regole di condotta, che devono essere rispettate dagli organi di governo della società capogruppo, ma anche da quelli delle società figlie, quale strumento preventivo alla tutela dei soci c.d. esterni e dei creditori delle società al gruppo appartenenti, è importante, anche al fine di individuare il possibile punto di equilibrio tra l’interesse imprenditoriale della capogruppo e l’interesse imprenditoriale delle società figlie, cui si riferisce lo stesso art. 2497 cod. civ.. Un nodo cruciale in materia di gruppi di società si coglie, infatti, come già segnalato in dottrina, nella difficoltà di individuare il suddetto punto di equilibrio tra unitarietà del gruppo e separazione soggettiva dei centri di imputazione e di cogliere compiutamente il significato dell’interesse imprenditoriale di gruppo e, in particolare, dei c.d. vantaggi compensativi⁷⁷.

Si ritiene opportuno, pertanto, partire da una breve analisi dei presupposti della responsabilità *ex art. 2497 cod. civ.* e, quindi, dei c.d. limiti alla direzione unitaria, esponendo brevemente che cosa si intende per “interesse imprenditoriale proprio o altrui”, dando poi atto della nota teoria dei vantaggi compensativi, per giungere all’individuazione del possibile

⁷⁶ Cfr. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, cit., 204, il quale ritiene che l’aspettativa dei soci e dei creditori, più ampiamente del mercato, che l’art. 2497 cod. civ. intende tutelare è che la società del gruppo, anche se con modalità diverse dalla società “indipendente”, operi come “centro di profitto”.

⁷⁷ Sul punto v. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, 1995, 910; COTTINO, *Diritto societario*, Padova, Cedam, 2011, 719 ss., il quale pone l’accento sulla nota teoria dei vantaggi compensativi, in virtù della quale si potrebbero giustificare i pregiudizi cui fossero esposte le società figlie o nipoti dall’appartenenza al gruppo dalle decisioni che nel vero o supposto interesse generale fossero prese immolando quello di singole componenti in ragione dei benefici che loro derivano di rimbalzo.

significato da attribuire ai “principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale” contemplati nella norma in esame.

2. La responsabilità da direzione e coordinamento: l’interesse imprenditoriale di gruppo

Occorre volgere immediatamente l’attenzione, anche se brevemente, in quanto l’argomento è molto vasto da poter essere trattato ampiamente in questa sede, sul primo dei requisiti richiesti dall’art. 2497 cod. civ. affinché operi la responsabilità della società capogruppo, ossia il perseguimento dell’interesse imprenditoriale proprio o altrui nell’esercizio della direzione unitaria, sebbene svolto in violazione dei corretti principi di gestione societaria e imprenditoriale.

Ci si domanda, in primo luogo, quale soluzione abbia voluto dare il legislatore della riforma del diritto societario del 2003 al concetto di interesse sociale, oggetto di un annoso dibattito circa il suo significato in senso istituzionale o contrattuale, con riferimento al complesso ambito dei gruppi di società⁷⁸.

⁷⁸ Peraltro, in dottrina è stato ravvisato proprio nel conflitto di interessi il problema cruciale dei gruppi di società, ossia tra l’interesse di cui è portatore il socio di controllo e quello dei soci di minoranza e dei creditori sociali (cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, cit., 189, che richiama D’ALESSANDRO, *Il diritto delle società dai “battelli del reno” alle “navi vichinghe”*, in *Scritti di Floriano D’Alessandro*, Milano, Giuffrè, 1997, 447; GUIZZI, *La Responsabilità della controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento*, cit., 211); v. anche Trib. Milano, 10 novembre 2014, in www.giurisprudenzadelleimprese.it, secondo il quale il requisito dell’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento nell’interesse imprenditoriale proprio o altrui, evoca un’ipotesi del “conflitto di interessi” che tipicamente può manifestarsi tra quello “proprio” della società capogruppo (o di altre società del gruppo) e quello della società controllata (cui sono collegati gli interessi dei soci di minoranza oltre che dei creditori).

Il legislatore delegato ha affrontato il fenomeno dei gruppi di società attraverso il versante, ritenuto il più problematico e significativo, della responsabilità, in sostanza della capogruppo nei confronti dei soci e dei creditori sociali delle società figlie e ha introdotto, sulla base del principio annunciato nella legge delega, una disciplina basata sulla trasparenza, dettando le regole mediante le quali sia possibile assicurare che l'attività di direzione unitaria contempererà adeguatamente l'interesse di gruppo con l'interesse delle società figlie e dei loro creditori sociali, dal quale si ricava l'ulteriore principio di separatezza e reciproca autonomia delle società al gruppo appartenenti, ciascuna titolare di un proprio interesse. Il legislatore non ha però codificato una nozione di "interesse di gruppo"⁷⁹.

Occorre, pertanto, domandarsi che cosa si intende per interesse di gruppo e, in particolare, se è possibile, oltre che opportuno, attribuirgli un significato e, inoltre, se esso si affianca o meno all'interesse sociale delle singole società del gruppo.

Sono questo profilo, si rende necessario preventivamente un breve richiamo alle posizioni della dottrina in merito alla nozione di interesse sociale che, senza nessuna pretesa di completezza, possono essere riassunte in due orientamenti dominanti: la teoria istituzionale, che considera la società essenzialmente come impresa, secondo la quale il contratto svolge essenzialmente la sua funzione, consistente nella costituzione della società e l'interesse sociale non è coincidente con quello dei soci, in quanto è a esso superiore e da essi non disponibile; la teoria contrattualistica, secondo

⁷⁹ Come già segnalato nel capitolo precedente il riconoscimento della figura dell'interesse di gruppo è contenuta nell'*Action Plan 2012*, v. MARCHETTI, *Il nuovo Action Plan in materia societaria e di corporate governance*, cit., e in part. 228 riportante la traduzione in italiano dell'*Action Plan*.

la quale, invece, l'interesse sociale coincide con l'interesse comune dei soci, come parti del contratto di società, meglio specificato come interesse comune dei soci alla massimizzazione dei dividendi⁸⁰.

La teoria più radicale della concezione contrattualistica – la c.d. teoria *shareholder value* - ritiene che non sia utile tener conto degli interessi dei creditori sociali nella ricostruzione dell'interesse sociale, in quanto le norme poste a tutela dei creditori e dei terzi costituiscono solo un limite all'attività degli amministratori e ai poteri dell'assemblea ed esclusivamente a tutela del patrimonio. Quest'ultimo orientamento, esclusa ogni rilevanza alla tutela dei dipendenti e dei creditori, pone appunto l'accento sul concetto di *Shareholder value* – e, quindi, sulla massimizzazione del valore di mercato delle azioni, che spetta di diritto agli azionisti, in quanto proprietari (*owners*) della *corporation* - particolarmente rilevante ai fini dell'individuazione dell'interesse sociale, che viene appunto identificato con l'interesse dei soci all'aumento del valore delle proprie azioni, più precisamente l'interesse del gruppo dei soggetti che si trovano a essere soci in un dato momento⁸¹.

⁸⁰ Si distinguono in particolare due modelli di società: quello Anglo-americano (*Shareholder society*) e quello tedesco (*Stakeholder society*). Per un quadro completo del relativo dibattito v. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, Giuffrè, 1964, tra i massimi esponenti della teoria contrattualistica; cfr. anche ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1959, 617 ss., secondo il quale gli interessi che convivono nell'impresa societaria sono quelli dei soci, presenti e futuri, nella variabilità delle loro componenti. Secondo l'A. l'interesse sociale deve tener conto della variabilità dei soci nel tempo e comunque dell'interesse anche non attuale, perché a lungo termine, dei soci attuali, in quanto esso consiste non già nella somma degli interessi dei singoli soci, bensì nell'interesse del gruppo, costante anche nella variazione dei soci. Gli azionisti, che hanno diritto al dividendo, e non si accontentano di un "dividendo equo", ostacolano più o meno consapevolmente il rafforzamento della società.

⁸¹ In questo senso JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. comm.*, 2000, 1, 795, che dette nuovo impulso al dibattito sull'interesse sociale. La

C'è, inoltre, chi muove da una concezione di società come organismo operante sul mercato e portatore di interessi non solo dei soci, di interessi non identici per tutti soci, di interessi non mutevoli nel possibile mutare dei soci⁸². Un altro orientamento individua la presenza di “virus” istituzionalistici, sia nell'impresa quale organismo produttivo, sia nella società quale ente “proprietario”, cioè in ambedue le facce di un'unica realtà fenomenica⁸³. Altra dottrina ritiene che il legislatore non può assumere l'interesse sociale come pietra di valutazione dell'agire dell'amministratore, ma può e deve individuare “stati” di pericolo costituiti

c.d. teoria *shareholder value*, in verità, recepisce argomenti anche dalla teoria istituzionalista. L'A. invero si domanda quale sia la differenza tra la crescita economica dell'impresa e la *shareholder value*, se si assume che il valore delle azioni tende a dipendere dal valore dell'impresa; v. anche LIBONATI, *Riflessioni su “interesse sociale” di Pier Giusto Jaeger*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders, in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, Giuffrè, 2010, 77, secondo il quale l'interesse sociale è l'interesse dei soci, la società per azioni è organizzazione volontaria di un investimento in attività economica esercitata in forma di impresa e manifestazione di libera iniziativa economica; per alcune riflessioni su detta impostazione di Libonati v. MAUGERI, “*Impresa e società” nel pensiero di Bernardino Libonati*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, 3, 669 ss..

⁸² Così OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 471, che, tra gli altri, riprende il dibattito sull'interesse sociale, in particolare ha voluto leggere tra le righe della riforma del 2003 una presa di posizione del legislatore più favorevole a un'impostazione istituzionalista, quantunque egli ammetta l'esistenza di residui di contrattualità. L'A. infatti ritiene che vi sia del vero in entrambe le tesi perché l'interesse del socio ora ha ora non ha tutela di diritto. Ha tutela di diritto quando è tutelato individualmente nel suo contenuto tipico di interesse contrattuale; ha invece tutela di interesse legittimo quando è tutelato solo contro gli “abusi” della maggioranza, la quale interpreta l'interesse dell'impresa anche al di là dell'interesse contrattuale dei soci.

⁸³ COTTINO, *Contrattualismo e istituzionalismo (Variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo)*, in *Riv. soc.*, 2005, 4, 707, il quale precisa che questa “nefasta” presenza è naturalmente destinata ad ulteriormente accentuarsi ogni volta che si profilano interventi pubblici di controllo e limitazioni del potere di autodeterminazione delle imprese: dall'ambiente, alla trasparenza, alla difesa dei consumatori e dei contraenti deboli, alla politica industriale.

dalla presenza, presso gli amministratori, di situazioni tali da poterne deviare il giudizio, accentuando la procedimentalizzazione dell'agire con principi di trasparenza, motivazioni, pareri, alterazioni delle competenze⁸⁴.

L'impressione è quindi quella che col tempo si sia giunti a un superamento delle "pure" teorie istituzionalistiche e contrattualistiche e si stia affermando l'idea che l'interesse sociale dovrebbe risolversi nel rispetto delle regole sottese all'agire comune. Si è valorizzato, invero, rispetto ai termini precedenti della discussione, il rapporto con il mercato e con le tutele di mercato. In dottrina, più precisamente, viene accolta l'espressione "neoistituzionalismo" per giustificare la presenza di norme inderogabili volte a rafforzare la società come strumento organizzativo per l'esercizio dell'impresa, della quale i soci si avvalgono per la realizzazione del proprio interesse comune⁸⁵.

La sensazione è che quando si parla di politica imprenditoriale di gruppo, anche ai sensi dell'art. 2497 cod. civ., viene senz'altro in rilievo l'art. 2082 cod. civ., il quale, com'è noto, pone l'accento, *inter alia*, sul requisito dell'economicità, che si aggiunge allo scopo produttivo dell'attività, finalizzato alla produzione o allo scambio di beni o servizi. Si insegna solitamente che l'impresa è attività economica e per aversi impresa è essenziale che l'attività produttiva sia condotta con metodo economico, secondo modalità che consentano quanto meno la copertura dei costi con i ricavi e assicurino l'autosufficienza economica⁸⁶. All'art. 2082 cod. civ., inoltre, si affianca, quando si parla di esercizio in comune di un'attività

⁸⁴ FERRO-LUZZI, *Le operazioni con parti correlate infragruppo*, in *Le operazioni con parti correlate*, a cura di Cariello, Milano, Giuffrè, 2011, 7 ss.

⁸⁵ GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, cit., 140.

⁸⁶ Cfr. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, Utet, 2006, 16.

economica, l'art. 2247 cod. civ., che fa leva, invece, sull'intento dell'impresa societaria di conseguire un guadagno o un profitto: il c.d. scopo di lucro quale elemento qualificante dell'attività societaria. Invero, l'art. 2247 cod. civ. prevede che lo scopo della divisione degli utili sia un elemento ineludibile della causa societaria, senza il quale non avrebbe senso il conferimento che due o più persone fanno nella società, né tanto meno l'esercizio in comune dell'attività economica; tanto è vero che il patto contrario a tale principio è sanzionato con la nullità, ai sensi dell'art. 2265 cod. civ.⁸⁷.

Se, quindi, si considera il gruppo di società quale forma di organizzazione dell'impresa, prevalentemente in forma societaria, e si accoglie la teoria secondo la quale lo scopo di un'impresa societaria è quello di massimizzare gli utili e che, quindi, una società si costituisce allo scopo di creare nuovo valore a favore dei soci (quindi massimizzazione del valore delle partecipazioni sociali) e l'interesse sociale rappresenta la tendenza a realizzare tale scopo, si potrebbe ritenere che l'interesse di gruppo, di cui si fa "portavoce" la stessa società capogruppo, consiste nella tendenza alla realizzazione di quel medesimo scopo, che diventa unitario e comune a tutte le società del gruppo, e, pertanto, il gruppo di società deve necessariamente perseguire una politica di guadagno e deve perseguirla affinché i vantaggi si riflettano sull'intero gruppo. Ciò determina, come si è affermato in dottrina, una sorta di "compressione" dell'interesse della singola società al gruppo appartenente in vista della realizzazione anche dell'interesse di gruppo, per il conseguimento del quale la controllata

⁸⁷ Cfr. commento art. 2247 cod civ. in www.plurisonline.it

concretamente agisce, e non solo della sua impresa societaria isolatamente considerata⁸⁸.

Già prima della riforma del diritto societario la giurisprudenza riconosceva l'esistenza e la legittimità dell'interesse di gruppo ritenendo che nell'ambito del più generale fenomeno della partecipazione tra società non può disconoscersi l'esistenza di una comune azione, ispirata a una direzione unitaria da parte della capogruppo, che implica necessariamente un interesse di gruppo, inteso come perseguimento di scopi comuni, anche trascendenti dagli obiettivi delle singole società appartenenti all'aggregazione⁸⁹.

Nell'ambito del gruppo di società, però, è vero che i soci della società capogruppo molto spesso sono espressi nelle società figlie, possono essere gli stessi soci, ovvero persone di fiducia dei soci della capogruppo, con l'obiettivo unitario di maggiori guadagni. Vi sono, tuttavia, ulteriori interessi da tutelare: quelli degli eventuali soci esterni e quelli dei creditori sociali delle società eterodirette, la cui garanzia è data proprio dal

⁸⁸ JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, cit., 810 ss.; D'ALESSANDRO, *Il dilemma del conflitto di interessi nel gruppo di società*, in AA.VV., *I gruppi di società*. Atti del convegno internazionale di studi, organizzato dalla rivista delle società, Venezia 16-17-18 novembre 1995, Milano, 1996. Cfr. anche MIGNOLI, *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, 725, il quale pone l'accento sul contenuto dell'art. 2247 cod. civ., dal quale si evince che l'interesse sociale non è che la tendenza allo scopo e l'adeguamento dei mezzi necessari al suo conseguimento. Sul punto v. anche WEIGMANN, *La riforma del diritto societario: un punto di arrivo o un cantiere permanente?*, in *Principi civilistici della riforma del diritto societario*, a cura di Afferni e Visentini, Milano, Giuffrè, 2005, 295, il quale fa notare come sia diffusa in dottrina l'idea che con la riforma del diritto societario la società sia modellata nell'interesse prevalente di chi ne ha il controllo. Cfr. anche MOZZARELLI, *Attività di direzione e coordinamento e allocazione del rischio di gestione*, in AA. VV., *Società, banche e crisi d'impresa*, Liber amicorum Abbadessa, 2, Torino, Utet, 2014, 1607 ss.

⁸⁹ Cass. 5 dicembre 1998, n. 12325, in www.plurisonline.it.

patrimonio sociale, che nell'esercizio dell'attività di direzione unitaria impresa dalla *holding* potrebbe essere depauperato.

Coesistono nel gruppo infatti una pluralità di interessi imprenditoriali, quello riferibile alla singola società isolatamente considerata, quelli delle altre imprese societarie appartenenti al gruppo e quello del gruppo nel suo complesso. Ed è qui che si colloca l'art. 2497 cod. civ., il quale esordisce affrontando quello che è il più delicato problema nell'ambito del gruppo, ossia quello consistente nella tutela di detti soggetti contro possibili abusi della capogruppo, attraverso l'individuazione delle regole e delle procedure, ossia dei limiti all'esercizio della direzione unitaria nel perseguimento della politica, di guadagno, del gruppo⁹⁰. La società capogruppo, infatti, identifica un interesse imprenditoriale che deve essere adattato alle tutele delle singole società al gruppo appartenenti, essa, quindi, è tenuta a rispettare il complesso di regole che disciplinano le modalità con le quali il "profitto di gruppo" può essere conseguito.

Se ne deduce, pertanto, nell'impossibilità di darne una definizione, che l'interesse di gruppo è il punto di equilibrio tra l'interesse della società capogruppo e l'interesse delle singole società al gruppo appartenenti e, quindi, come sostenuto anche di recente dalla dottrina, l'interesse di gruppo si identifica nei meccanismi che facilitano e agevolano lo svolgimento della politica di gruppo, che, in ogni caso, deve tener conto

⁹⁰ Cfr. ANGELICI, *Interesse sociale e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, 4, 573 ss., il quale ritiene centrale l'individuazione non tanto di un interesse sociale, quanto di una regola sulla cui base possa essere svolta tale ricerca: quella sulla cui base gli amministratori devono operare nel compiere la scelta tra i diversi possibili equilibri in cui può realizzarsi la loro funzione manageriale.

delle tutele prestate dal legislatore ai soci e ai creditori delle società eterodirette⁹¹.

L'interesse di gruppo potrebbe, pertanto, essere utilizzato come elemento in base al quale valutare la legittimità del comportamento mantenuto dalla *holding* e, in fase di esecuzione delle direttive, dalle società eterodirette. Si ritiene, invero, che le dinamiche presenti nella prassi dei gruppi societari e la tendenza della capogruppo a condizionare o addirittura imporre alle società figlie, le proprie strategie economico-finanziarie, delineando in tale maniera la "strategia del gruppo", impone la necessità di addivenire a un adeguato e ragionevole contemperamento degli interessi in gioco, che deve tener conto anche dei soci di minoranza e dei creditori sociali⁹².

L'adesione a questa prospettiva confermerebbe la condizione di legittimità della direzione unitaria, in quanto il suo esercizio risponde a un interesse concernente la stabilità e la complessiva redditività dell'impresa di gruppo⁹³. Si sostiene, infatti, che all'interno del gruppo si possa ravvisare quella sintesi di attività (di direzione e coordinamento) e di organizzazione (l'organizzazione del gruppo, che si affianca e si sovrappone, nella misura voluta dalle parti e consentita nel rispetto dell'autonomia soggettiva, a quella delle singole società), la quale

⁹¹ TOMBARI, *Il "Diritto dei Gruppi": primi bilanci e prospettive per il legislatore comunitario*, cit., 67 ss..

⁹² Cfr. Trib. Milano, 10 novembre 2014, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

⁹³ MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, cit., 66 ss.. Secondo l'A. l'interesse del gruppo non si identifica né con l'interesse dell'impresa di gruppo, né con un presunto scopo comune alla società che dirige e coordina e alle società dirette e coordinate, ma con l'interesse imprenditoriale della prima a governare e coordinare in modo strategicamente unitario le politiche finanziarie delle seconde; SCARPA, *Controllo societario nel fenomeno dei gruppi tra contrattualismo e interesse sociale*, in *Contr. e imp.*, 2011, 3, 666 ss.

rappresenta il contenuto essenziale e insopprimibile dell'impresa come fattispecie⁹⁴. Peraltro, va ricordato l'art. 2497 *ter* cod. civ. che “si preoccupa” della posizione degli amministratori della società eterodiretta, ai quali spetta l'obbligo di motivare “puntualmente” le scelte gestionali che, in quanto influenzate dalla capogruppo, non appaiono perfettamente in linea con l'interesse della società. In questo modo si renderebbe possibile *ex post* l'individuazione degli interessi che hanno indotto gli organi di gestione ad assumere determinate decisioni⁹⁵.

⁹⁴ Così G. SCOGNAMIGLIO, *Interesse sociale e interesse di gruppo*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, cit., 128, che alla nt. 17 richiama Oppo. L'A. ritiene inoltre che il coordinamento, ad opera del soggetto a cui fa capo il potere di direzione, è in funzione di un obiettivo di economicità di gruppo che non sopprime, né elide, bensì potenzia attraverso le c.d. sinergie, l'economicità delle singole imprese in cui il gruppo si articola. In dottrina si sostiene, altresì, che questa disciplina, che assorbe e rende inapplicabile quella di cui all'art. 2391 cod. civ., in tema di conflitto di interessi degli amministratori — si è detto — pensata con riferimento a una società “autonoma” non a una società facente parte del gruppo: potendosi sostenere che l'amministratore di una società eterodiretta, il quale persegue l'interesse della sua società tenendo conto anche delle sinergie e delle strategie “positive” del gruppo, non sia portatore di un interesse “diverso”, anche se non in conflitto con quello sociale (un interesse “per conto di terzi”), bensì di un “interesse sociale” reinterpretato e adeguato a un contesto di “società appartenente ad un gruppo” (così TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 112 ss.). V. anche Trib. Verona, 13 luglio 2007, in *Società*, 2008, 11, 1385, con nota di CIVERRA, *Conflitto di interessi di amministratori di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento*. Secondo il Tribunale l'esercizio di un'attività di influenza dominante crea i presupposti per l'applicazione degli artt. 2497 ss. cod. civ. La possibilità di subordinare l'interesse di una società all'interesse di gruppo a condizione che vengano attuate idonee misure compensative, nonché l'adempimento degli obblighi di motivazione di cui all'art. 2497 *ter* cod. civ., assorbe e rende inapplicabile l'art. 2391 cod. civ..

⁹⁵ Ossia quelle decisioni che nessun organo sociale di una società indipendente assumerebbe, ma che si rendono legittime entro una società di gruppo, perché dirette a realizzare quella particolare dimensione dell'interesse sociale che è presente solo nelle società di gruppo, per effetto della quale l'interesse sociale si realizza grazie alla realizzazione dell'interesse di gruppo. Ma la norma esige che questi superiori interessi, determinanti la decisione, siano puntualmente indicati per consentire un sindacato sulla

Analoghe considerazioni valgono in presenza di crisi di una o più società del gruppo. Se, invero, riteniamo che l'interesse di gruppo è il punto di equilibrio tra l'interesse della società capogruppo, inteso come "meccanismo" attraverso il quale la *holding* realizza la politica di profitto del gruppo, e l'interesse delle singole società al gruppo appartenenti, attraverso il rispetto della stessa capogruppo delle tutele che il legislatore con l'art. 2497 cod. civ. appresta alle società figlie, non si può certo ritenere, come ci invita a riflettere la dottrina, che in questi casi il suddetto interesse di gruppo debba necessariamente subire una sorta di ridimensionamento, assumendo rilevanza esclusiva il perseguimento dell'interesse dell'impresa in crisi⁹⁶. Il suddetto "punto di equilibrio" non sembra venir meno nel momento in cui una componente del gruppo entra

loro rispondenza ad un interesse di gruppo, e perciò riferibile anche alla controllata e non invece all'interesse esclusivo della sola controllante o di altra società del gruppo (così GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, cit., 136). In dottrina si sostiene, altresì che i principi di coordinamento (fra le attività svolte a livello delle singole articolazioni del gruppo) e di contemperamento (fra i benefici e i pregiudizi che la politica di gruppo proietta su ciascuna di esse) orientano l'azione degli organi delle società appartenenti a un gruppo, i quali sono tenuti a contemperare e a bilanciare l'interesse della singola società con l'interesse che presiede al coordinamento delle più società. Principi che sono, altresì, espressi dalla "dottrina *Rozenblum*" (così G. SCOGNAMIGLIO, *Interesse sociale e interesse di gruppo*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, cit., 129). L'orientamento giurisprudenziale e dottrinale oramai consolidato esclude, infatti, la sussistenza di un "superiore interesse di gruppo" tale da legittimare indiscriminatamente il sacrificio degli interessi di cui è portatrice ciascuna delle singole società che lo compongono: l'autonomia soggettiva e patrimoniale di ciascuna delle società parte di un gruppo e l'autonomia e il dovere di fedeltà a cui sono tenuti gli amministratori di società, pongono in capo a questi ultimi l'obbligo di perseguire in primo luogo l'interesse della singola società, che non può essere illegittimamente sacrificato a quello del gruppo, in questo senso Trib. Milano, 10 novembre 2014, cit..

⁹⁶ Cfr. CARRIERO, *Sensibilità comuni, uso della comparazione e convergenze interpretative: per una Methodenlehre unitaria nella riflessione europea sul diritto dei gruppi di società*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, 2, 273 ss., il quale alla fine è convinto del fatto che in questi casi l'interesse di gruppo non possa essere "obliterato".

in crisi e, in questi casi, come verrà nel prosieguo approfondito, la *holding* deve necessariamente perseguire una politica di gruppo mediante la predisposizione di un piano di risanamento che consenta anche la non propagazione della crisi nel gruppo stesso e nell'ambito del quale la stessa società figlia in crisi potrebbe avere maggiori possibilità di superamento della crisi medesima.

In questo contesto, in assenza di un'espressa e formale previsione dell'interesse di gruppo, per assicurare l'effettività dell'interesse di gruppo bisognerebbe, probabilmente, elaborare alcuni regolamenti di gruppo, intesi quali forme di preventiva autorizzazione, ovvero già nel momento in cui il gruppo "si forma" partire da regole di condotta, ovvero principi generali, per gli organi di gestione della società appartenenti al gruppo, che andrebbero, in concreto, elaborate in via convenzionale, mediante appunto un regolamento infragruppo tra la società capogruppo e le società eterdirette, che tenga conto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, attraverso il quale dare "un'organizzazione" ad un'attività comunque esercitata dalla capogruppo⁹⁷. Quindi, non solo regole della *holding* sulla società eterogestita, ma regole di condotta riferite agli organi di tutte le società al gruppo appartenenti, mediante un ridimensionamento delle rispettive competenze, alla stregua di quanto già previsto dall'art. 2391 *bis* cod. civ. relativamente alle operazioni con parti correlate. Si potrebbe, pertanto, pensare all'adozione di regole tali da assicurare la trasparenza e la correttezza sostanziale e procedurale delle operazioni intercorrenti tra le società del gruppo. Al fine anche di circoscriverne la responsabilità, per cui l'inadempimento da parte dell'organo gestorio andrà

⁹⁷ Cfr. sul punto GUERRERA, *I regolamenti di gruppo*, in AA. VV., *Società, banche e crisi d'impresa*, Liber amicorum Abbadessa, 2, Torino, Utet, 2014, 1551.

sanzionato, sia che venga posto in essere dalla società capogruppo, che dalla società dipendente, fermo restando il contenuto precettivo dell'art. 2497 cod. civ. e dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriali in esso contemplati.

2.2 Il danno mancante alla luce dei vantaggi compensativi

L'inciso "agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui" va letto in corrispondenza con il disposto dell'ultimo periodo dello stesso comma, che fa salvi i c.d. vantaggi compensativi ("non vi è responsabilità quando il danno risulti mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette").

L'art. 2497 cod. civ. espressamente fa venir meno la responsabilità della società capogruppo laddove l'operazione sia compiuta nell'esercizio di un'attività di direzione unitaria che sia economicamente neutra per la controllata, ossia non dannosa, ovvero dannosa, quando il danno sia compensato da vantaggi di gruppo, ovvero eliso da specifiche operazioni di segno opposto. La stessa Relazione alla riforma societaria chiarisce che "si è ritenuto opportuno precisare che il danno a base dell'azione in esame (e quindi la responsabilità) è il danno derivante dal risultato complessivo dell'attività della controllante e non il danno risultante da un atto isolatamente considerato, onde è eliminabile anche a seguito di specifiche operazioni a tal fine dirette".

Emerge, pertanto, quello che si attesta come “privilegio” per l’interesse del gruppo, ossia la regola secondo la quale “puoi danneggiare, a condizione che si provveda affinché il danno sia *aliunde* compensato”⁹⁸.

Anche prima della riforma del 2003 la giurisprudenza di legittimità con riguardo a una cessione a titolo gratuito di crediti da una società ad altra appartenente al medesimo gruppo, aveva affermato che quando l’atto viene posto in essere da una società controllata, occorre considerare, da un lato, che essa opera sotto l’influenza dominante di un’altra società che, appunto per questo, è in grado di indirizzare l’attività nel senso da essa voluto; dall’altro, che detta società, per il fatto di essere inserita in un’aggregazione più vasta, creata per esigenze obiettive di coordinamento e di razionalizzazione dell’attività imprenditrice, viene non di rado a conseguire dei vantaggi che la compensano dei pregiudizi eventualmente subiti per effetto di altra operazione e che al fine di verificare se l’operazione abbia comportato, o meno, per la società che l’ha posta in essere un depauperamento effettivo occorre tenere conto della complessiva situazione che, nell’ambito del gruppo, a quella società fa capo, potendo l’eventuale pregiudizio economico che da essa sia direttamente derivato aver trovato la sua contropartita in un altro rapporto⁹⁹.

⁹⁸ G. SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit. 534; MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, cit., 74; TOMBARI, *Poteri e doveri dell’organo amministrativo di una s.p.a. “di gruppo” tra disciplina legale e autonomia privata*, cit., 126; GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale*, 26, Padova, Cedam, 2003, 180, secondo il quale il concetto di vantaggio compensativo è espresso con riferimento all’influenza che la controllante esercita sulla controllata: l’influenza può comportare che la prima compia atti in sé pregiudizievoli per la seconda, ma se questo pregiudizio trova contropartita in vantaggi compensativi, essi non sono fonte di responsabilità.

⁹⁹ Cass. 11 marzo 1996, n. 2001, in www.plurisonline.it, confermata da Cass. 5 dicembre 1998, n. 12325, cit.

Può, invero, accadere, anche nell'ambito di un piano diretto al risanamento del gruppo, che la società capogruppo obblighi una società figlia a vendere a condizioni di non competitività, ossia "sottocosto" o senza contropartita, quindi di favore, a una società sorella, ovvero imponga di prestare una fideiussione gratuita a favore di altra società del gruppo a fronte di un finanziamento ricevuto, per garantire a quest'ultima (e al gruppo stesso) un maggiore guadagno, o comunque vantaggi dall'attività di risanamento, ovvero ancora che una società del gruppo eroghi essa stessa un finanziamento a un'altra società appartenente alla medesima aggregazione societaria nell'ambito di una unitaria politica di gruppo.

Detto "guadagno" deve andare a vantaggio dell'intero gruppo.

Si tratta poi di capire in che modo esso debba essere trasferito (la predisposizione di un regolamento di gruppo, per esempio, potrebbe essere utile per dare un'organizzazione all'attività di gruppo), posto che, come confermato dai giudici di legittimità, non è sufficiente, al fine di escludere la responsabilità, la mera ipotesi della sussistenza di detti vantaggi, in quanto l'amministratore ha l'onere di allegare e provare gli ipotizzati benefici indiretti, connessi al vantaggio complessivo del gruppo, oltre che la loro idoneità a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Cfr. Cass. 21 gennaio 1999, n. 521, in *Società*, 1999, 428, secondo cui in nome dell'interesse o logica di gruppo non può essere sacrificato il patrimonio della singola società ove questa non consegua, sia pure in via indiretta, un preciso vantaggio da un'altra operazione posta in essere secondo l'indirizzo economico unitario; App. Torino, 4 dicembre 2000, secondo cui è legittima la concessione di fideiussioni gratuite, senza controgaranzia, da parte di una società a favore di altre componenti del gruppo, con nota di CERRATO, *Osservazioni in tema di operazioni infragruppo e di vantaggi compensativi*, in *Giur. It.*, 8-9, 2001, 1676; Cass. 24 agosto 2004, n. 16707, in *Società*, 2005, 2, 164, con nota di CIAMPOLI; Cass. 11 dicembre 2006, n. 26325, in *Società*, 2007, 11, 1362 con nota di GAETA. La Suprema Corte ha precisato che l'atto compiuto dagli amministratori in

Occorre, inoltre, domandarsi in quali casi detto “vantaggio” può dirsi presente. Nella norma in questione non è chiaro se si debba tener conto solo dei vantaggi effettivamente conseguiti, ovvero se si possa tener conto anche dei vantaggi futuri, purché fondatamente prevedibili.

La nozione di vantaggio compensativo, pur senza entrare troppo nel merito del dibattito, non è pacifica, una parte della dottrina ritiene necessaria una compensazione per equivalente che sia certa, determinata e immediata, in base alla quale i vantaggi devono intendersi in termini quantitativi e ragionieristici¹⁰¹; un'altra impostazione postula l'esistenza di un accordo fra le diverse società del gruppo e propone l'obbligo di un'equa ripartizione del vantaggio o *surplus* riconducibile alla politica di gruppo fra le varie società partecipanti allo stesso¹⁰²; altra dottrina propone una

nome della società non è estraneo all'oggetto sociale se idoneo, in concreto, a soddisfare un interesse economico, sia pure mediato e indiretto, ma giuridicamente rilevante della società amministrata; Cass. 14 ottobre 2010, n. 21250, in *Vita not.*, 2013, 1, 33.

¹⁰¹ Si segnala per la tesi dei vantaggi compensativi attuali, c.d. compensazione effettiva: JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato*, cit., 811, il quale ritiene sia necessaria una compensazione effettiva e non meramente “virtuale”, affinché sia garantita la soddisfazione di un accettabile interesse patrimoniale facente capo ai soci delle società controllate pregiudicate; SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento*, cit., 662; nonché Cass., 24 agosto 2004, n. 16707, con nota di WEIGMANN, in *Giur. It.*, 2005, 1, secondo il quale quella fra vantaggi e svantaggi non è una somma algebrica, ma una scelta imprenditoriale, sicché l'equilibrio deve essere accettabile anche per i soci minoritari e a maggior ragione per i creditori.

¹⁰² G. SCOGNAMIGLIO, *“Clausole generali”*, cit., 537, nt.32, secondo la quale in assenza di un tale accordo non sembra possibile affermare, neppure sulla base dei principi di correttezza gestionale societaria e imprenditoriale di cui all'art. 2497, comma 1, la sussistenza di un dovere, in capo al soggetto esercente la direzione e coordinamento di un gruppo di società, di trattamento proporzionale delle diverse società del gruppo, e specificamente di ripartizione proporzionale fra le stesse dei vantaggi (e dei pesi) della politica di gruppo alla stregua di un parametro determinato, per esempio quello del contributo di ciascuna società al conseguimento del risultato utile complessivo o quello degli oneri sopportati per consentirne la realizzazione; DENOZZA, *Rules vs Standards nella*

soluzione di tipo risarcitorio, ritenendo necessario un indennizzo contestuale a carico della capogruppo e a favore della società coordinata che abbia subito il pregiudizio¹⁰³; altra parte della dottrina ritiene invece che la compensazione non debba necessariamente essere algebrica e proporzionale, ma possa avvenire anche in momenti diversi e propone di valutare l'operazione nel quadro della generale politica di gruppo per verificare se da essa possano derivare benefici alla società dominata anche non immediati, ma ragionevolmente certi, su piani e in ambiti di attività anche diversi da quelli derivanti dall'operazione imposta alla capogruppo¹⁰⁴.

Il dibattito si è articolato anche sulla base del confronto tra l'art. 2497 cod. civ. e l'art. 2634 cod. civ. in tema del reato di infedeltà

disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni "virtuali", in *Giur. comm.*, 2000, I, 328, nt. 3.

¹⁰³ Cfr. sul punto AA. VV., *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 613 ss.

¹⁰⁴ MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., 710; ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, cit., 197, secondo il quale occorre valutare complessivamente e unitariamente le implicazioni che per la società sono derivate dalla sottoposizione all'attività di direzione e coordinamento, escludendo che si debba operare un'analitica compensazione tra partite attive e passive, bensì una valutazione globale, quindi sintetica, della complessiva attività. Per la tesi dei "vantaggi compensativi anche futuri", c.d. compensazione virtuale: cfr. BRIZZI, *Crisi di impresa e doveri di gestione nelle società di capitali*, Napoli, Jovene, 2010, 139 ss., secondo il quale ai fini della valutazione del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, quale esimente della responsabilità, ci si potrà avvalere del contributo offerto dalla motivazione *ex art. 2497 ter* cod. civ., da parte della società dominata, nonché l'indicazione nella relazione sulla gestione dei rapporti intercorsi con la società capogruppo e con le altre società al gruppo appartenenti e l'effetto che l'attività di direzione unitaria ha avuto sull'esercizio di impresa e sui suoi risultati, di cui all'art. 2497 *bis* cod. civ.. E il combinato disposto delle due norme potrà svolgere la funzione di agevolare l'onere della prova da parte degli amministratori in merito all'esistenza di un procedimento valutativo che abbia tenuto conto dei vantaggi compensativi in concreto prevedibili.

patrimoniale, il quale, al terzo comma, espressamente prevede la rilevanza anche dei vantaggi fondatamente prevedibili. Secondo alcuni l'effettività dei vantaggi conseguiti sembrerebbe contrastare con il disposto dell'art. 2634, comma 3, cod. civ., che relativamente alla fattispecie incriminatrice di infedeltà patrimoniale, fa salvi i vantaggi compensativi, conseguiti o fondatamente prevedibili, dei quali la società apparentemente danneggiata abbia fruito o sia in grado di fruire in ragione della sua appartenenza a un gruppo di società, prevedendo una disciplina dedicata a compensazioni "virtuali"¹⁰⁵; secondo altri, invece, sussiste un contratto tra le due norme, che rafforzerebbe la tesi della "compensazione effettiva" richiesta invece dall'art. 2497 cod. civ.¹⁰⁶.

Si ricerca quindi un punto di equilibrio tra le esigenze di funzionalità del gruppo e la tutela dell'interesse delle singole società a esso appartenenti.

In questo contesto, occorre rilevare che il primo comma dell'art. 2497 cod. civ. pone l'accento espressamente sul "danno mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento" e, altresì, sul fatto che deve altrimenti essere "integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette", che sembrerebbe invocare soluzioni di tipo risarcitorio in capo alla società capogruppo nel caso in cui il pregiudizio subito dalla società coordinata non venga in un primo momento compensato. Sembra però preferibile un'interpretazione flessibile dell'art. 2497 cod. civ., in linea con la giurisprudenza *ante* riforma e con la dottrina prevalente, secondo la quale, il legislatore

¹⁰⁵ DI MAJO, *I gruppi di società*, cit., 52.

¹⁰⁶ MUCCIARELLI, *Il ruolo dei vantaggi compensativi nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in AA. VV., *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, cit., 630.

delegato ponendo l'accento sul "risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento" ha imposto all'interprete di valutare l'andamento positivo dell'attività del gruppo complessivamente considerata, che non esclude la prevedibilità di detti vantaggi, purché siano ragionevolmente certi¹⁰⁷. Il termine "ovvero" invece sembrerebbe riferirsi a eventuali contromisure che la capogruppo potrebbe adottare al fine di realizzare la compensazione necessaria affinché non vengano pregiudicati dall'attività del gruppo i soci di minoranza e i creditori sociali e, quindi, un'ipotesi distinta dalla valutazione del risultato complessivo dell'attività di direzione unitaria.

Questa impostazione può trovare concreti riscontri anche nell'ambito della crisi nel gruppo, con l'ulteriore precisazione, posti i maggiori rischi insiti in operazioni compiute nell'ambito di una crisi di gruppo, che il vantaggio compensativo previsto, ovvero la contromisura adottata dalla società capogruppo, devono risultare espressamente nel piano strategico che intende adottare la società capogruppo nell'ottica di risanamento dell'intero gruppo.

Non manca in dottrina chi ritiene che il meccanismo del vantaggio compensativo non possa operare nell'ambito della crisi del e nel gruppo o in prossimità dell'insolvenza della società inserita nel gruppo, o comunque in situazioni di forte tensione finanziaria e patrimoniale, solo per il fatto che si sia in presenza di un'attività di direzione e coordinamento¹⁰⁸. Si tratta di una teoria aderente all'impostazione della giurisprudenza

¹⁰⁷ Cfr. anche G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, cit., 198.

¹⁰⁸ CARIELLO, *Sensibilità comuni, uso della comparazione e convergenze interpretative: per una Methodenlehre unitaria nella riflessione europea sul diritto dei gruppi di società*, cit., 276 ss.

penalistica più recente che, ai fini della bancarotta fraudolenta *ex art. 216 l. fall.*, ritiene possa integrare distrazione rilevante la condotta di finanziamento di ingenti somme in favore di società dello stesso gruppo, effettuato dalla società fallita quando essa già si trovava in situazione di difficoltà finanziaria, in mancanza di garanzie e senza vantaggi compensativi sia per il gruppo nel suo complesso che per la stessa società che effettua la dazione. Peraltro, secondo tale orientamento, la mera circostanza della collocazione della società fallita all'interno di un gruppo non esclude la penale rilevanza del fatto, essendo necessaria, a tal fine, la sussistenza di uno specifico vantaggio, anche indiretto, che si dimostri idoneo a compensare gli effetti immediatamente negativi dell'operazione per la stessa società, trasferendo su quest'ultima il risultato positivo riferibile al gruppo¹⁰⁹.

Ciò induce a ritenere che la società capogruppo possa invocare i vantaggi compensativi solo laddove abbia predisposto un piano di risanamento, tale da rendere trasparente la gestione, in un'ottica di gruppo, volta al risanamento dello stesso. Pertanto, i vantaggi compensativi (e

¹⁰⁹ Cfr. Cass. pen. 5 agosto 2014, n. 34505, in *www.plurisonline.it.*; Cass. pen. 21 febbraio 2013, n. 20039, *ivi.*; Cass. pen. 27 settembre 2012, n. 44963, *ivi.*; Cass. pen. 7 giugno 2011, n. 37370, in *Fallimento*, 2012, 4, 475; Cass. pen. 8 novembre 2007, n. 7326, in Cass. pen., 2009, 291; Cass. pen. 15 luglio 2008, n. 39546, in *Società*, 7, 2009, 919, secondo la quale il trasferimento di risorse infragruppo, ovvero tra società appartenenti allo stesso gruppo imprenditoriale, specialmente quando venga effettuato a vantaggio di una società già in difficoltà economiche, non è consentito e deve essere qualificato come vera e propria distrazione ai sensi e per gli effetti previsti dall'art. 216, comma 1, n. 1, l. fall., giacché le società, pur appartenendo allo stesso gruppo, sono persone giuridiche diverse e, pertanto, i creditori della società depauperata mai potrebbero rivalersi dei loro crediti inseguendo i beni ceduti da una società ad un'altra dotata di un'autonoma personalità giuridica, posto che la garanzia dei creditori è data proprio dal patrimonio sociale, che viene depauperato dal trasferimento di quei beni ad altra società, con conseguente diminuzione della garanzia.

quindi l'esonero dalla responsabilità) ricorreranno ogni volta che la capogruppo abbia adottato un'equilibrata ripartizione dei vantaggi e dei sacrifici, che sia finalizzata al superamento dello stato di crisi o di insolvenza, ma tenendo conto altresì dell'interesse delle singole società appartenenti all'aggregazione societaria, come si vedrà meglio nel prosieguo dell'indagine. E l'esistenza di tali benefici, come precisato dalla giurisprudenza¹¹⁰, non può essere posta in termini meramente ipotetici, e non può quindi essere dedotta dalla semplice appartenenza ad un gruppo, ma deve essere concreta e oggetto di precisa dimostrazione.

Può accadere quindi che una società del gruppo venga privata di risorse finanziarie perché trasferite ad altra società del gruppo e che, in cambio, essa non riceva nell'immediato alcun effettivo e idonei vantaggi compensativi, essi però dovranno risultare dal piano di risanamento adottato dalla capogruppo, anche se saranno destinati a concretizzarsi solo all'esito, positivo, del piano medesimo. Invero essi possono anche identificarsi nella mera sopravvivenza della società stessa, condannata altrimenti all'insolvenza come effetto del venir meno del gruppo in ragione della crisi che l'ha colpito¹¹¹.

¹¹⁰ Trib. Roma 5 febbraio 2008, in *www.plurionline.it*.

¹¹¹ Cfr. PANZANI, *Relazione introduttiva*, in *Il nuovo diritto delle società*, 11, 2012, 38, il quale ritiene che non vi sono difficoltà teoriche a ritenere lecite scelte gestionali degli amministratori della capogruppo, i quali, per esempio, nell'ambito di un piano diretto al risanamento del gruppo, addossino sacrifici a una delle società del gruppo a fronte di vantaggi che a quest'ultima possano derivare dall'attività di risanamento; MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi*, in AA. VV., *Società, banche e crisi d'impresa*, Liber amicorum Pietro Abbadessa, 3, Torino, Utet, 2014, 2758.

2.3 I principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale: un possibile contenuto

Scopo della presente indagine è quello di individuare le regole di gestione nell'esercizio della direzione unitaria esercitata nei confronti di una società eterodiretta in stato di crisi, che a fronte di una lacuna del diritto fallimentare sul punto, si potrebbero ricavare dallo stesso art. 2497 cod. civ., che enuncia i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, i quali costituiscono il limite all'attività di direzione unitaria impressa dalla capogruppo e devono essere osservati anche in presenza di una situazione di crisi che investa l'intero gruppo, ovvero una o più società a esso appartenente. E', quindi, nei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale che vanno ricercate le regole sottostanti l'esercizio della direzione unitaria.

Essi attengono, più precisamente, alla corretta gestione del gruppo di società e costituiscono un limite di legittimità al potere di "alta amministrazione"¹¹², consistente, come si accennava, nella definizione delle linee strategiche generali, mediante l'interferenza nella gestione ordinaria della società eterodiretta, con inevitabili ripercussioni proprio sulla struttura "formale" delle competenze degli organi di una società di gruppo "dominata" o "dipendente"¹¹³. Essi non definiscono un obbligo il

¹¹² Circa la definizione di "alta amministrazione" e in generale sulla legittimità della direzione unitaria v. nt. 20 ove ampi riferimenti dottrinali.

¹¹³ Sul punto v. ancora TOMBARI, *La nuova disciplina dei gruppi di società*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di Benazzo, Patriarca e Presti, Milano, Giuffrè, 2003, 237; ID, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, cit., 64; MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, cit., 1098; M. ROSSI, *Responsabilità e organizzazione dell'esercizio dell'impresa di gruppo*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, 622; VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber

cui perseguimento è rimesso alla società o ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, bensì il confine esterno che quest'ultima non può oltrepassare nell'esercizio della direzione unitaria, impedendo, come si afferma in dottrina, alla società capogruppo di sottrarsi agli obblighi e ai doveri scaturenti *ex lege* dall'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento¹¹⁴.

Il nostro ordinamento giuridico pone l'accento su detti principi, ancor prima e al di fuori dell'art. 2497 cod. civ.. L'aspettativa dei soci di minoranza e dei creditori sociali, che la norma in questione tende a tutelare, è che la società del gruppo, anche con modalità differenti rispetto a una società monade, possa operare come autonomo centro di profitto¹¹⁵, pertanto, questi principi devono essere rispettati anche a fronte di asserite superiori ragioni di gruppo e la società capogruppo ha non solo il potere di gestire le società del gruppo, ma anche e soprattutto il dovere di gestirle "correttamente", attraverso un bilanciamento dell'interesse di essa capogruppo con quello delle stesse società eterodirette¹¹⁶. La liceità della

amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, Utet, 2007, 850 ss; MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber amicorum Antonio Piras, Torino, Utet, 2010, 829.

¹¹⁴ TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. "di gruppo" tra disciplina legale e autonomia privata*, cit.

¹¹⁵ ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, cit. 204.

¹¹⁶ WEIGMANN, *I gruppi di società*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 208; RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture e incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, 335. Già prima della riforma del 2003 la dottrina riteneva che l'appartenenza di una società a una aggregazione di gruppo non poteva far venir meno il dovere dell'organo che la gestisce di assolvere le proprie funzioni con la richiesta diligenza professionale e di perseguire nel modo più efficace e completo l'interesse sociale dell'entità amministrata (Cfr. PAVONE LA ROSA, *La responsabilità degli amministratori della controllante nella crisi del gruppo societario*, cit, 798 e nt. 10).

direzione e del coordinamento di altre società non si risolve, invero, solo nel perseguimento da parte della capogruppo, nelle direttive impartite alle società figlie, dell'interesse imprenditoriale di gruppo, bensì anche nella corretta gestione societaria e imprenditoriale della singola società al gruppo stesso appartenente.

In assenza, quindi, di una norma che individui espressamente il contenuto di detti principi¹¹⁷, essi sono stati definiti quali “criteri di valutazione in concreto del modo in cui si comportano i destinatari dei principi stessi” - in termini, dunque, di legittimità o illegittimità - e al tempo stesso “criteri di decisione” del potere di direzione unitaria, che viene identificata dagli stessi come un dovere. Essi si atteggiavano a “principi generali”, che devono essere osservati dalla società capogruppo a seconda delle circostanze che caratterizzeranno, di volta in volta, la realtà del gruppo¹¹⁸. Il perseguimento dell'interesse imprenditoriale di gruppo non si esaurisce in una mera espressione, la società capogruppo è tenuta a

¹¹⁷ Come ha precisato la stessa Relazione di accompagnamento alla legge di riforma del 2003: l'individuazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale è stata volutamente rimessa a dottrina e giurisprudenza – che non potranno non tener conto delle infinite variabili e dell'incessante evoluzione economica e operativa evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica del fenomeno dei gruppi d'impresa.

¹¹⁸ MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, cit., 830; TOMBARI, *Crisi di impresa e doveri di “corretta gestione societaria e imprenditoriale” della società capogruppo*, in *Riv. dir. comm.*, 3, 2011, 631; G. SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*” e disciplina dei gruppi di società, cit., 527 ss.; v. anche Trib. Milano, 17 giugno 2011, in *Società*, 2012, 3, 258, con nota di SIMONETTI, *Natura e condizioni dell'azione di responsabilità nei confronti della capogruppo*. Secondo il Tribunale la responsabilità per violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale nell'attività di direzione e coordinamento di società ha carattere diretto e natura contrattuale, presupponendo un preesistente dovere di protezione avente contenuto definito posto a carico della società dirigente verso la società diretta ed i suoi soci.

perseguire il “profitto” alle condizioni previste dalla legge e l’art. 2497 cod. civ. contiene in sè il complesso di regole mediante le quali lo scopo comune può essere conseguito, regole che impongono di non impartire direttive alle società figlie, ovvero formulare programmi di gestione del gruppo, che possano in concreto essere fonte di pregiudizio per una o più società al gruppo appartenenti.

Sono principi quelli enunciati dalla norma in esame che, alla stregua dei principi di diligenza e buona fede, vengono definiti come “regole di condotta”, regole di correttezza sostanziali per la società capogruppo e, in particolare, per l’organo amministrativo di quest’ultima, il cui comportamento, conforme o meno a essi, rileverà soltanto *ex post*, alla luce dei vantaggi compensativi¹¹⁹.

Per quanto più ci interessa in questa sede, la norma in questione detta le regole cui deve ispirarsi la capogruppo in presenza di una crisi che coinvolga il gruppo stesso, nella prospettiva di una protezione non solo dei soci c.d. esterni e dei creditori delle società eterodirette, ma anche al fine di tutelare efficacemente i soci della capogruppo, a presidio dell’investimento delle sue partecipate, il cui valore costituisce il patrimonio della *holding*. In particolare, dalla lettura dell’art. 2497 cod. civ. rileva il binomio: principi di corretta gestione “societaria” e principi di corretta gestione “imprenditoriale”, come a indicare che la “corretta” gestione da parte della società capogruppo debba necessariamente essere valutata sotto due profili: in una prospettiva societaria e in un’altra, più ampia, prospettiva imprenditoriale.

¹¹⁹ Nella stessa Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. n. 6 del 2003 si legge chiaramente che “nell’indicare questi principi si è doverosamente tenuto presente che il richiamo a formule generali è ineliminabile nella legislazione commercialistica”.

La combinazione di questi due aggettivi secondo parte della dottrina dà luogo a una endiadi, in quanto potrebbe parlarsi di corretta gestione *tout court*¹²⁰. Altra parte della dottrina, invece, sostiene che la corretta gestione societaria sia solo un aspetto del compito gestorio, in quanto, in una prospettiva imprenditoriale, si deve tener conto anche di interessi diversi da quelli più prettamente riferibili alla società, anche se i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale sono destinati a integrarsi tra di loro¹²¹. Si deve ritenere che la duplice qualificazione della correttezza gestionale sia opportuna e non pleonastica e che una corretta gestione societaria è solo un aspetto del compito gestorio della capogruppo, in quanto si accompagna a una corretta gestione imprenditoriale, posto che i principi dettati dall'art. 2497 cod. civ. hanno non solo una rilevanza "interna", ma anche una rilevanza "esterna", in quanto mirano a garantire una tutela anche dei creditori di tutte le società al gruppo appartenenti.

Si sostiene infatti che i principi di corretta gestione "societaria" siano contenuti nelle norme di diritto societario, che prescrivono obblighi e doveri gestori, nonché di controllo, a seconda del tipo di società di volta in volta adottato come forma organizzativa facente parte del gruppo (ci si riferisce, ad esempio, ai doveri degli organi gestori di una società monade di accertare, prevenire e fronteggiare la crisi o l'insolvenza nel gruppo,

¹²⁰ Cfr. BUSSOLETTI, LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 123; nonché CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, 1229 ss., il quale ritiene che, ammesso che si tratti di profili distinguibili nella pratica, la sola violazione dei principi di corretta gestione societaria dà luogo a responsabilità, così come la violazione di regole imprenditoriali.

¹²¹ v. sul punto SCOGNAMIGLIO, *"Clausole generali" e disciplina dei gruppi di società*, cit., nonché MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, cit.

ovvero al rispetto delle norme in materia di mantenimento del patrimonio netto minimo, previste per la s.p.a. e per la s.r.l.). I doveri degli organi gestori della capogruppo, cui si ricollegano i doveri dell'organo di controllo, sono quindi contenuti nelle regole che disciplinano i compiti degli amministratori di una società in crisi individualmente considerata. I principi di corretta gestione "imprenditoriale", invece, si sostiene siano contenuti negli obblighi e nei doveri che discendono *ex lege* dal fatto che la gestione ha per oggetto l'esercizio di un'impresa e sono più precisamente quelli scaturenti da uno *standard* di diritto dell'impresa, da valutarsi alla stregua della *honest business judgment*, volto a proteggere, secondo un parametro imprenditoriale, in particolare l'interesse dei creditori della società facente parte del gruppo a non essere pregiudicati da una continuazione dell'esercizio d'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale e, quindi, abusiva e opportunistica, tale da incrementare l'indebitamento della società, principio coerente con la scelta del legislatore di rimettere la valutazione in ordine allo stato di crisi o di insolvenza direttamente all'imprenditore¹²². Una prosecuzione dell'attività d'impresa delle società del gruppo passiva e opportunistica in assenza di

¹²² In questo senso ancora MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, cit., 830, il quale ritiene che sono conformi ai principi di corretta gestione imprenditoriale quelle decisioni che l'organo amministrativo della società capogruppo assumerà applicando la *business judgment rule* nella prospettiva della continuità aziendale, ossia con l'obiettivo di mantenere l'impresa in condizioni tali da poter rimanere sul mercato, secondo una valutazione di ragionevolezza controllabile *ex post*. L'A. ritiene, inoltre, che la prospettiva della continuità aziendale sia un comportamento doveroso a valle di una scelta in favore dell'esercizio dell'attività; G. SCOGNAMIGLIO, "*Clausole generali*" e *disciplina dei gruppi di società*, cit., 532, la quale ritiene che la doppia qualificazione gestionale sia assolutamente opportuna ai fini dell'applicazione della disciplina in esame.

continuità aziendale è sicuramente dannosa e fonte di responsabilità per gli organi gestori della società considerata e della società capogruppo.

Il risanamento aziendale può quindi avvenire solo in condizioni di corretta gestione societaria e imprenditoriale. Il punto cruciale è la rilevanza sociale della società fallibile lungo tutto il percorso della vita della società stessa. La rilevanza sociale, invero, crea un dovere in capo a chi gestisce, che gli impone di non esercitare l'impresa a danno di altri, ovvero irragionevolmente a rischio di danno di altri, non si tratta quindi solo di una gestione imprenditoriale dettata dalla libertà economica. Nella gestione di un'impresa societaria sono coinvolti molteplici interessi (l'interesse lucrativo dei soci, l'interesse all'integrità del patrimonio sociale dei creditori sociali, l'interesse a un buon andamento del mercato) e ciò impone agli amministratori di comportarsi secondo uno “*standard di gestione corretta*”, che prescrive loro di agire con diligenza e lealtà¹²³. Il punto verrà maggiormente approfondito nel prosieguo della presente indagine.

3. La crisi nel gruppo e doveri di correttezza gestionale: profili generali

Il potere di “alta amministrazione”, legittimamente allocato nelle mani degli amministratori della società capogruppo, determina una sorta di deroga alle competenze gestorie dell'organo amministrativo della società diretta e coordinata¹²⁴, il che implica che poteri gestori relativi alla società

¹²³ MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, cit.

¹²⁴ Detta deroga nelle società per azioni riguarda l'esclusività del potere di gestione riservato all'organo amministrativo ai sensi dell'art. 2380 *bis* cod. civ., mentre,

sottoposta all'altrui direzione e coordinamento risiedono anche e in primo luogo nell'organo amministrativo della società capogruppo¹²⁵.

La società o l'ente capogruppo infatti dispone di un controllo effettivo sull'iniziativa imprenditoriale delle società figlie e dovrà, pertanto, intervenendo nella gestione della crisi della società eterodiretta (decidendo se "mantenerla in vita", ovvero sottoporla al fallimento), adottare le scelte strategiche più significative, anche se pregiudizievoli per le società al gruppo appartenenti, nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale di quest'ultime e salvi i vantaggi compensativi. Si tratta di decisioni strategiche che ricadono, per loro natura, nell'area dell'attività di direzione e coordinamento e non richiedono nessun "mandato" da parte della società dominante, posta, secondo un'opinione ormai prevalente, la stretta cogenza delle sue direttive

come noto, nelle società a responsabilità limitata i soci possono ingerirsi nell'amministrazione della società, si ritiene, invero, legittima l'attribuzione al socio di particolari diritti, ai sensi dell'art. 2468, comma 3, cod. civ., inerenti al compimento di atti di gestione o, addirittura, di decisione, in ordine al compimento di determinate operazioni gestorie, a prescindere dal fatto che il socio ricopra o meno la carica di amministratore; nonché il diritto di opposizione per determinate tipologie di atti di gestione, ancorché il socio non sia investito del potere di amministrare, con il limite che non possono non essere di competenza dell'organo amministrativo la redazione del progetto di bilancio, la redazione del progetto di fusione e di scissione e la decisione di aumento del capitale delegato (cfr. BUSANI, *Atti degli amministratori. Massimario delle operazioni societarie*, Milano, Ipsoa, 2015).

¹²⁵ Fermo restando che, come già evidenziato nel capitolo precedente, che la partecipazione a un gruppo di società non modifica i doveri incumbenti sull'organo di gestione della società eterodiretta e quindi, se si tratta di s.p.a., quelli previsti in generale in capo agli amministratori dall'art. 2380 *bis* cod. civ.. Modifica, piuttosto, il contesto nell'ambito del quale concretamente si svolge l'attività imprenditoriale della società amministrata, al quale appartengono senz'altro anche le direttive della società capogruppo, delle quali occorre tener conto nella propria attività gestoria, Cfr. ANGELICI, *Notarelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, cit., 382 ss..

che è in *re ipsa*, sebbene non elimini totalmente i margini di valutazione discrezionale degli organi delle società dirette e coordinate¹²⁶.

Un'eventuale responsabilità potrà fondarsi non solo sugli ordini impartiti indebitamente dalla *holding* – e indebitamente osservati dalle società controllate – in quanto non rispondenti ai principi di correttezza gestionale, ma anche su difetti di valutazione e di comando della *holding* stessa, conseguenti, tuttavia, a una, talvolta altrettanto indebita, dismissione da parte degli organi della società controllata dei poteri e dei doveri che su di essi incombono. Infatti, gli organi gestori delle società dirette e coordinate è vero, come ritiene la dottrina, che sono privi del suddetto potere di alta amministrazione, che compete alla società capogruppo, possono essere, inoltre, privati di alcuni poteri di gestione ordinaria, sono chiamati a collaborare per il perseguimento della politica imprenditoriale del gruppo, ma essi sono tenuti ad attuare responsabilmente le direttive, le istruzioni e le decisioni impartite dagli organi di governo della capogruppo, che non contrastano con i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale e, perciò, legittime. Essi, nondimeno, conservano il dovere di vigilanza e, quindi, possono disattendere le direttive della capogruppo ritenute illegittime, ossia quelle non conformi ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, che siano dagli stessi giudicate svantaggiose e pregiudizievoli per la “loro” società, pena la loro responsabilità, in solido con gli amministratori della

¹²⁶ Cfr. GUERRERA, *Autoregolamentazione e organizzazione del gruppo di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, 1, 589. E' pacifico in dottrina che esercita attività di direzione e coordinamento l'ente che è artefice, *dominus* delle scelte riguardanti la strategia di gruppo, ossia determinarne modalità, tempi di attuazione, contenuti delle scelte strategiche e operative (v. CARIELLO, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento*, in *Riv. soc.*, 2007, 55).

capogruppo, per aver preso parte all'evento lesivo, ai sensi dell'art. 2497, comma 2, cod. civ.¹²⁷.

La società capogruppo, pertanto, dovrà, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, assumere, anche in presenza di uno stato di crisi, ovvero a fronte di "segnali" di crisi, le scelte strategiche e operative, in una prospettiva di tutela dei soci di minoranza e dei creditori della società dipendente, dei soci di essa stessa capogruppo e del gruppo nel suo complesso. Com'è stato già sostenuto in dottrina, nell'ambito della gestione della crisi di gruppo, la responsabilità della capogruppo potrebbe derivare anche dal mancato, ovvero inadeguato, coordinamento e monitoraggio sulla struttura del gruppo nel suo complesso e, quindi, di conseguenza anche sull'evoluzione della pre-crisi, sino alla fase della vera e propria crisi, ovvero all'insolvenza di una o più società al gruppo appartenenti¹²⁸.

Gli organi di governo della società capogruppo, quindi, non possono disinteressarsi della crisi delle società coordinate, né permettere che i loro organi amministrativi proseguano la gestione opportunisticamente a danno dei creditori attuali e potenziali. Essi saranno tenuti, proprio in forza dei principi di corretta gestione societaria e

¹²⁷ TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. «di gruppo» tra disciplina legale e autonomia privata*, in cit., 130; ID., *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 109 ss.; ID., *Il "Diritto dei Gruppi": primi bilanci e prospettive per il legislatore comunitario*, cit., 72, il quale ritiene altresì che l'inadempimento da parte della società controllata di una direttiva legittima, ossia conforme ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, proveniente dalla società capogruppo, si configuri genericamente come inadempimento di un obbligo a carico dell'organo amministrativo della società controllata. E, pertanto, la sanzione dovrà essere individuata sul piano del diritto dell'organizzazione societaria adottata quale forma per l'esercizio dell'impresa; MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, cit, 72.

¹²⁸ Cfr. ABRIANI, *Le responsabilità nelle crisi dei gruppi*, in *Nuovo dir. soc.*, 2012, 11, 93.

imprenditoriale, ad acquisire tutte le informazioni necessarie per valutare la situazione e assumere le decisioni più opportune. In quest'ottica, è stato segnalato che i principi di corretta gestione imprenditoriale riguarderebbero, ad esempio, la preventiva raccolta delle informazioni di mercato prima dell'avvio di nuove operazioni, la valutazione dell'entità e della natura dei rischi connessi, le possibilità di finanziamento dell'operazione e previsione del rapporto fra rischi, costi e benefici immediati e futuri¹²⁹.

La scelta dello strumento per la gestione dello stato di crisi dovrà peraltro essere fatta da parte della *holding*, sulla base di una ragionevole e corretta valutazione imprenditoriale, con particolare attenzione alla scelta del “piano di salvataggio”, scelta che dovrà essere tempestiva, ma al contempo ponderata. La crisi di una società determina l'ispessimento dell'attenzione e della diligenza del gestore o dei gestori della società (fallibile), volta alla tutela degli interessi dei creditori, che trova la sua giustificazione, come ampiamente sostenuto in dottrina, nella circostanza che i creditori divengono o si apprestano a divenire i “proprietari economici” della società, mentre i “proprietari” dell'impresa societaria stessa potrebbero essere tentati dal tenere comportamenti opportunistici, avendo poco o nulla da perdere come *residual claimants*, ossia soggetti che hanno diritto a ricevere tutto ciò che resta una volta che siano stati pagati i creditori¹³⁰.

¹²⁹ SALAFIA, *La responsabilità della holding verso i soci di minoranza e le controllate*, in *Società*, 2004, 5, 9.

¹³⁰ Circostanza ormai nota nella nostra letteratura, cfr. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa tra diritto ed economia*, Bologna, Il Mulino, 2007, 35 ss.; FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. Soc.*, 2010, 57 ss; MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, cit., 826 ss.

4. I doveri della società capogruppo nell'ottica di "prevenzione" della crisi

Occorre, a questo punto - posto il riconoscimento dell'esistenza di una disciplina dell'organizzazione di gruppo¹³¹, la cui rilevanza giuridica non si esaurisce nella previsione della responsabilità da "abuso" della direzione unitaria e negli speciali strumenti di tutela dei soci esterni e dei creditori delle società eterodirette individuati dagli artt. 2497 ss. cod. civ. – individuare, allorché si profili una situazione di crisi o di insolvenza che investa una o più società del gruppo, i principali obblighi e doveri scaturenti dai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale gravanti sugli amministratori della capogruppo nell'esercizio della direzione unitaria, che devono essere condivisi ed eseguiti dalle società sottoposte alla loro direzione. Bisogna quindi porre l'attenzione sull'esteso utilizzo di clausole generali che contraddistinguono il diritto societario, riferite espressamente agli organi di amministrazione e controllo di una società monade, ma che nell'ambito del gruppo si estendono anche agli organi di amministrazione e controllo della società capogruppo.

Rilevano, in primo luogo, i doveri degli organi della società capogruppo nella fase che precede la crisi, ossia il dovere di monitorare e "prevenire" situazioni di crisi; in secondo luogo i doveri relativi alla gestione della crisi nel gruppo, nonché la scelta degli strumenti per fronteggiarla, dei quali ci occuperemo nell'ultimo capitolo.

In questo contesto, in un'ottica di monitoraggio degli elementi sintomatici della crisi, rilevano le regole di stampo organizzativo, che

¹³¹ TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 5 ss.; ID., *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. "di gruppo" tra disciplina legale e autonomia privata*, cit.; ID., *Riforma del diritto societario e gruppi di imprese*, cit., 61.

concernano la *governance*, i flussi informativi e il controllo del gruppo e, quindi, il rapporto e il coordinamento tra gli organi di governo della società capogruppo e quelli delle società a essa assoggettate.

Vengono in rilievo, oltre al carattere professionale della diligenza richiesta agli amministratori (art. 2392 cod. civ.), l'obbligo di agire in modo informato, l'elaborazione e la disamina di piani strategici, industriali e finanziari della società, nonché la rilevazione, la relazione e la valutazione del generale andamento della gestione (art. 2381, comma 3, 4 e 6 cod. civ.), il rispetto dei principi di corretta amministrazione (art. 2403 cod. civ.), ossia quel complesso di prescrizioni dal quale può ricavarsi un dovere implicito degli organi di gestione di utilizzare i mezzi, le risorse e le competenze disponibili, allo scopo di monitorare, prevenire e gestire adeguatamente le situazioni di crisi, in quanto lesive dell'integrità del patrimonio della società e, di conseguenza, pregiudizievoli dell'interesse lucrativo dei soci e delle ragioni dei creditori sociali¹³².

L'attivazione di flussi informativi è particolarmente significativa nell'ambito di un gruppo di società, essa è essenziale all'efficienza del sistema di gestione e di controllo dell'impresa di gruppo nel suo complesso, in quanto consente di gestire idoneamente le informazioni che provengono da tutta l'area del gruppo. E si tratta di attività che gli organi della capogruppo dovranno svolgere nel rispetto dell'autonomia giuridica delle società figlie, quindi, non direttamente, ma per il tramite del "filtro"

¹³² In questo senso GUERRERA, *Compiti e responsabilità degli amministratori nella gestione dell'impresa in crisi*, in *La governance nelle società di capitali. A dieci anni dalla riforma*, diretto da Vietti, Milano, Egea, 2013, 247 e ss.

degli organi di gestione di quest'ultime¹³³. Il dovere di informazione assume, invero, una rilevanza cogente.

In quest'ottica assumono rilevanza, ad esempio, le norme codicistiche dettate per le società per azioni in materia di informazioni, adeguatezza degli assetti organizzativi e controlli, che investono anche diversi aspetti della gestione del gruppo e che incombono non solo sulle singole società eterodirette, ma anche sulla società dominante, in quanto coinvolgono indirettamente il rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, i quali esprimono gli stessi principi di corretta amministrazione e di adeguatezza degli assetti di una società monade¹³⁴.

Rilevano innanzitutto le regole che impongono il dovere di curare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa. A questo dovere allude in particolare l'art. 2381, commi 3 e 5, cod. civ., che specificamente lo imputa agli organi delegati, prescrivendo, nel contempo, agli amministratori, sulla base delle informazioni riferitegli, di valutarne l'adeguatezza. Agli organi delegati spetta inoltre il dovere di riferire le operazioni di maggior rilievo effettuate dalla società e dalle sue controllate. Questo dovere di "segnalazione" all'interno di un gruppo assume particolare rilevanza in quanto consente di condividere il generale andamento della gestione di ciascuna singola società al gruppo appartenente, nonché le operazioni di maggior rilievo effettuate anche dalle società controllate. All'organo di controllo spetta, poi, il dovere, ai sensi dell'art. 2403 cod. civ. (richiamato per il consiglio di sorveglianza dall'art. 2409 *terdecies*, comma 1, lett. c),

¹³³ BOGGIO, *L'organizzazione ed il controllo della gestione finanziaria nei gruppi di società (non quotate)*, in AA. VV., *Società, banche e crisi d'impresa*, 2, Torino, Utet, 2014, 1496.

¹³⁴ GUERRERA, *Autoregolamentazione e organizzazione del gruppo di società*, cit.

cod. civ.), di vigilare, *inter alia*, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza degli assetti societari, oltre che sul loro concreto funzionamento e ai sensi dell'art. 2403 *bis*, comma, 2, cod. civ., il collegio sindacale ha il dovere di chiedere agli amministratori notizie, anche con riferimento alle società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali e su "determinati affari". Peraltro, il sistema amministrativo-contabile risulta adeguato se permette: la completa, tempestiva e attendibile rilevazione contabile e rappresentazione dei fatti di gestione; la produzione di informazioni valide e utili per le scelte di gestione e per la salvaguardia del patrimonio aziendale; la produzione di dati attendibili per la formazione del bilancio d'esercizio. Il sistema di controllo interno, pertanto, si basa su un adeguato processo di identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi¹³⁵.

La predisposizione di un'adeguata struttura organizzativa del gruppo, che sia appunto adeguata alla natura e alle dimensioni dell'impresa, è senz'altro potenzialmente in grado di cogliere i segnali di difficoltà, di crescente tensione finanziaria e di aggravamento degli indici di rischio, che si collocano, come sostenuto dalla dottrina, in un'area intermedia tra impresa in normali condizioni di esercizio e impresa in condizioni di crisi conclamata, c.d. *twilight zone*, ossia quella fase in cui

¹³⁵ Così le norme 3.6 e 3.5. delle Norme di Comportamento del Collegio Sindacale elaborate dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili. V. anche norma 3.3, secondo la quale la vigilanza, da parte del collegio sindacale, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione consiste nella verifica della conformità delle scelte di gestione ai generali criteri di "razionalità economica". Si rammenta, inoltre, quanto sostenuto dalla dottrina, secondo la quale sull'attuazione del sistema di controllo convergono più organi: gli amministratori delegano, il consiglio *uti plenum* valuta, l'organo di controllo vigila (cfr. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 4, 2011, 825).

non è ancora compromessa la fiducia del mercato¹³⁶. Come sostenuto dalla stessa dottrina, invero, gli assetti organizzativi e i sistemi di controllo societari devono risultare adeguati non solo nella fase di continuità aziendale (*to a going concern*), ma altresì nella fase di tempestiva emersione della crisi e, quindi, il sistema di controllo interno deve essere anche finalizzato alla ricognizione dello stato di pre-crisi.

In questo modo, la società capogruppo potrà ragionevolmente valutare le scelte da adottare per il superamento della crisi, valutazione che nell'ambito di una società monade è operata dagli organi di amministrazione, sotto la vigilanza dell'organo di controllo, nell'ambito di un gruppo di società necessita di una valutazione complessiva, a opera degli organi di amministrazione e controllo della società capogruppo, tutto ciò sulla base di necessari "flussi informativi" che devono necessariamente provenire dalle stesse società al gruppo appartenenti verso la *holding* e dalla capogruppo verso le coordinate, affinché siano tenuti sotto controllo i c.d "rischi di crisi".

Pertanto, come già sostenuto dalla dottrina prevalente, si potrebbe configurare una responsabilità della capogruppo qualora essa violi i protocolli organizzativi e informativi imposti indirettamente dall'art. 2497 cod. civ. e desumibili dagli artt. 2381 e 2403 cod. civ., ovvero in assenza di predisposizione degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili o per la loro inadeguatezza, laddove tale violazione abbia determinato una tardiva emersione della crisi e, di conseguenza, un ritardo nell'attivazione degli strumenti di intervento per farvi fronte, ferma restando una

¹³⁶ MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, cit., 821, il quale distingue tra: situazione di normalità, situazione di pre-crisi (*twilight zone*), situazione di crisi reversibile, situazione di crisi irreversibile; ABRIANI, *Le responsabilità nelle crisi dei gruppi*, cit., 100.

responsabilità degli organi delle società figlie, in caso di omessa, intempestiva o inadeguata attivazione dei flussi informativi ascendenti verso la *holding*¹³⁷, ai sensi dell'art. 2497, comma 2, cod. civ., nonché, qualora l'inadempimento da parte dell'organo di gestione della eterodiretta abbia cagionato un danno anche alla propria società, l'applicazione delle sanzioni previste dal diritto societario, ossia la revoca dell'amministratore per giusta causa, ovvero l'azione sociale di responsabilità.

Gli organi di governo della società capogruppo, in sostanza, devono predisporre strumenti organizzativi che consentano loro di venire tempestivamente a conoscenza dello stato di crisi o comunque di una situazione di squilibrio finanziario che sia idonea a sfociare nell'insolvenza, in questo modo essi saranno in grado di esprimere un giudizio in merito alla continuità aziendale e assumere le decisioni più opportune.

A questi doveri si affiancano le regole dettate in materia di redazione del bilancio d'esercizio, che, ai sensi dell'art. 2423 *bis* cod. civ., deve essere redatto nel rispetto dei principi inderogabili di prudenza, della prospettiva di funzionamento dell'impresa, della competenza e della continuità dei criteri di valutazione. In particolare, secondo il principio di continuazione dell'attività (c.d. *going concern principle*), nel procedere alla valutazione delle voci di bilancio l'organo amministrativo deve accertare la permanenza della prospettiva di continuità aziendale, che deve ragionevolmente conservarsi almeno per l'esercizio successivo a quello cui il bilancio si riferisce¹³⁸. Alla redazione del bilancio si potrebbe affiancare, come da molti sostenuto, anche nella vigenza del sistema del capitale

¹³⁷ ABRIANI, *Le responsabilità nelle crisi dei gruppi*, cit., 103.

¹³⁸ Cfr. MAFFEI ALBERTI, Sub art. 2423 bis, in *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, Cedam, 2011.

sociale, sulla scia degli Stati Uniti e dei Paesi anglosassoni, che da esso prescindono, l'utilizzazione da parte degli stessi amministratori di un *solvency test*, attraverso il quale è possibile accertare la solvibilità della società, ossia l'esistenza delle condizioni che legittimano la distribuzione degli utili, o meglio la distribuzione ai soci dell'eventuale esistenza di un *surplus* di bilancio accertato dopo il pagamento dei creditori sociali, ovvero di un *liquidity test*, onde procedere a distribuzioni del patrimonio sociale ai soci, anche attraverso altri negozi, in ogni caso a condizioni tali da consentire la conservazione della solvibilità e della liquidità e, quindi, dell'equilibrio patrimoniale della società e della capacità di adempiere alle proprie obbligazioni¹³⁹. In questo modo è possibile monitorare periodicamente la situazione economico-finanziaria della società e accertarsi tempestivamente del suo eventuale squilibrio.

Questa autovalutazione in ordine alla liquidità e alla solvibilità di una società monade può essere utilizzata anche nell'ambito del gruppo complessivamente considerato, attraverso anche la redazione del bilancio consolidato, la cui disciplina, insieme ai relativi controlli, richiede agli organi della società capogruppo scambi di informazioni con gli organi delle società coordinate. Il bilancio consolidato deve essere redatto dalla capogruppo, in aggiunta al suo bilancio d'esercizio, la quale deve

¹³⁹ STANGHELLINI, *Le crisi di impresa tra diritto ed economia*, cit., 38 ss e nt. 12; MIOLA, *La tutela dei creditori e il capitale sociale: realtà e prospettive*, in *Riv. soc.*, 2012, 273 e in part. nt. 105, ove ampi riferimenti circa i contenuti dei *solvency tests* e, più in generale, sulle scelte operate dalle legislazioni statali negli Stati Uniti, in particolare alla luce del RMBCA del 1984 e del *Delaware General Corporation Code*, circa la soppressione del capitale sociale e i criteri di distribuzione degli utili; ID. *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, 1, Bari, Cacucci, 2011, 623 ss.; ID., *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi*, cit., 2710 ss; GUERRERA, *Compiti e responsabilità degli amministratori nella gestione dell'impresa in crisi*, cit., 252.

rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria e il risultato economico del gruppo nel suo insieme, ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. 9 aprile 2007, n. 1991.

Esso può costituire senz'altro un utile strumento di informazione economico-finanziaria globale del gruppo, insieme, per esempio, alla relazione sulla gestione, che deve contenere, ai sensi dell'art. 40, comma 1, d.lgs. 9 aprile 2007, n. 191, “un’analisi fedele, equilibrata ed esauriente della situazione dell’insieme delle imprese incluse nel consolidamento e dell’andamento e del risultato della gestione nel suo insieme e nei vari settori, con particolare riguardo ai costi, ai ricavi e agli investimenti, nonché una descrizione dei principali rischi e incertezze cui le imprese incluse nel consolidamento sono esposte”¹⁴⁰. Lo stesso può dirsi per la relazione sulla gestione della capogruppo, che, ai sensi dell'art. 2428 cod. civ., allo stesso modo deve contenere un’analisi fedele, equilibrata ed esauriente della situazione della società e dell’andamento e del risultato della gestione nel suo complesso e nei vari settori in cui essa ha operato con riguardo anche alle imprese controllate. Analogamente per le società eterodirette, le quali devono dare adeguato conto nella relazione sulla gestione delle decisioni influenzate dall’attività di direzione e coordinamento cui sottoposte, già analiticamente motivate ai sensi dell'art. 2497 *ter* cod. civ..

¹⁴⁰ MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi*, cit., 2711. L' A. ritiene che oggi si possa affiancare alla valutazione in termini consolidati della liquidità nel gruppo il bilancio consolidato quale dato contabile cui far riferimento per l'accertamento e l'eventuale distribuzione degli utili e, più in generale, del patrimonio sociale ai soci da parte della capogruppo. Una scelta frequente nella direzione del gruppo è quella di accentrare la gestione finanziaria, al fine di assicurare una più efficiente gestione della tesoreria e il rafforzamento (cfr. BOGGIO, *L'organizzazione ed il controllo della gestione finanziaria nei gruppi di società (non quotate)*, cit., 1497).

Rileva, inoltre, nell'ambito dell'informazione dei rapporti infragruppo, anche l'art. 14 del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, ai sensi del quale il soggetto incaricato della revisione legale dei conti, ovvero la società di revisione, che è tenuto a esprimere, con apposita relazione, un giudizio sul bilancio di esercizio della società capogruppo e sul bilancio consolidato e all'uopo è tenuto, altresì, a ricevere i documenti di revisione anche dai soggetti incaricati della revisione delle società controllate, possono, inoltre, chiedere ai suddetti soggetti o agli amministratori delle società controllate ulteriori documenti e notizie utili alla revisione, nonché procedere direttamente agli accertamenti, ovvero all'esame di atti e documentazione e controlli presso le medesime società.

Attraverso il bilancio consolidato, i controlli e questo flusso di informazioni infragruppo, quindi, la società capogruppo potrà monitorare la situazione finanziaria dell'intero gruppo, nonché il complesso degli eventuali finanziamenti e garanzie prestate all'interno dello stesso e, quindi, valutare la solvibilità di ciascuna società inserita nel gruppo, affinché possa essere accertato tempestivamente lo stato di crisi o di insolvenza ed, eventualmente, intervenire con il necessario sostegno finanziario, volto al ripristino della liquidità della società medesima, adempiendo al dovere di conservare un equilibrio finanziario adeguato alle esigenze di esercizio dell'impresa¹⁴¹.

¹⁴¹ Ciò soprattutto se si considera che, come precisato dalla giurisprudenza di legittimità, posto il consolidato orientamento secondo il quale ciascuna delle società facenti parte di uno stesso gruppo conserva la propria personalità giuridica e risponde soltanto dei propri debiti, l'unitarietà di gestione, economica e finanziaria, del gruppo rileverebbe sul piano concorsuale solo se la riorganizzazione delle imprese ad esso appartenenti, si espliciti in iniziative di ripristino della condizione di liquidità, riferita non già al gruppo considerato nel suo insieme, bensì alla singola impresa che in quel gruppo è

5. Crisi nel gruppo e responsabilità della capogruppo *ex art. 2497 cod. civ. sul modello dell'istituto britannico del wrongful trading*

All'inizio della presente indagine ci siamo chiesti se nel momento di emersione della crisi sia possibile nel nostro ordinamento giuridico individuare doveri di comportamento in capo agli organi gestori della società o ente che esercita attività di direzione e coordinamento, al fine di fronteggiare la crisi, evitando il peggioramento della stessa, ovvero per un risanamento anticipato e, quindi, più suscettibile di esito positivo.

In questo contesto, in assenza nel nostro ordinamento giuridico nell'ambito del diritto concorsuale di un'espressa responsabilità dell'organo di gestione della società o ente che esercita attività di direzione e coordinamento, salvo quanto previsto all'art. 90 dalla disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese, occorre verificare se, alla luce delle considerazioni sopra esposte, a fronte di una lacuna nel sistema del diritto fallimentare, si possa effettivamente intervenire mediante l'applicazione diretta dell'art. 2497 cod. civ., attribuendo contenuti precettivi ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale invocati dalla norma in questione anche nell'ambito della gestione della crisi nel gruppo, in un'ottica di coordinamento tra diritto societario e diritto fallimentare. Operando in tal senso, invero, quello che si riscontra è che nell'ambito del diritto societario esiste una espressa responsabilità diretta della società capogruppo nei confronti dei soci e dei creditori sociali della società figlie, qualora nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento (primo presupposto) agendo nell'interesse imprenditoriale proprio o altri e in violazione dei principi di corretta

inserita, in termini di recupero della sua solvibilità (cfr. Cass. 21 aprile 2011, n. 9260, ove si rinvia per gli ampi riferimenti giurisprudenziali).

gestione societaria e imprenditoriale (secondo presupposto), abbia arrecato pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione sociale, ovvero abbia cagionato una lesione all'integrità del patrimonio della società, salvo che il danno risulti mancante alla luce dei vantaggi compensativi. Questa responsabilità diretta della società che esercita la direzione unitaria potrebbe tradursi, nell'ambito del diritto concorsuale, in una responsabilità diretta della capogruppo per aver peggiorato le opportunità di soddisfacimento dei soggetti che l'art. 2497 cod. civ. intende tutelare. In questo modo, si dovrebbe ritenere che la società capogruppo di fronte a una crisi della società eterodiretta non dovrebbe affatto disinteressarsene, né permettere che gli amministratori delle società figlie proseguano la gestione abusivamente e opportunisticamente, a danno dei creditori sociali.

Una responsabilità di questo tipo si riscontra nell'esperienza inglese in materia di *wrongful trading*, ossia per la gestione illecita degli affari della società, disciplinato dall'art. 214 *Insolvency Act* 1986, si tratta, in particolare, di una responsabilità degli amministratori per i fatti e i comportamenti avvenuti prima dell'insolvenza della società, qualora la successiva liquidazione a causa dell'insolvenza fosse già prevedibile dagli stessi. Il cui punto cardine consiste nell'obbligazione in capo a ciascun amministratore di fare tutto il possibile per limitare al massimo le perdite per i creditori sociali¹⁴².

¹⁴² Il tema è stato affrontato anche dalla Commissione delle Comunità Europee nel piano d'azione del 21 maggio 2003 - COM(2003)284. La Commissione in questo documento ribadisce che "l'elaborazione di una norma sulla negligenza sanzionabile — e qui fa riferimento all'istituto del c.d. *wrongful trading* del diritto inglese — in base alla quale gli amministratori sarebbero considerati personalmente responsabili delle conseguenze del fallimento della società se, pur essendo possibile prevedere che la società si avvia verso l'insolvenza, essi non decidono di prendere i provvedimenti necessari per salvarla e assicurare i pagamenti ovvero di chiederne la liquidazione".

L'art. 214 *Insolvency Act* inglese del 1986 prevede, invero, una responsabilità degli amministratori in caso di continuazione dell'attività, qualora essi sapessero, ovvero avrebbero dovuto sapere che non vi era alcuna ragionevole probabilità per la società di evitare la procedura di insolvenza. In concreto, quindi, l'amministratore deve decidere o per l'immediata liquidazione, ovvero per un serio impegno di risanamento. Si tratta, quindi, di una responsabilità che inizia già al momento dell'emersione della crisi, prima, dunque, che si verifichi una situazione di insolvenza della società stessa. L'istituto anglosassone è volto a tutelare i creditori delle società appartenenti al gruppo attraverso la combinazione della responsabilità generale del diritto fallimentare derivante da *wrongful trading* e la responsabilità dell'amministratore di fatto (*shadow director*).

La responsabilità, appunto, sarebbe esclusa qualora l'amministratore in presenza di una situazione di crisi della società abbia intrapreso una serie di iniziative volte tutelare i creditori da ulteriori peggioramenti della loro aspettativa di soddisfacimento. Peraltro, l'art. 214 *Insolvency Act* 1986 prevede che per quanto concerne la riconoscibilità della liquidazione imminente, occorre far riferimento al modello di una persona di media diligenza e ragionevolezza in possesso della conoscenza ordinaria, delle capacità e dell'esperienza media che ci si aspettano da una persona investita delle sue funzioni dalla società, sommate alle conoscenze generali, alle capacità professionali e all'esperienza che generalmente si richiede a un soggetto nella stessa posizione¹⁴³.

¹⁴³ Così esattamente l'art. 214 *Insolvency Act* 1986: (4) *For the purpose of subsections (2) and (3), the facts which a director of a company ought to know or ascertain, the conclusions which he ought to reach and the steps which he ought to take are those which would be known or ascertained, or reached or taken, by a reasonably diligent person having both —*

Gli elementi costitutivi del *wrongful trading*, quantunque elaborati con riferimento a una società monade, in quanto prevede la responsabilità degli amministratori di diritto (*de iure directors*) e degli amministratori di fatto (*de facto directors*) o occulti (*shadow directors*), ossia, secondo il diritto britannico, ogni persona le cui direttive o istruzioni vengono normalmente eseguite dagli amministratori di diritto, sembrano trovare ampia applicazione anche nell'ambito dei gruppi di società per estensione all'amministratore (*director*) della società capogruppo (*parent company*), qualora quest'ultima si comporti come tale nei confronti di una o più società a essa sottoposte. Se, invero, in un gruppo di società gli amministratori delle società eterogestite agiscono secondo le direttive della *holding*, questa sarà considerata *shadow director* della eterogestita e responsabile per aver agito contro l'interesse di queste, a condizione che tutti gli altri presupposti siano soddisfatti. Inoltre, dovrebbe essere più agevole riconoscere un gruppo di società così caratterizzato, e quindi stabilire la sussistenza della conoscenza da parte della controllante della situazione finanziaria della controllata, rispetto al caso di individui, persone fisiche che agiscono come *shadow directors*¹⁴⁴.

Tale modello è stato utilizzato anche dal *Forum Europaeum* sul diritto dei gruppi di società, che dedicava al tema degli obblighi degli amministratori in caso di crisi un paragrafo specifico, per sensibilizzare il

(a) *the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the same functions as are carried out by that director in relation to the company, and*

(b) *the general knowledge, skill and experience that that director has*, in Riv. dir. civ., 2010, 5, 450, con commento di KINDLER, *La responsabilità degli organi di amministrazione nella crisi dell'impresa. Note a margine del piano d'azione della Commissione UE alla luce della crisi finanziaria*.

¹⁴⁴ Cfr. MANES, *La teoria del lifting the veil of in corporation in Inghilterra*, in *Contr. e imp.*, 1999, 718.

legislatore europeo sul tema dei gruppi di società. Esso, invero, traendo spunto proprio dall'esperienza inglese, prevede una responsabilità, sotto alcuni profili coincidente con quella all'istituto britannico del *wrongful trading* e quello francese e belga dell'*action en comblement du passif*, della società capogruppo nei confronti dei creditori della società dipendente¹⁴⁵.

Quest'orientamento, con particolare riferimento al gruppo transnazionale, prevede di formalizzare la regola secondo la quale, in presenza di un "rapporto di gruppo qualificato", la capogruppo, che abbia indotto gli amministratori di una società controllata a perseguire una politica gestionale nell'interesse del gruppo, sia tenuta, ove la società controllata versi in stato di crisi, a un deciso intervento di risanamento della situazione patrimoniale della società insolvente. Principalmente si proponeva agli Stati membri di introdurre una disciplina in forza della quale nel momento in cui in una società controllata non sussista più una ragionevole prospettiva di poter evitare lo scioglimento con le proprie forze (momento iniziale della crisi), la capogruppo è obbligata o a provvedere senza indugio a risanare in modo energico la controllata o a

¹⁴⁵ Alla responsabilità specifica di gruppo per *wrongful trading* del *shadow director* corrisponde la *action en comblement du passif* francese e belga, congiuntamente con la responsabilità del *dirigeant de fact* (ossia della responsabilità degli amministratori delle società dichiarate fallite, che prevede l'obbligo di questi di rispondere delle passività (art. 180, l. 25 gennaio 1985). Un'altra ipotesi in cui una fattispecie del diritto fallimentare viene estesa ai gruppi di società, al fine di tutelare la società dipendente e i creditori della stessa. cfr. *Forum Europaeum sul diritto dei gruppi di società, Un diritto dei gruppi di società per l'Europa*, in *Riv. soc.*, 2001, 2-3, 435 ss.. Un'ulteriore proposta proviene altresì dal c.d. rapporto *Winter* (rapporto finale *High Level Group of Company Law Expert*, in gran parte recepito dal piano d'azione del 21 maggio 2003 della Commissione delle Comunità Europee). Cfr. sul punto anche TOMBARI, *Crisi di impresa e doveri di "corretta gestione societaria e imprenditoriale" della società capogruppo*, cit., 631; ID., *Disciplina del gruppo di imprese e riflessi sulle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2004, 10, 1164.

disporre la sua liquidazione in forma ordinata e, qualora la capogruppo violi detti doveri, essa “sarà tenuta nei confronti della società controllata in liquidazione o in fallimento a compensare la perdita che i creditori della controllata abbiano subito a causa di tale violazione”, in quanto, si presume, che la società capogruppo fosse a conoscenza dell’entrata in crisi della società eterodiretta o che comunque avrebbe potuto riconoscerla¹⁴⁶.

Operando in tal senso, si pone l’accento sui principi di correttezza gestionale del gruppo e sul fatto che generalmente la società capogruppo è in grado di sanare la società controllata entrata in crisi, o comunque di intervenire per evitare che si realizzino conseguenze particolarmente dannose per i creditori sociali, posto che, come è ormai pacifico in dottrina, in caso di crisi di una società del gruppo, l’interesse di gruppo acquista rilevanza, soprattutto laddove la sua considerazione permetta di assumere iniziative volte a evitare propagazioni della crisi ad altre società facenti parte della medesima aggregazione¹⁴⁷.

Sulla scia dell’istituto britannico del c.d. *wrongful trading*, ossia continuazione dell’attività quando l’amministratore sapeva o avrebbe dovuto sapere che non vi era alcuna ragionevole possibilità che la società evitasse una procedura di insolvenza, del *shadow director* e della proposta del *Forum Europaeum* si potrebbe ritenere che la società capogruppo al momento dell’emersione della crisi della società eterodiretta dovrebbe

¹⁴⁶ Analoga soluzione era stata proposta dal disegno di legge delega sulla riforma delle procedure concorsuali approvato dal Consiglio dei ministri il 27 ottobre del 2000, che prevedeva l’abuso della direzione unitaria quale fonte di responsabilità per la stessa impresa capogruppo (v. *Riv. dir. impr.*, 2001, 143).

¹⁴⁷ CARIELLO, *Sensibilità comuni, uso della comparazione e convergenze interpretative: per una Methodenlehre unitaria nella riflessione europea sul diritto dei gruppi di società*, cit., 274.

attivarsi per non lasciare peggiorare ulteriormente le opportunità di soddisfacimento dei creditori.

Vero è che l'attività imprenditoriale comprende anche il rischio di fallimento, per cui la società capogruppo non è obbligata a mettere a disposizione della società in crisi ulteriori mezzi, per esempio attraverso l'erogazione di denaro, ma essa dovrà, in una prospettiva di gruppo, intervenire attivamente e adottare le scelte più opportune per un risanamento della stessa, ovvero per la sua liquidazione, attivandosi, se del caso, anche a chiederne il fallimento.

Il nostro ordinamento giuridico, peraltro, in tema di bancarotta semplice, agli artt. 217 e 224 l. fall., prevede l'obbligo dell'organo amministrativo di richiedere il fallimento della società il cui patrimonio versi in una situazione patologica e irreversibile, che non gli consente di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni (art. 5 l. fall.), attraverso la valutazione della possibile illiceità, anche ai fini della responsabilità civile, del comportamento dell'amministratore che abbia compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento, ovvero si sia astenuto dal chiedere il fallimento della società e ciò abbia aggravato il proprio dissesto.

Si tratta di obblighi che investono, nell'ambito di un gruppo di società, anche gli organi di gestione della società che esercita attività di direzione e coordinamento.

Gli organi della *holding* sarebbero tenuti, e proprio in forza dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, ad acquisire tutte le informazioni necessarie per valutare la situazione e assumere le decisioni più opportune. Essi, quindi, in una prospettiva di protezione delle società eterogestite dovrebbero, anche ai fini di una più efficace tutela, anche dei soci della *holding* medesima, il cui patrimonio è costituito

principalmente dal valore delle società partecipate, provvedere, senza indugio, a risanare in modo energico le società coordinate in stato di crisi attraverso, ad esempio, un'operazione straordinaria di aggregazione o di separazione tra le società eterodirette, ovvero mediante finanziamenti infragruppo. Essa potrebbe, come verrà meglio approfondito nel prossimo capitolo, in alternativa, e nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale della società eterodiretta, promuovere l'adozione di un piano di risanamento, di un accordo di ristrutturazione o la presentazione di un ricorso per concordato preventivo, ovvero, ancora, qualora non sia possibile o non vi sia la volontà di procedere in tal senso, disporre la liquidazione della società diretta e coordinata o, nei casi più gravi caratterizzati dalla manifestazione di uno stato di insolvenza, attivarsi al fine di farne dichiarare il suo fallimento, laddove ne sussistano i presupposti.

Le misure che l'organo amministrativo della capogruppo deciderà di adottare devono essere ragionevoli e tempestive e lo saranno se l'organo gestore rispetterà lo *standard* di corretta gestione imprenditoriale, ossia la clausola generale che impone il dovere di amministrare la società con diligenza e lealtà, oltre che le prescrizioni legislative previste di volta in volta a seconda della forma organizzativa adottata per lo svolgimento dell'impresa. Detti adempimenti potranno escludere la responsabilità dell'organo amministrativo della capogruppo, che non avrà continuato abusivamente l'esercizio dell'impresa societaria della controllata, perché vorrebbe dire che l'amministratore di fronte a una crisi della società stessa si è fatto arbitro degli interessi coinvolti, ai quali avrà assegnato maggiore o minore valenza a seconda della situazione di crisi in cui la stessa si trovava.

CAPITOLO 3

I DOVERI E LE SCELTE DI GESTIONE DELLA CRISI NELL'AMBITO DELLA DIREZIONE UNITARIA

Sommario: **1.** Premessa – **2.** I doveri della capogruppo a fronte dell'emersione della crisi: lineamenti generali – **2.2** (*Segue*) L'alternativa tra ricapitalizzare e liquidare quale applicazione del principio di corretta gestione imprenditoriale – **3.** L'insindacabilità delle scelte nell'ambito della direzione unitaria – **4.** Il dovere della *holding* di mantenimento dell'equilibrio finanziario all'interno del gruppo – **5.** La scelta del piano di risanamento e la possibilità della sua estensione nel gruppo: profili generali – **5.2** (*Segue*) Il concordato preventivo e l'accordo di ristrutturazione dei debiti nei gruppi di società nella prospettiva dei vantaggi compensativi – **6.** Cenni conclusivi.

1. Premessa

Al di fuori delle cc. dd. procedure amministrative contenute in leggi speciali, che dell'organizzazione di gruppo si occupano espressamente, come testé rilevato, non esiste una disciplina del gruppo insolvente, ovvero un'espressa disciplina che individui le regole di comportamento per gli organi gestori delle società al gruppo appartenenti nell'ipotesi in cui una o più di esse si trovi in stato di crisi o di insolvenza. In questa fase, in particolare, si dovrà tener conto degli obblighi che gli amministratori hanno nei confronti delle singole società che si trovano ad amministrare e dei loro creditori sociali. Invero, operazioni infragruppo ordinarie in tempi "normali" dell'attività d'impresa del gruppo possono diventare particolarmente rischiose in situazioni di crisi e censurabili in termini di responsabilità degli amministratori. Rileva, peraltro, il tema della

responsabilità da direzione e coordinamento, che consente agli organi di una procedura concorsuale, ovvero ai creditori, di una o più società di agire nei confronti della società capogruppo, ossia del soggetto che esercita l'effettiva funzione di indirizzo e coordinamento delle attività facenti capo alle diverse unità del gruppo¹⁴⁸.

Gli organi di governo della *holding* sanno che nel “gestire” il risanamento della propria controllata, ovvero del gruppo nel suo complesso, dovranno valutare attentamente le conseguenze delle decisioni assunte e agire nella consapevolezza che l'eventuale insuccesso del “piano di salvataggio” prescelto potrà potenzialmente comportare responsabilità diretta della capogruppo. Nondimeno, nell'ambito del gruppo il dovere della capogruppo di fronteggiare la crisi assume una rilevanza maggiore rispetto ai doveri incombenti sugli organi gestori di una società monade, in quanto esso deve avvenire nella prospettiva di tutela dei soci c.d. esterni e dei creditori delle società figlie e, nello stesso tempo, dei soci della capogruppo medesima e, quindi, in una prospettiva più ampia e articolata rispetto a una società individualmente considerata.

Come noto, la nuova disciplina della legge fallimentare prevede diverse procedure di composizione del dissesto dell'imprenditore commerciale: *in primis* il fallimento, che è il prototipo delle procedure concorsuali, si è giunti, inoltre, a una profonda revisione, mediante una serie di interventi legislativi a partire dal 2005, che mira a evitare che la crisi d'impresa sfoci in fallimento e proprio per questa ragione favorisce

¹⁴⁸ Come già rilevato le società soggette all'altrui direzione e coordinamento sono tutelate sia dall'art. 2497 cod. civ. che dall'art. 2409 cod. civ. nel caso in cui vi sia fondato sospetto che gli amministratori in violazione dei loro doveri abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno (potenziale) alla società o a una o più società controllate.

gli accordi a ciò diretti. Ci si riferisce, in particolare, al d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (convertito con la legge 7 agosto 2012, n. 134), che ha ulteriormente modificato la disciplina del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 *bis* l. fall.), al fine di favorirne l'impiego per la salvaguardia del complesso aziendale.

Il presupposto delle procedure alternative al fallimento non è necessariamente l'insolvenza dell'imprenditore, bensì solo una situazione di "crisi economica" dell'impresa, la cui sussistenza è rimessa alla valutazione della società fallibile, ovvero, di riflesso, della società che dirige e coordina quest'ultima e che non può, in violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale, continuare abusivamente l'esercizio d'impresa della società figlia. Lo "stato di crisi" è un concetto più ampio dell'insolvenza e ricorre anche in presenza di una situazione di difficoltà temporanea e reversibile ad adempiere regolarmente i propri debiti¹⁴⁹, mentre lo stato di insolvenza, ai sensi dell'art. 5, comma 2, l. fall., si manifesta con l'inadempimento, ovvero altri fatti esteriori, che dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

Il legislatore ha posto alla base di tutte le forme di accordo la conservazione della continuità aziendale e anche il concordato preventivo non ha più, come in passato, una funzione meramente liquidatoria

¹⁴⁹ Cfr. sul punto CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 3, *Contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*, Torino, Utet, 2014, 424, secondo il quale quando la crisi è temporanea e reversibile, il concordato mira a superare tale situazione attraverso il risanamento economico e finanziario dell'impresa stessa. Così, il concordato preventivo sostituirebbe la procedura dell'amministrazione controllata, soppressa dal legislatore con il d.lgs. n. 5 del 2006; quando, invece, la crisi è definitiva e irreversibile, il concordato preventivo può essere proposto prima che sia dichiarato il fallimento al fine di evitare lo stesso.

dell'intero patrimonio, come nel fallimento. In base all'attuale disciplina, infatti, esso può, a seconda delle circostanze, avere come fine anche il ritorno *in bonis* del debitore e la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte dello stesso, al pari degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Con la riforma del 2012, peraltro, il debitore può anche presentare una domanda di concordato "con riserva" o "in bianco", cioè quella domanda con cui il debitore non deposita anche la proposta rivolta ai creditori, ma si limita a chiedere al Tribunale l'assegnazione di un termine entro il quale depositare la proposta di concordato (supportata dalla relativa documentazione e dal piano) o un accordo di ristrutturazione dei debiti nel frattempo raggiunto con i creditori, ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall.¹⁵⁰. Emerge, pertanto, una finalità "rigenerativa" dell'impresa per effetto delle "nuove" procedure concorsuali, rispetto al passato dove la finalità era solo liquidatoria.

L'assenza di continuità aziendale impone, pertanto, alla società capogruppo, che non può gestire l'attività del gruppo attraverso società sottocapitalizzate, secondo le circostanze e sempre sul piano della società controllata, di fare adeguate scelte: ricorrere, fuori dai casi di conclamata insolvenza, a soluzioni di carattere stragiudiziale, quale l'adozione di un

¹⁵⁰ Il concordato preventivo è quindi caratterizzato da un'ampia flessibilità nella formulazione della proposta e l'imprenditore può oggi proporre ai creditori un concordato preventivo con il quale perseguire la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei creditori in qualsiasi forma, ai sensi dell'art. 160 l. fall., bensì anche perseguire il risanamento dell'impresa in crisi e la prosecuzione dell'attività imprenditoriale da parte del debitore medesimo, in quest'ultimo caso, ai sensi dell'art. 186 *bis* l. fall., è indispensabile il mantenimento della continuità aziendale. Pertanto, se la crisi è temporanea e reversibile il concordato preventivo mira sostanzialmente a superare tale situazione attraverso il risanamento economico e finanziario dell'impresa (v. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 3, *Contratti, titoli di credito e procedure concorsuali*, cit., 424 ss.).

piano attestato, di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall., che mantiene intatte le proprie caratteristiche di strumento flessibile e rapido, ovvero a soluzioni giudiziali, in cui può farsi rientrare per certi aspetti la procedura dell'accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'art. 182 *bis* l. fall. e, più in particolare, il concordato preventivo.

Si tratta, in ogni caso, di procedure che oggi consentono l'esonero di chi compie pagamenti o altre operazioni in loro esecuzione da possibili addebiti di bancarotta semplice e di bancarotta fraudolenta c.d. preferenziale, ai sensi del nuovo art. 217 *bis* l. fall.¹⁵¹.

Vero è che, di fronte, invece, a un'insolvenza definitiva e irreversibile e, quindi, non solo "minacciata" dall'assenza di continuità aziendale, l'organo gestore in adempimento al principio di corretta gestione imprenditoriale è senz'altro tenuto ad attivare, ovvero a proporre di attivare, una delle procedure concorsuali giudiziali, ricorrendone i presupposti¹⁵².

2. I doveri della capogruppo a fronte dell'emersione della crisi: lineamenti generali

¹⁵¹ Cfr. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2010, 12, 1347. Vero è che l'art. 2, comma 1, c.p.p., attribuisce al giudice penale la cognizione su "ogni questione da cui dipende la decisione". Questo sembrerebbe consentire una completa nuova valutazione, sia pur con prognosi postuma, del ricorrere di tutti i presupposti della fattispecie incriminatrice, ma la conclusione secondo cui l'accordo omologato sarebbe più "resistente" del piano attestato sembrerebbe verosimile (in questo senso le *Linee guida per il finanziamento alle imprese in crisi*, cit.).

¹⁵² In tal senso TOMBARI, *Crisi di impresa e doveri di "corretta gestione societaria e imprenditoriale" della società capogruppo*, cit.

Il tentativo di ricostruire i doveri degli organi gestori nell'ambito dei gruppi di società non può quindi prescindere dai recenti interventi legislativi tesi ad accordare all'impresa una sfera di protezione che assicuri la continuazione della stessa, rafforzando gli spazi di composizione negoziale della crisi e di risanamento. Si tratta, invero, di procedure la cui iniziativa è rimessa alla volontà della società e proprio quest'ultima, insieme all'estensione del presupposto oggettivo delle stesse, come sostenuto in dottrina, conferma la suddetta interpretazione del "principio di corretta gestione imprenditoriale", secondo la quale l'imprenditore non può proseguire passivamente l'esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale, quindi a danno dei creditori attuali e potenziali, ma ha il dovere di comportarsi secondo uno *standard* di gestione corretta, sia nella prospettiva di una protezione delle società eterodirette e dei loro creditori, sia ai fini di una più efficace tutela dei soci della stessa *holding*, il cui patrimonio è costituito in misura preponderante dal valore delle partecipate¹⁵³.

Per fronteggiare la crisi d'impresa, in ottemperanza ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale e, più in generale, del principio di ragionevolezza delle scelte gestionali in cui si concretizza l'attività di direzione e coordinamento, gli organi gestori delle società appartenenti al gruppo e, di riflesso, gli organi gestori della società capogruppo, secondo il loro prudente apprezzamento, potranno optare per l'adozione di uno degli strumenti offerti dal nostro legislatore.

Diverse, poi, possono essere le cause della crisi d'impresa, così come diversa può essere la gravità di ciascuna crisi e le relative possibilità

¹⁵³ Cfr. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, cit., 839; ABRIANI, *Le responsabilità nelle crisi dei gruppi*, cit., 104.

di superamento e talvolta può accadere che i comportamenti dei gestori e le loro scelte imprenditoriali concorrano a cagionare o ad aggravare la situazione di crisi.

La perdita di capitale sociale, per esempio, rappresenta un'espressione della crisi, che si riferisce in prima battuta all'investimento dei soci e quindi al loro interesse a intervenire su detta crisi per superarla, ovvero a disinvestire collettivamente sciogliendo la società. Invero, se la perdita è superiore al terzo del capitale sociale ed è, inoltre, intaccato il minimo legale, ai sensi degli artt. 2447 e 2482 *ter* cod. civ., non solo la riduzione del capitale è obbligatoria, ma deve essere accompagnata da un contestuale aumento del medesimo a una cifra non inferiore al minimo legale, salvo che non si voglia procedere con la trasformazione in società di tipo diverso senza necessità di operare sul capitale.

Ciò determina, quindi, l'insorgere di determinati obblighi, anche in capo alla società capogruppo nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, di conservazione del capitale sociale e conseguenti responsabilità degli amministratori, anche nel caso in cui i soci, ovvero, ai fini della nostra indagine, la società capogruppo in quanto si tratta di una decisione rientrante nell'attività di direzione e coordinamento, "non prendano atto" dell'avvenuto scioglimento e non provvedano alla messa in liquidazione della società. Posto che la riduzione al di sotto del minimo legale costituisce una causa di scioglimento della società, ai sensi dell'art. 2484, comma 1, n. 4, cod. civ.. Peraltro, si ritiene che al sussistere dei suddetti presupposti la società versi automaticamente in stato di scioglimento, il quale viene meno qualora si verifichi la condizione risolutiva di tale stato di scioglimento, rappresentata dalla

ricostituzione del capitale sociale¹⁵⁴, mentre, secondo un altro orientamento, la società si scioglie ed entra in liquidazione se non assume i provvedimenti *ex art.* 2447 cod. civ. e art. 2482 *ter* cod. civ. e, quindi, lo scioglimento sarebbe, in questo caso, sottoposto invece alla condizione sospensiva della loro mancata adozione¹⁵⁵.

Gli amministratori, invero, hanno l'obbligo di accertare "senza indugio" il verificarsi di una causa di scioglimento, ai sensi dell'art. 2485 cod. civ., nonché l'obbligo, ai sensi dell'art. 2486 cod. civ., di gestire la società ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale e, dal combinato disposto di queste norme sembra conseguire una illegittimità del perseguimento dell'attività d'impresa, se non, appunto, per finalità meramente conservative e, quindi, una responsabilità per aver tenuto un comportamento non coerente con il manifestarsi dei sintomi di crisi e abbia, quindi, concorso ad aggravare il danno¹⁵⁶.

Nell'ambito dell'attività di direzione e coordinamento, si deve ritenere che gli obblighi conservativi che incombono *ex lege* sugli organi di gestione al verificarsi delle suddette situazioni di perdita del capitale sociale della società del gruppo si riflettono automaticamente sugli organi di governo della società capogruppo, la quale ha, in forza dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, il dovere di intervenire, adottando le soluzioni ritenute più opportune per porre riparo alle

¹⁵⁴ Cfr. Comitato Triveneto dei Notai, massima H.G. 8, *Sottoscrizione della ricostituzione del capitale sociale ridotto per perdite*; v. anche BUSANI, *Atti degli amministratori, Massimario delle operazioni societarie*, cit., "Ricostituzione del capitale come condizione risolutiva dello scioglimento".

¹⁵⁵ v. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, cit., 520.

¹⁵⁶ Cfr. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Società*, 2013, 6, 669.

situazioni di squilibrio finanziario, anche, eventualmente mediante una tempestiva delibera di scioglimento volontario della società.

2.3 (Segue) L'alternativa tra ricapitalizzare e liquidare quale applicazione del principio di corretta gestione imprenditoriale

Ferma la possibilità di ricapitalizzare o di liquidare, quale risposta alla crisi prima che la società necessiti di una “ristrutturazione dell'esposizione debitoria”¹⁵⁷, in presenza di una crisi o dell'insolvenza, salvo i casi di insolvenza irreversibile, la normativa societaria si intreccia con quella fallimentare, in quanto agli obblighi di porre in essere le operazioni straordinarie sul capitale, ovvero di mettere in liquidazione la società, si aggiunge, in capo agli organi gestori, quello di valutare la procedura concorsuale da adottare per la risoluzione della crisi.

Come noto, l'art. 182 *sexies* l. fall., introdotto con l. 7 agosto 2012, n. 134, ha previsto un'ipotesi di sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione previsti dalla normativa in materia di società per azioni e a responsabilità limitata, prevedendo, altresì, l'inoperatività della relativa causa di scioglimento prevista per la riduzione del capitale al di sotto del limite minimo legale dall'art. 2484, comma 1, n.4, cod. civ., e quella prevista per la perdita del capitale nelle cooperative, ai sensi dell'art. 2545 *duodecies* cod. civ.. Tale sospensione opera quando gli amministratori

¹⁵⁷ BOZZA, *Diligenza e responsabilità degli amministratori di società in crisi*, in *Fallimento*, 10, 2014, 1104, secondo il quale l'obbligo della conservazione dell'integrità del patrimonio sociale è posto anche nell'interesse dei soci, perché esso è una specificazione del più generale obbligo di diligenza. Ma man mano che la situazione di crisi si aggrava viene meno questa coincidenza tra interesse dei soci e dei creditori, in quanto gli interessi di quest'ultimi sono rivolti essenzialmente alla conservazione del patrimonio residuo in quanto tendenzialmente più esposti alle conseguenze negative derivanti dalla prosecuzione dell'attività d'impresa.

depositano una domanda di concordato preventivo ai sensi dell'art. 160 ss. l. fall., una domanda per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182 *bis*, comma 1, l. fall., ovvero della proposta di accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182 *bis*, comma 6, l. fall. Si tratta, più precisamente, come ritenuto da un recente orientamento, della presentazione di c.d. “domande protettive”, che non sospende l'obbligo degli amministratori di convocare l'assemblea “senza indugio” al verificarsi della perdita del capitale sociale, né “crea alcuna area di irresponsabilità per gli amministratori, che continuano a rispondere della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale”¹⁵⁸.

Le stesse *Linee guida per il finanziamento alle imprese in crisi* precisano che il deposito da parte dell'organo di gestione della domanda di concordato preventivo, ovvero dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, fermo restando l'obbligo di tempestiva convocazione dell'assemblea entro

¹⁵⁸ Cfr. sul punto Consiglio Notarile di Firenze, Orientamento n. 31/2013, *Crisi d'impresa e disciplina degli obblighi di mantenimento del patrimonio netto*, in www.consiglionotarilefirenze.it, il quale precisa che la normativa non sospende l'obbligo degli amministratori di convocare l'assemblea “senza indugio” al verificarsi della perdita del capitale sociale. Di conseguenza, gli amministratori possono presentare una delle tre tipologie di “domande protettive” anche prima della riunione dell'assemblea, che deve comunque essere convocata senza indugio (ferma, peraltro, la competenza dell'assemblea in relazione alla domanda di concordato nel caso in cui lo statuto la preveda *ex art.* 152 l. fall. tale riserva). Di recente anche i giudici di legittimità hanno ritenuto utile, anche in caso di successivo fallimento, la presentazione di una domanda di concordato preventivo, in ragione dei suoi rilevanti “effetti protettivi” per il patrimonio del debitore (Cass. 14 marzo 2014, n. 6031, in *Fallimento*, 2014, 5, 516, con nota di P. VELLA, *Crediti in occasione e crediti in funzione del concordato preventivo: la prededuzione nel successivo fallimento*, nella quale la Corte osserva che con la riforma dell'art. 111 l. fall., il legislatore ha recepito il diritto vivente sulla *consecutio* fra amministrazione controllata, concordato preventivo e fallimento, quest'ultimo inteso quale atto terminale del procedimento, in alternativa al naturale sviluppo delle procedure minori, posto che in definitiva presupposto comune delle stesse è l'insolvenza; nonché da ultimo Cass. 6 febbraio 2015, n. 2264, in www.plurisonline.it).

trenta giorni dalla conoscenza della perdita, ai sensi dell'art. 2631 cod. civ., consente agli amministratori di disporre di una maggiore flessibilità nell'adozione di strategie di conservazione del patrimonio sociale, in quanto gli permettono di scegliere quelle maggiormente adeguate in base alle circostanze. Il deposito della domanda, pertanto, potrebbe, se necessario, anche precedere la riunione dell'assemblea qualora gli amministratori ritengano urgente proteggere il patrimonio sociale, laddove essi siano competenti ai sensi dell'art. 152 l. fall.. Mentre, si ritiene che la presentazione del ricorso sia ammissibile anche qualora l'assemblea abbia già ricapitalizzato, allorché gli amministratori, responsabili ai sensi dell'art. 2486 cod. civ., ritengano che questa non abbia concrete possibilità di esecuzione, ovvero abbia tempi di esecuzione non compatibili con la necessità di conservare l'integrità e il valore del patrimonio sociale¹⁵⁹.

In questo modo come sostenuto in dottrina, viene privilegiata una configurazione dei doveri degli organi di gestione sia in prossimità della crisi che in costanza della stessa fondata su *standards* e secondo la logica del *wrongful trading*¹⁶⁰.

3. L'insindacabilità delle scelte nell'ambito della direzione unitaria

Gli organi di governo della società capogruppo devono, quindi, predisporre adeguati strumenti organizzativi, affinché possano venire tempestivamente a conoscenza dell'avvicinarsi di uno stato di crisi. E' di tutta evidenza che quanto più tempestivamente la crisi viene affrontata adottando le opportune iniziative, tante più prospettive ci sono che la stessa

¹⁵⁹ La seconda edizione 2015 del documento è consultabile sul sito www.cndcec.it.

¹⁶⁰ Cfr. MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi*, cit., 2747 ss.

venga superata, ovvero che venga trovata una soluzione meno traumatica di quella liquidatoria. Le scelte imprenditoriali restano, nondimeno, insindacabili da parte del giudice, quantunque esse abbiano avuto un esito negativo sull'andamento economico dell'impresa. Si sostiene, infatti, che una tale valutazione attiene alla discrezionalità imprenditoriale e che possa eventualmente rilevare come giusta causa di revoca dell'amministratore, ma non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società. In quanto il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione o le modalità e le circostanze di tali scelte, anche se presentano profili di rilevante alea economica, ma solo la diligenza mostrata nell'apprezzare "preventivamente" i "margin di rischio" connessi all'operazione da intraprendere, e quindi l'eventuale omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità¹⁶¹.

Nell'ambito del gruppo, si sostiene, più precisamente, che i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale riconoscono nell'attività di direzione e coordinamento l'esercizio di un potere gestorio a carattere discrezionale e, quindi, ciò che la "clausola generale" esprime è un principio di insindacabilità nel merito dell'esercizio dell'attività di

¹⁶¹ Cfr. Cass. 12 febbraio 2013, n. 3409, in www.plurisonline.it, la quale richiama Cass. 28 aprile 1997, n. 3652 e Cass. 12 agosto 2009, n. 18231. In base alla *business judgement rule*, originaria dei paesi di *common law*, gli amministratori non sono responsabili delle conseguenze dannose che derivano dalle scelte di gestione, v. in dottrina per esempio FRÈ-SBISÀ, *Società per azioni*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1997, 838, per i quali i soci possono sperare che gli amministratori riescano nel loro compito, ma non possono imputare ad essi di non avere avuto fortuna così.

direzione e coordinamento¹⁶². In presenza di un gruppo di società possiamo, pertanto, affermare che la società capogruppo non può gestire senza dare spazio alla *business judgment rule*, posto che, diversamente da altri rapporti giuridici, quello di gestione non consente di determinare *ex ante* una lista di prestazioni da compiere. Saranno, tuttavia, le condizioni economico-finanziarie, patrimoniali e di posizionamento dell'impresa societaria sul mercato a circoscriverne l'ambito di applicazione¹⁶³.

Come sostenuto in dottrina, la libertà di scelta e la discrezionalità che vengono riconosciute al gestore della società, in base alla *business judgment rule*, si rendono particolarmente funzionali alla liberazione delle “energie imprenditoriali”, altrimenti inibite, a tutto vantaggio della collettività. Il che vale ancora di più nella fase di crisi d'impresa, ove risulta necessario attirare le migliori professionalità provenienti dai più svariati settori, in modo che siano elaborate le necessarie strategie funzionali al risanamento¹⁶⁴. Più esattamente, la gestione conservativa non

¹⁶² G. SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 534.

¹⁶³ Significativa è anche una sentenza del Trib. Milano, 17 giugno 2011, cit., il quale osserva che l'onere di provare la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, quale elemento identificativo dell'inadempimento, incombe in ogni caso sull'attore. In secondo luogo quel requisito, avendo ad oggetto la valutazione di scelte gestionali ampiamente connotate da discrezionalità, soggiace alla c.d. *business judgment rule*, secondo la quale è preclusa al giudice la valutazione del merito di quelle scelte ove queste siano state effettuate con la dovuta diligenza nell'apprezzamento dei loro presupposti, delle regole di scienza ed esperienza applicate e dei loro possibili risultati, essendo consentito al giudice soltanto di sanzionare le scelte negligenti, o addirittura insensate, macroscopicamente ed evidentemente dannose *ex ante*.

¹⁶⁴ Così BRIZZI, *Crisi di impresa e doveri di gestione nelle società di capitali*, cit., 8 e 115 ss., il quale evidenzia anche come una gestione improntata all'assunzione di nuovi rischi imprenditoriali, al di fuori di una seria programmazione, può condurre alla dispersione definitiva dei valori che potrebbero essere invece recuperati, ma, nello stesso tempo, una gestione ispirata ad un'ottica di eccessiva prudenza potrebbe inibire

deve essere inattiva e potrà esserlo solo applicando la *business judgment rule*, la quale potrà funzionare ad alcune condizioni, tra le quali, l'adempimento da parte degli amministratori del dovere di diligenza e prudenza e il rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, anche mediante l'assistenza di un professionista. Si sostiene peraltro che per la generalità delle imprese fallibili, la principale norma di riferimento deve essere lo “*standard* flessibile di corretta gestione imprenditoriale” da osservare con modalità adeguate alla situazione da fronteggiare e la cui corretta osservanza, quando la prospettiva della continuità aziendale sia venuta meno, è valutabile soltanto *ex post* in base a criteri di ragionevolezza e di lealtà che abbiano tenuto conto dell'interesse dei creditori, ovvero che quantomeno non li abbia esposti a un maggior rischio di perdite a causa della continuazione di un'attività illegittima e abusiva¹⁶⁵.

l'iniziativa sino, addirittura, a precludere l'adozione di piani di intervento e di recupero; cfr. anche MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, cit., 820 ss. il quale pone l'accento sul duplice corollario che, da un lato, le scelte tra le diverse soluzioni operative non sono del tutto discrezionali, restando pur sempre scrutinabili secondo parametri di correttezza, fondati appunto, sulla “ragionevolezza” del piano, sulla “attuabilità” dell'accordo, sulla “fattibilità” del piano; dall'altro, però, proprio in quanto si fondano pur sempre su attestazioni di professionisti, restano in linea generale presidiate dalla regola della *business judgment rule* e pertanto estranee alla sfera di responsabilità dell'imprenditore; v. anche ABRIANI, *Le responsabilità nelle crisi dei gruppi*, cit., 107; cfr. anche ANGELICI, *Interesse sociale e business judgment rule*, cit., 583, il quale ritiene che il compito degli amministratori sia quello della gestione (“efficiente”) imprenditoriale della società, che non consente la (pre)definizione di un comportamento dovuto, ma può soltanto essere delimitato dall'esterno, circoscrivendone lo spazio di discrezionalità.

¹⁶⁵ In questo senso MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, cit., 838 ss., il quale ritiene che la clausola generale della corretta gestione imprenditoriale non consente di escludere la *mala gestio* degli amministratori solo per il fatto che sono state osservate tutte le regole specifiche ma non già lo *standard*, ossia il dovere di amministrare con diligenza e lealtà,

Si deve, quindi, ritenere che la *business judgment rule* in realtà non crea un esonero totale della responsabilità per le scelte arbitrarie nella gestione, essa piuttosto ne crea una presunzione e, nello stesso tempo, essa potrebbe rappresentare la giusta garanzia per l'assunzione da parte degli amministratori di decisioni gestionali razionali e informate in ogni fase della vita della società, anche di crisi o di insolvenza, sul presupposto che solo una valutazione di ragionevolezza *ex post* può consentire di valutare le scelte adottate dall'organo di gestione e di individuare, tra queste, quelle "meno ragionevoli e troppo rischiose". L'assunzione di tutte le informazioni disponibili, per esempio, come sostenuto in dottrina, costituisce un indice presuntivo del rispetto della diligenza, la cui violazione da parte dell'organo gestore costituisce in concreto un limite alla protezione offerta dalla *business judgment rule*, il che si realizza con riferimento ad ogni dovere in capo all'organo amministrativo, tale da incidere sulle modalità della decisione gestoria¹⁶⁶.

Nell'ambito del gruppo, peraltro, questo dovere di diligenza e lealtà si inspessisce in quanto gli organi di governo della società capogruppo devono ponderare le scelte volte a fronteggiare situazioni di crisi

integrabile ma non sostituibile dall'osservanza di specifiche *rules* di ciascun tipo organizzativo. Nelle stesse *linee guide per il finanziamento alle imprese in crisi* si legge gli atti compiuti nell'ambito di un percorso di soluzione della crisi non possono far sorgere responsabilità civili, purché lo strumento di esenzione venga utilizzato secondo le sue reali finalità, che sono quelle di dare certezza a chi operi (ed assuma rischi) nell'ambito di un'operazione finalizzata al salvataggio di un'impresa, quando essa è condotta con serietà, buona fede e mezzi idonei. Per questo motivo, pur non essendo ciò normativamente imposto, è opportuno che in presenza di un'impresa in crisi, il compimento di atti potenzialmente revocabili o che potrebbero in astratto dar luogo a responsabilità civili o penali avvenga nel quadro di uno dei "percorsi protetti" creati dalla legge fallimentare.

¹⁶⁶ Cfr. BRIZZI, *Crisi di impresa e doveri di gestione nelle società di capitali*, cit., 122.

all'interno del gruppo con attenzione non solo nei confronti delle società figlie e, quindi, dei soci di minoranza e dei loro creditori sociali, bensì anche degli stessi soci della società capogruppo e dei creditori del gruppo complessivamente considerato. Il suddetto “potere gestorio a carattere discrezionale”, nondimeno, nell'ambito del gruppo risulta più ampio rispetto ai poteri gestori degli organi di una società monade, in quanto le decisioni della società capogruppo sono insindacabili anche nel caso in cui, quantunque pregiudizievoli, non abbiano causato un danno alle società figlie alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, ovvero laddove il danno risulti mancante a seguito di operazioni a ciò dirette.

4. Il dovere della *holding* di mantenimento dell'equilibrio finanziario all'interno del gruppo

L'emersione della crisi di una o più società a esso appartenenti, ovvero della stessa società capogruppo, richiede necessariamente un intervento da parte della *holding*, anche perché, la crisi o l'insolvenza della capogruppo stessa potrebbero portare a un effetto dominio in grado di travolgere tutte le società al gruppo appartenenti, quantunque astrattamente in grado di adempiere alle proprie obbligazioni¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Come ricorda COVA, *La ristrutturazione di gruppi di imprese internazionali: profili pratici*, in *Crisi di imprese: casi e materiali*, a cura di Bonelli, Milano, Giuffrè, 2011, 382, un caso interessante è stato quello di Eurolat S.p.a., società controllata da Parmalat, che in seguito all'insolvenza della capogruppo fu oggetto di precipitose richieste di rientro delle linee di credito da parte di alcuni finanziatori e fu costretta, quindi, a chiedere l'ammissione all'amministrazione straordinaria, anche se all'esito della procedura tutti i creditori sociali furono rimborsati integralmente. E, come osserva l'A., probabilmente a causa del buon andamento delle azioni della nuova Parmalat, i creditori

La società capogruppo potrà anche valutare l'opportunità di procedere a operazioni straordinarie di fusione o di scissione, ovvero potrà intervenire mediante finanziamenti, diretti o indiretti, erogati dalla essa stessa capogruppo, ovvero impartire direttive che prevedano finanziamenti tra società sorelle. Si deve infatti ritenere che il finanziamento da parte della capogruppo o di altre società del gruppo, eventualmente anche tramite sottoscrizione di obbligazioni, può rappresentare uno strumento importante nella gestione negoziale della crisi di una componente del gruppo, che per la sua condizione patrimoniale e finanziaria non sia in grado di reperire risorse sul mercato¹⁶⁸. Come già rilevato, si devono ritenere lecite le scelte gestionali degli amministratori della capogruppo, i quali, per esempio, nell'ambito di un piano diretto al risanamento del gruppo, addossino sacrifici a una delle società del gruppo stesso a fronte di vantaggi che a quest'ultima possano derivare dall'attività di risanamento¹⁶⁹.

E' chiaro, pertanto, che la direttiva della capogruppo impartita a una o più società appartenenti all'aggregazione di erogare un finanziamento, ovvero effettuare altre operazioni finanziarie, a una società sorella in crisi rientra nell'attività di direzione unitaria e, pertanto, qualora non trovi adeguata copertura nei vantaggi compensativi, ovvero in specifiche operazioni dirette a eliminare eventuali pregiudizi, e ricorrendone i presupposti, può determinare un abuso dell'attività di

sociali di Eurolat S.p.a. ottennero più di quanto avrebbero ricevuto se essa non fosse stata dichiarata insolvente.

¹⁶⁸ Cfr. PAVONE LA ROSA, *La responsabilità degli amministratori della controllante nella crisi del gruppo societario*, cit., 802, il quale considerava un "abuso" quasi ricorrente nei rapporti tra entità del gruppo di imprese la concessione del credito a una componente del gruppo.

¹⁶⁹ V. PANZANI, *Relazione introduttiva*, cit., 38.

direzione e coordinamento, che fa scattare l'applicabilità della responsabilità diretta della capogruppo *ex art. 2497 cod. civ.* e ciò sia nel caso in cui una singola operazione finanziaria abbia arrecato danno a una società eteroderetta, sia in caso di inadeguato coordinamento dei flussi di pagamento tra le società del gruppo, tale da lasciare una di esse in crisi di liquidità¹⁷⁰.

A fianco ai suddetti profili di responsabilità risarcitoria si pongono quelli relativi alla postergazione del credito infragruppo, che prescindono dalla violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. Come noto, il legislatore della riforma del diritto societario ha introdotto all'art. 2497 *quinquies* cod. civ. una disciplina, quale specificazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, in merito ai finanziamenti nell'attività di direzione e coordinamento concessi in una situazione di squilibrio finanziario, dal quale scaturisce un dovere di corretto finanziamento delle società del

¹⁷⁰ Cfr. MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2005, 247, in part. nt. 149, secondo il quale i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale nell'esercizio dell'attività di direzione unitaria delle società del gruppo sembrano suscettibili di una lettura che ne accentui la valenza "organizzativa". VALZER, *La responsabilità da direzione e coordinamento*, cit., 222; Trib. Milano 10 novembre 2014, cit., secondo il quale a fronte di un'attività di eterodirezione dannosa sull'attore incombe la dimostrazione che l'atto o l'attività dannosa che si assume compiuta dagli amministratori della società eterodiretta, per effetto dell'influenza della dirigente, non è sorretto da una giustificazione economicamente razionale nella prospettiva della controllata, mentre è coerente con un "disegno di gruppo" tale per cui l'atto o l'attività dannosa ha determinato un vantaggio solo per l'ente dirigente, o per altra società del gruppo.

Si deve, inoltre, osservare che la decisione della *holding* su dove indirizzare di volta in volta le risorse disponibili all'interno del gruppo rientra, come già rilevato, nella discrezionalità gestoria dell'attività di direzione e coordinamento e, quindi, nella insindacabilità della *business judgment rule*, salvo la violazione dei doveri di diligenza e lealtà.

gruppo, che è sanzionato, attraverso l'espresso richiamo all'art. 2467 cod. civ., con la regola della postergazione rispetto alla soddisfazione degli altri crediti e, se il finanziamento è avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento, l'obbligo di rimborso, salvo la deroga di cui agli artt. 182 *quater* e 182 *quinquies* l. fall. e, quindi, con l'ampliamento del rischio dell'attività sopportato dalla società eterodiretta che ha erogato il finanziamento¹⁷¹.

In termini generali, si deve osservare come attraverso questo principio il legislatore abbia imposto alla capogruppo di farsi carico del corretto finanziamento delle società eterodirette, astenendosi dal concedere finanziamenti che possano pregiudicare l'equilibrio finanziario e, quindi, il rapporto fra l'indebitamento e il patrimonio netto della società e facendo ricorso al conferimento a capitale piuttosto che al finanziamento, quando ciò risulti ragionevole in considerazione della situazione finanziaria della società¹⁷² e, quindi, imponendo ai finanziatori interni al gruppo la sopportazione prioritaria del rischio di dissesto della società beneficiaria, la cui situazione finanziaria all'atto dell'erogazione sia a "rischio di crisi"¹⁷³.

¹⁷¹ Cfr. BACCETTI, *Creditori extracontrattuali, patrimoni destinati e gruppi di società*, Milano, Giuffrè, 2009, 546.

¹⁷² G. SCOGNAMIGLIO, "Clausole generali", *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 531; PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. soc.*, 1991, 1, 110 ss., in cui l'A. osserva come gli indici di anormalità del finanziamento sono circostanze di carattere oggettivo che dimostrano la perdita di capacità di ottenere credito a condizioni di mercato per la società, quale, tra gli altri, la manifesta insufficienza del capitale sociale, che fa prevedere l'insolvenza della società in mancanza di ulteriori apporti da parte dei soci; MAFFEI ALBERTI, *Sub art. 2497 quinquies*, in *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, Cedam, 2011.

¹⁷³ In questo senso BALP, *I finanziamenti infragruppo: direzione e coordinamento e postergazione*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2012, 329. V. anche Trib. Padova, 16 maggio 2011, in www.ilcaso.it, secondo il quale l'apporto di capitale di rischio, ancorché *sub specie* mutui, non attribuisce ai soci finanziatori di una società in crisi il diritto di concorrere in pari

L'effetto della postergazione, ai sensi del secondo comma dell'art. 2467 cod. civ. (che parla, appunto, di finanziamenti effettuati in qualsiasi forma), opera anche con riguardo alle garanzie concesse per favorire l'accesso al credito delle società eterodirette, quali forme indirette di finanziamento utilizzate per garantire liquidità alle stesse e, in particolare, quelle prestate dalla *holding*, quali, ad esempio, la fideiussione, ovvero la lettera di *patronage*, quest'ultima quale forma di garanzia atipica propria dei gruppi di società, soprattutto in ambito internazionale. Non di rado, invero, l'accesso al mercato del credito da parte della società soggetta all'altrui attività di direzione e coordinamento dipende dalle garanzie offerte dalla società capogruppo. Si pensi, inoltre, al di fuori dell'art. 2497 *quinquies* cod. civ., in presenza di situazioni di crisi, anche a versamenti non soggetti a vincolo di restituzione, ovvero a finanziamenti con vincolo di restituzione convenzionalmente subordinata al soddisfacimento della generalità degli altri creditori, realizzando una sorta di "messa in sicurezza" dei creditori attuali, che, in prospettiva, possa risultare sostenibile dall'impresa "risanata"¹⁷⁴.

grado con gli altri creditori sociali; diversamente opinando, il rischio d'impresa verrebbe trasferito di fatto su costoro; v. anche BACCETTI, *Creditori extracontrattuali, patrimoni destinati e gruppi di società*, cit., 528 ss., secondo il quale la postergazione appartiene al novero di quei principi di corretto e ordinato finanziamento dell'impresa capitalistica che intendono contrastare la traslazione dei rischi d'impresa su creditori e terzi mediante l'esercizio di attività sottocapitalizzate. Sulla "postergazione dei finanziamenti" vedi anche, senza alcuna pretesa di completezza, MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit.; CAMPOBASSO, *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, in *Commentario Dolmetta-Presti*, Milano, Giuffrè, 2011, 243.

¹⁷⁴ Così MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, cit., 840; TOMBARI, *Crisi di impresa e doveri di "corretta gestione societaria e imprenditoriale" della società capogruppo*, cit., 631.

Sussiste, invero, in capo alla *holding* innanzitutto un dovere di mantenere l'equilibrio finanziario all'interno del gruppo. Ciò che potrebbe realizzarsi attraverso un costante monitoraggio della situazione finanziaria nel gruppo, per esempio attraverso l'utilizzazione da parte degli amministratori di un *liquidity test*, ovvero *solvency test*, attraverso il quale è possibile accertare la solvibilità all'interno del gruppo, ossia l'esistenza delle condizioni che legittimano eventuali distribuzioni del patrimonio sociale delle società di gruppo, anche attraverso finanziamenti, ovvero prestazioni di garanzie, a condizioni tali da consentire la conservazione della solvibilità e della liquidità e, quindi, dell'equilibrio patrimoniale delle singole società del gruppo e della capacità di adempiere ciascuna alle proprie obbligazioni¹⁷⁵.

In una situazione di crisi della società beneficiaria, infatti, i finanziamenti infragruppo possono essere uno strumento di prevenzione della crisi, ma anche uno strumento di aggravamento della stessa, col rischio di propagazione. Questo perché l'erogazione del finanziamento potrebbe non determinare la risoluzione della crisi e, nondimeno, la continuazione dell'attività, l'aumento delle passività e il ritardo nell'attivazione di altri strumenti di risanamento potrebbero aggravare maggiormente lo squilibrio finanziario della società beneficiaria, anche in considerazione del fatto che il credito concesso infragruppo potrebbe ingenerare nei terzi l'affidamento sulla solvibilità della società.

Nell'ambito della politica di gestione di flussi finanziari dei gruppi di società, gli accordi c.d. di *cash pooling*, per esempio, che prevedono che le singole società stipulino singoli contratti di conto corrente con la società *pooler* che, a sua volta, ha stipulato un contratto di conto corrente con

¹⁷⁵ v. *supra* capitolo 2.

un'azienda di credito su cui fa confluire, di norma giornalmente, tutti i movimenti che transitano per i conti correnti delle singole società, affinché possano soddisfare i rispettivi creditori sociali, non è una scelta contraria a principi di corretta gestione. Anzi, essi rispondono a specifiche esigenze di efficiente gestione della tesoreria nell'ambito dei rapporti tra le società del gruppo e gli istituti di credito e – come sostenuto dalla giurisprudenza – se, da un lato, non possono essere considerati strumenti di finanziamento, dall'altro, si limitano a generare l'effetto vantaggioso di compensare i saldi passivi di alcune società con i saldi attivi di altre, realizzando un risparmio di interessi passivi¹⁷⁶.

Sotto questo profilo, si deve ritenere che il ricorso all'“assistenza finanziaria” nell'ambito del gruppo consiste senz'altro in una vera e propria regola di organizzazione del finanziamento dell'impresa¹⁷⁷. La tesoreria accentrata deve, tuttavia, essere svolta in maniera tale da non sottrarre alle singole società del gruppo la disponibilità di risorse finanziarie necessarie ad assicurare la continuità dell'attività. Attraverso l'emanazione di direttive in materia di accentramento della tesoreria (o comunque di altre funzioni di assistenza finanziaria), nel caso in cui il prelievo di liquidità intervenga in presenza di una situazione di crisi o di insolvenza di una società del gruppo che svolga l'attività di tesoreria accentrata, ovvero presti assistenza finanziaria, tali situazioni potrebbero propagarsi rapidamente nei confronti delle altre società, laddove esse siano

¹⁷⁶ Cfr. Trib. Milano, 10 novembre 2014, cit..

¹⁷⁷ Cfr., tra gli altri, MIOLA, *Tesoreria accentrata nei gruppi di società e capitale sociale*, in AA.VV., *La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali. Studi in onore di Giovanni E. Colombo*, Torino, Giappichelli, 2011, 38; MAUGERI, *Formazione del gruppo e diritti dei soci*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, 1, 282; ID., *Dalla struttura alla funzione della disciplina sui finanziamenti soci*, *ivi*, 2008, 1, 149.

prive di riserve in contanti o linee di credito esterne, rendendo anche esse insolventi e realizzando quello che viene definito “effetto dominio”¹⁷⁸.

I finanziamenti infragruppo, in quanto corrispondenti ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, possono anche costituire parti essenziali del piano di risanamento sottostante alla domanda di concordato preventivo o alla domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti e potrebbero, altresì, rappresentare la c.d. finanza ponte necessaria in vista della preparazione e della presentazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti o di un concordato preventivo. Al riguardo occorre ricordare le modifiche introdotte dall’art. 182 *quater* l. fall., che derogano al regime di postergazione dei finanziamenti prevedendo la prededucibilità, nei limiti dell’ottanta per cento del loro ammontare, dei crediti derivanti da finanziamenti effettuati a favore della società in stato di crisi da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altre società ad essa sottoposte, in “esecuzione” di un concordato preventivo, ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato; nonché dei crediti derivanti da finanziamenti infragruppo erogati in “funzione” e in “occasione” della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti¹⁷⁹.

¹⁷⁸ ABRIANI, *Le responsabilità nelle crisi dei gruppi*, cit., 103; MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi*, cit., 2733 ss.; FERRI JR, *Insolvenza e crisi dell’impresa organizzata in forma societaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, 3, 418 ss..

¹⁷⁹ Nella finanza “in occasione” non è chiaro se si applichi o meno la prededucazione, in quanto l’art. 182 *quinquies* l. fall. non dice nulla e proprio per questo, secondo una prima interpretazione, la disciplina della prededucazione si applicherebbe anche ai finanziamenti soci e infragruppo, i quali sono sempre prededucibili; secondo un’altra interpretazione nel silenzio del legislatore si espande invece la disciplina del diritto societario c.d. generale i e finanziamenti soci e infragruppo vengono postergati. Si

5. La scelta del piano di risanamento e la possibilità della sua estensione nel gruppo: profili generali

Fermo quanto espressamente previsto per i casi di trattamento unitario del gruppo insolvente o in crisi dalla legislazione speciale - in forza dei quali le società del gruppo, la cui crisi o insolvenza sia stata accertata giudizialmente, sono assoggettate alla medesima disciplina prevista per la capogruppo insolvente – nella legge fallimentare, come più volte ricordato, non vi è alcuna norma che prevede espressamente una gestione unitaria della crisi dei gruppi di società. Pertanto, al fine di assicurare una più efficace tutela patrimoniale alle società eterodirette quando la politica unitaria del gruppo abbia determinato il loro dissesto o la loro insolvenza e, più precisamente, tendere a un'uniformità di trattamento dei creditori nell'ambito del gruppo, in dottrina si è posto il problema se, in assenza di una compiuta disciplina in tal senso, il gruppo

segnala, peraltro, una terza interpretazione, secondo la quale i finanziamenti soci o infragruppo “in occasione” sarebbero prededucibili alle condizioni previste dall'art. 182 *quinquies* l. fall., ma solo nel limite dell'ottanta per cento del loro ammontare. In dottrina si segnala, inoltre, un contrasto tra “diritto societario generale” (artt. 2467 e 2497 *quinquies* cod. civ.) e “diritto societario della crisi” (artt. 182 *quater*, comma 3, cod. civ.), secondo il quale il primo tratterebbe i finanziamenti infragruppo in situazioni di crisi dell'impresa come “un'anomalia”, mentre il secondo, a determinate condizioni, come “un'opportunità” anche per gli altri creditori (in quanto finanziamenti strumentali al risanamento dell'impresa), decidendo conseguentemente di “premiare” il finanziatore con la prededuzione, seppure nei limiti dell'ottanta per cento, dal quale emerge un principio generale di “prededucibilità attenuata”, il quale, da un lato, trova diretta applicazione nelle ipotesi di cui all'art. 182 *quater*, primo e secondo comma (finanziamenti “in esecuzione” e “in funzione”), dall'altro è funzionale a colmare la lacuna che si rinviene nell'art. 182 *quinquies* in merito ai finanziamenti soci e infragruppo (in questo senso TOMBARI, *La prededucibilità dei finanziamenti soci e infragruppo dopo il decreto sviluppo*, in www.cesfin.it; ID., *Principi e doveri di “diritto di diritto societario della crisi”*, in AA. Vv., *Società, banche e crisi d'impresa*, 3, Torino, Utet, 2014, 2835 ss., ove ampi riferimenti dottrinali).

vada trattato dal punto di vista della procedura concorsuale come un'entità unica, ovvero se sia necessario, ai fini di una maggiore tutela dei creditori delle singole società al gruppo appartenenti, l'apertura di procedimenti separati e se, in ogni caso, sia opportuno dettare regole per il coordinamento delle singole procedure¹⁸⁰.

Sotto questo profilo, a fianco all'orientamento minoritario che attribuisce al concetto di gruppo un significato positivo, non considerandolo solo un mero fenomeno di carattere economico¹⁸¹, la tesi della giurisprudenza, secondo cui non è possibile considerare il gruppo di società come un'unica entità, trova accoglimento anche nella dottrina prevalente. Come precedentemente rilevato, la Cassazione, con un orientamento ormai consolidato, ha affermato che al fine della dichiarazione di fallimento (ma analogo discorso vale per l'ammissione ad altre procedure concorsuali) di una società appartenente a un gruppo, l'accertamento dello stato di insolvenza deve essere effettuato con esclusivo riferimento alla situazione economica della società medesima, quantunque essa sia inserita in un gruppo, cioè in una pluralità di società collegate da un'unica *holding*, atteso che, nonostante tale collegamento o

¹⁸⁰ v. sul punto PANZANI, *Il gruppo di imprese nelle soluzioni giudiziali della crisi*, in *Società*, 2013, 12, 1358 ss., il quale osserva che considerare il gruppo di società come un'entità unica costituisce uno strumento per assicurare il coordinamento dell'attività delle varie società insolventi, così come avviene per la società di un gruppo che non sia insolvente o che non si trovi in stato di crisi. Lo stesso A. sottolinea poi che il consolidamento del gruppo è in grado di soddisfare una pluralità di esigenze, in particolare, permette di attribuire la competenza a conoscere delle diverse procedure relative alle varie società del gruppo a un unico giudice, consente di nominare un unico organo quale gestore delle diverse società e di predisporre un unico piano di organizzazione, contente anche di predisporre una disciplina delle azioni revocatorie che riguardano le diverse società del gruppo.

¹⁸¹ LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, Nardini editore, 1981; VASSALLI, *Diritto Fallimentare*, Torino, Giappichelli, 1994, 91 ss..

controllo, ciascuna di dette società conserva propria personalità giuridica e autonoma qualità di imprenditore, rispondendo con il proprio patrimonio soltanto dei propri debiti¹⁸², con la conseguenza che i creditori, se possono attendersi che la *holding* intervenga per far fronte alle difficoltà della società loro debitrice, non possono, tuttavia, pretendere che l'esistente legame economico si trasformi in una solidarietà giuridica con trasferimento delle obbligazioni da una società a un'altra e, quindi, con confusione delle masse attive e passive tra le stesse¹⁸³. Secondo la definizione tradizionale, infatti, il gruppo di società è un'aggregazione di imprese societarie formalmente autonome e indipendenti l'una dall'altra - quantunque assoggettate tutte a una direzione unitaria - dal che ne deriva che ad un'unica impresa sotto il profilo economico, corrispondono più imprese sotto il profilo giuridico, tante quante sono le società facenti parte del gruppo¹⁸⁴.

¹⁸² v. Cass. 8 febbraio 1989, n. 795, in *Fallimento*, 1989, 609; Cass. 2 luglio 1990, n. 6769, in *Dir. fall.*, 1990, 1349; da ultimo Cass. 18 novembre 2010, n. 23344, in *Fallimento*, 2011, 565 con nota di SIGNORELLI, *Società di fatto, holding e fallimento*; v. anche Cass. 31 agosto 2011, n. 17907, in *Fallimento*, 2012, 6, 741, secondo la quale la competenza ad accertare lo stato di insolvenza di una grande impresa commerciale appartiene al tribunale del luogo in cui l'impresa ha la sede principale, senza che a tale criterio possa derogarsi per ragione di connessione con altre procedure relative a società diverse facenti parte di un gruppo. In dottrina v. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 1994, 64 ss..

¹⁸³ Cfr. CAIAFA, *Il fallimento della società*, in *Le procedure concorsuali*, 2, Padova, Cedam, 2011, 1186; ID., *Attività di direzione e coordinamento: profili lavoristici*, in *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, Torino, Utet, 2009, 481, il quale osserva che in una tale situazione dovrebbe, diversamente, pervenirsi a una dichiarazione di fallimento del gruppo, ossia all'estensione della procedura aperta nei confronti di uno degli enti societari, anche agli altri allegati, così come avviene nel caso delle società di persone.

¹⁸⁴ In questo senso esattamente CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, cit., 289.

Si evidenzia, quindi, che occorre proprio in ragione del principio di autonomia giuridica delle società del gruppo, che ciascuna di esse soddisfi da sola i requisiti per l'ammissione alla procedura concorsuale e, quindi, la sussistenza, a seconda dei casi, del presupposto dell'insolvenza o della crisi, affinché i creditori possano soddisfarsi sul patrimonio della loro rispettiva società debitrice. Ma nello stesso tempo si osserva che nulla vieta che ciascuna società del gruppo possa essere assoggettata a una diversa procedura, ad esempio concordato preventivo e accordo di ristrutturazione dei debiti, attraverso un coordinamento delle attività delle stesse società insolventi¹⁸⁵. In questo modo, ciascuna società, anche per il "tramite" della società capogruppo, potrà adottare lo strumento che reputa più adatto, anche se diverso da quello "scelto" dalle altre società al gruppo appartenenti.

In altri termini, come evidenziato dalle *Linee guida per il finanziamento alle imprese in crisi*¹⁸⁶, nulla osta che un piano di ristrutturazione complessiva dell'intero gruppo contempli per alcune società strumenti di composizione stragiudiziale, per altre l'accesso a procedure concorsuali di concordato preventivo o di fallimento (o amministrazione straordinaria), per altre infine nessuno strumento specifico, limitandosi ad essere coinvolte dall'esterno o mediante interventi mirati o accordi accessori, c.d. accordi ancillari.

¹⁸⁵ v. PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, cit., 2010, 35 ss.

¹⁸⁶ La seconda edizione delle Linee guida per il finanziamento alle imprese in crisi, progetto congiunto di Università di Firenze, a cura di Stanghellini, Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e Assonime, edizione 2014, è consultabile sul sito internet di Assonime (www.assonime.it) e su quello dedicato dell'Università di Firenze (www.nuovodirittofallimentare.unifi.it), nonché sul sito del Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili (www.cndec.it).

Le stesse *Linee guida* sottolineano, inoltre, confermando l'orientamento prevalente, che i presupposti e la relazione di attestazione del professionista, in ordine alla veridicità dei dati aziendali e alla fattibilità del piano di risanamento o concordato preventivo (o attuabilità dell'accordo di ristrutturazione dei debiti), devono sussistere in relazione alla specifica situazione di ciascuna impresa, tenendo, naturalmente, conto dell'influenza sulle vicende delle altre società del gruppo. La crisi di una società, infatti, è senz'altro suscettibile di produrre effetti anche sui rapporti creditizi delle imprese controllate e collegate¹⁸⁷.

In questo senso ancora le *Linee guida* delineano un importante principio, secondo il quale non sembra che vi siano ragioni ostative alla redazione di un unico documento fisico che comprenda il piano di risanamento o l'accordo di ristrutturazione di tutte le società che abbiano scelto di ricorrere a questi strumenti nonché anche alla redazione di un unico ricorso per concordato preventivo, ferma restando, in ogni caso, la necessità di tenere distinte le masse attive e passive (e dunque di evidenziare stati patrimoniali e piani finanziari separati per ciascuna entità) e la necessità di separata approvazione da parte dei creditori di ciascuna società.

¹⁸⁷ Viene altresì evidenziato che nella prassi bancaria, per esempio, le regole previste in materia di segnalazione delle posizioni di rischio alla Centrale dei rischi impongono agli intermediari segnalanti la creazione di "gruppi di rischio", laddove sussistano collegamenti fra soggetti affidati tali da far ritenere che le difficoltà di uno di essi comportino anche criticità anche per gli altri. Cfr. sul punto anche BANA, *Strategia di risanamento "estesa" nelle crisi di gruppo*, in www.eutekne.it; nonché ABRIANI, *Le responsabilità nelle crisi dei gruppi*, cit., 103, il quale osserva che le imprese controllate e collegate, anche se *in bonis*, vedono sovente "trascolorare" la loro posizione nell'area grigia del "credito problematico", subendo quel blocco del c.d. auto liquidante che vanifica la fiducia che pure il mercato continua ad avere nei loro confronti (quale attestata da perduranti cospicui portafogli clienti).

Va, peraltro, sottolineato che in ambito internazionale cresce il consenso per l'applicazione di un'unica procedura attraverso un vero e proprio consolidamento dei patrimoni, come accade nei paesi di *common law*, dove due o più società del gruppo possono essere sottoposte ad un'unica procedura unitaria, attraverso la formazione di un unico patrimonio cui concorrono tutti i creditori delle diverse società al gruppo appartenenti, c.d. *substantive consolidation*¹⁸⁸.

Nel nostro ordinamento, in assenza di una previsione *ad hoc*, l'impressione è che invece non possa essere proposto un concordato preventivo o un accordo di ristrutturazione mediante confusione delle masse attive e passive delle società al gruppo appartenenti e addirittura attraverso la creazione di un'unica classe creditoria, posta l'imprescindibile autonomia giuridica e patrimoniale delle società al gruppo appartenenti.

¹⁸⁸ v. *Uncitral - Working Group V - Legislative Guide on Insolvency Law – Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency*. Doc. A/CN9/WG.V/WP85 sul sito www.uncitral.org. Cfr. anche PANZANI, *Relazione introduttiva*, cit., 37 ss, il quale sottolinea che come precisato dal *Working Group*, la disciplina dell'insolvenza, come regola generale, deve rispettare la separata entità legale di ogni impresa facente parte del gruppo e che, pertanto, la *consolidation* è limitata a casi tassativamente indicati: a) quando il giudice ritiene che i beni e le responsabilità delle imprese del gruppo sono così interconnessi che la proprietà dei beni e le singole responsabilità non possono essere individuate che con spesa o ritardo sproporzionato; b) quando le imprese del gruppo sono impegnate in un progetto o in un'attività fraudolenta senza una legittima finalità d'impresa ed il giudice ritiene che la *consolidation* è essenziale per porre rimedio a tale progetto o attività. V. anche ID, *Il gruppo di imprese nelle soluzioni giudiziali della crisi*, cit., 1362 e nota 12; v. anche DI MAJO, *I gruppi di società. Responsabilità e profili concorsuali*, cit., 67 e nota 110; cfr. anche VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e "consolidamento" di patrimoni* (substantive consolidation), in *Riv. dir. soc.*, 2010, 3, 586.

5.2 (Segue) Il concordato preventivo e l'accordo di ristrutturazione dei debiti di gruppo nella prospettiva dei vantaggi compensativi

Quando si parla di concordati o accordi possono venire in rilievo da un lato quelli relativi solo a una o ad alcune società al gruppo appartenenti, favoriti, talvolta, dall'intervento di altre società sorelle solventi che restano esterne all'accordo o al concordato (mediante, ad esempio, finanziamenti), ovvero più proposte di concordato o di accordo, avanzate da più società del gruppo e reciprocamente condizionate alla rispettiva omologazione¹⁸⁹.

Con riguardo al concordato preventivo, sotto questo profilo, a titolo meramente semplificativo, in giurisprudenza è stata ritenuta ammissibile una proposta concordataria unitaria, con un unico piano, presentata da tre società appartenenti al medesimo gruppo, sospensivamente condizionata alla definitività dei decreti di omologa delle rispettive proposte concordatarie, purché fossero mantenute separate le masse attive e passive ai fini dell'approvazione dei creditori delle singole società; è stata, inoltre, ritenuta ammissibile una proposta fondata sulla fusione societaria di tutte le società ricorrenti, sospensivamente condizionata all'omologazione del concordato, anche in questo caso sul presupposto che questo dovesse essere approvato dai creditori di ciascuna società, singolarmente considerata, trattandosi di soggetti giuridici allo stato autonomi e distinti¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Cfr. Trib. Terni, 14 gennaio 2014, in *Fallimento*, 2014, 3, 343.

¹⁹⁰ Cfr. Trib. Ferrara, 27 marzo 2014, in www.ilfallimentarista.it, nel caso di specie la proposta di concordato preventivo prevedeva la cessione dei beni attraverso una preliminare gestione proattiva ad opera della società incorporante risultante dalla fusione che, in esecuzione del piano concordatario, doveva procedere alla valorizzazione dei cespiti immobiliari e dei rami aziendali edilizi per la successiva alienazione, così da reperire le risorse per il soddisfacimento dei creditori. La sottoscrizione dell'atto di fusione, da cui la stessa prenderà efficacia, risultava condizionata all'omologazione del

Si deve infatti sottolineare che nel corso di una gestione negoziale o concordataria della crisi possono assumere rilevanza anche le operazioni straordinarie. Si pensi, ancora, alla proposta di concordato presentata ai propri creditori da parte della società capogruppo e della società eterodiretta che prevede, come primo passaggio attuativo, la fusione per incorporazione della società diretta e coordinata nella società *holding*, al fine di assicurare la piena fattibilità dei concordati di entrambe le società e, quindi, un maggior soddisfacimento dei creditori delle stesse¹⁹¹.

In altri casi più società appartenenti al gruppo sono state ammesse a distinte procedure di concordato preventivo, formalmente autonome, ma in realtà in stretta interdipendenza, nel senso che i rispettivi piani di ristrutturazione erano condizionati gli uni agli altri e il piano di risanamento faceva, inoltre, parte di un unico piano di gruppo, dove i commissari preposti erano i medesimi soggetti e unico era anche il giudice delegato¹⁹².

concordato stesso. Si ritiene, peraltro, legittima la procedura di fusione nella quale sia previsto che la stipula dell'atto di fusione sia sospensivamente condizionata all'avvenuta omologa della proposta di concordato (Cfr. Consiglio Notarile di Firenze, Orientamento n. 36/2013, *Fusione e concordato preventivo*, in www.consiglionotarilefirenze.it).

¹⁹¹ Trib. Torino decr. 10 luglio 2013, con il quale è stata aperta la procedura di concordato preventivo per entrambe le società (la società eterodiretta: Seat Pagine Gialle Italia s.p.a. e la *holding*: Seat Pagine Gialle s.p.a.). Come è stato rilevato dalle *Linee guida*, nell'ambito di un concordato preventivo di gruppo risulta senz'altro necessario un collegamento negoziale, attraverso la redazione di un unico "documento fisico", comprendente il piano di risanamento o l'accordo di ristrutturazione dei debiti delle società del gruppo che hanno deciso di adottare tali strumenti.

¹⁹² Trib. Asti, 24 settembre 2012, in *Fallimento*, 2013, 1, 103 con nota di BALESTRA, secondo il quale, con riferimento ad una domanda di ammissione al concordato preventivo con riserva da parte di un gruppo di imprese, (ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti di gruppo) osserva che nulla osta a che ciascuna società faccia riferimento ad un piano unitario e a una proposta unitaria che sia rivolta a tutti i creditori delle tre società, salva poi la separazione di ciascuna massa e l'approvazione separata da

E' stata pure ritenuta prospettabile la presentazione di un unico ricorso per concordato preventivo, ferma restando la necessità di tenere distinte le masse attive e passive, presupposto dal quale non si può prescindere, e la necessità di separata approvazione da parte dei creditori sociali. Analogamente a quanto accade nell'amministrazione straordinaria, dove l'omogeneità delle procedure non incide sulla reciproca autonomia patrimoniale delle singole società del gruppo, quand'anche ricorra lo stato di insolvenza. Infatti, ai sensi dell'art. 82 della legge n. 270 del 1999, è sempre necessario un distinto accertamento dello stato di insolvenza (quand'anche per quest'ultime imprese non ricorrano i requisiti richiesti per l'ammissione all'amministrazione straordinaria) di ciascuna singola società al gruppo appartenente, avuto riguardo della propria situazione patrimoniale, nonché l'opportunità di una gestione unitaria dell'insolvenza nel gruppo. La legge speciale, invero, prevede un'uniformità della procedura, che contempla l'identità degli organi e della gestione delle imprese insolventi, senza alcuna confusione delle masse attive e passive delle singole società medesime, le quali rispondono delle proprie obbligazioni¹⁹³.

La legge fallimentare, come già segnalato, nulla dice sull'ammissibilità di un concordato preventivo di gruppo e al riguardo in

parte dei creditori di ciascuna società; cfr. anche Trib. Ravenna, 22 maggio 2014, in *Fallimento*, 2015, 2, 203 con nota di ANDRETTO, secondo il quale in presenza di più imprese facenti parte di un gruppo e legate da vincoli di solidarietà passiva, le quali con distinti ricorsi chiedano di essere ammesse al concordato preventivo sulla base di piani reciprocamente condizionati, il rispetto delle condizioni di ammissibilità deve essere effettuato in modo individuale ed atomistico, tenendo distinte le rispettive masse attive e passive, mentre il trattamento offerto ai creditori che beneficiano della solidarietà deve essere considerato in modo unitario e complessivo.

¹⁹³ Cfr. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, cit., 308 ss; ABRIANI, *Le responsabilità nelle crisi dei gruppi*, cit., 109.

dottrina è sorto un dibattito in merito all'interpretazione dell'art. 160, comma 1, lett. b), l. fall. ed è stato sostenuto che la proposta di concordato può anche essere avanzata congiuntamente da più soggetti in stato di crisi e, più precisamente, da più imprese facenti parte del medesimo gruppo, ferma restando l'autonomia e la separazione dei patrimoni delle singole società proponenti. Questo orientamento, che valorizza in positivo il disposto dell'art. 160 l. fall. e in negativo l'assenza di requisiti per la presentazione della proposta, consentirebbe un concordato di gruppo, inteso nel senso del coinvolgimento di più società facenti parte di un gruppo nella proposta di concordato¹⁹⁴. E' stato peraltro sostenuto che, nel silenzio della legge, dipenderà dagli interpreti rendere possibile che nella prassi si sviluppino e si articolino proposte, il cui contenuto si riferisca a tutte, ovvero ad alcune società sottoposte a un comune controllo, oltre che

¹⁹⁴ Cfr. SANDULLI, *La riforma della legge fallimentare*, cit., 537, il quale osserva che in questa prospettiva si può considerare conferma indiretta la lett. a) dell'art. 160 l. fall., che menziona la possibilità di altre operazioni straordinarie. Tuttavia, tale possibilità non può ledere l'autonomia patrimoniale delle singole società e quindi incidere sull'autonomia delle posizioni creditorie e debitorie. Sul tema dell'ammissibilità del concordato di gruppo si veda DI MAJO, *I gruppi di imprese nel concordato preventivo e nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, cit., 2013, 3, il quale ritiene che l'art. 160 l. fall., non prevedendo requisiti particolari per l'ammissione al concordato preventivo, dovrebbe permettere l'ammissione alla procedura di società facenti parte di un gruppo in quanto ogni società del gruppo costituisce un soggetto di diritto a se stante; cfr. anche GARCEA, *La rilevanza del gruppo nelle gestioni negoziate della crisi di impresa*, cit., 943 ss., il quale annovera tra i richiami alle operazioni straordinarie di cui all'art. 160 l. fall. la scissione (a favore di nuove società o società preesistenti), ovvero la fusione (con società dotata di mezzi adeguati), tra società appartenenti allo stesso gruppo di quella in stato di crisi (comma 1, lett. a)), ma anche nella misura dell'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore di cui alla lettera b) del medesimo comma e da ultimo al conferimento dell'azienda in esercizio a una o più società, anche di nuova costituzione, quale misura da accordarsi al concordato con continuità aziendale.

alla controllante¹⁹⁵. Ne consegue che in assenza di una compiuta disciplina, in caso di gruppo di società, i professionisti nella redazione della proposta di concordato preventivo devono fare i conti con i diversi orientamenti dei tribunali di merito.

Non è però questa la sede per ripercorrere tutta l'importante evoluzione dell'*iter* giurisprudenziale in tema di concordato preventivo di gruppo¹⁹⁶. Occorre tuttavia rilevare come la prassi conosca casi in cui è stato ritenuto ammissibile una domanda di concordato consistente in un unico ricorso riferibile all'impresa di gruppo, supportato da un unico piano aziendale, senza peraltro confusione dei patrimoni di ciascuna società. Si è ritenuto, infatti, che le società del gruppo possono legittimamente presentare una domanda unitaria di concordato preventivo al tribunale competente, provvedendo a una netta distinzione tra le masse attive e passive di ciascuna rispettiva società del gruppo, con distinte adunanze dei creditori presiedute dal giudice delegato (nel senso che i creditori di ciascuna società sono tenuti ad approvare il concordato preventivo) e con un unico decreto di ammissione alla procedura e unico decreto di

¹⁹⁵ Conclusione questa sostenuta ancora sul dato testuale contenuto nell'art. 160 l. fall., cfr. SANTONI, *Contenuto del piano di concordato e modalità di soddisfacimento dei creditori*, cit., 517; *contra* LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., 947; ID., *Il concordato preventivo*, cit., 236, il quale ritiene che la riforma non si è occupata del gruppo di imprese, né tantomeno della sua assoggettabilità al concordato preventivo e che, pertanto, non sussiste alcuna indicazione sulla quale poter fondare allo stato alcuna interpretazione. L'A., inoltre, osserva che sarebbe stato auspicabile che il riconoscimento del gruppo di imprese potesse trovare adeguata disciplina nel decreto attuativo della delega alla riforma del diritto fallimentare. L'esigenza sarebbe stata opportuna anche per il concordato preventivo soprattutto in vista della necessità di operare una gestione unitaria della crisi del gruppo coinvolto.

¹⁹⁶ Per un'ampia trattazione in tal senso si segnala POLI, *Il "concordato di gruppo"*: i) *profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplenza giurisprudenziale*, in *Contr. e imp.*, 2014, 6, 1345; DI MAJO, *I gruppi di società. Responsabilità e profili concorsuali*, cit., 70 ss..

omologazione, previo controllo sulla regolarità della procedura e sul risultato della votazione, e con la nomina di un unico giudice e di un unico commissario giudiziale. Quest'orientamento in primo luogo afferma la rilevanza dell'impresa di gruppo nel momento della preposizione di una domanda di concordato, basandosi sul principio di autonomia privata, ai sensi dell'art. 1322 cod. civ., che consente di ritenere meritevole di tutela una realtà economica di primaria rilevanza nell'attuale contesto di mercato, qual è, appunto, l'impresa di gruppo e, più in particolare, fa leva sulla funzione del concordato preventivo, che è quella del superamento della crisi attraverso l'esdebitazione dell'imprenditore insolvente per deliberazione dei creditori concorsuali. Pertanto, qualora l'impresa si manifesti e si realizzi nel gruppo sarà in questa dimensione che potrà trovare rilievo il concordato preventivo¹⁹⁷.

¹⁹⁷ In questo senso Trib. Roma, 7 marzo 2011, in *www.ilcaso.it*, nonché in *Giur. merito*, 10, 2012, 2084 con nota di D'ORAZIO, *Il concordato preventivo di gruppo nella dottrina e nella giurisprudenza*, nonché FAUCEGLIA, *Sul fenomeno del gruppo nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2011, 3-4, 247, nel quale si legge che, nonostante il legislatore abbia ritenuto di non dettare una definizione positiva di una realtà economica in continua evoluzione quale il gruppo di imprese, non può che essere vista con favore e consentita quale esplicazione dell'autonomia privata ex art. 1322 c.c. la scelta di proporre un concordato che coinvolga l'impresa anche qualora questa si configuri in forma di gruppo di imprese; nello stesso senso v. Trib. Roma, 5 marzo 2013, in *www.ilcaso.it*; Trib. Benevento, 18 gennaio 2012, *ivi*, Trib. Monza, 24 aprile 2012, *ivi*, il quale ha sostenuto che qualora con riferimento a un gruppo di imprese venga presentata un'unica domanda di concordato, con previsione di un'unica massa attiva da ripartire tra i creditori di tutte le società, l'approvazione del concordato da parte dei creditori dovrà aver luogo in adunanze separate e votazioni distinte per ciascuna società con conseguenti, rispettive e distinte maggioranze; App. Roma, 5 marzo 2013, *ivi*, il quale afferma che deve ritenersi ammissibile la proposta concordataria relativa a un gruppo di imprese a condizione che siano rispettate le regole della competenza territoriale del tribunale che su di essa dovrà pronunciarsi, che siano tenute distinte le masse attive e passive e che il calcolo delle maggioranze venga effettuato con riferimento ad ogni singola società. Rileva, inoltre, la pronuncia del Trib. Terni, 30 dicembre 2010, in *www.ilcaso.it*, che ritiene ammissibile la

Risulta, pertanto, consolidato l'orientamento che ritiene ammissibile la domanda di concordato di gruppo ove il piano risponda all'interesse dei creditori, favorendo un'attività liquidatoria, ovvero di risanamento del gruppo, in entrambi i casi unitaria, in virtù delle strette connessioni esistenti tra le società facenti parte del gruppo e prevedendo l'abbattimento dell'esposizione debitoria infragruppo, così da rendere possibile la prosecuzione dell'attività aziendale nel suo complesso, attraverso l'intervento di un assuntore appositamente costituito¹⁹⁸. Vero è

gestione integralmente unitaria del concordato di gruppo — con unica adunanza dei creditori e computo delle maggioranze riferito all'unico programma concordatario — qualora il gruppo risponda alla definizione dottrinale di “aggregazioni di imprese in forma individuale o collettiva, formalmente autonome e indipendenti l'una dall'altra, ma assoggettate tutte a direzione unitaria” nonché alle connotazioni elaborate dalla giurisprudenza in termini di “unicità della struttura organizzativa e produttiva, con integrazione fra le attività esercitate dalle varie imprese, coordinamento tecnico, amministrativo e finanziario rimesso ad un unico soggetto direttivo”; in tal caso, infatti, la gestione unitaria della procedura appare, soprattutto, opportuna nel caso in cui la configurazione del concordato di gruppo preveda l'intervento di un assuntore appositamente costituito al fine di rilevare tutte le attività ed il concordato venga inescindibilmente collegato al conseguimento dell'obiettivo della continuità aziendale, con mantenimento dei livelli occupazionali ed abbattimento dell'esposizione debitoria complessiva”.

¹⁹⁸ v. Trib. Palermo, 4 giugno 2014, in *Fallimento*, 2014, 8-9, 951, che ritiene appunto ammissibile la domanda di concordato di gruppo qualora la proposta, il piano e la relazione degli esperti tengano adeguatamente distinte le attività e le passività di ogni singola impresa del gruppo e risultino, pertanto, idonee a consentire ad ogni singolo creditore di verificare la propria posizione creditoria e l'impatto della proposta concordataria sul soddisfacimento della stessa, nonché l'alternativa in caso di liquidazione fallimentare; Trib. Rovigo, 5 novembre 2013, in *www.ilcaso.it*, per il quale in assenza di una espressa disciplina normativa, condivide l'idea che sia possibile utilizzare lo strumento del concordato preventivo di gruppo laddove ciò risponda all'interesse dei creditori e delle società. E' stato, peraltro, affermato in dottrina, l'idea di un accordo di gruppo proposto dal legale rappresentante della sola società *holding* su mandato delle società controllate, ferma peraltro la necessità dell'adesione dei creditori di tutte le società al gruppo appartenenti, in quanto la proposta di concordato non determina mai una massa unica, ma contempla un piano unitario, oggetto di approvazione, con votazioni separate,

che l'autonomia dei patrimoni, come precisato ancora dalle *Linee guida*, impone che nella redazione del piano da parte del professionista vengano presi in considerazione i conflitti d'interesse fra i creditori delle varie società e, nei limiti in cui siano rilevanti, i conflitti fra i loro soci, dei quali potrà rispondere anche il professionista chiamato all'attestazione, laddove il sacrificio indebito di una componente possa minare il successo del piano o dell'accordo.

Tutto questo deve essere considerato nella prospettiva futura dei vantaggi compensativi, ossia in caso di successo del piano stesso, in quanto un piano unitario può permettere alla controllata o alla consorella il vantaggio di conseguire risultati altrimenti inattuabili¹⁹⁹ (diversamente, e ricorrendone i presupposti, si potrà esercitare l'azione di responsabilità *ex*

da parte dei creditori delle diverse società. In questo caso saremmo di fronte ad una fattispecie non più soggettivamente complessa, né dal lato del proponente (la sola capogruppo), né dal lato dell'aderente (tutti i creditori delle società del gruppo, suddivisi per classi in ragione della società di cui sono creditori) e non vi sarebbe, peraltro, alcuna incompatibilità legata al fatto che lo stesso creditore possa votare in più classi, posto che sono legittimati al voto i crediti e non i creditori (v. ABRIANI, *Le responsabilità nelle crisi dei gruppi*, cit., 110).

Lo scenario per la predisposizione di un piano di gruppo è, altresì, descritto dalle citate *Linee guida*, secondo le quali non vi sono ragioni contrarie a che il professionista formuli un giudizio per le varie società che, pur dovendo valutare la situazione di ciascuna di esse, abbia una motivazione incentrata principalmente sulla ristrutturazione della capogruppo. Si afferma, in particolare, che, anche se ciò deve essere oggetto di analisi e conferma nel caso concreto, è normale che, tenuto conto dei rapporti infragruppo, il superamento della crisi della capogruppo generi risorse sufficienti al superamento della crisi delle controllate. V'è precisato, inoltre, sulla base di una stretta interpretazione dell'autonomia giuridica di ciascuna società al gruppo appartenete, si è affermato che devono restare distinte non solo le masse attive e passive e le rispettive adunanze, ma ogni società deve presentare una propria domanda di concordato preventivo, con un piano e una proposta autonomi, affinché il tribunale possa pronunciare singoli decreti di ammissione alla procedura e singoli decreti di omologazione, cfr. BONELLI, *Le insolvenze dei grandi gruppi*, in *Crisi di imprese: casi e materiali*, cit., 23.

¹⁹⁹ Cfr. ABRIANI, *Le responsabilità nelle crisi dei gruppi*, cit., 111.

art. 2497 cod. civ.). In particolare, sarà proprio sulla base dei vantaggi compensativi che andranno valutate le diverse tipologie di intervento poste in essere dalla società capogruppo.

Risultano, altresì, frequenti gli accordi di ristrutturazione del debito *ex art. 182 bis* l. fall. che coinvolgono una o più società al gruppo appartenenti, siano esse o meno in stato di crisi. Sulla scorta delle argomentazioni fatte in merito al concordato preventivo²⁰⁰, e soprattutto, rispetto al concordato preventivo, per una maggiore libertà che le parti hanno nel determinarne il contenuto, nulla sembrerebbe impedire alla società capogruppo e alle altre società al gruppo appartenenti di avvalersi di un unico accordo di ristrutturazione dei debiti, cui partecipano tutte le società del gruppo come parti proponenti, con l'adesione da parte dei creditori di ciascuna società, al fine di pervenire alla sistemazione dell'insolvenza, ovvero più semplicemente della crisi, riguardante il gruppo nella sua interezza o una o più società appartenenti alla medesima aggregazione. Si potrebbe pensare ad esempio alla presentazione di un piano di risanamento basato sull'impegno assunto da una società *in bonis* di riscadenziare le proprie pretese creditorie, ovvero di disporre dei propri beni a favore dei creditori di un'altra società del gruppo. Lasciando spazio, nel silenzio del legislatore, come si è visto in merito al concordato preventivo, all'autonomia privata, ai sensi dell'art. 1322 cod. civ..

Come si osserva in dottrina, l'interesse a tale partecipazione all'accordo di ristrutturazione dei debiti sarebbe giustificato, analogamente

²⁰⁰ Tra le quali si annoverano anche le interpretazioni positive dell'art. 160, comma 1, lett. b), l. fall., dalle quali si dovrebbe evincere la volontà del legislatore di lasciare ampio spazio alle soluzioni degli operatori purché basate su dati veritieri che si traducano in soluzioni fattibili e giudicate convenienti dai creditori, soluzioni oggi adattabili anche all'accordo di ristrutturazione *ex art. 182 bis* l. fall. (v. GARCEA, *La rilevanza del gruppo nelle gestioni negoziate della crisi di impresa*, cit., 947).

a quanto accade per il concordato preventivo, dall'interesse di gruppo e, nello stesso tempo, dall'interesse delle società che del gruppo fanno parte - previa adesione di almeno il sessanta per cento dei creditori di ciascuna società al gruppo appartenente - affinché possano superare o comunque razionalmente regolare lo stato di crisi, al fine, peraltro, di prevenire oppure di evitare che la crisi di queste si estenda all'intero gruppo e che coinvolga anche le società aderenti che non si trovano in una crisi attuale.

Viene in questo modo valorizzata l'unicità dei gruppi e la loro capacità di sostenere il risanamento delle società eterogestite, in quanto le capacità di ripresa di una singola società dipendono anche dall'equilibrio e dalla solvibilità del gruppo nel suo complesso²⁰¹.

²⁰¹ In questo senso INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Contr. e imp.*, 2011, 6, 1320 ss.; nonché in *www.ilcaso.it*, 10 ss., il quale precisa che la partecipazione all'accordo sarebbe quindi dettata non dal fine di regolare con gli altri creditori il proprio stato di crisi attuale, bensì lo stato di crisi del gruppo anche se esso si è manifestato solo in una o alcune e comunque non in tutte le società del gruppo; v. anche Trib. Milano, 10 novembre 2009, in *Corr. giur.*, 2010, 3, con nota di PERUGINI, che ha omologato nove accordi di ristrutturazione, presentanti da altrettante società appartenenti al medesimo gruppo, osservando come detta decisione risieda nella sussistenza di un collegamento funzionale inscindibile tra i nove procedimenti, atteso che ciascuno di essi ha un'efficacia espressamente condizionata al passaggio in giudicato dei decreti di omologa di tutti gli altri accordi; Trib. Roma, 5 novembre 2009, in *www.ilcaso.it*, secondo il quale qualora l'accordo *ex art. 182 bis l. fall.* costituisca un elemento essenziale di un più ampio piano di ristrutturazione del gruppo di imprese del quale fa parte la proponente, anche quest'ultimo documento dovrà essere depositato presso il registro delle imprese, specialmente nel caso in cui l'accordo di ristrutturazione acquisti pienezza di significato solo nell'ambito del più generale piano aziendale; cfr. ABRIANI, *Le responsabilità nelle crisi dei gruppi*, cit., 110. In senso opposto parte della dottrina che ritiene che in assenza di qualsivoglia riferimento al "gruppo" nell'ambito della disciplina di cui all'art. 182 bis l.fall. e quale che sia la soluzione da patrocinare in ordine alla natura degli accordi, deve, in termini di doverosa coerenza, opinarsi nel senso che la consolidata esegesi, ancorata alla distinta personalità giuridica ed all'autonoma qualità di imprenditore di ciascuna delle società inserite nel medesimo "gruppo", non può che riflettersi anche sul terreno degli

Com'è stato osservato, nel silenzio della legge fallimentare e in applicazione delle norme codicistiche, nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, ovvero di concordato preventivo, troveranno applicazione i vantaggi compensativi dando, in questo modo, possibilità alle società del gruppo, che si trovano o meno in stato di crisi, di disporre, previa direttiva in tal senso da parte della capogruppo, delle proprie risorse e più in generale, di volgere le proprie scelte gestionali e strategiche a vantaggio del gruppo stesso, fornendo quindi giustificazione a operazione che altrimenti potrebbero essere valutate come pregiudizievoli e ingiustificate²⁰². Pertanto, l'eventuale coinvolgimento di società *in bonis* nell'accordo di ristrutturazione dei debiti, ovvero di un concordato preventivo, sarebbe giustificato dall'assoggettamento di questa all'altrui attività di direzione e coordinamento e, proprio in forza dell'art. 2497 cod. civ., i soci esterni all'accordo e i creditori sociali eventualmente potranno legittimamente esercitare l'azione di responsabilità nei confronti della capogruppo stessa, laddove il danno non risulti mancante alla luce dei vantaggi compensativi²⁰³.

accordi *ex art. 182 bis l.fall.* ed indurre a ritenere che ciascuna società del "gruppo" ha da siglare un separato accordo con il ceto creditorio "suo proprio", *recte* con i creditori "propri" rappresentanti quanto meno il sessanta per cento dei crediti vantati nei suoi specifici confronti (v. ABETE, *L'insolvenza del gruppo e nel gruppo*, cit., 1117 ss.).

²⁰² In questo senso INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, cit.

²⁰³ Resta ferma, in ogni caso, un'ulteriore tutela, in questo caso preventiva, che il legislatore fallimentare appresta a favore dei soci esterni e dei creditori sociali della società debitrice appartenente al gruppo, ossia l'opposizione, mediante la quale non solo i creditori dissenzienti ma, ai sensi dell'art. 182 *bis*, comma 4, l. fall., ogni altro interessato, può contestare la convenienza dell'accordo e, quindi, proporre opposizione all'omologazione entro trenta giorni dalla pubblicazione dello stesso nel registro delle imprese. Sulla base del tenore dell'art. 182 *bis*, comma 4, l. fall., parte della dottrina ha ritenuto che l'opposizione possa essere proposta da qualsiasi interessato e non soltanto dai

6. Cenni conclusivi

Il panorama fin qui esposto ci porta dunque a ritenere sussistente in capo all'organo amministrativo della società capogruppo un dovere di conservare la solvibilità delle società figlie intervenendo al fine di porre rimedio a situazioni di crisi o insolvenza evitando, altresì, la propagazione della stessa nel gruppo e le conseguenze dannose sugli interessi che il legislatore con gli artt. 2497 ss. cod. civ. intende tutelare.

In questo contesto, la società capogruppo non può emanare direttive in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale e non può permettere una continuazione abusiva e opportunistica dell'impresa della società del gruppo in crisi e a tale dovere essa potrà adempiere predisponendo un adeguato "piano di salvataggio", ovvero talvolta facendosi portatrice nella proposizione di un piano di risanamento o un accordo di ristrutturazione.

La decisione della capogruppo dovrà essere senz'altro preceduta da una "concretizzazione" dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale e, sulla base di questi e in applicazione del principio dei vantaggi compensativi, essa deciderà se sia "conveniente", in una prospettiva di interesse del gruppo, risanare la società figlia in crisi o insolvente, ovvero "condurla" alla liquidazione, ricorrendo direttamente al fallimento. Occorrerà, pertanto, ai fini della verifica della responsabilità della società capogruppo, appurare se la presentazione della proposta e la partecipazione al piano rispetti o meno questi principi, anche alla luce dei vantaggi compensativi diretti o indiretti che ne possono derivare a favore

creditori e dai soci, ma da chiunque possa subire un'efficacia, anche indiretta o riflessa, dell'accordo (v. COSTANTINO, *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, a cura di Di Marzio e Macario, Milano, Giuffrè, 2010, 212).

delle società in crisi soggette all'attività di direzione e coordinamento, tra i quali rientrano anche gli interventi realizzati per il tramite di società solventi.

Sarebbe in ogni caso opportuno che il legislatore intervenisse prevedendo la possibilità di una “strategia di risanamento” che coinvolga l'intero gruppo, che potrebbe essere utile al fine di assicurare una più efficace tutela patrimoniale a tutte le componenti del gruppo e, in particolare, ai loro creditori.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *La riforma del diritto societario: lavori preparatori, testi e materiali*, Milano, Giuffrè, 2006.
- AA. VV., *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 613.
- ABETE, *L'insolvenza nel gruppo e del gruppo*, in *Fallimento*, 9, 2009, 1111.
- ABRIANI, *Le responsabilità nelle crisi dei gruppi*, in *Nuovo dir. soc.*, 2012, 11, 93.
- ANGELICI, *Interesse sociale e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, 4, 573.
- ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, Cedam, 2006.
- ANGELICI, *Notarelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, 4, 377.
- ANGIOLINI F., *Dal caso «Caltagirone» al dominus abusivo: la responsabilità della holding nella insolvenza delle controllate*, in *Società*, 2008, 3, 318.
- ANGIOLINI F., *L'estensione del fallimento della società di fatto alla s.r.l. socia*, nota a App. Napoli 5 giugno 2009, in *Nuovo dir. soc.*, 2009, 16, 42.
- ANGIOLINI F., *“Super-società” di fatto: la Consulta non “scioglie la riserva”*, nota a Corte Cost. 12 dicembre 2014, n. 276, in *Fallimento*, 2015, 4, 414.
- ASCARELLI, *Saggi di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1955.
- ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1959, 617.
- ASSONIME, Circolare n. 44, 2006, in www.assonime.it.

- BACCETTI, *Creditori extracontrattuali, patrimoni destinati e gruppi di società*, Milano, Giuffrè, 2009.
- BALP, *I finanziamenti infragruppo: direzione e coordinamento e postergazione*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2012, 329.
- BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., c.c.*, Milano, Giuffrè, 2012.
- BENEDETTI, *La responsabilità ex art. 2497 c.c. della banca e le soluzioni negoziali delle crisi di impresa*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, 2, 414.
- BIGIAVI, *Difesa dell'imprenditore occulto*, Padova, 1962.
- BIGIAVI, *Responsabilità del socio tiranno*, in *Foro it.*, 1960, I, 1180.
- BLATTI, *La revocabilità dei pagamenti infragruppo e l'autonomia delle società controllate*, nota a Cass. 17 aprile 2007, n. 9143, in *Fallimento*, 5, 2008, 559.
- BOGGIO, *L'organizzazione ed il controllo della gestione finanziaria nei gruppi di società (non quotate)*, in AA. VV., *Società, banche e crisi d'impresa*, 2, Torino, Utet, 2014.
- BONELLI, *Le insolvenze dei grandi gruppi*, in *Crisi di imprese: casi e materiali*, a cura di Bonelli, Milano, Giuffrè, 2011.
- BOZZA, *Diligenza e responsabilità degli amministratori di società in crisi*, in *Fallimento*, 10, 2014, 1097.
- BRIZZI, *Crisi di impresa e doveri di gestione nelle società di capitali*, Napoli, Jovene, 2010.
- BUSANI, *Atti degli amministratori. Massimario delle operazioni societarie*, Milano, Ipsoa, 2015.
- BUSSOLETTI, LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 65.
- CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, Padova, Cedam, 2007.

- CAIAFA, *Attività di direzione e coordinamento: profili lavoristici*, in *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, Torino, Utet, 2009.
- CAIAFA, *Il fallimento della società*, in *Le procedure concorsuali*, 2, Padova, Cedam, 2011.
- CALANDRA BUONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 535.
- CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, Utet, 2010.
- CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 3, *Contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*, Torino, Utet, 2014.
- CAMPOBASSO, *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, in *Commentario Dolmetta-Presti*, Milano, Giuffrè, 2011.
- CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, Utet, 2006.
- CARIELLO, *Bernardino Libonati e i gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, 4, 691.
- CARIELLO, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento*, in *Riv. soc.*, 2007, 1.
- CARIELLO, *Sensibilità comuni, uso della comparazione e convergenze interpretative: per una Methodenlehre unitaria nella riflessione europea sul diritto dei gruppi di società*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, 2, 255.
- CERRATO S., *Osservazioni in tema di operazioni infragruppo e di vantaggi compensativi*, nota a App. Torino, 4 dicembre 2000, in *Giur. It.*, 8-9, 2001, 1676.

- CIVERRA, *Conflitto di interessi di amministratori di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento*, nota a Trib. Verona, 13 luglio 2007, in *Società*, 2008, 11, 1385.
- CNDCEC, *Norme di Comportamento del Collegio Sindacale*, norme 3.3., 3.6 e 3.5., in www.cndec.it.
- COMITATO TRIVENETO DEI NOTAI, massima H.G. 8, *Sottoscrizione della ricostituzione del capitale sociale ridotto per perdite*.
- CONFALONIERI, *Art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da Cottino e altri, Bologna, Zanichelli, 2004.
- CONSIGLIO NOTARILE DI FIRENZE, Orientamento n. 31/2013, *Crisi d'impresa e disciplina degli obblighi di mantenimento del patrimonio netto*, www.consiglionotarilefirenze.it.
- CONSIGLIO NOTARILE DI FIRENZE, Orientamento n. 36/2013, *Fusione e concordato preventivo*, in www.consiglionotarilefirenze.it.
- COSTANTINO, *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, a cura di Di Marzio e Macario, Milano, Giuffrè, 2010.
- COSTANTINO, *Il fallimento delle società: profili generali*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, 1, Torino, Utet, 2010.
- COTTINO, *Contrattualismo e istituzionalismo (Variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo)*, in *Riv. soc.*, 2005, 4, 693.
- COTTINO, *Diritto societario*, Padova, Cedam, 2011.
- COTTINO, *Note minime su società di capitali (presunta) socia di società di persone e fallimento*, nota a App. Torino 30 luglio 2007, in *Giur. it.*, 2007, 10, 2222.
- COVA, *La ristrutturazione di gruppi di imprese internazionali: profili pratici*, in *Crisi di imprese: casi e materiali*, a cura di Bonelli, Milano, Giuffrè, 2011.

- D'ALESSANDRO, *Il dilemma del conflitto di interessi nel gruppo di società*, in AA.VV., *I gruppi di società*. Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18 novembre 1995, Milano, Giuffrè, 1996.
- D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società dai "battelli del reno" alle "navi vichinghe"*, in *Scritti di Floriano D'Alessandro*, Milano, Giuffrè, 1997.
- DI MAJO, *I gruppi di imprese nel concordato preventivo e nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, in www.orizzontideldirittocommerciale.it, 2013.
- DI MAJO, *I gruppi di società. Responsabilità e profili concorsuali*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano, Giuffrè, 2012.
- DENOZZA, *Rules vs Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni "virtuali"*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 327.
- D'ORAZIO, *Il concordato preventivo di gruppo nella dottrina e nella giurisprudenza*, nota a Trib. Roma, 7 marzo 2011, in *Giur. merito*, 10, 2012, 2084.
- D'ORAZIO, *Il fallimento delle società*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di Bonfatti e Panzani, Milano, Ipsoa, 2008.
- ERASMO BONAVERA, *Abuso nell'attività di direzione e coordinamento e violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*, nota a Trib. Milano 2 febbraio 2012, in *Società*, 2012, 7, 746.
- ESPOSITO, *La "categoria" dell'abuso "nella" personalità giuridica dopo la riforma del diritto delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 29.

- FABIANI, *Il gruppo di imprese nel fallimento e nelle procedure concorsuali minori*, in *Fallimento*, 1995, 5, 487.
- FAUCEGLIA, ROCCO DI TORREPADULA, *Diritto dell'impresa in crisi*, Bologna, Zanichelli, 2010.
- FAUCEGLIA, *Sul fenomeno del gruppo nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2011, 3-4, 247, nota a Trib. Roma, 7 marzo 2011.
- FERRI JR, *Insolvenza e crisi dell'impresa organizzata in forma societaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, 3, 413.
- FERRO-LUZZI, *Le operazioni con parti correlate infragruppo*, in *Le operazioni con parti correlate*. Atti del Convegno, Università cattolica del Sacro Cuore, Piacenza, 19 novembre 2010, a cura di Cariello, Milano, Giuffrè, 2011.
- FIMMANÒ, *Dal socio tiranno al dominus abusivo*, nota a Trib. Napoli 8 gennaio 2007, in *Fallimento*, 4, 2007, 407.
- FIMMANÒ, *Il fallimento della super-società di fatto*, in *Fallimento*, 2009, 1, 89.
- FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. Soc.*, 2010, 57.
- FOFFANI, *Le aggregazioni societarie di fronte al diritto penale: appunti sulle nozioni di "partecipazione rilevante", "collegamento", "controllo" e "gruppo"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, I, 121.
- FORUM EUROPAEUM SUL DIRITTO DEI GRUPPI DI SOCIETÀ, *Un diritto dei gruppi di società per l'Europa*, in *Riv. soc.*, 2001, 2-3, 341.
- FRÈ-SBISÀ, *Società per azioni*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1997.

- GAETA, *Riflessioni sull'assunzione di partecipazioni in mancanza della autorizzazione assembleare prevista dall'art. 2361, comma 2, c.c.*, in *Giur. mer.*, 2011, 11, 2729.
- GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, Bologna-Roma, Zanichelli, 2005.
- GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. imp.*, 2002, 1015.
- GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale*, 26, Padova, Cedam, 2003.
- GARCEA, *La rilevanza del gruppo nelle gestioni negoziate della crisi di impresa*, in *Riv. soc.*, 2012, 5, 943.
- GIOVANNINI, *La holding persona fisica e l'abuso della personalità giuridica*, in *Giur. comm.*, 2004, 18.
- GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, Giuffré, 2007.
- GUERRERA, *Autoregolamentazione e organizzazione del gruppo di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, 1, 589.
- GUERRERA, *Compiti e responsabilità degli amministratori nella gestione dell'impresa in crisi*, in *La governance nelle società di capitali. A dieci anni dalla riforma*, diretto da Vietti, Milano, Egea, 2013.
- GUERRERA, *"Compiti" e responsabilità del socio di controllo*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, 3, 506.
- GUERRERA, *Gruppi di società, operazioni straordinarie e procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2005, 1, 16.
- GUERRERA, *I regolamenti di gruppo*, in AA. VV., *Società, banche e crisi d'impresa*, 2, Torino, Utet, 2014.

- GUERRERA, *Note critiche sulla c.d. supersocietà e sulla estensione del fallimento in funzione repressiva dell'abuso di direzione unitaria*, nota a Trib. Reggio Calabria, 8 aprile 2013, in *Fallimento*, 2014, 1, 63.
- GUERRERA, *Soluzioni concordatarie della crisi e riorganizzazioni societarie*, in *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, a cura di Di Marzio e Macario, Milano, Giuffrè, 2010.
- GUIZZI, *La Responsabilità della controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di Scognamiglio, Milano, Giuffrè, 2003.
- GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società: manuale breve*, Milano, Giuffrè, 2008.
- GUIZZI, *Patrimoni separati e gruppi di società. Articolazione dell'impresa e segmentazione del rischio: due tecniche a confronto*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 639.
- HAMEL, *Il Fallimento di società di fatto tra società di capitali*, nota a Trib. Palermo 14 ottobre 2012, in *Società*, 2013, 4, 392.
- INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Contr. e imp.*, 2011, 6, 1311 e in www.ilcaso.it.
- IRRERA, *La società di fatto tra società di capitali e il suo fallimento per estensione*, nota a Trib. Forlì 9 febbraio 2008, in *Fallimento*, 2008, 11, 1328.
- JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, Giuffrè, 1964.
- JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. comm.*, 2000, 1, 795.

- KINDLER, *La responsabilità degli organi di amministrazione nella crisi dell'impresa*. Note a margine del piano d'azione della Commissione UE alla luce della crisi finanziaria, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 5, 439.
- LAMANNA, *La holding quale impresa commerciale (anche individuale) e il dogma della personalità giuridica*, nota a Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Fallimento*, 1990, 5, 495.
- LATELLA, *Holding fra soci-amministratori di società di capitali ed estensione della responsabilità ex art. 2362 cod. civ.*, in *Giur. comm.*, 1999, II, 597.
- LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, Nardini Editore, 1981.
- LIBONATI, *Riflessioni su "interesse sociale" di Pier Giusto Jaeger*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders, in ricordo di Pier Giusto Jaeger*. Atti del Convegno, Milano, 9 ottobre 2009, Milano, Giuffrè, 2010.
- LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, Giuffrè, 2007.
- LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, Ipsoa, 2007.
- MACRÌ, *La raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza. Un commento a prima lettura*, in *Fallimento*, 2014, 4, 393.
- MAFFEI ALBERTI, *Sub Art. 80*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, Cedam, 2009.
- MAFFEI ALBERTI, *Sub art. 2423 bis e Sub art. 2497 quinquies*, in *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, Cedam, 2011.
- MANES, *La teoria del lifting the veil of in corporation in Inghilterra*, in *Contr. e imp.*, 1999, 718.

- MARCHETTI, *Il nuovo Action Plan in materia societaria e di corporate governance*, in *Riv. soc.*, 2013, 1, 225.
- MAUGERI *Dalla struttura alla funzione della disciplina sui finanziamenti soci*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, 1, 133.
- MAUGERI, *Finanziamenti “anomali” dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2005.
- MAUGERI, *Formazione del gruppo e diritti dei soci*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, 1, 267.
- MAUGERI, *“Impresa e società” nel pensiero di Bernardino Libonati*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, 3, 665.
- MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, in *Giur. comm.*, I, 2012, 66.
- MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell’impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società, Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, Utet, 2010.
- MIGNOLI, *L’interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, 725.
- MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi*, in AA. VV., *Società, banche e crisi d’impresa, Liber amicorum Pietro Abbadessa*, 3, Torino, Utet, 2014.
- MIOLA, *La tutela dei creditori e il capitale sociale: realtà e prospettive*, in *Riv. soc.*, 2012, 237.
- MIOLA, *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell’insolvenza*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, 1, Bari, Cacucci, 2011.

- MIOLA, *Tesoreria accentrata nei gruppi di società e capitale sociale*, in AA.VV., *La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali. Studi in onore di Giovanni E. Colombo*, Torino, Giappichelli, 2011.
- MOLLO, MONTESANO, *Il controllo societario nel Testo unico della finanza. Problemi e prospettive di riforma*, in Quaderni giuridici, Giugno 2015, in www.consob.it.
- MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, 1995, 710.
- MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 317.
- MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 4, 2011, 820.
- MONTALENTI, *Operazioni intragruppo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 1999, 12, 2318.
- MONTALENTI, *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance*, Padova, Cedam, 1999.
- MORINO, *La responsabilità della holding persona fisica: fisiologia o patologia?*, nota a Trib. Milano 20 marzo 2014, in *Giur.it.*, 2015, 2, 403.
- MOZZARELLI, *Attività di direzione e coordinamento e allocazione del rischio di gestione*, in AA. VV., *Società, banche e crisi d'impresa*, 2, Torino, Utet, 2014.
- MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nelle s.r.l.*, Torino, Giappichelli, 2007.
- MUCCIARELLI, *Il ruolo dei vantaggi compensativi nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in AA. VV., *Una*

- tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 630.
- MURINO, *Fallimento della holding società di fatto: gli incerti confini tra responsabilità civile e impresa commerciale*, commento a App. Napoli 1 agosto 2014, in *www.plurisonline.it*.
- MURINO, *Sulla fattispecie di società di fatto tra società di capitali*, nota a Trib. Bari, 20 novembre 2013 e Trib. Brindisi, 7 gennaio 2013, in *Giur. comm.*, 2014, 5, II, 914.
- NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 sexies e 2497 septies cod. civ.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 983.
- NOTARI, *Sub art. 2359*, in *Azioni: art. 2346-2362 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi e Notari, Milano, Egea-Giuffrè, 2008.
- OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 5, 471.
- PANZANI, *Il gruppo di imprese nelle soluzioni giudiziali della crisi*, in *Società*, 2013, 12, 1358.
- PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Società*, 2002, 12, 1477.
- PANZANI, *Relazione introduttiva*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2012, 11, 17.
- PAVONE LA ROSA, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2001, 5, 557.
- PAVONE LA ROSA, *La responsabilità degli amministratori della controllante nella crisi del gruppo societario*, in *Riv. soc.*, 2002, 793.

- PLATANIA, *Il fallimento della società di fatto partecipata da società capitali*, nota a App. Bologna, 11 giugno 2008, in *Fallimento*, 2008, 1297.
- POLI, *Il “concordato di gruppo”*: i) *profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplenza giurisprudenziale*, in *Contr. e imp.*, 2014, 6, 1345.
- PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. soc.*, 1991, 1, 3.
- PORTALE, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, I, 368.
- PASQUARIELLO, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, Milano, Giuffrè, 2010.
- PRESTIPINO, *La responsabilità risarcitoria della persona fisica capogruppo*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 105.
- RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture e incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, 2 bis, 331.
- RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 1994.
- RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Società*, 2013, 6, 669.
- RONDINONE, *Esercizio della direzione unitaria ed acquisto della qualità di imprenditore commerciale*, nota a Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. Comm.*, 1991, II, 397.
- ROSSI G., *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in AA.VV., *I gruppi di società*. Atti del convegno

- internazionale di studi, Venezia 16/17/18 novembre 1995, Milano, Giuffrè, 1996.
- ROSSI M., *Responsabilità e organizzazione dell'esercizio dell'impresa di gruppo*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, 613.
- SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 661
- SALAFIA, *La responsabilità della holding verso i soci di minoranza e le controllate*, in *Società*, 2004, 1, 5.
- SALVATO, *Accertamento dell'insolvenza di società di capitali facente parte di un "gruppo"*, nota a Cass. 21 aprile 2011, n. 9260, in *Fallimento*, 2011, 10, 1173.
- SANTONI, *Contenuto del piano di concordato e modalità di soddisfacimento dei creditori*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2006, 5, 517.
- SANDULLI, *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Sandulli e Nigro, Torino, Giappichelli, 2006.
- SCARPA, *Controllo societario nel fenomeno dei gruppi tra contrattualismo e interesse sociale*, in *Contr. e imp.*, 2011, 3, 656.
- SCOGNAMIGLIO G., *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, Giappichelli, 1996.
- SCOGNAMIGLIO G., *"Clausole generali", principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 4, 517.
- SCOGNAMIGLIO G., *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2008, 6, 1091.
- SCOGNAMIGLIO G., *Interesse sociale e interesse di gruppo*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli*

- stakeholders*. Atti del Convegno, Milano, 9 ottobre 2009, Milano, Giuffrè, 2010.
- SCOGNAMIGLIO G., *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma della società*, a cura di Scognamiglio, Milano, Giuffrè, 2003.
- SIGNORELLI, *Estensione del fallimento da società di capitali a società di fatto?*, nota a Trib. Parma 13 marzo 2014, ord., in *Fallimento*, 2014, 8-9, 904.
- SIGNORELLI, *Società di fatto, holding e fallimento*, nota a Cass. 18 novembre 2010, n. 23344, in *Fallimento*, 2011, 5, 567.
- SIMONETTI, *Natura e condizioni dell'azione di responsabilità nei confronti della capogruppo*, nota a Trib. Milano, 17 giugno 2011, in *Società*, 2012, 3, 258.
- SPADA, *Della permeabilità differenziata della personalità giuridica nell'ultima giurisprudenza commerciale (il caso Caltagirone: insincerità e saggezza della Cassazione)*, in *Giur. comm.*, 1992, 3, I, 429.
- STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2010, 12, 1346.
- STANGHELLINI, *Le crisi di impresa tra diritto ed economia*, Bologna, Il Mulino, 2007.
- TOMBARI, *Crisi di impresa e doveri di "corretta gestione societaria e imprenditoriale" della società capogruppo*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, 3, 631.
- TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, Giuffrè, 2010.

- TOMBARI, *Disciplina del gruppo di imprese e riflessi sulle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2004, 10, 1164.
- TOMBARI, *Il "Diritto dei Gruppi": primi bilanci e prospettive per il legislatore comunitario*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, 1, 67.
- TOMBARI, *La nuova disciplina dei gruppi di società*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di Benazzo, Patriarca e Presti, Milano, Giuffrè, 2003.
- TOMBARI, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo "modello di organizzazione di impresa"*, in *Riv. soc.*, 2006, 2-3, 185.
- TOMBARI, *La prededucibilità dei finanziamenti soci e infragruppo dopo il decreto sviluppo*, in www.cesifin.it.
- TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. "di gruppo" tra disciplina legale e autonomia privata*, in *Riv. soc.*, 2009, 1, 122.
- TOMBARI, *Principi e doveri di "diritto di diritto societario della crisi"*, in AA. VV., *Società, banche e crisi d'impresa*, 3, Torino, Utet, 2014.
- TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppi di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, 1, 61.
- TRENTINI, *Qualità della holding ed assoggettabilità a fallimento*, nota a Cass. 9 agosto 2002, n. 12113, in *Fallimento*, 2003, 6, 612.
- UNIVERSITÀ DI FIRENZE, ASSONIME E CNDCEC, *Linee guida per il finanziamento alle imprese in crisi*, 2, 2015, in www.assonime.it, www.nuovodirittofallimentare.unifi.it e in www.cndec.it.
- VALZER, *La responsabilità da direzione e coordinamento*, Torino, Giappichelli, 2011.

- VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, Utet, 2007.
- VASSALLI, *Diritto Fallimentare*, Torino, Giappichelli, 1994.
- VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e “consolidamento” di patrimoni* (substantive consolidation), in *Riv. dir. soc.*, 2010, 3, 586.
- VELLA P., *Crediti in occasione e crediti in funzione del concordato preventivo: la prededuzione nel successivo fallimento. L'enigmatico rapporto tra prededuzione e concordato preventivo*, nota a Cass. 14 marzo 2014, n. 6031, in *Fallimento*, 2014, 5, 520.
- WEIGMANN, *I gruppi di società*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003.
- WEIGMANN, *La riforma del diritto societario: un punto di arrivo o un cantiere permanente?*, in *Principi civilistici della riforma del diritto societario*, a cura di Afferni e Visentini, Milano, Giuffrè, 2005.