

IL CONCORDATO PREVENTIVO DI GRUPPO E LA FUSIONE

di Raffaella Brogi

1. Premessa. 2. La nozione di gruppo di imprese e la sua evoluzione. 3. Il concordato di gruppo. 4. La fusione e il concordato preventivo di gruppo.

1. Premessa.

Il concordato preventivo di gruppo costituisce una delle ipotesi in cui la giurisprudenza si è trovata ad affrontare e ad anticipare rispetto al legislatore l'esigenza di dare una soluzione unitaria della crisi che riguardi il gruppo di imprese, cioè la “forma di organizzazione” più evoluta dell'impresa medio – grande, sia essa nazionale che multinazionale¹.

Attualmente manca una normativa generale² che regolamenti i rapporti tra concordato preventivo e gruppo di imprese sia da un punto di vista processuale (basti pensare al problema della competenza³), che da quello sostanziale relativo al coordinamento con la disciplina societaria.

¹ TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, p. 1 s.s. L'Autore rileva come il gruppo di imprese abbia rappresentato, insieme ai c.d. distretti industriali, una “modalità organizzativa”, attraverso la quale le imprese italiane sono riuscite ad essere competitive sul mercato globale.

² L'unica ipotesi in cui il legislatore si è occupato del gruppo di imprese, in termini di soluzione della sua crisi, è costituita dal d.lgs. n. 270/1999,

³ In merito all'individuazione del tribunale competente presso il quale presentare la domanda di concordato preventivo di gruppo si sono posti problemi applicativi di particolare rilievo laddove le società del medesimo gruppo avessero sede in circondari di tribunale diversi. Sul punto una ricerca eseguita dall'OCI ha evidenziato come per il 78,7% dei giudici di merito intervistati la competenza si radichi presso il tribunale nel cui circondario ha sede la capogruppo. Inoltre, il 78,2% dei giudici intervistati ha ritenuto competente il tribunale nel cui circondario abbia sede il nuovo soggetto giuridico formato, pur nell'anno anteriore al ricorso e che riunisca società che avessero sede altrove. Per i risultati della ricerca richiamata si rimanda a *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, a cura di M. FERRO, P. BASTIA, G.M. NONNO, Milano, 2013, p. 48. Sempre in materia di competenza si richiama Trib. Benevento, 19/10/2011 (in www.osservatorio-oci.org, MS 590), secondo il quale - considerato che all'esterno le imprese facenti parte del gruppo si presentino come un'unica realtà imprenditoriale e appaiano riconducibili al medesimo dominus in ragione del collegamento tra di esse esistente - la competenza territoriale in ordine alla domanda di ammissione al concordato preventivo proposta da una società facente parte di un gruppo deve essere determinata in relazione al luogo in cui viene svolta l'attività decisionale, direzionale e organizzativa di tutte le imprese del gruppo, che prevale, quale sede effettiva, rispetto alla sede legale della singola società. In merito a tale decisione POLI (*Il concordato preventivo di gruppo*, in corso di pubblicazione in Giur. comm. 2014, 5) rileva come il precedente non sia riconducibile in senso proprio al concordato di gruppo, dato che l'appartenenza al gruppo rilevava solo per radicare la competenza territoriale nel circondario in cui aveva sede la capogruppo.

Ciò non fa venir meno, tuttavia, l'esigenza di risolvere la situazione di crisi di gruppo mediante il ricorso ad una strategia unitaria, da attuare nell'ambito di un piano concordatario unico. I contenuti di quest'ultimo di solito non si limitano alla ristrutturazione del debito, ma si accompagnano sempre più frequentemente alla riorganizzazione societaria, spesso attuata mediante il ricorso ad operazioni straordinarie, come la fusione.

È tuttavia necessario richiamare preventivamente l'evoluzione della nozione di gruppo di imprese e dei tratti essenziali del concordato di gruppo, prima di esaminare le questioni principali conseguenti all'inserimento della fusione all'interno del piano concordatario.

2. La nozione di gruppo di imprese e la sua evoluzione.

Nel nostro sistema di diritto societario manca una definizione di gruppo di imprese. Anche con la riforma del 2003 il legislatore delegato ha evitato di dare o richiamare una nozione di gruppo nell'ambito degli artt. 2497 s.s. c.c. (Libro V, sez. V, cap. IX Direzione e coordinamento). Si tratta di una scelta voluta⁴, come risulta dalla Relazione di accompagnamento, nella quale si legge che: *“è chiaro da un lato che le innumerevoli definizioni di gruppo esistenti nella normativa di ogni livello sono funzionali a problemi specifici; ed è altrettanto chiaro che qualunque nuova nozione si sarebbe dimostrata inadeguata all'incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica.”*

Tale atteggiamento da parte del legislatore risale, del resto agli albori del codice civile, dove alla consapevolezza del gruppo come strumento di organizzazione nell'ambito dell'economia moderna, corrisponde l'assenza di qualunque approccio definitorio ed

⁴ RORDORF (I gruppi nella recente riforma del diritto societario, in Le Società, 2004, 538) rileva che: *“Quanto all'Italia, comunque, è questo il primo tentativo di dettare una disciplina riguardante il fenomeno - che invece certo nuovo non è - dei cosiddetti «gruppi» di società. Colpisce, nondimeno, una certa pruderie del legislatore delegato nell'adoperare esplicitamente quest'ultima espressione (salvo che in materia di cooperative: art. 2545 septies), pur così diffusa nella prassi, che infatti non figura in alcuno dei citati artt. 2497 ss., benché fosse stata invece recepita senza esitazioni sia nel titolo sia nel testo dell'art. 10, legge delega. La spiegazione di tale atteggiamento, con ogni probabilità, è dipesa dalla volontà del legislatore (come conferma la Relazione) di non impegnarsi in una definizione del fenomeno in questione, limitandosi a disciplinarne alcuni aspetti: in particolare quelli inerenti alla responsabilità ed alle esigenze di trasparenza per i soci ed i terzi, ai finanziamenti ed al recesso.”*

un'attenzione limitata alla formazione ed all'integrità del capitale sociale, che si è tradotta negli artt. 2359 e 2360 c.c.⁵

L'art. 2359 c.c. (Società controllate e società collegate) si lega, storicamente, alla prima nozione di gruppo di imprese, intesa come fenomeno di unione o collegamento di imprese, che si distingue da altre forme di raggruppamento (come i consorzi e l'associazione temporanea) in relazione all'elemento del controllo che una società madre esercita sulle società figlie o controllate⁶.

L'idea del legame inscindibile tra controllo e gruppo, legata alla formulazione dell'art. 2359 c.c. è stata successivamente affiancata e poi superata dall'opzione ermeneutica che richiede accanto al controllo l'elemento della direzione unitaria.

Tale impostazione ha trovato inizialmente riscontro nella legislazione speciale e, in particolare, nell'art. 61, IV comma t.u.b. (dove si menziona la direzione ed il coordinamento) e l'art. 90 d.lgs. n. 270/1999 (che evoca il concetto di direzione unitaria). La riforma del 2003 costituisce il punto di arrivo di tale evoluzione normativa e dottrinale, dal momento che, da un lato, l'art. 2497 c.c. menziona l'attività di direzione e coordinamento, mentre dall'altro lato l'art. 2497 sexies c.c. ricollega all'esistenza del controllo ex art. 2359 c.c. una mera presunzione *iuris tantum* circa l'esistenza di tale attività di direzione e coordinamento. Inoltre, l'art. 2497 septies c.c. prevede che: “*Le disposizioni del presente capo si applicano altresì alle società o all'ente che fuori dalle ipotesi di cui all'art. 2497 sexies, esercita attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole del loro statuto.*”

La nozione di gruppo di imprese che emerge dalla riforma del 2003 è pertanto complessa, nella misura in cui la stessa non è più identificabile *de plano* con la nozione di controllo indicata nell'art. 2359 c.c. Non solo non è sufficiente che ricorra una delle forme di controllo indicate in tale ultima norma, occorrendo comunque la direzione ed il

⁵ RORDORF, *cit.*

⁶ SIMONETTI, art. 2497 c.c., in Codice commentato delle società (a cura di BONFANTE, CORAPI DE ANGELIS, NAPOLEONI, RORDORF, SALAFIA), Milano, 2011, p. 1831, dove viene fatta una distinzione tra gruppo in senso verticale, basato sul rapporto di controllo e gruppo in senso orizzontale o paritario o paritetico, che nasce da un accordo tra imprese giuridicamente distinte che si sottopongono volontariamente a una direzione unitaria. Quest'ultimo trova espresso riconoscimento nella legislazione speciale dei gruppi editoriali (legge n. 416/1981) e bancari (art. 26 d.lgs. n. 87/1992).

coordinamento (sebbene presunti *iuris tantum* nelle ipotesi di cui all'art. 2359 c.c.)⁷, ma l'attività di direzione e coordinamento può sorgere anche in virtù di rapporti contrattuali o di espresse previsioni contenute negli statuti delle società (c.d. gruppo paritetico).

La rubrica dell'art. 2497 septies c.c. ("*coordinamento tra società*") non deve, infatti, trarre in inganno, posto che il testo della norma fa riferimento, al pari di quanto avviene nell'art. 2497 c.c., all'attività di direzione e coordinamento, con la conseguenza che di gruppo di impresa può parlarsi anche in tale ipotesi.

L'evoluzione normativa evidenzia pertanto come il fulcro della nozione di gruppo di imprese sia ormai da individuare nell'attività di direzione e coordinamento che costituisce, come è stato osservato, non solo regola di responsabilità, ma anche di organizzazione⁸.

Entrambi i profili, sia quello organizzativo che quello della responsabilità, vengono in rilievo anche nel momento della crisi, anche con riferimento alle possibili soluzioni che si presentano al management del gruppo.

Il profilo della responsabilità può venire in rilievo nella misura in cui il cattivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento abbia cagionato il dissesto economico delle società controllate, danneggiando il patrimonio di quest'ultime e, conseguentemente, arrecando un danno anche ai loro creditori, considerata l'autonomia patrimoniale che contraddistingue ciascuna delle singole società appartenenti al gruppo. Non può, infatti, indifferente che la crisi dipenda, o meno, da fattori esogeni, come una grave congiuntura economica o la crisi del settore economico in cui opera il gruppo, o endogeni, riconducibili cioè all'interno del gruppo e, in particolare, al cattivo esercizio dei poteri di

⁷ Nel senso che controllo e gruppo sono fenomeni contigui, ma concettualmente differenti: il controllo rappresenta una condizione necessaria, ma non sufficiente per poter parlare di gruppo, cosa che richiede la presenza di una direzione unitaria, in dottrina A.A.V.V., *Manuale di Diritto Commerciale*, a cura di V. BUONOCORE, Torino, 2013, 602 s.s.. In giurisprudenza già Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439 (in Foro it., 1990, I, 1174; Giur. Comm. 1991, 2, 366, con nota di RONDINONE, *Esercizio della direzione unitaria ed acquisto della qualità di imprenditore commerciale*; Giust. civ., 1990, 12, I, 2910, con nota di FARINA, *Società holding: holding personale ed attività d'impresa*), rileva che: "*La direzione unitaria si differenzia 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 ed 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).*"

⁸ TOMBARI, *cit.*, 8 s.s. rileva come il gruppo rileva in primo luogo come un "fatto" coincidente con l'attività di direzione e coordinamento, rispetto al quale si pongono particolari esigenze di disciplina, anche sotto il profilo organizzativo, oltre che quello della tutela dei soci di minoranza e dei creditori della società dipendente.

corretta gestione societaria ed imprenditoriale nell'ambito dell'attività di direzione e coordinamento. È evidente come in tale ultima ipotesi si creino delle situazioni di conflittualità tra capogruppo e società controllate, ostative alla predisposizione di piani unitari di soluzione della crisi, che coinvolgano cioè l'intero gruppo.

Il profilo organizzativo rileva, invece, nell'individuazione delle strategie di soluzione della crisi, come momento fondamentale in cui si esprime l'attività di direzione e coordinamento. Le modalità di soluzione della crisi del gruppo o, comunque, all'interno del gruppo, tra le quali l'opzione concordataria, risentono delle cause che hanno determinato la crisi, nonché della sua gravità e del grado di diffusione all'interno del gruppo. L'individuazione della strategia di soluzione della crisi, inoltre, nella gran parte dei casi non si limita alla ristrutturazione del debito, ma si associa ad una più o meno ampia opera di riorganizzazione societaria all'interno del gruppo, mediante il ricorso ad operazioni straordinarie, alle quali, non a caso, fa espresso richiamo l'art. 160 l. fall.

3. Il concordato preventivo di gruppo.

La mancanza di una disciplina concorsuale relativa alla crisi del gruppo di imprese ha determinato il problema di un possibile adattamento della disciplina del concordato preventivo improntata su un modello monistico (emblematicizzato dal riferimento fatto all'imprenditore nell'*incipit* dell'art. 160 l. fall.) ad un modello pluralistico in senso giuridico, come è il gruppo di imprese.

La soluzione data a tale problema è stata una variante applicativa della disciplina del concordato preventivo di cui agli artt. 160 s.s. l. fall., incentrata sulla possibilità, avallata dalla giurisprudenza, di proporre, nell'ambito di un'unica procedura, un piano concordatario esteso a due o più società appartenenti al medesimo gruppo.

Il concordato preventivo di gruppo non costituisce, quindi, un'autonoma figura di concordato preventivo, ma solo un adattamento, invalso nella prassi giurisprudenziale, della disciplina del concordato preventivo all'esigenza di assicurare una soluzione unitaria alla crisi di gruppo.

Il concordato di gruppo non costituisce neppure l'unico strumento di regolazione della crisi di gruppo, non solo perché è possibile il ricorso ad altre procedure (come gli accordi di ristrutturazione), ma anche perché le società del gruppo possono scegliere il ricorso ad autonome e distinte procedure concordatarie. Rileva, inoltre, l'eventuale grado di conflittualità presente all'interno del gruppo: nell'ipotesi in cui la crisi sia conseguenza (o comunque sia riconducibile anche solo in parte) al non corretto esercizio dei poteri di gestione societaria ed imprenditoriale da parte della capogruppo sono evidenti i profili di criticità conseguenti ad una soluzione concordataria unitaria.

È poi possibile che all'interno del medesimo gruppo solo alcune società versino in uno stato di crisi tale da richiedere l'accesso alla procedura concorsuale. In tale ipotesi solo queste ultime potranno essere ammesse al concordato preventivo, mentre non è da ritenere ammissibile l'ipotesi di un piano concordatario che coinvolga anche società non in crisi per il solo fatto di appartenere al medesimo gruppo.⁹ Tale conclusione, del resto, è confermata da quanto si dirà tra breve circa l'autonomia soggettiva e patrimoniale delle singole società.

Il secondo punto è costituito dal fatto che l'essenza unitaria del gruppo da un punto di vista economico si contrappone all'autonomia patrimoniale ed alla distinzione soggettiva delle singole entità che lo compongono¹⁰, che rimane tale anche al momento della presentazione del piano concordatario. La pluralità di soggetti giuridici non viene infatti meno in conseguenza della presenza di una direzione unitaria, di strategie unitarie in vista del raggiungimento di un unico interesse (c.d. di gruppo) e del fatto che il gruppo costituisca un'entità unitaria a livello economico. La diversificazione soggettiva è, infatti, il frutto della scelta consapevole di un determinato modello di organizzazione dell'attività

⁹ In assenza di una normativa che disponga altrimenti non è, infatti, possibile che una società possa accedere alla procedura di concordato preventivo, se non sussiste il requisito dello stato di crisi. D'altra parte, come già rilevato le situazioni di crisi all'interno del gruppo di imprese, anche quando le stesse siano limitate solo ad alcune società, possono essere risolte con strumenti diversi rispetto al concordato preventivo di gruppo. Tanto più che l'accesso alla procedura concordataria fa sì che le società del gruppo che non versino in stato di crisi possano procedere all'erogazione di finanza o a finanziamento, variamente prededucibili ai sensi dell'art. 182 quater e 182 quinquies l. fall.

¹⁰ Cass., 26 febbraio 1990, cit. precisa che: "Indubbiamente il gruppo in quanto tale, ancorché organizzato secondo il modello descritto, non diventa un unico soggetto di diritto. I risultati della scienza economica che individuano le caratteristiche essenziali della figura nella direzione unitaria, da una parte, e nella pluralità soggettiva dall'altra, e che in questa unità direzionale nella pluralità soggettiva individuano, non solo le caratteristiche del tipo, ma i vantaggi che al gruppo in quanto tale ed alle singole società controllate possono derivarne, si coordinano, sotto questo profilo, con le qualificazioni traibili dalla nostra legislazione societaria e di impresa. Ciascuna società controllata continua ad essere ed a esistere come società autonoma rispetto alle altre componenti del gruppo, e rispetto alla capo gruppo ciascuna è un distinto soggetto di diritto.

imprenditoriale, anche in funzione della distribuzione del rischio di impresa in distinte e separate entità soggettive e non può venir meno per il fatto di dover trovare una strategia unitaria di soluzione della crisi.

Ciò ha importanti conseguenze con riferimento alla presentazione del piano concordatario. La prassi giurisprudenziale ammette infatti che possa essere presentato un piano concordatario unitario per tutte le società appartenenti al gruppo, ma richiede che le votazioni da parte di ciascuno dei creditori siano separate¹¹ (anche se svolte nell'ambito di un medesimo contesto) e che restino altresì distinte le masse attive e passive delle singole società che fanno parte del gruppo. Tale conclusione trova l'avallo anche delle recenti pronunce di legittimità, nelle quali viene precisato che *“ciascun ente conserva la propria soggettività giuridica, ovvero la personalità giuridica se si tratta di società di capitali, e, per logico corollario, la propria autonomia patrimoniale cui è collegata la garanzia patrimoniale generica.”*¹².

¹¹ In tal senso Tribunale di Terni, 17 gennaio 2014 (in www.osservatorio-oci.org, MS 862) e Tribunale di Monza, 2 maggio 2011, in Il Fallimentarista, con nota di BERSANI, L'ammissibilità al concordato preventivo del “gruppo societario” e problemi procedurali, e in www.ilcaso.it.

¹² Cass., 21 aprile 2011, n. 9260, in Fallimento, 2011, 1163 (con nota di SALVATO, Accertamento dell'insolvenza di società di capitali facente parte di un "gruppo"), dove si legge: *“Il legislatore della riforma non ha introdotto innovazioni a riguardo, pur auspicando in dottrina, né la materia si presta ad opzioni esegetiche aperte all'applicazione della disciplina che, in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese - del D.Lgs. n. 270 del 1999, art. 81 ed L. n. 39 del 2004, art. 3, che prevedono la gestione unitaria della crisi del gruppo mediante il rimedio dell'estensione della procedura alle grandi imprese organizzate in forma collettiva -, ovvero nella liquidazione coatta amministrativa per le società fiduciarie - D.L. n. 233 del 1986 - o gli istituti bancari - D.Lgs n. 385 del 1993. Neppure depone nel senso rappresentato dalla ricorrente il testo riformato della L. Fall., art. 147, che, pur precisando l'irrelevanza della partecipazione di società di capitali ad enti con assunzione di responsabilità illimitata dei soci, non configura per ciò solo una sorta di supersocietà di fatto. Tanto meno la legittima il sistema societario, seppur la partecipazione al gruppo, realtà economico-finanziaria non più trascurabile, sia stata presa in considerazione dalla riforma disposta con D.Lgs. n. 6 del 2003 che, per le sole società di capitali, ha introdotto nel titolo 5° del libro 5° il capo 9° intitolato “direzione e coordinamento delle società”. Le disposizioni in argomento recepiscono il concetto di autonomia dell'unità del gruppo sul solo piano della responsabilità dell'ente che ne esercita il coordinamento del gruppo 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'illegittima 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. La dialettica tra l'unità della gestione e della direzione ovvero economica che si traduce, anche a fini tributari, nell'esigenza della predisposizione di un bilancio consolidato, e l'autonomia giuridica, per usare le parole di uno studioso, rimasta irrisolta, è affidata al principio tradizionale, cardine del sistema delle società, secondo cui ciascun ente conserva la propria soggettività giuridica, ovvero la personalità giuridica se si tratta di società di capitali, e, per logico corollario, la propria autonomia patrimoniale cui è collegata la garanzia patrimoniale generica.*

Nessuno spunto è infine ricavabile dal governo dell'insolvenza del gruppo disciplinato, a livello comunitario, dal già citato Regolamento Ce 29 maggio 2000 n. 1346 che, con riguardo alla competenza internazionale ad aprire la procedura, istituisce un quadro comune in seno all'Unione Europea per evitare il trasferimento di beni o procedimenti giudiziari da un paese all'altro. Gli artt. 16 e 17 escludono che debbano essere assoggettate alla stessa procedura in uno stesso paese tutte le società partecipanti al gruppo altrove residenti; non impongono insomma l'apertura di una sola procedura principale che coinvolga tutte le società collegate (Corte di Giustizia C-341/2004 sentenza Eurofood), ma si limitano ad estenderne automaticamente gli effetti in tutti gli altri paesi. Secondo quanto hanno affermato le S.U. con sentenza n. 9743/2008, la dichiarazione d'insolvenza intervenuta in uno Stato è infatti “riconosciuta in tutti gli altri Stati membri non appena essa produce effetto nello Stato in cui la dichiarazione è avvenuta, senza che ai giudici degli altri Stati membri sia data, ai sensi degli artt. 16 e 17 del citato Regolamento, la possibilità di sottoporla a valutazione”. Al di là di discusse e discutibili applicazioni rese in alcuni Stati membri, il gruppo, ai fini della giurisdizione, resta frammentato nei singoli ordinamenti cui appartengono le singole società, ciascuna delle quali è assoggettata alla propria lex concursus. Il fatto che le scelte gestionali siano o possano essere controllate da società madre residente all'estero non declina quindi neppure la

È da ritenere, invece, minoritario l'indirizzo che consente di procedere ad un'unica votazione per tutte le società del gruppo, senza fare alcuna distinzione tra le masse attive e passive delle singole società¹³. Si tratta di una soluzione ermeneutica che pone, tuttavia, profili di criticità con l'art. 2740 c.c., irrisolti allo stato attuale dalla presente normativa. Tanto più che l'art. 4 bis della legge Marzano (in materia di amministrazione straordinaria) prevede che: *“La proposta di concordato può essere unica per più società del gruppo sottoposte alla procedura di amministrazione straordinaria, ferma restando l'autonomia delle rispettive masse attive e passive.”* Il dato normativo richiamato non è asignificativo, trattandosi dell'unica ipotesi in cui il legislatore – allo stato – ha disciplinato l'insolvenza di gruppo, ribadendo l'autonomia delle masse attive e passive di ciascuna delle società del gruppo. Né, tanto meno, può trovare applicazione la c.d. teoria dei vantaggi compensativi, ricavabile in materia di responsabilità per abuso dell'attività di direzione e coordinamento, al fine di usare una parte dell'attivo di una delle società appartenenti al gruppo per soddisfare i creditori di un'altra società. Come è stato correttamente osservato¹⁴ l'art. 2497 c.c. detta una regola di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento e non di realizzo della responsabilità patrimoniale. Ne consegue che una deroga all'art. 2740 c.c. non può essere ricavata in via di interpretazione analogica, mancando del resto, prima ancora dell'*eadem ratio*, la similarità dei casi da regolare.¹⁵

competenza- "melius" la giurisdizione, che resta collegata alla sede sociale. Il complessivo quadro normativo esaminato, applicato al regime fallimentare, ammette un solo corollario: che l'insolvenza dell'impresa madre non si estende automaticamente alle imprese collegate da essa controllate, ovvero dirette e coordinate, e non ne procura automaticamente il fallimento, neppure in estensione. In senso speculare, la singola impresa è insolvente, ed in quanto tale fallisce, se le sue individuali risorse disponibili sono inadeguate a garantire la soddisfazione delle sue individuali esposizioni debitorie esattamente e puntualmente. Il risultato economico cui mira o che ottiene il gruppo può configgere con l'interesse del singolo ente, ovvero non ridondare a vantaggio suo e dei suoi creditori, i quali non possono fare affidamento su patrimonio diverso da quello della loro debitrice.”

¹³ In questo senso recentemente Tribunale Palermo, 4 giugno 2014 (in www.osservatorio-oci.org, MS 888), C. App. Genova, 23 dicembre 2011, in Fallimento, 2012, 4, 437, con nota di SALVATO, *Profili della disciplina del concordato preventivo e contenuto del controllo giudiziario*.

¹⁴ GALLETTI, *I concordati di gruppo e la teoria dei vantaggi compensativi*, in Il fallimentarista, 19/11/2011.

¹⁵ FABIANI, *Concordato preventivo*, in Commentario Scialoja – Branca – Galgano, Bologna, 2014, 146 nota 4 ipotizza, quale unica possibilità di travaso di risorse da una società all'altra, il caso del piano che preveda, da un lato, espresse dichiarazioni, provenienti dai creditori della società più patrimonializzata, di rinuncia (o postergazione), eventualmente condizionate, a percepire la differenza tra l'intero credito e la percentuale distribuita a tutti i creditori delle imprese e, dall'altro lato, trovi consenziente la maggioranza dei creditori che si esprime in adunanza. L'Autore rileva, tuttavia, che ciò potrebbe rivelarsi insufficiente laddove anche un solo creditore chirografario dissenziente promuovesse il giudizio di opposizione all'omologazione del concordato, visto che sono in discussione questioni di legalità.

La teoria dei vantaggi compensativi può assumere, quindi, rilievo nell'ambito di un piano concordatario di gruppo solo ai fini della regolamentazione dei rapporti tra società controllante e società controllata in relazione ad un'eventuale responsabilità della prima nei confronti della seconda (e dei suoi creditori) ai sensi dell'art. 2497 c.c. L'attivo della società controllata, in tale ipotesi, deve prevedere anche il credito di natura risarcitoria derivante dall'esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento da parte della società controllante. In tale prospettiva l'applicazione della teoria dei vantaggi compensativi consegue non già ad una deroga non prevista dell'art. 2740 c.c., ma bensì all'applicazione dell'art. 2497, I comma, c.c.¹⁶

In conclusione, il concordato preventivo di gruppo – allo stato e in assenza di un'autonoma regolamentazione normativa – non costituisce una figura speciale di concordato preventivo, quanto di una modalità di attuazione coordinata all'interno di un'unica procedura di un piano con articolazioni diversificate per ciascuna delle società appartenenti ad un medesimo gruppo, con autonome e distinte votazioni ed una liquidazione aggregata delle attività riferibili a ciascuna società del gruppo.

Le finalità sono quelle di assicurare un coordinamento unitario (con un unico giudice delegato ed un medesimo commissario giudiziale), di incentivare il voto positivo da parte dei creditori, sebbene distinto per masse (posto che la liquidazione unitaria delle componenti aziendali può rivelarsi economicamente più conveniente per gli stessi creditori individuali delle singole società) e di unificare le attività liquidatorie, in funzione sia di un maggior ricavo, sia della conservazione dei complessi aziendali.

¹⁶ L'ultimo periodo del I comma dell'art. 2497 c.c. prevede che: *“Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.”* Nel caso deciso da Tribunale di Monza, 24 aprile 2012 (in *Il fallimentarista*, con nota di G. BERSANI, *L'ammissibilità al concordato preventivo del “gruppo societario” e problemi procedurali*, e in www.ilcaso.it) la parte ricorrente aveva evidenziato che il venir meno della possibile azione di responsabilità per la direzione unitaria non avrebbe comportato un pregiudizio per la controllata, trattandosi di pretesa vantata nei confronti di un soggetto insolvente, non destinato ad integrale soddisfazione, anche in considerazione del fatto che per effetto della fusione la controllata avrebbe condiviso l'attivo della società controllante. In ogni caso il pregiudizio sarebbe stato inertizzato dall'apporto dei soci a sostegno del piano concordatario, così come emergente dalle operazioni di fusione.

4. La fusione ed il concordato preventivo di gruppo.

La riforma del diritto societario, attuata con il d.lgs. n. 5/2003, ha abolito il divieto di partecipazione alla fusione per le società sottoposte ad una procedura concorsuale.

A seguito della riforma dell'art. 2501 c.c. la fusione, oltre alla sua funzione tradizionale di strumento di concentrazione giuridica e di riorganizzazione aziendale, può svolgere quindi anche un ruolo importante nel momento della ristrutturazione del debito. In ciò viene esaltata la duttilità dell'istituto giuridico in esame, confermata dallo stesso richiamo operato dall'art. 160 lett. a) l. fall.¹⁷, in base al quale l'attuazione del binomio inscindibile tra ristrutturazione del debito e soddisfazione dei creditori può avvenire anche mediante altre operazioni straordinarie, compresa l'attribuzione ai creditori ed a società da questi partecipate di azioni.

L'inserimento di un'operazione straordinaria all'interno di un piano concordatario può trovare un ambito applicativo significativo proprio con riferimento alle crisi di gruppo, dove emerge, spesso, l'esigenza di proporre un piano concordatario unitario in cui la soluzione della crisi avvenga anche mediante un riassetto societario complessivo. La necessità che la ristrutturazione del debito e la riorganizzazione procedano di pari passo è confermata dal fatto che, spesso, l'efficacia dell'atto di fusione viene sospensivamente condizionata all'omologazione del concordato preventivo.

Con riferimento al coordinamento tra diritto societario e diritto concorsuale è bene precisare, tuttavia, come l'art. 160 l. fall. contenga niente più che un generico riferimento alle operazioni straordinarie, senza dettare alcuna disciplina particolare rispetto alla normativa societaria e civilistica, tale da segnare una soluzione di continuità rispetto a quest'ultima, che deve pertanto trovare pienamente applicazione, soprattutto laddove vengano in gioco principi fondamentali come quelli espressi dall'art. 2740 c.c.

L'assenza di una disciplina speciale che regolamenti le operazioni straordinarie nell'ipotesi delle procedure concorsuali non può essere aggirata mediante il riferimento

¹⁷ L'art. 160 l. fall. prevede che: *“L'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere:*

a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito.”

all'art. 1322 c.c., in materia di autonomia negoziale. La libertà negoziale e la libertà di determinazione del contenuto del contratto deve essere esplicita, infatti, sempre nei limiti imposti dalla legge¹⁸. Tale punto si ricollega al controllo in merito alla fattibilità giuridica del concordato da parte del tribunale¹⁹.

Né può avere rilievo il fatto che legislatore, soprattutto con le riforme del 2012, abbia provveduto a ridefinire, nella prospettiva concorsuale, alcuni istituti del diritto societario, come quelli degli artt. 2446, II e III comma, 2447, 2482 bis, commi IV, V e VI e 2482 ter c.c. ed i finanziamenti dei soci, al punto che si è parlato di un diritto della crisi di impresa, come settore del diritto concorsuale, autonomo dal diritto societario²⁰. Ciò può, infatti, verificarsi, solo in presenza di espressi dati normativi dai quali desumere l'introduzione di nuove regole da parte del legislatore (come avvenuto nelle ipotesi degli artt. 182 quater, 182 quinquies e 182 sexies l. fall.).

In mancanza di una normativa *ad hoc* spetta quindi all'interprete l'individuazione della disciplina concretamente applicabile alle ipotesi di operazioni straordinarie compiute in ambito concorsuale, attraverso il complesso raccordo tra la disciplina concorsuale e quella societaria.

Con specifico riferimento ai rapporti tra la disciplina societaria della fusione ed il concordato preventivo vengono in rilievo molteplici questioni, che vanno dal

¹⁸ L'art. 1322 c.c. prevede infatti: "*Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.*".

D'altra parte la norma richiamata rimette al giudice due tipologie di controllo: l'esplicazione dell'autonomia negoziale nei limiti imposti dalla legge ed il controllo di meritevolezza. Secondo GAZZONI (*Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, 822), il giudizio di meritevolezza è qualitativamente diverso rispetto a quello di liceità. Mentre quest'ultimo tende a salvaguardare l'ordinamento giuridico dalla presenza di accordi impegnativi che contrastino con i propri canoni regolamentari, il giudizio di meritevolezza, attenendo al tipo e non alla causa, riguarda la valutazione dell'idoneità dello strumento elaborato dai privati ad assurgere a modello giuridico di regolamentazione degli interessi, in assenza di una preventiva operazione legislativa intesa come predisposizione di schemi. È evidente come il c.d. concordato di gruppo persegua un interesse meritevole di tutela, finalizzato alla soluzione della crisi di una pluralità di società appartenenti ad un medesimo dubbio, ancorché resti da vedere se – nella configurazione giurisprudenziale che lo stesso assume – possa parlarsi di vera e propria atipicità.

¹⁹ Cass. S.U. n. 1521/2013 ha infatti precisato che: "*Orbene se non è dubbio che spetti al giudice verificare la fattibilità giuridica del concordato e quindi esprimere un giudizio negativo in ordine all'ammissibilità quando modalità attuative risultino incompatibili con norme inderogabili, profili di incertezza viceversa si pongono, laddove entrino in discussione gli aspetti relativi alla fattibilità economica.*". È innegabile che l'art. 2740 c.c. costituisca norma inderogabile, in quanto espressione di un principio di ordine pubblico economico e che il tribunale possa verificare la corrispondenza del piano concordatario a tale principio, salve sole le ipotesi in cui sia il legislatore a rimettere la scelta al creditore, come nelle ipotesi di opposizione alla fusione ex art. 2503 c.c. A ben vedere, in tale ultimo caso, il problema attiene non tanto all'individuazione dei contenuti del piano concordatario, quanto alle esigenze di certezza e stabilità dell'organizzazione societaria. Come si rileverà nel corso del paragrafo il mancato coordinamento tra la disciplina societaria e quella concorsuale fa sì che la prima debba trovare integrale applicazione in tutti i suoi aspetti, compresa la valutazione rimessa all'esclusivo giudizio dei creditori delle società partecipanti alla fusione circa la convenienza economica della fusione tra i patrimoni attuata mediante il perfezionamento dell'operazione straordinaria.

²⁰ TOMBARI, *Principi e problemi di "Diritto societario della crisi"*, *Diritto societario e crisi d'impresa*, Torino, 2014, p. 5 s.s.

trattamento dei creditori della società partecipanti alla fusione, ai rapporti tra la disciplina relativa all'opposizione all'omologazione e quella relativa all'opposizione alla fusione ex art. 2503 c.c., fino alla stessa fattibilità giuridica del concordato preventivo ed alla corretta informazione dei creditori.

In merito ai rapporti tra l'opposizione alla fusione ex art. 2503 c.c. e l'opposizione all'omologazione del concordato di cui all'art. 180 l. fall. lo scarno riferimento compiuto alle operazioni straordinarie da parte dell'art. 160 l. fall. non consente alcun assorbimento della disciplina della fusione nell'ambito di quella relativa al concordato preventivo. In assenza di un'espressa previsione derogatoria dell'art. 2503 c.c. il creditore della società partecipante alla fusione mantiene, quindi, intatto il diritto di proporre opposizione (davanti al c.d. tribunale delle imprese), senza che quest'ultima possa essere inclusa nella possibilità di opporsi all'omologazione del concordato preventivo²¹. La tesi contraria non solo non è supportata dalla mancanza di un espresso dato normativo, ma è smentita dalla stessa diversità di *ratio* delle norme di cui agli artt. 2503 c.c. e dell'art. 180 l. fall.

L'art. 2503 c.c. si ricollega, infatti, al principio fondamentale di cui all'art. 2740 c.c. (in base al quale il creditore risponde dei suoi debiti con tutti i suoi beni presenti e futuri), consentendo al creditore di opporsi alla fusione che pregiudichi i suoi diritti. Non solo: l'art. 2503 c.c. è norma estranea a qualsiasi logica di tipo maggioritario, essendo sufficiente che per effetto dell'operazione di fusione il creditore, in conseguenza della confusione tra i patrimoni, non riceva la stessa soddisfazione che avrebbe altrimenti avuto, in mancanza del concorso con i creditori dell'altra società partecipante alla fusione.

L'art. 180 l. fall., invece, consente l'opposizione all'omologazione solamente ai creditori appartenenti a classi dissenzienti o, nei concordati senza classi, ai creditori che rappresentino il 20% dei crediti ammessi al voto, con la conseguenza che il tribunale

²¹ In merito ai rapporti tra opposizione alla fusione ed opposizione all'omologazione sia consentito rinviare, in giurisprudenza, a Tribunale di Prato, 22 luglio 2014, in www.osservatorio-oci.org, MSS 00893. In dottrina D. GALLETTI, *Le fusioni concordatarie ed il matrimonio fra diritto societario e diritto concorsuale: separati in casa?*, in *Il fallimentarista*, 15 luglio 2014.

deve valutare le alternative concretamente praticabili, siano esse relative alla liquidazione fallimentare o ad un'eventuale diverso concordato preventivo o anche, secondo alcuni, al ritorno del debitore in bonis.

Mentre l'art. 2503 c.c. non prevede limiti soggettivi o oggettivi di applicazione (qualunque creditore, per il solo fatto di vedere pregiudicata la realizzazione, anche parziale, del proprio credito può proporre opposizione alla fusione, salvo che non ricorrano le ipotesi espressamente contemplate dalla norma), l'art. 180 l. fall., invece pone dei limiti, in gran parte riconducibili alla logica del principio maggioritario che caratterizza la disciplina del concordato preventivo. Tale logica è, invece, totalmente estranea all'ambito di applicazione dell'art. 2503 c.c.

Nell'ipotesi di cui all'art. 180 l. fall. le ipotesi alternative di liquidazione del medesimo patrimonio attengono alle modalità con le quali il creditore opponente - senza che venga in rilievo, neppure in via astratta, la violazione dell'art. 2740 c.c. - può soddisfarsi sui beni che compongono l'attivo concordatario.

Occorre poi precisare che l'assorbimento dell'opposizione ex art. 2503 c.c. alla fusione prevista nel piano concordatario nell'ambito dell'opposizione all'omologazione ex art. 180 l. fall. non può neppure essere ricavata da quanto disposto dall'art. 2503 bis c.c.²², in base al quale: *"I possessori di obbligazioni delle società partecipanti alla fusione possono fare opposizione a norma dell'art. 2503 c.c., salvo che la fusione sia approvata dall'assemblea degli obbligazionisti."* La norma richiamata, infatti, seleziona nell'ampio *genus* dei creditori una tipologia particolare di creditori, costituita dagli obbligazionisti, per i quali è previsto a) di poter fare opposizione alla fusione; b) di essere vincolati al principio maggioritario solo laddove la fusione sia stata positivamente deliberata dall'assemblea degli obbligazionisti. L'art. 2503 bis c.c., quindi, nella misura in cui vincola il singolo obbligazionista alla volontà assembleare prevede un'eccezione alla regola generale stabilita dall'art. 2503 c.c.

²² In tal senso, GUERRERA, MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di riorganizzazione*, in Riv. Soc., 1, 2008, p. 17, sub. par.16. Nello stesso senso gli orientamenti del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato (in <http://www.consiglionotarilefirenze.it/index.php/orientamenti/crisi-impresa-e-op-straordinarie/47-fusione-e-concordato-preventivo.html>).

(non a caso richiamato nell'ambito stesso dell'art. 2503 bis c.c.). Ne consegue, quale corollario inevitabile, l'applicazione del divieto di analogia di cui all'art. 14 preleggi²³.

Il mancato assorbimento dell'opposizione ex art. 2503 c.c. nell'ambito dell'opposizione all'omologazione ex art. 180 l. fall. determina importanti conseguenze sul piano applicativo.

La prima è che i creditori delle società partecipanti alla fusione possono fare opposizione alla fusione che pregiudichi i loro diritti davanti al tribunale delle imprese, anche laddove una di esse sia stata ammessa ad una procedura di concordato preventivo.

La seconda è che la decorrenza dei termini ex art. 2503 c.c. incide sulla predisposizione del piano concordatario, sia in punto di fattibilità giuridica che in riferimento alla corretta informazione dei creditori. Laddove non siano infatti decorsi i termini di cui all'art. 2503 c.c. (perché, ad esempio, l'operazione di fusione è meramente prospettata o condizionata all'eventuale omologa del concordato preventivo) è necessario che il piano concordatario indichi le risorse per far fronte ad eventuali opposizioni, sia ai fini della verifica delle condizioni di fattibilità giuridica (anche in caso di eventuali opposizioni vittoriose da parte dei creditori delle società partecipanti alla fusione), sia ai fini della corretta informazione dei creditori (nell'ipotesi in cui l'esito positivo dell'opposizione non incida sulla fattibilità giuridica del piano, ma determini solo una minor percentuale di realizzazione del credito). La previsione all'interno del piano concordatario delle risorse necessarie al pagamento dei creditori che facciano opposizione alla fusione consente, in primo luogo, al professionista incaricato di attestare la fattibilità del piano concordatario e, in secondo luogo, fa sì che anche in caso di eventuali opposizioni anteriori all'omologazione, il Tribunale delle imprese possa disporre, ai sensi dell'art. 2445 c.c., che la fusione abbia luogo nonostante l'opposizione, con la conseguente possibilità per il Tribunale fallimentare di omologare il concordato preventivo.

D'altra parte eventuali problemi inerenti alle opposizioni dei creditori delle società partecipanti alla fusione potrebbero essere esclusi *ab imis* dall'inesistenza di un concreto pregiudizio derivante dalla confusione dei patrimoni, anche in conseguenza della

²³ La norma prevede che: “*Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati.*”

ristrutturazione dei debiti attuata mediante la procedura di concordato preventivo ed i connessi effetti esdebitatori conseguenti all'adempimento della proposta concordataria. Tale evenienza può risultare dall'esame della situazione patrimoniale redatta da ciascuna delle società partecipanti alla fusione ai sensi dell'art. 2501 quater c.c., dalla relazione degli amministratori ex art. 2501 quinquies c.c. e dalla relazione degli esperti redatta ai sensi dell'art. 2501 sexies c.c. Tanto più che lo stesso art. 2503 c.c. esclude la possibilità di fare opposizione alla fusione nell'ipotesi in cui la relazione di cui all'art. 2501 sexies c.c. sia redatta per tutte le società partecipanti alla fusione da un'unica società di revisione che asseveri, sotto la propria responsabilità, che la situazione patrimoniale e finanziaria delle società partecipanti alla fusione rende non necessarie garanzie a tutela dei creditori di queste ultime.

La terza conseguenza del mancato assorbimento dell'opposizione alla fusione nell'opposizione all'omologazione è che nell'ipotesi in cui i termini ex art. 2503 c.c. siano invece decorsi senza opposizioni il tribunale non può, invece, rilevare la violazione dell'art. 2740 c.c. per il fatto che a seguito dell'operazione di fusione possa determinare una minor percentuale di soddisfazione della realizzazione del credito rispetto a quella che si sarebbe avuta in mancanza di fusione. La disciplina della fusione rimette, infatti, inequivocabilmente al creditore la valutazione circa la convenienza dell'operazione di fusione e concede allo stesso un apposito mezzo di tutela, costituito proprio dall'opposizione ex art. 2503 c.c. Una volta decorso tale termine pertanto il tribunale fallimentare, in sede di esame della domanda di concordato preventivo o in sede di omologazione (ove il termine di 60 giorni sia decorso durante la procedura di concordato preventivo), non può surrogarsi al creditore nella valutazione circa l'eventuale pregiudizio scaturente dall'operazione societaria straordinaria.

Così come la disciplina della fusione non può essere derogata in presenza di un concordato preventivo mediante l'assorbimento dell'opposizione ex art. 2503 c.c. nell'opposizione all'omologazione ex art. 180 l. fall., allo stesso modo la mancanza di opposizione ex art. 2503 c.c. determina l'assenza di ostacoli al perfezionamento della fusione, a prescindere dal fatto che la stessa si svolga o meno in occasione di una procedura concordataria. In entrambi i casi sarebbe infatti necessaria un'espressa

previsione del legislatore, che veicoli all'interno del procedimento di omologazione del concordato preventivo l'opposizione ex art. 2503 c.c. o conferisca al tribunale fallimentare di valutare l'eventuale pregiudizio subito dal creditore, cosa che attualmente l'art. 2503 c.c. rimette esclusivamente a quest'ultimo. D'altra parte il meccanismo appena descritto risponde al principio di stabilità dell'organizzazione societaria che presiede all'intera disciplina della fusione, attestato dal disposto dell'art. 2504 quater c.c., secondo il quale, una volta eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione, a norma dell'art. 2504, II comma, c.c., non può più essere pronunciata l'invalidità della fusione. L'iter che scandisce le varie fasi della fusione è pertanto assai rigoroso e caratterizzato da una serie di garanzie poste a tutela tanto dei soci, quanto dei creditori, delle società partecipanti alla fusione. Una volta esauriti i termini per eventuali opposizioni ed impugnazioni resta, tuttavia, ferma l'intangibilità del riassetto organizzativo operato con l'operazione straordinaria in esame.

La tempistica del perfezionamento della fusione ed il trattamento dei creditori evidenzia alcune significative differenze tra fusioni infragruppo a seconda che siano o meno attuate nell'ambito di concordati preventivi di gruppo (dove tutte le società partecipanti alla fusione sono in concordato preventivo) o meno.

In quest'ultima ipotesi, infatti, solo una delle società partecipanti alla fusione sia sottoposta ad una procedura di concordato preventivo, con la conseguenza che assume particolare rilievo, ai fini del trattamento dei creditori la tempistica con la quale viene attuata la fusione e, in particolare, il momento in cui si perfeziona l'atto di fusione. Laddove la fusione si sia perfezionata anteriormente alla presentazione della domanda di concordato preventivo i creditori della società eventualmente incorporata nella società in concordato, per quali siano decorsi i termini ex art. 2503 c.c. senza che sia stata fatta opposizione, diventano concorsualizzati *tout court*, con la conseguenza che gli stessi hanno diritto di voto (se non privilegiati o in prededuzione) e possono proporre opposizione in sede di omologazione del concordato.

Nella diversa ipotesi in cui la fusione si perfezioni dopo la presentazione della domanda di concordato preventivo i creditori della società incorporata nella società in concordato sono a tutti gli effetti creditori posteriori, i quali devono essere soddisfatti integralmente,

con la conseguenza che il piano concordatario deve indicare le risorse per far fronte al loro pagamento.

Nell'ipotesi del concordato di gruppo l'unica ipotesi concretamente verificabile è quella della fusione che perfeziona nel corso (o dopo) la procedura concordataria, dal momento che nell'ipotesi contraria (cioè quella di fusione perfezionata prima della domanda di ammissione al concordato preventivo) si avrebbe già un unico soggetto, con la conseguenza che non si potrebbe neppure ipotizzare un concordato preventivo di gruppo²⁴.

Con riferimento al caso del concordato di gruppo in cui il piano concordatario preveda una fusione non ancora perfezionata al momento del deposito della domanda, i termini ex art. 2503 c.c. possono essere fatti decorrere prima dell'omologazione, che può essere decretata sia in assenza di opposizioni alla fusione, sia nell'ipotesi in cui il piano concordatario preveda (se del caso anche mediante il ricorso alla finanza da parte dei terzi) le risorse necessarie per far fronte alle eventuali opposizioni dei creditori ex art. 2503 c.c. (che determinano l'instaurazione di un giudizio davanti al Tribunale delle imprese) e salve eventuali opposizioni all'omologazione ex art. 180 l. fall.

Il piano concordatario, solitamente, prevede che gli effetti dell'atto di fusione siano condizionati sospensivamente all'omologazione del concordato²⁵. Tale previsione è riconducibile al fatto che nella prospettiva delle società che propongono il concordato di gruppo la riorganizzazione societaria attuata mediante la fusione e la ristrutturazione del debito attuata mediante il concordato preventivo costituiscono elementi inscindibili di un quadro necessariamente unitario.

Una volta intervenuta l'omologazione la società incorporante o risultante dalla fusione ai sensi dell'art. 2504 bis c.c. assume tutti i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione. Tra

²⁴ POLI *cit.*, rileva che il concordato di gruppo costituisce un percorso concretamente più competitivo rispetto all'alternativa costituita dalla preventivo fusione delle società coinvolte, sebbene quest'ultima si presenti più lineare e consenta la creazione di un'unica massa attiva e di un'unica massa passiva, con la connessa eliminazione delle poste *inter company*.

²⁵ Per un caso di fusione condizionata all'approvazione del concordato ed all'omologa della proposta si rimanda a Tribunale di Monza, 24 aprile 2012, *cit.* Inoltre si rinvia a PALUKOWSKI, L'insolvenza dei gruppi tra tutela della personalità giuridica ed artifici virtuosi, Relazione al XX Convegno Nazionale di Studi promosso dall'Associazione AlbeSe Studi di Diritto Commerciale, p. 14.

gli obblighi assunti dalla società risultante dalla fusione vi sono quelli relativi all'adempimento del concordato preventivo.

Il piano concordatario di gruppo costruito nel rispetto dei principi di cui all'art. 2740 c.c. (con votazioni distinte per ciascuna società, masse distinte e previsione delle risorse necessarie a far fronte ad eventuali opposizioni ex art. 2503 c.c.) fa sì che la società risultante dalla fusione o incorporante venga a trovarsi in una situazione di avvenuta ristrutturazione dei debiti di tutte le società partecipanti alla fusione proprio per effetto della procedura concordataria e del voto positivo da parte delle varie adunanze dei creditori. Sono evidenti i vantaggi ricavabili, anche nella prospettiva della continuazione dell'attività di impresa, dal momento che si procede alla ristrutturazione del debito contestualmente alla riorganizzazione societaria (anche mediante un'eventuale ridimensionamento delle strutture organizzative attuato grazie alla concentrazione giuridica attuata mediante la fusione), con la prosecuzione dell'attività economica.

Il vantaggio costituito dal ricorso alla fusione e dalla brevità del termine di giorni 60 per fare opposizione assicura infatti una maggiore semplificazione dei tempi della procedura (anche rispetto alle incertezze che caratterizzano l'ipotesi fondata sulla s.n.c. veicolo, dove il conferimento d'azienda è esposto all'azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c. nei limiti del quinquennio) ed una maggiore duttilità in relazione all'impiego delle risorse necessarie a fronteggiare eventuali opposizioni alla fusione da parte dei creditori. Come già rilevato il rispetto dell'art. 2740 c.c. viene assicurato per il solo fatto che i creditori siano posti in condizione di fare opposizione alla fusione²⁶, senza alcun ulteriore margine di intervento da parte del Tribunale, che non può rilevare d'ufficio il carattere dannoso della confusione dei patrimoni derivante dalla fusione, una volta decorso il termine ex

²⁶ In tale senso è evidente la ratio dell'esigenza di certezza e di stabilità dell'organizzazione societaria conseguente sia alla brevità del termine per fare opposizione sia all'impossibilità per il tribunale fallimentare di andare a verificare effetti pregiudizievoli per i creditori una volta che siano decorsi i termini ex art. 2503 c.c. D'altra parte tutta la disciplina della fusione, sebbene caratterizzata da una rigida procedimentalizzazione a tutela dei soci e dei creditori è caratterizzata dalla necessità della stabilità degli effetti dell'atto di fusione, come emerge dalla disciplina stessa dell'art. 2504 quater c.c., in base al quale: *"Eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione a norma del secondo comma dell'art. 2504, l'invalidità della fusione non può essere pronunciata."* Sull'ermeneusi di tale norma il giudice di legittimità ha precisato che: *"In tema di fusione tra società, la preclusione della declaratoria di invalidità dell'atto di fusione, sancita dall'art. 2504-quater cod. civ. quale effetto dell'iscrizione nel registro delle imprese, tutela l'affidamento dei terzi e la certezza dei traffici, sicché, quando l'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese sia avvenuta in base ad una sequenza procedimentale priva di riconoscibili anomalie esteriori, l'inesistenza giuridica di una delle delibere assembleari propedeutiche alla fusione, nei limiti in cui essa possa essere ipotizzata, non determina l'inesistenza giuridica dell'atto di fusione, ormai iscritto nel registro, restando esclusa l'impugnabilità di quest'ultimo e risultando carente, pertanto, l'interesse all'accertamento dell'inesistenza della delibera prodromica."* (Cass., Sez. 1, sentenza n. 8864 del 01/06/2012 (Rv. 622841)

art. 2503 c.c. senza opposizioni da parte dei creditori interessati. Ne consegue che, in assenza di opposizioni ex art. 2503 c.c., eventuali risorse destinate a far fronte alle stesse (eventualmente anche da parte di terzi), non saranno in concreto adoperate. Tale maggiore duttilità agevola anche l'intervento in funzione di garanzia da parte dei terzi.

Nella pratica il ricorso al concordato di gruppo, con un piano caratterizzato da una fusione possa assolvere anche all'esigenza di concentrare le attività di liquidazione in un unico soggetto, destinato ad operare in via esclusiva nella fase esecutiva del concordato preventivo. Il ricorso alle operazioni straordinarie nell'ambito del concordato di gruppo può essere pertanto funzionale anche ad una prospettiva di tipo liquidatorio, anche se è più facile l'ipotesi in cui la concentrazione attuata mediante la fusione sia funzionale ad una parziale continuità da attuare nella fase esecutiva del concordato, ancorché prodromica alla liquidazione dei beni²⁷.

In tal senso l'ampiezza del richiamo compiuto dall'art. 160 l. fall. al possibile ricorso alle operazioni straordinarie, quale possibile oggetto di previsione nell'ambito di un piano concordatario, consente che le stesse possano essere attuate sia nell'ambito di un concordato liquidatorio che di un concordato in continuità.

I vantaggi, in punto di stabilità, conseguenti alla fusione inserita all'interno di un piano concordatario emergono anche dal confronto con un ulteriore tipo di operazione straordinaria, alla quale si ricorre talvolta nei concordati preventivi di gruppo e che è finalizzata ad ottenere gli stessi effetti della fusione preconcordataria²⁸. L'operazione è caratterizzata dalla costituzione, anteriormente alla domanda di concordato, di una società di persone (c.d. s.n.c. veicolo) da parte delle società appartenenti ad uno stesso gruppo. Queste ultime procedono al conferimento dei complessi aziendali nella s.n.c. capogruppo, conferimento spesso risolutivamente condizionato all'omologazione del concordato. La domanda di ammissione al concordato preventivo è poi proposta sia

²⁷ Nel caso deciso dal Tribunale di Ferrara, con decreto 8 aprile 2014 (in www.ilfallimentarista.it), la fusione è finalizzata ad individuare un unico soggetto giuridico, con prosecuzione della gestione da parte della società incorporante che avrebbe il compito di valorizzare ed alienare i cespiti immobiliari ed i rami aziendali.

²⁸ In tal senso FABIANI, cit., 149.

dalla s.n.c. neocostituita che dalla società del gruppo, che sono socie illimitatamente responsabili di quest'ultima²⁹.

La costituzione della s.n.c. veicolo assolve, essenzialmente, a tre finalità.

La prima è quella di consentire la presentazione della domanda di concordato preventivo presso il tribunale nel quale ha sede la c.d. società veicolo. A tal proposito una ricerca eseguita dall'OCI ha rilevato che per il 78,2% dei giudici intervistati è competente il tribunale nel cui circondario abbia sede il nuovo soggetto giuridico formato, pur nell'anno anteriore al ricorso e che riunisca società aventi sede altrove³⁰.

La seconda è quella di consentire una votazione unitaria in sede di adunanza, senza distinzione delle masse relative alle singole società che hanno provveduto a conferire l'azienda nella s.n.c. veicolo³¹. Il punto segna un profilo di criticità in merito all'art. 2740 c.c., in ragione del fatto che la confusione tra le masse attive e passive delle varie società rischia di aggirare il principio fondamentale espresso dalla norma richiamata

La terza è quella di avvalersi degli effetti esdebitatori per i soci illimitatamente responsabili ex art. 184 l. fall. Deve, tuttavia, rilevarsi come l'effetto esdebitatorio nei confronti dei soci illimitatamente responsabili riguardi solamente i debiti confluiti nella s.n.c.

L'operazione straordinaria appena descritta è soggetta ad un evidente elemento di incertezza durante la fase esecutiva, costituito dal possibile esercizio dell'azione revocatoria da parte dei creditori di ciascuna delle società del gruppo, in relazione al conferimento dell'azienda nella s.n.c. veicolo. Tanto più che l'azione revocatoria può essere esercitata entro cinque anni, ancorché possano essere salvi gli effetti degli atti trascritti anteriormente alla domanda revocatoria e relativi ad attività liquidatorie poste in

²⁹ Così Tribunale di Palermo, 4 giugno 2014, *cit.*

³⁰ Sul punto si rimanda alla nota 2.

³¹ Tale possibilità è invece ammessa da T. La Spezia, 27 aprile 2011. Nella motivazione del provvedimento si legge: “*Ritiene in proposito il collegio che l'operazione di conferimento dei complessi aziendali facenti capo alla singole società di capitali in un'unica società in nome collettivo possa invece ed a pieno titolo rientrare nell'ambito di quelle “operazioni straordinarie” (art. 160 lett. A L.Fall) che il legislatore ha ormai non solo pienamente legittimato ma addirittura favorito al fine di perseguire la concreta salvaguardia dell'attività imprenditoriale ed il mantenimento in vita dell'attività produttiva, da preferire senza possibilità di dubbio ad una prospettiva meramente liquidatoria. Tale favore è reso evidente dalla straordinaria flessibilità che oggi può caratterizzare la proposta concordataria, con amplissimi spazi libertà per il debitore nell'articolazione del piano concordatario. In tale contesto, il conferimento dei complessi aziendali in una neo costituita società di persone avente quali soci illimitatamente responsabili le società conferenti, la ristrutturazione del debito delle società partecipanti all'operazione sotto molteplici forme concorrenti (datio in solutum, cessione di beni, attribuzione di strumenti finanziari, elisione di crediti infragruppo, ecc.) appaiono tutte operazioni astrattamente consentite ed anzi da valutare con favore se dirette a favorire la continuazione dell'attività d'impresa.*”

essere in esecuzione del concordato preventivo³². Il termine quinquennale matura, tuttavia, in epoca significativamente successiva all'omologazione del concordato, creando evidenti problemi con riferimento alla sua esecuzione ed al suo corretto adempimento.

L'operazione straordinaria incentrata sulla costituzione di una società in nome collettivo nella quale conferire i complessi aziendali delle società appartenenti ad un medesimo gruppo, sebbene produca sul piano pratico conseguenti simili a quelle della fusione, con riferimento alla confusione dei patrimoni delle società, non è, tuttavia, caratterizzata dalla stabilità di quest'ultima, garantita dall'intangibilità dell'atto di fusione una volta eseguite le iscrizioni indicate nell'art. 2504 ter c.c.

Ciò significa che, sebbene l'autonomia privata possa esprimersi anche mediante la predisposizione di operazioni straordinarie anche in relazione alla presentazione di una domanda di concordato ed alla conseguente ristrutturazione del debito, gli effetti di stabilità dell'organizzazione societaria sono connessi solo alle operazioni straordinarie indicate espressamente dal legislatore, che ne disciplina, peraltro, l'iter in modo rigoroso, in funzione della tutela dei soci e dei creditori.

³² È da rilevare altresì come possa residuare una responsabilità degli amministratori delle società del gruppo che abbiano effettuato il conferimento d'azienda nei confronti dei creditori delle singole società, anche ai sensi dell'art. 2394 c.c. in relazione all'eventuale responsabilità per violazione degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale.