



**Ordine dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili di Roma**

A cura della Commissione Diritto Penale dell'Economia

LA BANCAROTTA NEI GRUPPI

Convegno di Formazione Professionale Continua

21 Marzo 2018

Sede dell'Ordine - Piazzale delle Belle Arti, 2

~•~

"I GRUPPI AZIENDALI"

Autore: Emanuele D'Innella

Dottore Commercialista - Presidente della Commissione Diritto Penale dell'Economia



Secondo dati elaborati dalla società Cerved, Il fenomeno gruppo è rappresentato in Italia da 120.000 gruppi che coinvolgono circa 330.000 imprese.

Pertanto di fronte ad un dato economico così rilevante, e considerato il fenomeno quale realtà economica e giuridica contemporanea, il legislatore della riforma del 2001 aveva previsto una disciplina del gruppo *“secondo i principi di trasparenza e tale da assicurare che l'attività di direzione e coordinamento contemperino adeguatamente l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime”*.

Sicché l'Esecutivo, decise di dedicare ai gruppi, senza mai utilizzarne il termine, né fornirne definizione, un nuovo capo (Capo IX) del libro V del c.c., attraverso l'introduzione degli innovativi articoli dal 2497 al 2497 septies, così colmando parzialmente una grande lacuna del passato.

Appare chiaro avvertire come il collegamento diretto o indiretto tra due o più imprese, determini la nascita di un'impresa di gruppo che si affianca e non sostituisce le singole imprese, creando un modello economico-giuridico, capace di sintetizzare attività (di direzione e coordinamento) e organizzazione (ora di gruppo, ora individuale, secondo necessità), allo scopo di incrementare le potenzialità produttive.

La nozione di controllo sembra decisiva per l'applicabilità della nuova disciplina sull'attività di direzione unitaria, rappresentando il valore aggiunto alla normale attività di gestione societaria.



L'art. 2497 sexies incarna al suo interno una presunzione, disponendo che *“si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società, sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'articolo 2359.”*

Mentre l'art. 2497 septies contempla che *“Le disposizioni del presente capo si applicano altresì alla società o all'ente che, fuori dalle ipotesi di cui all'articolo 2497-sexies, esercita attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti.”*

La scelta è dunque caduta su una disciplina più snella che si limitasse a legittimare l'attività di eterodirezione e coordinamento delle varie controllate, purché svolta nel complesso, secondo i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime (art. 2497 1 comma), ricadendosi altrimenti nell'abuso del diritto.

Certo una temporanea compressione dell'interesse sociale delle singole società, a vantaggio del gruppo o della holding, deve essere preventivata.

Quindi l'attività della società cosiddetta **dominata**, è sottoposta dalla legge, a diverse forme di garanzia per i creditori e soci di minoranza, in ordine alla soluzione dei conflitti di interesse insiti nel fenomeno:

2497 bis: dalla pubblicità per i terzi

2497 ter: MOTIVAZIONI delle decisioni

2497 quater: diritto di recesso ai soci di minoranza



2497 quinquies: postergazione dei finanziamenti infragruppo

2497 sexies e septies: presunzioni di controllo, anche per via contrattuale

2497: alla responsabilità della capogruppo e dei soggetti partecipi o beneficiari del fatto lesivo, con l'importante bilanciamento dato dalla clausola dei vantaggi compensativi.

Si tratta in sostanza di una importante rivoluzione, dove il potere direttivo e di coordinamento della controllante deve essere inteso come un vero e proprio diritto il quale dovrà essere esercitato osservando i principi di cui all'art. 2497 c 1.

TIPO DI GOVERNANCE

A seconda del tipo di governance, i gruppi si distinguono in:

- ❖ PIRAMIDALI O A CATENA
- ❖ ORIZZONTALI (2545 septies cooperative)
- ❖ RADIALI (2497 septies in virtù di un contratto)
- ❖ DI FATTO O DI DIRITTO



GRUPPI NELLE PROCEDURE CONCORSUALI ad oggi

Respinta l'idea di introdurre una disciplina generale dei gruppi di società, alla cui mancanza si sopperiva con alcune disposizioni normative (2497 e seguenti) restava però ignorato il fenomeno delle aggregazioni societarie, dalla legge fallimentare, pur dopo le riforme del 2005/2007.

Il legislatore della riforma fallimentare (D.Lgs. n. 5/2006) non si è preso la briga di affrontare e regolare l'insolvenza/crisi dei gruppi di impresa, non curandosi che l'istituto seppur solo per profili di responsabilità, era stato regolato dall'art. 2497 c.c frutto della riforma societaria.

Invero, solo l'art. 2497 ultimo comma, conferisce al curatore ed ai commissari delle procedure, la legittimazione ad esperire, in luogo dei creditori, l'azione di responsabilità contro la capo gruppo ed i soggetti solidalmente obbligati.

Si esclude quindi ogni rilevanza giuridica allo stato di salute o di decozione del gruppo di imprese rispetto alla/alle società di cui si chiede il fallimento (stante i principi dell'autonomia patrimoniale e della soggettività giuridica; come pure restano distinti gli stati passivi, i programmi di liquidazione ed i rispettivi riparti)

Inapplicabili altresì le norme dettate per l'Amministrazione Straordinaria ad ipotesi non contemplate dalla legge speciale, escludendosi l'applicabilità per via analogica degli artt. 3 e 4 del cd legge Prodi alla fattispecie del fallimento. Stesso orientamento anche riguardo alla cd.



Legge Prodi bis. Il fallimento e l'amministrazione straordinaria "Prodi bis" sono procedure caratterizzate da finalità ed esigenze diverse, tale da non si giustificare un'applicazione analogica della normativa dell'una all'altra procedura.

Come noto quando l'insolvenza investe un gruppo di società, si pongono essenzialmente tre tipi di questioni che la legge fallimentare non aveva ancora affrontato:

1. La gestione comune delle procedure (prevede la competenza territoriale di ogni singola procedura)
2. La tutela dei creditori (è intervenuta la cassazione – nel 2010 - per disciplinare gli atti e pagamenti infragruppo)
3. La soluzione di problemi specifici attinente al gruppo (conoscenza dello stato di insolvenza delle singole controllate da parte dei terzi ai fini delle revocatorie, regresso tra le masse in caso di fideiussioni infragruppo, voto dei concordati ecc.)

In merito al concordato preventivo di gruppo, vi sono state argomentazioni positive in tal senso, ma la sentenza di Cassazione del 13/10/2015 aveva posto fine ad ogni tentativo di proporre concordati di gruppo che non rispettassero le norme imperative del diritto societario e fallimentare. La Cassazione sostenne nella sentenza sopra citata, che il concordato cd. di gruppo non fosse proponibile, innanzi allo stesso Tribunale, mancando una disciplina positiva che regolasse la competenza, le forme di ricorso, la nomina degli organi, ecc.



LA RIFORMA: PRINCIPI E CRITERI DI DELEGA E LA BOZZA DEL DECRETO ATTUATIVO

Con la L. n. 155/17 la prospettiva si capovolge in quanto la disciplina comune delle società, originariamente impostata intorno al regime del conflitto di interessi tra distinti soggetti giuridici che compongono il gruppo (art. 2373 e 2391) è stata considerata disfunzionale fino alla paralisi (cioè non corrisponde più ai propri compiti e fini) e pertanto le ragioni della direzione unitaria, già accolte dalla riforma societaria si impongono a maggior ragione nei momenti di crisi.

La legge delega ha pertanto imposto anzitutto la definizione di gruppo che lo schema di decreto attuativo ha così tradotto: l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, escluso lo stato, che ai sensi degli artt. 2497 e 2545 septies del c.c. sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o persona fisica, sulla base di un vincolo partecipativo o di un contratto; a tal fine si presume, salvo prova contraria che:

- a. L'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei bilanci;
- b. Siano sottoposte alla direzione e coordinamento di una società o ente, le società controllate, direttamente o indirettamente, o sottoposte a controllo congiunto, rispetto alla società o ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento.



Ai gruppi vengono dedicati 10 articoli che recepiscono le dettagliate direttive dell'art. 3 della legge 155/2017

1. Il connotato dell'unitarietà della disciplina SOSTANZIALE e PROCESSUALE vige per tutte le procedure;
2. La competenza a valutare le domande presentate dai gruppi è attribuita al Tribunale, Sezione specializzata in materia di imprese, in particolare a quello nel cui circondario si trova il CENTRO PRINCIPALE DEGLI INTERESSI;
3. La domanda di concordato di gruppo, o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione di gruppo, può avvenire con un unico ricorso;
4. Dovendosi mantenere la separazione delle masse attive e passive è gioco forza, dimostrare che i creditori di ciascuna impresa non solo non saranno penalizzati dal piano di gruppo, ma che trarranno benefici superiori.

I piani potranno prevedere la liquidazione di alcune imprese e la continuazione dell'attività di altre del gruppo come pure operazioni straordinarie e riorganizzative.

Emerge sotto altro versante la teoria dei vantaggi compensativi. Qui si rileva dell'essenza dell'istituto.

5. La gestione della procedura si snellisce



LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE

Comprende sia l'ex fallimento sia i concordati meramente liquidatori.

Le azioni di responsabilità dei creditori e dei soci di minoranza, proponibili anche durante la crisi, vengono avviate o proseguite dal curatore dopo l'apertura della liquidazione giudiziale.

Il curatore è legittimato a proporre la denuncia di cui all'art. 2409 c.c. nei confronti di amministratori e sindaci delle società del gruppo non assoggettate alla procedura di liquidazione giudiziale.

- Postergazioni dei finanziamenti infragruppo
- Segnalazione del curatore, agli organi di altre società, qualora ravvisi l'insolvenza di altre società del gruppo, non assoggettate alla liquidazione giudiziale, ovvero promuovendo direttamente l'accertamento dello stato di insolvenza.

Il tratto essenziale di questa procedura non è la tutela dei diritti di credito, come per quelle devolute al controllo del giudice ordinario, bensì è la conservazione ad ogni costo dell'impresa insolvente per tentare il risanamento, fosse anche per via meramente traslativa