

GIURISPRUDENZA COMMERCIALE

42.5 Settembre-Ottobre 2015

Publicazione bimestrale

ISSN 0390-2269

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - D.L. 353/2003
(conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

Di particolare interesse in questo numero:

Azioni a voto maggiorato e a voto plurimo

Concordato preventivo nei gruppi di società

Clausole di garanzia nel trasferimento di partecipazioni
sociali

Modifiche del diritto di voto e recesso nelle s.p.a.



GIUFFRÈ EDITORE

Sulla presentazione di concordati preventivi da parte di gruppi di società

SOMMARIO: 1. Premessa: i gruppi di società e le procedure di ristrutturazione dei debiti. — 2. I gruppi di società nel nostro ordinamento giuridico; riflessi sul diritto concorsuale. — 3. La posizione della giurisprudenza nei confronti delle crisi che investono i gruppi di società e i tentativi per risolverle unitariamente. — 4. Un possibile schema operativo per un gruppo di società che chiede il concordato con continuità aziendale: linee generali. — 5. *continua*: la costituzione di una *Newco*. — 6. Alcuni aspetti particolari dello schema operativo e l'impatto fiscale.

1. *Premessa: i gruppi di società e le procedure di ristrutturazione dei debiti.*
— In un contesto di mercato in crisi, soprattutto per la regressione della domanda, che riduce i ricavi e quindi non consente alle imprese di ottenere dalle vendite quei flussi finanziari necessari a coprire i costi fissi, si intensificano i *defaults* aziendali e quindi il ricorso — spesso ritardato e quindi intempestivo — alle procedure di risanamento e ristrutturazione dei debiti, tra le quali primeggia il concordato preventivo che, attraverso la parziale remissione dei debiti e la moratoria dei pagamenti, rivolta alla generalità dei creditori, appare lo strumento più adatto al superamento della crisi. I piani di risanamento di cui all'art. 67, co. 3, lett. d), l. fall. (1), infatti, hanno un ambito di applicazione per lo più limitato al ceto bancario, raramente con effetti remissori (e in questi casi con l'onere della pubblicità nel registro delle imprese per esentare il *bonus* ottenuto dalle imposte sul reddito (2)), richiedono l'assenso di tutte le controparti e la loro natura prettamente contrattuale sovente fraziona le trattative e la conclusione degli accordi.

Invero i piani di risanamento, proprio perché di norma intrattenuti solo con i creditori finanziari (banche, società di leasing e di factoring), sono connotati da maggiore riservatezza, intaccano in misura minore la qualità del debitore intesa come soggetto affidabile e, non coinvolgendo fornitori di beni e servizi, non

(1) Vedansi sul tema D'ANGELO, *I piani attestati ex art. 67, terzo comma, lett. d), l. fall.: luci ed ombre a seguito del decreto "sviluppo"*, in questa *Rivista*, 2014, I, 74; GUERRIERI, *Il controllo giudiziale dei piani attestati*, *ibidem*, 2013, I, 385; VILLANACCI e COEN, *La gestione della crisi d'impresa e i piani di risanamento ai sensi dell'art. 67, 3 comma, lett. d), legge fallim.*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 82; VERNA, *Piani di risanamento e di riequilibrio nella legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 1247 ss.; *Contenuti del piano di risanamento e della relativa attestazione*, *ibidem*, 2010, I, 129 ss.; NARDECCHIA, *Le esenzioni da azione revocatoria e il favor per la soluzione negoziale della crisi d'impresa*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, Milano, Egea, 2010, vol. II, 233 ss.

(2) Ai sensi dell'art. 88, co. 4, d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917, "in caso di [...] un piano attestato ai sensi dell'art. 67, terzo comma, lettera d), [...], pubblicato nel registro delle imprese, la riduzione dei debiti dell'impresa non costituisce sopravvenienza attiva per la parte che eccede le perdite pregresse e di periodo, di cui all'art. 84"; in sostanza prima si portano in diminuzione del reddito le perdite pregresse e poi, sull'eventuale imponibile residuo, si scomputa il *bonus* ottenuto dal piano attestato, come dall'accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis*.

privano l'impresa dei flussi commerciali per la continuazione dell'attività: ciò almeno in teoria, giacché nella pratica le notizie sullo stato di crisi e sugli accordi intercorsi il più delle volte trapelano sul mercato, per cui la riservatezza, che appare essere il maggiore se non l'unico vantaggio distintivo dei piani di risanamento, viene spesso frustrata (3).

I piani di risanamento evidenziano minori possibilità di applicazione in presenza di crisi aziendali che investano gruppi di società. Il maggior numero di società e di istituti finanziari coinvolti si traduce in trattative più lunghe e difficili ed aumenta la probabilità di conoscibilità anche da parte degli altri creditori. Il maggiore coinvolgimento richiesto alla società capogruppo, quanto meno a livello di garanzie, e la differenziazione degli accordi a seconda del grado di indebitamento e di capacità di soddisfacimento da parte delle società del gruppo, debentrici degli istituti finanziari, costituiscono fattori che influenzano negativamente i piani di risanamento quali strumenti più adatti, almeno in molti casi, al risanamento globale (4).

Non rimane che il ricorso al concordato preventivo o agli accordi di ristrutturazione, nella prospettiva di continuità aziendale. La scelta dipende dalle situazioni che si prospettano all'operatore. Tralascio la trattazione degli accordi di ristrutturazione in quanto il fatto di essere riservati ad una frazione sebbene rilevante di creditori, ma privi di riservatezza nei confronti degli altri, nonché la loro natura strettamente contrattuale e la breve e limitata protezione nei confronti del ceto creditorio rappresentano un fattore che ne condiziona l'applicazione allorché essi siano diretti a numerosi creditori nei confronti di società diverse, appartenenti allo stesso gruppo (5). Naturalmente il successo dell'iniziativa di risanamento dipende — non bisogna mai stancarsi di ripeterlo — dalla tempestività con cui essa viene intrapresa.

2. *I gruppi di società nel nostro ordinamento giuridico; riflessi sul diritto concorsuale.* — È *communis opinio* che il nostro ordinamento giuridico, al contrario della scienza aziendale, non riconosca i gruppi di società o contenga un

(3) Inspiegabilmente i principi contabili (OIC 6, *Ristrutturazione del debito. Informativa di bilancio*, luglio 2011, § 7), al fine di privilegiare l'informazione contabile, sacrificano gli interessi dell'impresa alla riservatezza, imponendo un'ampia *disclosure* nella nota integrativa al bilancio, financo delle trattative in corso per la ristrutturazione del debito; *ab absurdo*, non si comprende il motivo per cui, coerentemente con l'assunto su accennato, non s'imponga un'informativa sullo stato di avanzamento di trattative che possano sfociare in un contratto particolarmente favorevole o sfavorevole alla società.

(4) Né va sottovalutata la constatazione della lungaggine che spesso caratterizza il raggiungimento del consenso da parte delle banche ai piani di risanamento e di riequilibrio, lungaggine che probabilmente aumenta allorché a tale procedimento accedano più società appartenenti ad un gruppo, diversamente dislocate sul territorio nazionale e quindi debentrici anche di banche locali, con conseguenti attese financo letali.

(5) Sul punto si richiamano i contributi di TAROLLI, *I contratti per la ristrutturazione dei debiti*, in questa *Rivista*, 2014, I, 789; BALESTRA, *Sul contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *ibidem*, 283; RACUGNO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *ibidem*, 2009, I, 661; FALCONE, *Il giudizio di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti: problematiche processuali*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 368; VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione (art. 182-bis legge fall.)*, *ibidem*, 2007, I, 942; NARDECCHIA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Commentario alla legge fallimentare*, (nt. 1), vol. III, 789 ss.

riconoscimento solo indiretto, senza formule definitorie, ancorché negli ultimi venti anni non siano mancati interventi in determinati settori, quali quello bancario e delle grandi imprese in crisi ⁽⁶⁾, nell'ambito quindi di una disciplina frammentaria e disorganica.

Invero occorre fare mente locale agli artt. 2497 ss. c.c. in tema di *direzione e coordinamento di società*. La disciplina contenuta nel capo IX del titolo V del nostro Codice offre molteplici spunti per una rimediazione sulla su accennata *communis opinio*, quanto meno per osservare che il legislatore — pur non dettando “una organica disciplina della organizzazione del gruppo, rinvenendosi solo episodiche discipline dettate per specifici profili ⁽⁷⁾”, come in materia di *antitrust*, bilancio consolidato, società cooperative, responsabilità nei confronti di soci e creditori e soprattutto nel caso di crisi delle grandi imprese ⁽⁸⁾ — ha introdotto nel nostro ordinamento giuridico, sebbene non sistematicamente, numerose norme che possono costituire un *corpus* idoneo a delinearne le caratteristiche.

L'art. 2497, co. 1, contempla le società che esercitano attività di direzione e coordinamento su altre società e ne prevede la responsabilità in caso di *pregiudizio* arrecato ai soci e ai creditori delle società a quelle sottoposte ⁽⁹⁾. Nel successivo art. 2497 *sexies* si presume, salvo prova contraria, l'esercizio di tale attività allorché una società consolida nel proprio bilancio quelli di altre società o quando controlla queste ultime in virtù di vincoli contrattuali o (più spesso) del numero di voti esercitabili nelle assemblee ordinarie; possono tuttavia essere soggette a direzione e coordinamento della società dominante anche le società collegate, pur non operando nei loro confronti la presunzione *iuris tantum*. Merita segnalare che, salvo i casi di esonero per mancato superamento delle soglie quantitative di cui all'art. 27 del d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127, e di possibile esclusione nei casi contingenti previsti dal successivo art. 28, il termine “società controllante” in prima approssimazione equivale a quello di “società tenuta al consolidamento dei bilanci”.

⁽⁶⁾ Menziona e regola il “gruppo bancario” il d.lgs. 1° settembre 1993, n. 383, artt. 98 ss., nell'ambito della disciplina della crisi delle banche. Il d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, artt. 80 ss., che norma l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, contiene una peculiare disciplina per il “gruppo di imprese”, mentre il d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 (conv. in l. 18 febbraio 2004, n. 39), all'art. 5, dispone specificamente in tema di “operazioni necessarie per la salvaguardia del gruppo” (citazioni tratte da SANDULLI, *Presupposti per l'ammissione alla procedura*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, a cura di Nigro, Sandulli e Santoro, Torino, Giappichelli, 2014, 26, nt. 86).

⁽⁷⁾ Trib. Roma (pres. Monsurrò, rel. Di Marzio), 2 marzo 2011 (punto 3), in *Il caso.it*.

⁽⁸⁾ Il riferimento va al risanamento delle grandi imprese in crisi menzionato alla nota 6, ma un accenno è contenuto anche nell'art. 127, penult. co., l. fall., in tema di concordato fallimentare.

⁽⁹⁾ Il legislatore individua un'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori della società capogruppo, spettante ai creditori delle società eterodirette, esercitabile in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria dai rispettivi organi concorsuali, nonché un'azione individuale esercitabile dai soci delle società eterodirette nei confronti della società capogruppo (art. 2497, co. 1), che può estendersi nei confronti degli amministratori delle società eterodirette, possibili responsabili in via solidale *ex art.* 2497, co. 2. Sul punto v. G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abbadesse e Portale, vol. 3, Torino, Utet, 2007, 969, e gli Autori citati alla nt. 11.

Non è questa la sede per una disamina della complessa disciplina dettata dal citato capo IX del Codice; l'accenno è stato fatto solo per rimarcare quanto vasto possa essere il gruppo delle società soggette all'altrui attività di direzione e coordinamento, attività del resto richiesta dalla connessione esistente fra settori produttivi e merceologici diversi e dalla stessa globalizzazione dei mercati, caratteristiche della moderna economia capitalistica ⁽¹⁰⁾.

Senza voler giungere ad assiomi terminologici, nel prosieguo di questo scritto si chiamerà per brevità *società capo-gruppo* quella che dirige e coordina altre società costituenti il *gruppo di società*.

Orbene la società capo-gruppo può esercitare l'attività d'impresa dirigendo e coordinando le società del gruppo nel rispetto di principi di corretta gestione delle medesime. Nei casi in cui ciò non avvenga, sovviene il disposto dell'art. 2497. La società capo-gruppo è responsabile, per quanto qui interessa, nei confronti, oltre che dei propri, anche dei creditori di quelle società del gruppo alla cui integrità patrimoniale ha arrecato pregiudizio, ovvero, per usare un'espressione più semplice, è responsabile della riduzione del valore del loro patrimonio in conseguenza della propria *mala gestio*, ivi compresa la violazione di "principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale" (art. 2497, co. 1) ⁽¹¹⁾.

I creditori delle società del gruppo possono esercitare l'azione di responsabilità, avente natura extracontrattuale ⁽¹²⁾, nei confronti della società capo-gruppo, secondo la lettera dell'art. 2497, co. 3, solo se non sono stati soddisfatti dalla società eterodiretta loro debitrice. Deve tuttavia ritenersi che questo *beneficium excussionis* non si applichi in caso di conclamata insolvenza della società debitrice, come quando essa sia stata ammessa ad una delle procedure concorsuali. La dottrina, infatti, per lo più scorge una responsabilità di carattere sussidiario rispetto alla società principale debitrice cosicché i creditori si troverebbero nella condizione di agire alternativamente nei confronti della società controllata e della società capo-gruppo ogni qualvolta questa risulti insolvente ⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ In Italia le imprese integrate in un gruppo societario costituiscono grossomodo il 4% del totale, ma occupano circa un terzo del numero complessivo degli addetti; se si considerano le sole società di capitali, le suddette percentuali salgono, rispettivamente, a 21,4 ed a 55,8 (come riferisce L.G. ROSSI, *Il ruolo della controllata e la tutela del socio esterno nella nuova disciplina dei gruppi*, in questa *Rivista*, 2014, I, 979, che riporta dati del 2009).

⁽¹¹⁾ Sul tema della *mala gestio*, derivante da abuso, e sulla conseguente responsabilità di tipo aquiliano, vedasi BRODASCA, *Sub art. 2497 c.c.*, in *Codice commentato delle S.p.A.*, diretto da Fauceglia e Schiano di Pepe, Torino, Utet, 2007, 1597 ss.; ABADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, III, 292; TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, Giuffrè, 2010; VALZER, *La responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Torino, Giappichelli, 2011; DI MAIO, *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in questa *Rivista*, 2009, I, 544 ss.; MADDALUNO, *Dieci anni di giurisprudenza sulla «direzione e coordinamento» di società*, *ibidem*, 2013, II, 743; BENEDETTI, *La responsabilità da etero direzione abusiva della capogruppo. Natura contrattuale o aquiliana? Eventuale carattere sussidiario?*, *ibidem*, 523; L.G. ROSSI, (nt. 10), 979.

⁽¹²⁾ Si vedano le conformi pronunce Trib. Roma 17 luglio 2007, in *Riv. dir. comm.*, 2008, II, 2011, nonché Trib. Napoli, 28 maggio 2008, in *Fallimento* 2008, 1435.

⁽¹³⁾ In questo senso G. SCOGNAMIGLIO, (nt. 9) 947 ss.; TOMBARI, (nt. 11); BADINI CONFALONIERI e VENTURA, *Commento all'art. 2497, in Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da Cottino e

Atteso il richiamo contenuto nell'art. 169, co. 1, l. fall., sovengono qui gli artt. 61 e 62 in tema di tutela del credito verso più creditori obbligati in solido, equiparandosi alla data della dichiarazione di fallimento quella di pubblicazione del ricorso per concordato preventivo nel registro delle imprese, anche perché le menzionate disposizioni sono riconducibili alla regola fondamentale della solidarietà passiva prevista dal codice civile (14).

Se la società eterodiretta principale debitrice è stata ammessa ad una procedura concorsuale, il creditore converrà in giudizio la capogruppo per far valere la sua responsabilità solidale; se anche quest'ultima è in procedura, ricorrerà per insinuazione al passivo in caso di fallimento, mentre, in ipotesi di concordato, se la responsabilità solidale è stata riconosciuta, presenterà la precisazione di credito al commissario giudiziale ed esprimerà il voto sulla proposta.

In caso di fallimento di società facente parte di un gruppo, diversa dalla capogruppo, l'azione risarcitoria nei confronti della capogruppo sarà esercitata dal curatore (art. 2497, ult. co.). Nel caso in cui la società appartenente ad un gruppo fosse stata ammessa alla procedura di concordato preventivo, essa, a mezzo dei suoi organi rappresentativi, presenterà la precisazione di credito su accennata se la responsabilità è stata riconosciuta o, in difetto, previa autorizzazione del giudice delegato, converrà in giudizio la capogruppo per farla dichiarare.

Mi sembra di poter affermare che una disciplina, sia pur parziale dei gruppi di società, sia contenuta negli artt. 2497 ss. c.c. e che tale disciplina si inserisca nel diritto concorsuale imponendo agli operatori di questa branca del diritto di tenerne conto. Mi pare inoltre che il gruppo di società — formato da controllante, controllate, società soggette a comune controllo e, in taluni casi, anche dalle collegate — costituisca un *insieme organizzato*, frequentemente presente sul mercato, che può essere coinvolto, soprattutto in caso d'insolvenza, in una serie di azioni risarcitorie e recuperatorie ad iniziativa delle controllate, dei soci e dei creditori e curatori fallimentari di queste contro la controllante, oltre che dei diretti creditori di quest'ultima, e contro le stesse controllate che abbiano tratto beneficio da atti di *mala gestio* degli amministratori della controllante. Tali azioni s'innestano in situazioni caratterizzate da una sovrapposizione di obbligazioni di dare e di avere e di contratti pendenti incrociati nonché di piani industriali interdipendenti: situazioni quindi che impongono una regolamentazione unitaria della crisi del gruppo, da ricercare nell'ambito del diritto vigente (15).

Bonfante, Cagnasso, Montalenti, vol. III, Bologna, Zanichelli, 2004, 2157. Differenti tesi interpretative, ed in particolare quella incentrata su un'azione diretta nei confronti della capogruppo, sono esposte da MAGGIOLO, *L'azione di danno contro la società o ente capo gruppo*, in questa *Rivista*, 2006, I, 176.

(14) Si segnala sul punto STELLA, *sub art. 61-63 l. fall.*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, Milano, Egea, 2010, vol. I, 1173 ss.; COA, *sub art. 61-62 l. fall.*, in *La legge fallimentare: commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro, Assago-Padova, Wolters Kluwer Italia - Cedam, 2014; quest'ultimo autore si sofferma non solo sulla disciplina del concorso del creditore in solido di un debitore ammesso a concordato preventivo, completamente o parzialmente insoddisfatto, ma anche sull'esercizio del diritto di voto e sul diritto di regresso nei confronti dei coobbligati in solido da parte del debitore che abbia pagato il comune creditore.

(15) Compito invero non facile, se si tiene conto di quanto LO CASCIO, che pur auspica (in *Il*

3. *La posizione della giurisprudenza nei confronti delle crisi che investono i gruppi di società e i tentativi per risolverle unitariamente.* — Un breve excursus delle soluzioni adottate dalla giurisprudenza di merito nell'ultimo lustro, ancorché presentato senza pretese di completezza, mi sembra di particolare ausilio nel tentativo di tracciare una soluzione operativa ad un tema particolarmente complesso, carente ancora di un intervento chiarificatore della Suprema Corte⁽¹⁶⁾.

È pacifico che le società del gruppo possono fare riferimento ad un piano unitario di salvataggio, contenuto in unico ricorso, contestualmente presentato a tutti i creditori delle varie società, nel quale “sono separatamente considerate le società appartenenti al gruppo attraverso l'accurata distinzione delle singole realtà patrimoniali e dunque delle masse attive e delle masse passive riferibili a ciascun soggetto”; tale iniziativa richiede la fissazione di “un'unica adunanza, singole votazioni e separate deliberazioni in ragione di ciascuna organizzazione societaria e del gruppo di creditori ad essa riferibili”, mancando controindicazioni, esegetiche o sistematiche, rinvenibili nella legge fallimentare⁽¹⁷⁾.

L'esistenza di un piano unitario di salvataggio di due società, una conferente e l'altra conferitaria di ramo d'azienda (ambedue quindi vincolate alla responsabilità solidale nei confronti del ceto creditorio *ex art. 2560 c.c.*), da valutare unitamente e complessivamente, stante la clausola *simul stabunt simul cadent* apposta nei due ricorsi di concordato, è il caso affrontato in una recente pronuncia di merito e “censito in modo individuale ed atomistico, anche ai fini di quanto previsto dall'art. 160, co. 2, l. fall.,” come traspare in un recente provvedimento di merito, annotato criticamente in quanto non è stata disposta la riunione delle procedure e pronunciata una sola omologazione⁽¹⁸⁾.

concordato preventivo, Milano, Giuffrè, 2008, 236) il riconoscimento del gruppo in vista di operare una gestione unitaria della crisi, ha affermato: “la riforma non si è occupata del gruppo di imprese, né della sua assoggettabilità al concordato preventivo, e sotto tale profilo non sussiste alcuna indicazione sulla quale poter fondare allo stato una soluzione interpretativa” (Id., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milanofiori-Assago, Ipsa, 2007, 947).

(¹⁶) Invero Cass., sez. I, 21 aprile 2011, n. 9260, si è pronunciata sull'accertamento dello stato d'insolvenza di una società inserita in un gruppo, avvertendo che tale accertamento deve essere operato avendo riguardo esclusivamente alla situazione economica di quella società, potendo il collegamento esistente con altre società e principalmente con la capo-gruppo assumere rilievo solo qualora abbia dato luogo a concrete iniziative di sostegno, idonee al suo risanamento. La sentenza è adesivamente annotata da SALVATO, *Accertamento dell'insolvenza di società di capitali facente parte di un "gruppo"*, in *Fallimento*, 2011, 1173; l'A. osserva come l'affermata tesi atomistica, ovvero la negata riconducibilità del gruppo ad unità, rende difficile giungere al fallimento dell'intero gruppo, ipotizzando (come talvolta fatto in giurisprudenza) una “super-società di fatto”, sorta al di fuori di una delibera dell'assemblea richiesta dall'art. 2361, co. 2, c.c. (sul punto v. anche G. SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in questa *Rivista*, 2008, II, 1106), ma lascia intatta la strada dell'estensione del fallimento *ex art. 147 l. fall.* ad una società di fatto cui partecipa la capo-gruppo. La sentenza, comunque, non mi sembra che rilevi per la soluzione di alcuni problemi operativi del concordato di gruppo, con particolare riferimento alla prospettata unitarietà di domanda, deliberazione, maggioranza, omologa ed esecuzione del concordato.

(¹⁷) Trib. Roma (pres. Monsurrò, rel. Di Marzio), 7 marzo 2011 (punti 6-8), in *Dr. fall.*, II, 2011, II, 247, con nota di FAUCEGLIA, *Sul fenomeno del gruppo nel concordato preventivo*, e in *Il caso.it.*, nonché Trib. Benevento (pres. e rel. Monteleone), 18 gennaio 2012, in *Il caso.it.*, e Trib. Pavia, 1 giugno 2004, inedita, ma cit. da DI MAJO, *I gruppi di imprese nel concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Ghia, Piccininni e Severini, Torino, Utet, 2011, 363, nt. 17.

(¹⁸) Trib. Ravenna (pres. Lacentra, rel. Farolfi), 22 maggio 2014, in *Fallimento*, 2015, 203,

Si legge in altra pronuncia: “nulla osta a che ciascuna società faccia riferimento ad un piano unitario ed 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 parte dei creditori di ciascuna società” (19).

Rimane da stabilire se l’unico ed articolato ricorso debba essere presentato solo dalla capo-gruppo o da tutte le società del gruppo, dove ciascuna interviene con la firma del proprio legale rappresentante debitamente autorizzato. Si è sostenuto che la domanda di concordato possa essere presentata solo dalla capo-gruppo (20), ma anche che il ricorso di società appartenenti ad un solo gruppo, rappresentate da uno stesso amministratore unico, “comporta la produzione di effetti protettivi sul patrimonio di ciascuna società e il reciproco conseguente divieto di proporre azioni esecutive e cautelari a tutela dei rispettivi crediti infragruppo. [...] Ne deriva un vizio di costituzione del rapporto processuale che determina la nullità dell’intero procedimento per violazione del principio del contraddittorio e, più in particolare, della garanzia del diritto di difesa” (21), oltre che un conflitto d’interessi.

La legittimità del concordato di gruppo — la cui domanda sia presentata dalla capo-gruppo, anche quale espressione dell’autonomia contrattuale, prevista dall’art. 1322 c.c. — “fondata su un piano aziendale riferito all’impresa di gruppo e non a ciascun settore di quell’impresa riferito ad una determinata società commerciale”, pare scaturire dalla definizione del “gruppo inteso quale aggregazione di imprese [...], formalmente autonome ed indipendenti l’una dall’altra, ma assoggettate tutte a direzione unitaria nonché quale integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese con coordinamento tecnico amministrativo e finanziario rimesso ad un unico soggetto direttivo (Cass. 2297/2005)” (22).

Non ha invece trovato ostacoli l’affermazione che “è possibile l’adozione di un unico decreto di ammissione delle società ricorrenti alla procedura di concordato preventivo e la fissazione di un’unica adunanza dei creditori nel corso della quale si procederà alle votazioni [...] in rapporto ad ogni singola società debitrice” (23), aggiungendosi che i procedimenti (sia pur con riferimento all’omologazione di accordi di ristrutturazione), relativi a società appartenenti ad uno stesso gruppo, possono essere riuniti qualora ciascun accordo sia espressamente condizionato al passaggio in giudicato dei decreti di omologa degli altri (24).

con nota critica di ANDRETTO, *Concordato preventivo, gruppi di imprese, omologazione, questioni varie*.

(19) Trib. Asti (pres. e rel. Donato), 24 settembre 2012, in *Fallimento*, 2013, 103.

(20) Trib. Roma (pres. e rel. Vannucci), 14 novembre 2012, in *Ilcaso.it*.

(21) Trib. Varese (pres. Santangelo, rel. Cosentino), 14 maggio 2014, inedita; *contra* Trib. La Spezia (pres. d’Avossa, rel. Farina), 27 aprile 2011, punto 2, in *Ilcaso.it*.

(22) Così App. Genova (pres. Bonavia, est. Zuccolini), 23 dicembre 2011, in *Fallimento*, 2012, 440 e 441, con nota di SALVATO, *Profili della disciplina del concordato preventivo e contenuto del controllo giudiziario*.

(23) Trib. Ferrara (pres. Maiorano, est. Giusberti), 8 aprile 2014.

(24) Trib. Milano (pres. Lamanna, rel. Perrotti), 15 ottobre 2009 (punto 2), in *Ilcaso.it*.

Un problema controverso è apparso quello della possibilità non tanto di tenere un'unica adunanza dei creditori delle varie società del gruppo, bensì quello di un computo unico delle maggioranze.

Si è scritto che "sussistono numerosi precedenti giurisprudenziali ammissivi di una gestione preventiva non atomistica della crisi di imprese tra loro collegate, secondo una gradualità che, partendo dalla misura organizzativa della nomina di un unico G.D. e un unico C.G., passando anche attraverso una valutazione unitaria sia della convenienza sia dell'attivo, giunge sino allo svolgimento di un'unica adunanza dei creditori, con relativo computo unitario delle maggioranze; [pertanto] si reputa ammissibile la gestione integralmente unitaria del concordato di gruppo [...] (quindi con un'unica adunanza e computo delle maggioranze riferito all'unico programma concordatario)" (25).

Tale orientamento è stato condiviso in una recente pronuncia (26).

Sembra tuttavia decisamente prevalere l'indirizzo che nega un computo unico riferito ai creditori di tutte le società; alle quattro pronunce già riportate (27) si aggiungono quelle che mostrano identico avviso contrario, pur affrontando principalmente un altro tema, quello della costituzione di classi distinte, a seconda dell'appartenenza dei creditori ad una piuttosto che ad altra società, con trattamenti non necessariamente correlati alle capienze soddisfattive delle rispettive società debentrici.

In posizione decisamente e motivatamente contraria, almeno nel caso di concordato liquidatorio, si pone inoltre la pronuncia che, "pur esprimendo in via generale un giudizio di astratta ammissibilità della proposta concordataria di gruppo a condizione che siano rispettate le regole della competenza territoriale, siano tenute distinte le masse attive e passive ed il raggiungimento della maggioranza venga richiesto per ogni singola società, precisando che il concordato di gruppo si risolve di fatto in un *fascio di procedure concordatarie*, [...] evidenzia, in particolare, come in presenza di una proposta di concordato con cessione integrale dei beni e con funzione esclusivamente liquidatoria, la destinazione di parte del patrimonio delle due società immobiliari del gruppo al soddisfacimento del fabbisogno concordatario delle altre società, prive di cespiti sufficienti, valga a violare l'art. 2740 c.c., secondo cui il debitore risponde delle obbligazioni assunte verso ciascun creditore con tutto il suo patrimonio. [...] La previsione di parziale cessione dei beni costituisce deroga legale alla previsione dell'art. 2740 c.c. per il caso di concordato in continuità e ciò è espressione dell'evidente volontà del legislatore di favorire il risanamento dell'impresa" (28).

Ed infatti, nel caso di concordato con continuità aziendale, si è rilevato che "la commistione in un'unica classe [...] di creditori di più società del gruppo, da cui consegue il soddisfacimento di alcuni a discapito di altri (creditori delle società maggiormente capienti) [...] [nonché] la formazione delle classi — e

(25) Trib. Terni (pres. Lanzellotto, rel. Vella), 29 febbraio 2010 (punto II.C), in *Il caso.it*, e App. Genova, 23 dicembre 2011, (nt. 22), 441.

(26) Trib. Palermo (pres. Novara, rel. Giammona), 3 giugno 2014, inedita.

(27) Vedansi nt. 17 e 19.

(28) App. Roma (pres. Bochicchio, rel. Tronci), 5 marzo 2013, punto 3, inedita.

l'attribuzione a ciascuna di esse di un certo trattamento — costituisce scelta rimessa esclusivamente al debitore [ed ai creditori], spettando al tribunale il controllo sulla loro formazione a garanzia del corretto funzionamento del principio maggioritario che regola l'istituto [...], [mentre] inappropriato appare ogni riferimento alla *par condicio creditorum* posto che, una volta osservato il divieto di alterazione delle cause legittime di prelazione, la deroga alla *par condicio* costituisce proprio lo specifico effetto della suddivisione dei creditori in classi" (29); pertanto l'opposizione dei creditori può essere respinta se risulta che la continuazione dell'attività aziendale lascia fondatamente presumere un soddisfacimento migliore rispetto a quello ottenibile dalla liquidazione, anche fallimentare, delle singole società debentrici (30).

4. *Un possibile schema operativo per un gruppo di società che chiedi il concordato con continuità aziendale: linee generali.* — La domanda di concordato preventivo può essere presentata unitariamente da tutte le società del gruppo, a condizione che, oltre alla sottoscrizione da parte degli amministratori legali rappresentanti debitamente autorizzati ai sensi dell'art. 152, ult. co., l. fall. (31), e alla dimostrazione di superare le soglie dimensionali di fallibilità e di versare in stato di crisi, essa contenga le situazioni contabili e i piani di liquidazione o di risanamento riferiti alle singole società, adeguatamente attestati; unica può essere la proposta di ristrutturazione dei debiti e di risanamento (32), da sottoporre a votazioni separate, e la suddivisione in classi può accomunare creditori di società diverse.

La domanda può essere unica e depositata presso il tribunale della capogruppo a condizione che le altre società del gruppo, anch'esse ricorrenti, abbiano la sede legale o quella effettiva nel circondario. A tal fine sovviene il principio, oramai pacifico in giurisprudenza, a termini del quale la *competenza territoriale* è determinata in base alla sede legale, in forza della presunzione che essa sia anche la sede effettiva (33). La sola dimostrazione della sede legale della capogruppo è inidonea ad individuare la sede effettiva delle altre società componenti il gruppo e quindi il loro foro territorialmente competente (34), per cui sarà necessario provare che la sede effettiva è proprio là dove ha sede legale la capogruppo.

(29) Trib. La Spezia (pres. d'Avossa, rel. Farina), 27 aprile 2011, punto 3, (nt. 21). Il collegio spezzino, tuttavia, riconosce che, "nell'ipotesi in cui la proposta venisse disattesa dalla maggioranza dei creditori, la tutela degli effettivi interessi dei creditori resterebbe meglio affidata ad una pluralità di fallimenti, governata dalle regole della responsabilità risarcitoria ora sancite dall'art. 2497 c.c."

(30) Trib. La Spezia, 27 aprile 2011, punto 4, (nt. 21), e Trib. Prato (pres. Genovese, rel. Acerbi), 21 settembre 2009, in www.unijuris.it.

(31) Ancorché ritengo che, in caso di amministratore unico, la presentazione personale da parte di quest'ultimo, identificato dal cancelliere, assolva la stessa funzione di una sua "determinazione" con firma autenticata da notaio: meno scartoffie e minori costi!

(32) PANZANI, *il gruppo di imprese nelle soluzioni giudiziali della crisi*, in *Società*, 2013, 1366.

(33) Vedasi da ultimo Cass., sez. VI, 7 maggio 2012, n. 6886, secondo cui la sede effettiva è quella in cui si svolge "la attività di direzione e organizzazione dell'impresa sociale", essendo irrilevante, a tal fine, "la ubicazione della attività sociale di produzione e commercializzazione".

(34) Cass., sez. I, 19 luglio 2012, n. 12557.

In punto di fatto appare opportuno, al fine di consentire al giudice di raggiungere il necessario convincimento, presentare la perizia di un professionista che, previo accesso nella sede legale della società controllata e in quella della capo-gruppo ed esame dei libri delle deliberazioni dell'assemblea, del consiglio di amministrazione, del collegio sindacale, nonché dei contratti e delle scritture contabili, attesti che la sede effettiva della controllata coincida con la sede legale della capo-gruppo ⁽³⁵⁾.

Infatti nei gruppi di società spesso le decisioni sono prese non nelle sedi legali delle singole società del gruppo secondo le direttive impartite dalla capo-gruppo (giacché in tal caso si potrebbe sostenere che i centri direzionali, sebbene non del tutto autonomi, rimangano nelle sedi delle varie società), bensì nella sede della stessa capo-gruppo con la partecipazione degli amministratori delle società controllate. La presentazione di ricorsi prodromici presso tribunali diversi costituirebbe un ostacolo al coordinamento delle varie procedure definitive.

Le domande di concordato definitive saranno corredate da *situazioni patrimoniali* aggiornate, relative a ciascuna società istante ed indicheranno distintamente le masse attive e passive, i fabbisogni di concordato e le proposte rivolte ai rispettivi ceti creditori. Appare possibile, ancorché non sempre utile, l'apertura di un'unica procedura di concordato solo dopo che è stato depositato il piano definitivo di concordato con la prescritta attestazione e l'ulteriore documentazione, consentendo al tribunale, *cognita causa*, di pronunciarsi *ex art.* 163, co. 1.

Ne consegua, a mio avviso, che la proposta — mentre può essere unitaria, nel senso di rivolgersi all'universalità dei creditori, individuati e suddivisi in classi indipendentemente dalla società nei confronti della quale vantino il diritto — deve essere approvata dalla maggioranza dei creditori e delle classi di creditori di ciascuna società, non potendosi comprimere, oltre il disposto dell'art. 177, co. 1, l. fall., il diritto del singolo di disapprovare la proposta sistemazione del proprio credito che può essere fatto valere sul patrimonio della società sua debitrice, pena l'inammissibile violazione di tale diritto. L'unicità dell'adunanza dei creditori, la contestualità della votazione e l'unitarietà della proposta, con trattamenti differenziati anche in relazione alla società eterodiretta debitrice, non possono incidere sul computo della maggioranza, stante l'ineludibile principio a termini del quale ciascun creditore è soggetto alla volontà della maggioranza dei creditori con lui concorrenti sul patrimonio del comune debitore, ma non alla volontà dei creditori di altre società.

La giurisprudenza ha sovente ravvisato l'opportunità di un coordinamento fra le varie procedure, affidandole ad un medesimo giudice delegato e ad uno stesso commissario giudiziale ⁽³⁶⁾. Là dove si ammette un collegio di commissari, almeno uno stesso professionista dovrebbe essere nominato a comporre i diversi collegi per coordinarne i compiti. Probabilmente, data la complessità dei con-

⁽³⁵⁾ Ciò ove sia necessario offrire una prova che vinca la presunzione di coincidenza della sede effettiva con la sede legale: Trib. Varese, 14 maggio 2014, (nt. 21).

⁽³⁶⁾ Trib. Roma, 18 aprile 2013, in www.ilfallimentarista.it: soluzione che, dal punto di vista pratico, appare preferibile ad un'unica procedura, stanti in ogni caso il computo distinto delle maggioranze e gli interessi, almeno potenzialmente differenziati, delle singole masse creditorie.

cordati presentati da società appartenenti ad un medesimo gruppo e la necessità di una regia unitaria, i tribunali saranno indotti a sperimentare il nuovo strumento offerto dall'art. 28, co. 1, lett. b), l. fall., ovvero la nomina a curatore di studi associati o società tra professionisti ⁽³⁷⁾.

5. continua: *la costituzione di una Newco.* — Per accentrare la continuazione delle attività d'impresa in un solo soggetto in vista dell'esecuzione del concordato, è utile costituire, prima della presentazione della domanda di concordato, per lo meno di quella definitiva, una nuova società, i cui soci siano la capo-gruppo e tutte le società istanti, avente sede nella stessa circoscrizione tribunale della capo-gruppo. La *Newco* è destinata a rivestire la funzione di assuntore del concordato ai sensi dell'art. 160, co. 1, lett. b), l. fall.

Si ritiene che la carica di amministratore unico o di presidente del consiglio di amministrazione ed amministratore delegato nella *Newco* possa essere assunta dalla società capo-gruppo o da un professionista di accertata competenza ed indipendenza. La *Newco* può essere società di capitali o di persone; in quest'ultimo caso, considerando la disposizione dell'art. 2361, co. 2, c.c., riferita alla partecipazione di una società di capitali in una società di persone, e stante il disposto dell'art. 2257, co. 1, relativo all'assunzione, in tale partecipazione, della qualifica di amministratore da parte di ciascun socio, la funzione amministrativa nella nuova società può essere ricoperta anche dalla stessa capo-gruppo. Nel prosieguo di questo scritto emergeranno elementi che indirizzeranno la scelta verso la società a responsabilità limitata.

Il legale rappresentante della *Newco* comunicherà che, nella sua qualità, ha accettato il mandato conferito — con opportuna scrittura privata autenticata nelle firme da notaio — di eseguire il concordato preventivo delle su nominate società del gruppo secondo determinate modalità che potranno essere modificate in aderenza a quanto sarà stabilito nel decreto di omologa.

Siamo di fronte, in questa ipotesi, a due obbligazioni di fare: l'una assunta dalla società amministratrice della *Newco*, l'altra assunta dalla persona fisica amministratore di quest'ultima, ambedue nell'interesse della massa dei creditori delle società del gruppo. La prima di tali obbligazioni investe l'intero patrimonio di tutte le società ai sensi dell'art. 2740 c.c.

La prefata *Newco*, che, per quanto si dirà appresso, sarà per brevità denominata *società cessionaria* o *società veicolo*, viene costituita *ad hoc*, allo scopo di favorire, nell'interesse di tutte le società sue socie, la presentazione ed accettazione sia di una domanda con la riserva di cui all'art. 161, co. 6, l. fall., sia successivamente, al termine della concessa moratoria, di una *domanda definitiva di concordato preventivo con continuità aziendale*, attraverso lo strumento del

⁽³⁷⁾ Sul punto *longius* VERNA, *La disciplina sulle società professionali: novità, conferme, osservazioni critiche*, in questa *Rivista*, 2014, I, 746 e 747. Il Tribunale di Piacenza, nel fallimento n. 11 del 2011, ha nominato curatore un'associazione professionale.

trasferimento nella predetta società-veicolo (condizionato ai decreti di omologa) delle rispettive aziende e di tutti i loro rapporti giuridici, financo di quelli che non risultino dalle scritture e documenti sociali (38).

Al fine di prevenire possibili obiezioni circa il conflitto d'interesse, ipotizzabile tra le varie ricorrenti, ciascuna di esse dovrà essere rappresentata, con i poteri richiesti per la presentazione e la modificazione del ricorso che sarà depositato in via definitiva e per ogni altro incombenza richiesto dal tribunale, da amministratori diversi o, occorrendo, da curatori speciali, nominati ai sensi dell'art. 78, co. 2, c.p.c. (39).

Come si è sopra accennato, tutte le società ricorrenti trasferiranno le loro aziende nella società *veicolo*, con la clausola che i trasferimenti sono sottoposti alla condizione sospensiva dell'omologa del concordato di tutte le istanti (adottando qui la nota clausola in tema di nomina di amministratori: *simul stabunt, simul cadent*); quindi la loro efficacia e principalmente la confusione dei patrimoni delle cedenti e della cessionaria avranno luogo solo dopo che, a seguito delle delibere dei creditori delle varie società, il tribunale adito avrà emesso il decreto di omologa (40). Le cessioni (41) saranno pertanto effettuate sulla base delle situazioni contabili alla data di presentazione delle domande definitive di concordato preventivo, corroborate dalle attestazioni di veridicità del professionista *ex art. 161, co. 3, l. fall.*, e, in caso di declassamento a chirografo di parte di alcuni creditori privilegiati o di quote dei loro crediti, ai sensi dell'art. 160, co. 2 (42).

(38) Motivi di risparmio fiscale potrebbero suggerire di soprassedere dalla costituzione di una *Newco* e fare assumere le sue funzioni alla società del gruppo dotata di maggior patrimonio immobiliare al netto delle passività ad esso inerenti.

(39) Trib. Varese, 14 maggio 2014, cit. Si osserva tuttavia che proprio la cristallizzazione dei rapporti e delle azioni potrebbe scongiurare il rischio di conflitti di interesse.

(40) La soluzione del trasferimento, in cui il rigetto della domanda di omologa del concordato costituisca condizione risolutiva, soluzione prospettata al Tribunale di Palermo (v. nt. 26), è apprezzata negativamente in quanto attua immediatamente la confusione dei patrimoni vanificando la riserva contenuta nell'art. 2740 c.c. Il rimedio di costituire un impianto contabile separato per ciascuno dei complessi aziendali conferiti — in modo da rilevare distintamente, nel periodo di riferimento, i fatti di gestione inerenti ciascun complesso aziendale, individuare e quantificare le eventuali partite creditorie e debitorie che dovessero insorgere tra le diverse masse patrimoniali e consentire contestualmente l'imputazione a tali masse degli oneri sostenuti durante la procedura concorsuale, così da essere in grado di ripristinare correttamente, in caso di mancato omologa del concordato, le situazioni contabili alla data del conferimento" (come si legge in Trib. La Spezia (pres. d'Avossa, rel. Farina), 27 aprile 2011, (nt. 21), ma *contra* Trib. Ferrara, 8 aprile 2014, (nt. 23)) — appare complessa, dispendiosa e foriera di controversie, in confronto della più semplice e cristallina soluzione che contempla la condizione sospensiva.

(41) I trasferimenti delle aziende dalle varie società del gruppo alla *Newco* a mezzo di compravendita sono preferibili a quelle attuate attraverso conferimento, non solo per l'onerosità delle perizie soprattutto ove il nuovo soggetto ricevente fosse una società di capitali, ma anche perché le società conferenti si troverebbero nella necessità, per sciogliersi al termine del concordato, di collocare le partecipazioni ricevute.

(42) Al declassamento al chirografo, nel rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione di cui all'art. 2788 c.c., di parte del passivo privilegiato si ricorre spesso soprattutto per coprire il fabbisogno del concordato, ma anche per favorire un'omogeneizzazione della proposta ai creditori nella fase di sua esecuzione, caratterizzata, come si è accennato, dalla confusione dei patrimoni delle varie società del gruppo. Sul punto rinvio al mio recente scritto *La relazione del professionista per il pagamento in percentuale dei crediti privilegiati ai sensi dell'art. 160, secondo comma, l. fall.*, in *Dir. fall.*, 2014, I, 828.

La futura e condizionata confluenza delle aziende in una sola società, la *Newco società cessionaria*, consentirà, in tutta evidenza, una serie di effetti favorevoli alle società cedenti, ai loro creditori e dipendenti. Infatti, in capo alla cessionaria, sarà possibile una gestione unitaria e semplificata delle varie attività, con prevedibili economie di scala e ottimizzazione delle produzioni, che si tradurrà nella continuazione dell'attività d'impresa — evitando, o al limite contenendo, la liquidazione di società e di patrimoni — e, in ultima analisi, nel superamento della crisi, nell'estinzione delle passività pregresse e nel ritorno alla normale redditività d'impresa in un tempo ragionevole.

I trasferimenti acquireranno efficacia con l'iscrizione nel registro delle imprese del decreto di omologa del concordato, che rappresenta l'evento al cui verificarsi è condizionata l'efficacia *erga omnes* delle suddette cessioni di azienda. L'iscrizione del decreto di omologa (art. 180, co. 1, che richiama l'art. 17, co. 3) assolve anche l'obbligo pubblicitario previsto dall'art. 2556, co. 2, atteso il trasferimento della proprietà di aziende ⁽⁴³⁾.

La cessionaria continuerà l'esercizio dell'impresa attraverso la organizzazione e la gestione delle aziende delle società cedenti anche per il soddisfacimento di tutti i creditori di queste ultime secondo le rispettive proposte omologate. Le società cedenti, prive ormai dell'azienda conferita, si porranno in liquidazione e cesseranno.

Nel caso di mancata omologa, invece, permarranno le garanzie che ciascuna società è tenuta ad offrire, a mezzo della propria azienda, al rispettivo ceto creditorio, nel rispetto dell'art. 2740 c.c. Fino alla pronuncia con cui il tribunale adito chiuderà la procedura di concordato, infatti, pur istaurandosi, sotto il controllo degli organi del concordato, una gestione unitaria ed auspicabilmente virtuosa delle società del gruppo, i rapporti giuridici, la contabilizzazione degli atti di gestione e le risorse finanziarie resteranno separati e sarà evitata qualsiasi commistione fra le varie società ricorrenti.

6. *Alcuni aspetti particolari dello schema operativo e l'impatto fiscale.* — Come si è accennato nel paragrafo precedente, le domande di concordato con riserva saranno presentate al tribunale nella cui circoscrizione ha sede la capogruppo, anticipando per sommi capi il programma di risanamento del gruppo che passa attraverso il trasferimento di tutte le aziende in una costituenda *società-veicolo*, di modo che il raggruppamento possa favorire, nel nuovo soggetto, sinergie produttive e commerciali ed economie di scala. Utilità e trasparenza consigliano di anticipare oltre al legale, i nomi dei professionisti impegnati nell'operazione, quali l'*advisor* e l'attestatore, esplicitando i termini anche economici del loro mandato, oramai obbligatori ai sensi dell'art. 9, co. 4, d.l. 24 gennaio 2012, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27 ⁽⁴⁴⁾. Tra le date dei decreti di

⁽⁴³⁾ Per la neutralità ai fini delle imposte sul reddito dei conferimenti di aziende vedasi l'art. 176, d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917.

⁽⁴⁴⁾ I crediti sorti in funzione del concordato preventivo, quindi quelli sorti a seguito di mandati conferiti dall'imprenditore legittimamente, con riferimento sia al loro contenuto, sia alla misura del relativo compenso, e che hanno consentito la presentazione di domande provvisorie o

apertura delle procedure e di presentazione delle domande definitive di concordato, sarà costituita la *Newco* e saranno stipulati i contratti di compravendita delle aziende delle società del gruppo, sottoposti alla condizione sospensiva dell'omologa dei concordati richiesti dalle medesime società⁽⁴⁵⁾, nonché verrà conferito il mandato che impegna la nuova società ad adoperarsi per la ristrutturazione dei debiti delle società cessionarie attraverso lo strumento del concordato preventivo con continuità aziendale.

Avveratasi la condizione, ovvero intervenuta l'omologa del concordato, si renderà dovuta l'imposta proporzionale di registro sui valori trasferiti. La base imponibile, in caso di trasferimento di azienda con beni immobili, sarà duplice: una costituita dal valore di mercato degli immobili al netto delle passività ad essi afferenti, che è soggetta ad imposta di registro del 7% sui fabbricati, del 9% sui terreni edificabili e del 15% sui terreni agricoli (art. 10, co. 1, d.p.r. 131/1986)⁽⁴⁶⁾; l'altra, costituita dai residui valori mobiliari netti, quindi depurati delle passività risultanti dalla contabilità, che è soggetta all'imposta di registro del 3%.

In caso di concordato liquidatorio, ove si dovessero trasferire nella *Newco* beni immobili di rilevante valore netto, con conseguente assoggettamento ad un'imposta proporzionale di registro di elevato ammontare, potrebbe essere opportuno soprassedere dalla costituzione della *Newco* e dai trasferimenti di azienda ed affidare alla capo-gruppo il coordinamento delle varie operazioni di liquidazione e quindi l'esecuzione del concordato. Nell'ipotesi di concordato con continuità aziendale, dove appare più opportuno accentrare in una società tutte le aziende del gruppo, al fine di contenere i trasferimenti di immobili, ove il loro valore netto comportasse il pagamento di un'onerosa imposta di registro, sarà esaminata la convenienza di operare i trasferimenti a favore della società del gruppo il cui patrimonio è maggiormente costituito da immobili ed affidare a tale società i compiti della *Newco*.

I prezzi di compravendita delle aziende trasferite saranno di qualche centinaia di euro ciascuno, commisurati cioè alle spese per gli adempimenti civilistici e fiscali da sostenere, con l'utilizzo del capitale di costituzione, fino alla cancellazione delle singole società dal registro delle imprese a seguito dell'omologa dei concordati, allorché, essendosi avverate le condizioni sospensive, esse rimarranno scatole vuote. Tali importi saranno adeguati, da una parte, allo stato di crisi in cui versano le cedenti che non giustifica un prezzo maggiore, dall'altra,

definitive, sono assistiti da prededuzione ai sensi dell'art. 111, co. 2, l. fall., essendo caduta, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 22, co. 7, d.l. 24 giugno 2014, n. 91, conv. in l. 11 agosto 2014, n. 116, l'interpretazione restrittiva introdotta con l'art. 11, co. 3 *quater*, d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, conv. in l. 21 febbraio 2014, n. 9: conformi Trib. Monza (pres. Paluchowski, est. Crivelli), 11 novembre 2014, in *Il caso.it*, e, per ultimo, Cass., sez. I, 6 febbraio 2005, n. 2264, nonché VERNA, *Sulla prededuzione in funzione nel concordato preventivo*, in *Dr. fall.*, 2015, I, 90.

⁽⁴⁵⁾ Gli atti di trasferimento, soggetti a condizione sospensiva, devono essere registrati entro 20 giorni e scontano l'imposta fissa di registro di euro 168 (art. 27, co. 1, d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131).

⁽⁴⁶⁾ Per effetto dell'art. 26, co. 1, d.l. 12 settembre 2013, n. 104, conv. in l. 8 novembre 2013, n. 128, le imposte ipotecarie e catastali sono dovute nella misura fissa complessiva di € 100.

all'aspettativa di un risanamento complessivo, che non giustifica un valore negativo. Si consideri inoltre che, avveratesi le condizioni sospensive e quindi omologati i vari concordati, dilatori ma soprattutto remissori, la nuova società riceverà dalle cedenti passività ed attività valutati per importi equipollenti.

La scelta compiuta nel paragrafo precedente con riferimento al tipo sociale preferito per la *Newco*, quello della s.r.l., si giustifica sia per la semplicità e minore onerosità di gestione, sia perché comunque la responsabilità limitata al capitale investito contiene i rischi di insolvenza nel caso di insuccesso che dovesse investire il piano omologato nella fase di esecuzione.

Il piano di ristrutturazione dei debiti può essere unitario o può essere articolato in tanti piani quante sono le società istanti, costituiti ciascuno da un elenco di creditori prededucibili, privilegiati e chirografari, a fronte dei quali saranno formulate una sola o distinte proposte di soddisfacimento che possono differenziarsi nella previsione delle percentuali e dei tempi di pagamento. Il fabbisogno per l'adempimento delle proposte scaturisce da un piano unico di fattibilità elaborato dalla *Newco*, tenuto conto del contesto aziendale che riceverà dalle varie società del gruppo.

Per quanto possibile, il piano di soddisfacimento dei creditori terrà conto delle risorse loro destinate dalle società rispettive debentrici in conformità all'art. 2740 c.c. Potrebbe tuttavia essere approvato e quindi omologato anche un piano che non rispetti la correlazione fra capacità di soddisfo della società debitrice ed ammontare delle passività da soddisfare nella percentuale astrattamente prevedibile. Infatti la mancata correlazione, che avvantaggiasse i creditori di una e svantaggiasse quelli di altra società del gruppo, potrebbe costituire fattore necessario per la riuscita del risanamento del gruppo nel suo complesso, da cui dipendono le ristrutturazioni proposte ai ceti creditori delle varie società. Insomma, per esemplificare, se, per mantenere in vita la società *alfa*, funzionale al risanamento del gruppo, occorresse ridurre il soddisfo nella misura di qualche punto percentuale spettante ai creditori della società *beta* e tale spostamento, chiaramente proposto e giustificato alla massa dei creditori, raccogliesse l'approvazione della maggioranza dei creditori (e delle classi), della società *beta*, si verificherebbe un'astratta lesione (auspicabilmente contenuta) che troverebbe però giustificazione nella volontà pattizia dei creditori che, con separate votazioni, l'hanno positivamente valutata nell'ambito della fattibilità di un più ampio piano di risanamento di cui anch'essi saranno i beneficiari (47).

GIUSEPPE VERNA

(47) Si vedano sul punto Trib. La Spezia, 27 aprile 2011, (nt. 21), ed App. Genova, 23 gennaio 2012, (nt. 22), che però fanno riferimento a votazioni di classi in cui sono stati collocati creditori di società diverse, sulla cui legittimità mi permetto di dissentire per quanto affermato al § 4 sulla compressione dei diritti di credito oltre il disposto dell'art. 177, co. 1.