

QUADERNI ROMANI DI DIRITTO COMMERCIALE

collana fondata da BERARDINO LIBONATI e PAOLO FERRO-LUZZI

a cura di CARLO ANGELICI, GIUSEPPE FERRI jr, GIUSEPPE GUIZZI e PAOLO SPADA

serie ATTI

3

CRISI DELL'IMPRESA E RUOLO DELL'INFORMAZIONE

*ATTI VIII INCONTRO ITALO-SPAGNOLO
DI DIRITTO COMMERCIALE*

Napoli, 25 settembre 2015

a cura di
ANDREA PACIELLO E GIUSEPPE GUIZZI



GIUFFRÈ EDITORE
© Copyright - Giuffrè Editore

ISBN 9788814212079

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2016

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

© Copyright - Giuffrè Editore

INDICE-SOMMARIO

<i>Presentazione</i>	XI
--------------------------------	----

RELAZIONI

ALESSANDRO NIGRO <i>Crisi dell'impresa e ruolo dell'informazione</i>	3
ALBERTO EMPARANZA <i>Deberes de los administradores frente a los acreedores en sociedades con dificultades económicas</i>	21
ANTONIO RONCERO SÁNCHEZ <i>La información contable en la fase de declive de la empresa</i>	41
MAURIZIO SCIUTO <i>I doveri informativi del debitore nella proposta concordataria e di ristrutturazione del debito</i>	69
ÁNGEL GARCÍA VIDAL <i>Preconcurso de acreedores: publicidad versus reserva</i>	95
GIUSEPPE GUIZZI <i>Procedure di insolvenza, continuazione dell'impresa e regime della contabilità: primi spunti per una riflessione</i>	153
ANDRÉS RECALDE CASTELLS <i>La tutela de los socios en los acuerdos de refinanciación mediante la conversión en capital de la deuda de la sociedad</i>	179
VITTORIO SANTORO <i>Crisi bancarie, ruolo dell'informazione e protezione del cliente</i>	215

INTERVENTI

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO <i>¿Huida del derecho concursal?</i>	233
NICCOLÒ ABRIANI <i>Corporate governance e doveri di informazione nella crisi dell'impresa</i> . . .	253

GIUSEPPE FERRI jr <i>Assegnazione delle partecipazioni ai creditori e risoluzione del concordato preventivo.</i>	281
GIUSEPPE GRAZIADEI <i>L'informativa contabile nelle procedure concorsuali e preconcorsuali.</i>	295
RAFAEL MARIMÓN DURÁ <i>Información engañosa o deficiente en el mercado bancario y protección del cliente a través de Ley de Competencia Desleal.</i>	309
MARILENA RISPOLI FARINA <i>Informazione e trasparenza nella disciplina della crisi del consumatore</i>	333
PIETRO PAOLO FERRARO <i>I « registri fallimentari » interconnessi nel Regolamento UE 2015/848 sulle insolvenze transfrontaliere</i>	363
PAULA DEL VAL TALENS <i>Aspectos organizativos de los grupos de sociedades en el concurso: información y responsabilidad.</i>	391
LORENZO BENEDETTI <i>I flussi informativi nella crisi del gruppo societario: spunti di diritto interno e comparato in vista della ventura riforma della normativa italiana</i>	409

LORENZO BENEDETTI

I FLUSSI INFORMATIVI NELLA CRISI
DEL GRUPPO SOCIETARIO:
SPUNTI DI DIRITTO INTERNO
E COMPARATO IN VISTA DELLA VENTURA
RIFORMA DELLA NORMATIVA ITALIANA

SOMMARIO: 1. Premessa e obbiettivo del lavoro. — 2. Considerazioni preliminari sulle conseguenze della *Konzerninsolvenz*. — 3. La *legislative guide* dell'Uncitral. — 4. Il Regolamento UE sull'insolvenza transfrontaliera (refusione). — 5. La riforma dell'*InsO* tedesco in materia di insolvenza dei gruppi. — 6. *Segue*: lo scambio di informazioni fra *Insolvenzverwalters* nella *Konzerninsolvenz* nell'ordinamento tedesco vigente. — 7. *Segue*: la cooperazione fra tribunali nella *Konzerninsolvenz* nell'ordinamento tedesco vigente. — 8. Il concordato di gruppo in Italia. Premessa. — 9. L'attestazione della soluzione unitaria della crisi del gruppo e la rilevanza a tal fine della circolazione infragruppo delle informazioni. La nomina di un unico professionista. — 10. *Segue*: nomina di più attestatori per le diverse società del gruppo in crisi. — 11. *Segue*: i flussi informativi nell'ipotesi del piano concordatario presentato dalla capogruppo. — 12. Considerazioni normative. — 13. *Segue*: gli spunti ricavabili dalla disciplina dei finanziamenti infragruppo. — 14. Spunti di diritto comparato. — 15. Conclusioni. — 16. La circolazione di informazioni fra i tribunali. — 17. Lo scambio informativo e gli organi delle procedure.

1. *Premessa e obbiettivo del lavoro.* — La moderna dottrina comparatistica attribuisce al diritto comparato la funzione — fra le altre — “di trovare e preparare materiali che possano successivamente servire ai legislatori nazionali” (1).

Nelle considerazioni che di seguito si svolgeranno si intende attenersi a questa indicazione di carattere funzionale, da un lato, esaminando i più recenti sviluppi che hanno interessato gli ordinamenti stranieri e sovranazionali (in particolare quello europeo) per quanto concerne la circolazione delle informazioni in situazioni di crisi, che coinvolgano plurime unità di un medesimo gruppo di società; e, dall’altro, verificando quali ricadute e quali suggestioni possano derivare da una simile indagine rispetto alla disciplina italiana della crisi del gruppo, che costituisce uno degli argomenti oggetto dei lavori della commissione Rordorf (2), incaricata dal Ministro della Giustizia di procedere alla revisione della disciplina fallimentare al fine di valutare “l’opportunità di introdurre una specifica disciplina nazionale” per quella particolare fattispecie, anche in considerazione della recente approvazione (3) del regolamento UE 2015/848, rifusione del 20 maggio 2015 (4).

Si procederà, altresì, anche a verificare non soltanto l’opportunità e la possibilità di importare le soluzioni proposte a

(1) PORTALE, *Il diritto societario tra diritto comparato e diritto straniero*, in *Riv. soc.*, 2013, 325 ss., ove ampi riferimenti.

(2) La commissione si è insediata nel gennaio del 2015; prima dell’estate 2015 essa ha licenziato un progetto normativo destinato a diventare una legge delega per una nuova riforma della legge fallimentare.

(3) Avvenuta nel maggio 2015, ed ancora in corso al momento dell’adozione dell’atto di nomina della commissione Rordorf.

(4) Pubblicato nella gazzetta ufficiale dell’UE del 5 giugno 2015 n. 141/19 e consultabile su eur-lex.europa.eu.

livello internazionale nel nostro ordinamento, ma anche a confrontarle con i risultati a cui è consentito pervenire in applicazione delle norme attualmente vigenti.

2. *Considerazioni preliminari sulle conseguenze della Konzerninsolvenz.* — Per cogliere pienamente la rilevanza del problema del coordinamento delle procedure di soluzione della crisi relativa alle società del gruppo, è utile proporre qualche considerazione sugli effetti che tale situazione determina.

In proposito conviene far riferimento — nell'ottica comparatistica che connota tutta la presente riflessione — agli spunti ricavabili dalla dottrina tedesca (5).

Questa rileva come il potere di eterodirezione, che connota l'esistenza del gruppo nella fase fisiologica del suo funzionamento, risulti soppresso nel momento in cui ad esso si sovrappone l'organizzazione prevista dall'ordinamento in caso di crisi delle singole unità, ovvero nel momento della nomina dell'*Insolvenzverwalter* (6). Tale conclusione viene così giustificata: l'*InsO* detta una disciplina che, nonostante l'esistenza del gruppo, è contraria ad “uno svolgimento gerarchico” della procedura di composizione della crisi. Siccome ai sensi della normativa concorsuale si prevede un'autonoma procedura per ciascuna società raggruppata, risulta inconciliabile con essa imporre per mezzo del potere di eterodirezione “una gerarchia delle diverse procedure” (7).

Questa considerazione appare valida anche per il nostro ordinamento vigente, stante l'assoluta mancanza di qualunque considerazione del fenomeno del gruppo da parte della nostra disciplina fallimentare.

(5) Si noti che, così come a livello di diritto sostanziale, anche per quanto concerne la disciplina della gruppo in crisi è stata oggetto di una riflessione che appare assai più articolata di quella italiana.

(6) VORMSTEIN, *Zuständigkeit bei Konzerninsolvenzen*, 152; BECKER, *Kooperationspflichten in der Konzerninsolvenz*, Köln, 2012, 69 ss.

(7) BECKER, *op. cit.*, 70.

Trasponibile nel nostro contesto nazionale appare, allora, anche l'ulteriore rilievo rinvenibile nella letteratura tedesca, per cui il venir meno del potere di eterodirezione nella crisi del gruppo comporta uno svantaggio per le sue singole componenti e per i loro creditori, poiché la disgregazione dell'unità economica dell'impresa di gruppo conduce a risultati subottimali (8). Si rileva, più specificamente, che tale esito è conseguenza della "eigentümliche Konfliktsituation" che insorge nella *Konzerninsolvenz* — anzi che ne costituisce un elemento tipico — per effetto del venir meno della "dirigierte Koordination" e delle sinergie che la direzione unitaria implica (9).

Queste ultime costituiscono nel loro complesso quello che la dottrina tedesca indica con l'espressione "konzernspezifischen Verbundwert", con la quale si riassume l'assunto per cui l'unitarietà economica del gruppo ha un valore superiore alla somma dei patrimoni delle singole società (10).

Siccome il miglior soddisfacimento possibile dei creditori costituisce l'obbiettivo di qualunque strumento per il supera-

(8) NOACK, *Unternehmensinsolvenz: Reorganisation der Rechtsträgers oder Vertrags-nachfolge bei übertragender Sanierung*, in CREZELIUS-GEORG, *Festschrift Röhricht*, Köln, 2005, 456; BECKER, *op. cit.*, 71 e 143 ss., ove si si indagano i vantaggi derivanti dalla cooperazione die soggetti coinvolti nella *Konzerninsolvenz* ("Durch einen Kooperations soll ein besseres Ergebnis für die Beteiligten — in erster Linie für die Gläubiger — erreicht werden").

(9) PIEPENBURG, *Faktisches Konzerninsolvenzrecht am Beispiel Babcock Borsig*, NZI, 2004, 234; BECKER, *op. cit.*, 82 ss. ove si afferma che "der Wegfall der Konzernleitngsmacht und die Einsetzung verschiedener unabhängiger Entscheidungsträger der wirtschaftliche Normalzustand und die wirtschaftliche Zwecksetzung des konzerns au de Kopf gestellt wird" e che "Hierdurch wird die effiziente Abwicklung der Konzerninsolvenz schon im Ansatz gefährdet".

(10) EMMERICH/HABERSACK, *Konzernrecht*, München, 2008, § 305, Rz. 65; BOUS, *Die Konzrnleitngsmacht im Insolvenzverfahren konzernerverbundener Kapitalgesellschaften*, Köln, 2001, 36; PAULUS, *Kurzkomentar zu AG München EWiR Art. 3 EUInsO VO 2/04*, EWiR, 2004, 494; LUTTER/SCHNEIDER, *Handbuch der Konzernfinanzierung*, Köln, 1998, § 1 Rz 1.2.

mento di una situazione di crisi (11), diviene allora imprescindibile individuare degli strumenti di coordinamento — anche sul piano informativo, per quanto qui più direttamente interessa — delle soluzioni della crisi relative alle diverse società del gruppo, che sostituiscano il coordinamento assicurato dalla direzione unitaria in funzione del perseguimento di quell'obiettivo (12).

3. *La legislative guide dell'Uncitral.* — La *legislative guide* dell'Uncitral contiene ora una Parte III — recentemente approvata in via definitiva — dedicata al “Treatment of enterprise groups in insolvency”.

Tale parte, dopo l'introduzione e l'elenco delle definizioni (13), è suddivisa in tre sezioni, delle quali la seconda dedicata alle c.d. “domestic issues” sull'insolvenza di gruppo — in altri termini, alle raccomandazioni relative alla disciplina delle insolvenze di gruppo non transfrontaliere —, mentre la terza è dedicata alle “international issues”, ossia alle insolvenze transfrontaliere di gruppo.

In questa sede non si procederà ad illustrare, nemmeno per sommi capi, la disciplina della guida legislativa nel suo insieme (14), ma si considereranno esclusivamente le raccomandazioni inerenti la circolazione delle informazioni all'in-

(11) V. per l'ordinamento tedesco § 1 *InsO* ed oltre per riferimenti; per il nostro ordinamento il combinato disposto degli artt. 160, 1 co., lett. a) e 180, 4 co., l. fall. e STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa fra diritto e economia*, Bologna, 2007, 94 ss.

(12) BECKER, *op. cit.*, 144, ove si afferma che il vantaggio della cooperazione nella *Konzerinsolvenz* deriva proprio dal mantenimento della unità economica del gruppo, in quanto essa funge da “Surrogat für die weggefallen Konzernleitungsmacht” e conduce ad una prevedibile miglior soddisfazione dei creditori (v. anche Wittinghofer, *Der nationale internationale Insolvenzverwaltungsvertrag*, Bielefeld, 2004, 36) grazie ad una “Vergrößerung... [und] Maximierung der Haftungsmasse”; oltre che da una riduzione dei costi.

(13) Ove anche una definizione di *enterprise group*.

(14) Per una sintetica, ma esaustiva panoramica su entrambe le sezioni della Parte III della guida legislativa, si rimanda ad ABRIANI-PANZANI, *Crisi ed insolvenza di gruppo*, in corso di pubblicazione.

terno del gruppo in crisi, accennando alla disciplina complessiva soltanto nella misura in cui si renda a tal fine necessario.

Iniziando ad esaminare la sezione II della Parte III del documento Uncitral, si rileva come lì l'esigenza di continuare ad assicurare il coordinamento fra le varie società in crisi o insolventi (15) — così come avviene per le società di un gruppo che non versino in una di queste due situazioni patologiche (16) — e, conseguentemente, di attivare quei flussi informativi che dell'eterodirezione unitaria sono presupposto imprescindibile (17), viene affrontata, in prima istanza, raccomandando la presentazione di una "joint application" per l'avvio di una procedura d'insolvenza per due o più entità raggruppate.

Sul piano dell'informazione, rilevante ai fini della presente indagine, si sottolinea che consentire tale *joint application* alle entità del gruppo in possesso dei requisiti per essere assoggettati ad una procedura d'insolvenza produce l'effetto positivo di catalizzare l'attenzione della corte individuata come competente sull'esistenza di una siffatta aggregazione di imprese (e sulle peculiari esigenze che essa implica anche nella fase crepuscolare della crisi), in particolare qualora la domanda unitaria sia accompagnata da informazioni attinenti all'esistenza del gruppo e alle relazioni intercorrenti fra i membri dello stesso di maggior importanza (18).

Questo primo passaggio evidenzia come le esigenze alla

(15) Fenomeno che, nel solco dell'insegnamento di un compianto Maestro, viene tuttora latamente definito come « gruppo insolvente » (Il riferimento è, naturalmente, a LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981).

(16) Al riguardo v. ABRIANI-PANZANI, *op. cit.*, e gli ampi riferimenti bibliografici lì contenuti in part. nt. 2.

(17) G. SCOGNAMIGLIO, "Clausole generali", *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 517 ss.; ARCIDIACONO, *I prestiti dei soci nelle società di capitali*, Torino, 2012, 247.

(18) Guida legislativa Uncitral, parte III, sez. II, 21.

base del trattamento unitario della crisi del gruppo (19), che trovano una risposta, secondo le previsioni della guida legislativa, nella proposizione di un *joint application*, siano strettamente correlate con l'allegazione alla domanda unitaria di informazioni concernenti l'organizzazione e la struttura del gruppo investito dalla crisi.

Non solo: la guida legislativa individua altresì lo scopo della *joint application* nel facilitare la corte, che ne è destinataria, ad ottenere le informazioni funzionali ad accertare l'esistenza dei presupposti necessari per avviare una procedura d'insolvenza per quelle unità del gruppo coinvolte nella domanda unitaria.

Tali cenni evidenziano la rilevanza dell'informazione al fine di realizzare l'obiettivo fondamentale perseguito dalla guida legislativa dell'Uncitral, ovvero replicare quel coordinamento che connota il gruppo nella fase fisiologica del suo funzionamento anche nel momento in cui esso risulta affetto da una situazione di crisi (20) (coordinamento che, come rilevato, viene percepito come essenziale, nell'ottica del miglior soddisfacimento dei creditori, anche dalla dottrina tedesca).

Proseguendo nell'esame della guida legislativa dell'Uncitral dedicata alle insolvenze di gruppo nazionali, sembra possibile rilevare come l'informazione infragruppo sia considerata da un duplice angolo visuale, ovvero come strumento per la realizzazione di un coordinamento procedurale fra le diverse società in crisi, ma, al contempo, anche come l'obiettivo a cui quest'ultimo tende (21).

Quanto a tale ultimo profilo, l'Uncitral individua, infatti, nel coordinamento procedurale il mezzo per conseguire una conoscenza ampia ed esaustiva in merito all'andamento del-

(19) Vedile sinteticamente individuate a pag. 21 della guida legislativa Uncitral, parte III, sez. II.

(20) V. pag. 22 guida legislativa.

(21) Coordinamento procedurale che ha quale finalità essenziale quello di realizzare (v. pag. 27 della guida) la *procedural convenience* e la *cost-efficiency*.

l'attività (*business operations*) di quelle entità del gruppo, che sono state assoggettate ad una procedura d'insolvenza.

Dall'altro punto di vista, la circolazione delle informazioni è presentata, però, anche come funzionale alla realizzazione di tale coordinamento. Coordinamento che, a sua volta, consente di ottenere uno snellimento delle procedure multiple avviate per ogni singolo membro del gruppo tramite la condivisione delle informazioni ed un quadro il più possibile completo ed esaustivo della situazione dei diversi debitori in procedura.

Qualora nella crisi del gruppo siano coinvolte due o più corti, lo scambio e la *disclosure* delle informazioni viene a costituire un frammento essenziale della reciproca cooperazione (22).

L'acquisizione delle necessarie informazioni relative ai legami fra le diverse componenti del gruppo e alla posizione che ognuna di esse occupa, in particolare qualora sia fra le stesse compresa anche la capogruppo, viene, peraltro, indicata come presupposto preliminare indefettibile al fine di stabilire l'opportunità di disporre il coordinamento delle procedure (23).

Considerazione analoga si ritrova laddove la guida legislativa individua negli *insolvency representatives* di ciascun membro del gruppo i soggetti, fra quelli legittimati, che meglio sono in grado di valutare l'opportunità di presentare la domanda per l'avvio di un coordinamento procedurale, proprio in quanto in possesso, generalmente, delle informazioni sul gruppo prodromiche per effettuare tale valutazione (24).

Il coordinamento procedurale fra i diversi membri del

(22) Pag. 27 guida legislativa e racc. 204 e 207.

(23) Pag. 28 guida Uncitral.

(24) Il medesimo rilievo è posto a fondamento della considerazione (pag. 63) per cui la legittimazione a richiedere la *substantive consolidation* fra i diversi componenti del gruppo deve essere attribuita anche agli *insolvency representatives* di ciascuno di essi, posto che gli stessi hanno le informazioni più complete sui membri del gruppo e sono, di conseguenza, nella posizione migliore per giudicare l'opportunità e la necessità di ricorrere alla *substantive consolidation*.

gruppo in crisi, inoltre, non è limitato alla condivisione e alla *disclosure* delle informazioni fra le diverse corti eventualmente coinvolte, ma anche fra gli organi delle procedure quali, in particolare gli stessi *insolvency representatives*, che nell'ambito della reciproca collaborazione devono facilitare l'acquisizione di informazioni sulle operazioni finanziarie e commerciali (*financial and business affairs*) dell'impresa di gruppo complessivamente considerata (25).

Il problema della raccolta delle informazioni sul gruppo nella sua complessiva articolazione — evidentemente considerata dalla guida come presupposto imprescindibile per una gestione unitaria della crisi del gruppo, che consenta di perseguire l'obiettivo fondamentale del più elevato soddisfacimento possibile per i creditori delle singole unità — viene ad essere eliminato in radice laddove al posto dei molteplici amministratori preposti ad ogni singola procedura venga nominato un unico *insolvency representative* (26).

Occorre peraltro rilevare in merito alla scambio di informazioni raccomandato fra questi ultimi che ad esso viene attribuita una portata particolarmente ampia, in quanto la cooperazione fra gli organi della procedura deve essere realizzata "to the maximum extent possible".

L'unica limitazione prevista è la salvaguardia di eventuali informazioni confidenziali; la loro individuazione e le relative modalità di salvaguardia possono essere fissate, peraltro, in accordi appositamente stipulati.

Passando a trattare delle previsioni della guida legislativa contenute nella sezione III, relativa alle insolvenze di gruppo transfrontaliere, analoga appare la rilevanza attribuita alla circolazione delle informazioni fra le autorità giudiziarie e gli organi coinvolti nelle diverse procedure statali.

Lo scambio delle comunicazioni tra le corti, tra esse e gli

(25) Pag. 75 della guida e 78.

(26) Pag. 76 della guida e racc. 232.

organi della procedura e fra questi ultimi costituisce, infatti, una delle forme assunte dalla cooperazione fra le diverse procedure inerenti le varie componenti, che costituisce l'obiettivo fondamentale al quale mira la disciplina Uncitral relativa al gruppo insolvente (27).

In particolare, nelle considerazioni iniziali della sezione si rileva che la cooperazione nelle insolvenze transnazionali risulta facilitata dalla possibilità per le diverse corti di acquisire una visione globale dell'attività del debitore sottoposto a procedura e delle questioni che lo riguardano nelle procedure in corso di svolgimento, concernenti altri membri del gruppo, in varie giurisdizioni. In tal modo, infatti, il singolo giudice può indirizzare l'andamento della procedura della quale è investito, coordinandola con quelle aliene, evitando l'adozione di decisioni in contrasto con il comune obiettivo della massimizzazione del valore dell'attivo complessivo di gruppo.

Tuttavia si rileva anche che la realizzazione di questo obiettivo può risultare non agevole proprio quando l'insolvenza di gruppo assume una dimensione internazionale (28). Ciò deriva dal fatto che in alcuni ordinamenti le autorità giudiziarie sono restie ad intrattenere rapporti, *sub specie* di scambio di informazioni, con le autorità straniere, soprattutto qualora il procedimento che pende di fronte ad esse non presenti alcun elemento di internazionalità (29).

Ciò nonostante si raccomanda che, al fine di realizzare la cooperazione "to the maximum extent possibile" si realizzi la comunicazione delle informazioni che le singole corti ritengano necessarie, incluse le copie di documenti valutati dai tribunali stranieri (30).

(27) Pag. 89 della guida.

(28) Pag. 91 della guida.

(29) VATTERMOLI, *Gruppi multinazionali insolventi*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, 607 il quale richiama ADAMS-FINCKE, *Coordinating cross-border bankruptcy*, in *Colum. J. Eur. L.* 43 (2008-2009), 71.

(30) Racc. 241 lett. a).

Numerosi sono gli indici ricavabili dalla sezione III dai quali emerge il netto *favor* per la circolazione delle informazioni tra le procedure che coinvolgono il gruppo.

Intanto, si chiarisce che lo scambio di notizie fra le corti e fra queste e gli *insolvency representatives* stranieri possa avvenire *direttamente* (31), escludendo che possa costituire ostacolo allo sviluppo di adeguati flussi informativi l'osservanza di procedure formali definite *time-consuming*, quali la rogatoria internazionale (32); così come anche la loro comunicazione viene totalmente deformalizzata, rendendo utilizzabile qualsiasi mezzo, ivi compresa la semplice comunicazione orale (33).

L'ampia portata applicativa dei flussi informativi fra le procedure riguardanti le diverse componenti del gruppo risulta testimoniata anche sotto il profilo del loro contenuto: si prevede infatti che la comunicazione fra le corti debba essere "as transparent as possible" e che ad essa non debba essere opposto il limite della natura confidenziale delle informazioni per il solo fatto di essere scambiate nell'ambito di un contesto "cross-border".

Al riguardo l'unica limitazione posta allo scambio informativo è rappresentato dalle informazioni commercialmente sensibili o confidenziali, le quali possono rivestire un'importanza notevole nei procedimenti di riorganizzazione finalizzati al mantenimento dell'operatività dell'impresa in crisi (34). Si sottolinea al proposito la necessità di rispettare le norme imperative dei diversi ordinamenti coinvolti nell'insolvenza del gruppo multinazionale e dei diritti sostanziali e procedurali delle parti dei tentativi di ristrutturazione (35), ma si ammette comunque che la questione dell'accesso alle informazioni con-

(31) È l'avverbio utilizzato nella guida legislativa.

(32) Pag. 90 della guida.

(33) Pag. 93 e racc. 242.

(34) Pag. 96 della guida.

(35) Racc. 243 lett. f).

fidenziali possa essere regolato da specifici *cross-border insolvency agreement* (36).

Peraltro, la guida Uncitral raccomanda anche l'adozione di una disciplina estremamente particolareggiata della materia concernente: *a)* il luogo, il tempo ed il modo della comunicazione fra le corti o fra esse e gli organi delle procedure estere; *b)* la necessità di informare preventivamente le parti interessate, secondo le singole leggi applicabili, delle comunicazioni alle quali si intenda dar corso; *c)* la valutazione dell'opportunità, da parte della corte, che un *insolvency representative* sia legittimato a partecipare di persona allo scambio di informazioni, così come, eventualmente, una delle parti interessate; *d)* la necessità di predisporre una documentazione scritta dello scambio; *e)* la necessità che le comunicazioni vengano considerate confidenziali solo in casi eccezionali, rimessi alla valutazione della corte secondo la legge vigente in un dato ordinamento (37).

Un ulteriore profilo di rilevanza della circolazione delle informazioni nelle procedure di insolvenza di gruppo transfrontaliere è correlato dalla guida alla necessità di utilizzare, disporre o realizzare *assets* compresi in patrimoni assoggettati a singole procedure differenti, nel corso delle stesse. Proprio per conseguire questa forma di coordinamento, si rileva l'importanza dell'acquisizione e della condivisione di informazioni riguardanti i singoli debitori in procedura.

Lo scambio di informazioni viene agevolato anche riconoscendo alle corti la facoltà di nominare un *representative* il quale, pur non essendo un *insolvency representative* aggiunto o che si sostituisce a quelli già precedentemente nominati, esplica la funzione di consentire la concreta realizzazione della cooperazione fra le procedure, proprio facilitando il flusso di notizie (*flow of information*).

(36) Pag. 96 della guida.

(37) Racc. 243.

Come notato in apertura, la sezione dedicata alle insolvenze di gruppo transfrontaliere non limita lo scambio di informazioni alle sole autorità giudiziarie adite nei diversi ordinamenti dove è stata aperta una procedura d'insolvenza riguardante un membro di un gruppo internazionale, ma la estende anche agli organi preposti alle stesse.

Agli *insolvency representatives* viene riconosciuto un ruolo fondamentale nella realizzazione di adeguati flussi informativi fra le procedure, come riflesso della posizione chiave che ad essi viene attribuita nell'assicurare un efficace ed efficiente coordinamento delle procedure parallele.

A tal fine — e analogamente a quanto previsto in relazione allo scambio di informazioni fra le autorità giudiziarie — si rende assolutamente deformalizzato lo scambio di informazioni fra gli *insolvency representatives* e gli omologhi organi delle procedure straniere o le corti (38).

D'altro canto, la circolazione delle comunicazioni assume un'estensione particolarmente accentuata come riflesso del fatto che essa costituisce uno dei frammenti essenziali di quella cooperazione “to the maximum extent possible” raccomandata fra gli organi delle procedure afferenti le diverse unità del gruppo (39), incontrando l'unico limite delle informazioni confidenziali.

Dalle superiori considerazioni emerge come all'informazione sia assegnato un ruolo centrale e determinante nel realizzare quel coordinamento fra le procedure relative alle singole componenti del gruppo, che costituisce la soluzione individuata dalla guida dell'Uncitral per adattare la disciplina della crisi (o dell'insolvenza) alle peculiari esigenze poste dal gruppo, quale realtà unitaria sotto il profilo imprenditoriale. In tal modo si ritiene possibile evitare quelle disfunzioni ed inefficienze che si creerebbero ove le diverse procedure si

(38) Racc. 248.

(39) Racc. 250 lett. a).

svolgessero parallelamente ed indipendentemente, in ossequio al postulato della distinta soggettività giuridica delle singole imprese che lo compongono.

4. *Il Regolamento UE sull'insolvenza transfrontaliera (refusione)*. — Interessante ai fini della presente riflessione risulta essere anche il recentissimo nuovo Regolamento europeo sull'insolvenza transfrontaliera (40).

Nell'ambito della disciplina delle insolvenze di gruppo, il regolamento prescrive lo scambio di informazioni fra gli amministratori preposti alle procedure riguardanti le diverse entità, al fine di realizzare quella cooperazione necessaria ad un'efficace gestione delle stesse (41).

Si evidenzia immediatamente, dunque, una prima affinità fra la disciplina europea e la guida legislativa dell'Uncitral: entrambe includono i flussi informativi all'interno del gruppo insolvente quale frammento necessario per la realizzazione dell'obiettivo del coordinamento fra le diverse procedure riguardanti le singole componenti, prevedendo che tali flussi possano comprendere qualsiasi tipo di contenuto necessario al conseguimento del fine menzionato, escluse soltanto le notizie riservate.

I flussi informativi previsti nel Reg. UE riguardano non soltanto gli amministratori delle procedure d'insolvenza delle singole componenti del gruppo, ma coinvolgono anche il coordinatore, una particolare figura che non si identifica con questi ultimi e le cui funzioni sono finalizzate a realizzare la conduzione coordinata delle procedure stesse. Proprio per l'espletamento di tale compito, il regolamento prevede il do-

(40) Si tratta del Reg. del parlamento europeo e del consiglio 2015/848 del 20 maggio 2015 rifusione nella gazzetta UE 141/19 del 5 giugno 2015 e consultabile su www.ur-lex.europa.eu.

(41) Art. 56 del Reg. UE.

vere dei singoli amministratori di comunicare al coordinatore ogni informazione utile (42).

Tanto nel Reg. UE quanto nella guida legislativa Uncitral, dunque, l'informazione infragruppo viene indicata come strumentale all'attuazione concreta di quel coordinamento procedurale, a cui entrambe le discipline tendono in caso di un gruppo insolvente multinazionale.

5. *La riforma dell'InsO tedesco in materia di insolvenza dei gruppi.* — Non meno interessante della disciplina elaborata a livello internazionale ed europeo appare la più recente evoluzione del diritto tedesco.

In Germania il governo ha infatti presentato nel gennaio 2013 un disegno di legge volto a facilitare il superamento dell'insolvenza di gruppo (43): tale progetto (44) — costituente il terzo stadio della modernizzazione della legge tedesca (45) — pur sottoposto all'esame del *Bundestag*, non è ancora stato definitivamente approvato a causa di contrasti politici sorti in merito allo stesso (46).

(42) Art. 74 Reg. UE.

(43) *Diskussionentwurf für ein Gesetz zur Gleichterng der Bewältigung von Konzerninsolvenzen*, reperibile presso il sito zip-online.de.

(44) *Regierungsentwurf* del 21 giugno 2013, consultabile su www.bundesgerichtshof.de.

(45) In argomento v. ANDRES-MÖHLENKAMP, *Konzern in der Insolvenz- Chance auf Sanierung?*, in *BB*, 2013, 584; BECKER, *op. cit.*, 91 ss. e 142; VAN HOE, *Enterprise groups and their insolvency: it's the (common) interest stupid?*, *Ecf*, 2014, spec. 210 ss.

(46) Il testo, pubblicato sul sito di documentazione elettronica del Parlamento tedesco (<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/004/1800407.pdf>), che già è articolato secondo la numerazione dei diversi paragrafi che dovrebbero essere inseriti nell'*Insolvenzordnung*, non reca peraltro né la data ed il numero dell'atto normativo, né la data di entrata in vigore. Si tratta di un progetto di legge che ha suscitato contrasti politici, a causa dei quali esso sta incontrando ostacoli alla sua approvazione definitiva. Per un primo esame del progetto di legge tedesco da parte della dottrina v. EIDENMÜLLER-FROBENIUS, *Ein neues Konzept zur Bewältigung von Gruppeninsolvenzen: Verfahrenkonsolidierung im Kontext nationaler und internationaler Reformvorhaben*, in *ssrn.com*.

L'obiettivo a cui è dichiaratamente rivolta quest'ultima novella dell'*Insolvenzordnung* è — in modo coerente a quanto si è rilevato in apertura della presente riflessione — un più efficace coordinamento fra le procedure d'insolvenza alle quali vengono assoggettate le diverse entità del gruppo, al fine di massimizzare le possibilità di successo della ristrutturazione (47).

Dunque, l'obiettivo avuto di mira dal legislatore tedesco è sostanzialmente analogo a quello perseguito dal nuovo Reg. UE sull'insolvenza transfrontaliera nella parte di esso dedicata alla crisi del gruppo e dalle raccomandazioni Uncitral di cui alla parte III, sez. II e III. Ed analogo è anche lo strumento del coordinamento delle diverse procedure inerenti le singole componenti del gruppo scelto per realizzarlo.

È quindi piuttosto naturale che anche nelle nuove disposizioni previste nell'ultima novella dell'*InsO* vengano riprodotte prescrizioni concernenti la circolazione delle informazioni all'interno del gruppo insolvente largamente assimilabili a quelle di cui già si è dato conto, facendo riferimento alla normativa europea e dell'Uncitral.

Più specificamente nell'ipotesi nella quale siano coinvolte nella crisi del gruppo (48) più tribunali e siano stati nominati più *Insolvenzverwalter*, entrambi sono obbligati dai nuovi §§ 269a e 269b alla collaborazione (*Zusammenarbeit*) ed, in particolare, allo scambio di informazioni (49).

La relazione di accompagnamento riconosce che il § 269a — dedicato alla collaborazione fra *Insolvenzverwalter* — si limita a recepire espressamente a livello normativo obblighi di

(47) Si sottolinea infatti come la ristrutturazione coordinata del gruppo può preservare in modo più efficiente il valore delle diverse società di cui si compone e salvaguardare i livelli occupazionali in ciascuna di esse.

(48) Del quale la novella fornisce una definizione rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina concernente la sua crisi: v. il nuovo § 3e *InsO*.

(49) Pag. 21 della relazione al progetto di legge.

cooperazione fra organi delle procedure già ricavabili dal diritto previgente (50).

Dunque, in linea con la normativa europea ed Uncitral, anche nell'ordinamento tedesco il dovere di condivisione e scambio delle informazioni viene ricondotto entro la categoria più generale dei *Kooperationspflichten*, che — secondo quanto afferma la relazione all'ultima novella — si rafforzano qualora la loro osservanza e concreta attuazione determini una strategia di utilizzo della massa patrimoniale attiva vantaggiosa. In altri termini, tali doveri trovano il loro fondamento nello scopo di massimizzare il valore dell'attivo (51).

Più restrittivo rispetto alle discipline precedentemente analizzate risulta essere, tuttavia, il criterio volto a delimitare il dovere di far circolare le informazioni all'interno del gruppo insolvente. Si assiste al riguardo alla fissazione di una regola che richiama la teoria dei vantaggi compensativi: le richieste di informazione devono essere soddisfatte soltanto se così facendo non si arrechi alcun pregiudizio alla massa patrimoniale dell'entità del gruppo destinataria della richiesta o se quest'ultimo trovi comunque una compensazione (52).

Si precisa, infine, in relazione ai doveri di cooperazione sanciti dal § 269a *InsO*, che ogni *Insolvenzverwalter* è obbligato ad operare, avendo sempre di mira non l'interesse generale del gruppo, bensì gli effetti che la propria attività può determinare rispetto agli interessi dei creditori della singola procedura, alla cui gestione è preposto.

Da ciò la relazione fa conseguire che ogni *Insolvenzverwalter* non è tenuto a mettere a disposizione degli altri incaricati delle diverse procedure di gruppo parallele qualsiasi informazione anche non richiesta, ma deve, al contrario, adempiere il

(50) Sul punto v. oltre.

(51) Pag. 22 e 32 della relazione. E v. quanto già argomentato dalla dottrina tedesca sulla base dell'ordinamento vigente, oltre nel testo.

(52) Pag. 22 e 32 della relazione. E v. quanto già argomentato dalla dottrina tedesca sulla base dell'ordinamento vigente, oltre nel testo.

dovere di condividere le informazioni di cui al nuovo § 269a *InsO* solo quando l'amministratore di una procedura parallela richieda tale adempimento (53).

La questione dei flussi informativi fra le diverse procedure afferenti le molteplici società del gruppo in crisi è sottesa anche alla disciplina contenuta nel nuovo § 56 b dell'*InsO*, il quale dispone che, qualora sia domandata l'apertura di una *Insolvenzverfahren* per diverse società di un gruppo, i tribunale così aditi devono trovare un accordo in merito all'eventuale esistenza dell'interesse dei creditori coinvolti a nominare un'unica persona quale *Insolvenzverwalter* per tutte le procedure.

La relazione di accompagnamento precisa, infatti, a commento della prescrizione, che, laddove siano designati soggetti diversi a ricoprire tale funzione per le procedure relative ai diversi debitori del gruppo, sorge la necessità che costoro mantengano un contatto costante finalizzato allo scambio di informazioni. Il che però — prosegue la relazione — non è comunque sufficiente, a causa del notevole dispendio di tempo e risorse in cui si incorre, ad eliminare le lacune nel flusso delle notizie e le conseguenti inefficienze nell'assunzione delle decisioni.

Una miglior organizzazione delle diverse procedure sotto il profilo della necessità dello scambio di informazioni si realizza, invece, in caso di nomina di un unico *Insolvenzverwalter* (54).

Quanto alla *Zusammenarbeit* fra i tribunali investiti delle diverse procedure aperte in relazione alle unità del gruppo in

(53) Pag. 33 della relazione.

(54) Relazione al progetto di legge tedesco di riforma dell'*InsO*, pag. 30 ss. Sulla possibilità di ricorrere alla soluzione da ultimo menzionata nel testo e sui limiti della sua utilizzabilità nella vigenza dell'*InsO* senza le modificazioni previste dall'ultimo progetto di legge v. SCHMOLLINGER, *Der konzern in der Insolvenz*, 2013, 95 ss., ove si rappresenta la possibilità in tale caso di poter ottenere una migliore, più rapida ed efficiente rappresentazione della situazione economica e della struttura del gruppo (conf. anche EHRICKE, *Kölner Schrift z. InsO*, Kap. 32 Rdn. 36).

crisi (55), si precisa che essa assume principalmente la forma del reciproco scambio di informazioni, che, attinenti ad una delle procedure parallele, possano essere rilevanti per un'altra.

Un simile dovere trova giustificazione nella constatazione del fatto che una strategia generale ed unitaria per il superamento della crisi (o dell'insolvenza di gruppo) può avere successo soltanto se riesce ad ottenere il risultato di armonizzare le decisioni delle diverse corti coinvolte. Oltre che nella constatazione secondo cui l'attuazione di flussi informativi fra le diverse procedure parallele evita inutili sprechi di risorse e lungaggini procedurali.

Il § 269b *InsO* specifica ulteriormente, all'*Abs.* 2, che lo scambio di informazioni fra i tribunali concerne le decisioni di maggiore importanza, fra le quali sono da annoverare quelle concernenti l'adozione di misure di salvaguardia, quelle relative all'apertura di una procedura ed al suo svolgimento, la nomina dell'*Insolvenzverwalter*; sono inoltre oggetto di comunicazione le entità delle masse delle singole procedure, l'esistenza di un *Insolvenzplan*, i provvedimenti volti alla conclusione della procedura d'insolvenza.

La previsione destinata ad integrare la disciplina dell'*InsO* riveste un'importanza particolare perché, nel disciplinare espressamente la possibilità ed i limiti dei flussi informativi fra le procedure attinenti le società del gruppo insolvente, elimina le incertezze che in base alla normativa vigente sussistono al riguardo in Germania, con particolare riferimento alla tutela della riservatezza dei dati relativi a procedure giudiziarie.

La nuova normativa — la cui approvazione, lo si ripete, è tuttavia ancora *in fieri* — pone i tribunali coinvolti in una insolvenza di gruppo nella posizione di conoscere gli effetti di una determinata decisione sulla generalità dei partecipanti

(55) Sul ricorso alla modalità di coordinamento dell'apertura di un'unica procedura per tutte le società del gruppo di fronte ad un unico tribunale competente v. SCHMOLLINGER, *op. cit.*, 2013, 20 ss.

nelle diverse procedure oltre che sulla strategia di risanamento o liquidatoria da adottare.

Analogamente a quanto si prevede per lo scambio di informazioni fra *Insolvenzverwalter*, anche rispetto alla collaborazione fra corti il limite viene individuato negli interessi della singola procedura e dei suoi creditori. Si privilegia, pertanto, una considerazione atomistica degli interessi delle singole entità coinvolte nella crisi del gruppo, come riflesso, probabilmente, del fatto che l'intera disciplina in esame — al pari di quella a livello europeo e dell'Uncitral — partono dal presupposto indiscutibile della separazione della soggettività delle componenti il gruppo, anche nella fase crepuscolare dello stesso. Si stabilisce perciò che l'obbligo di collaborazione trova un limite, laddove esso entri in contrasto con gli obiettivi delle singole procedure. Pertanto, la trasmissione di informazioni o la loro pubblicazione può essere impedita, qualora ciò implichi un danno per i creditori della singola procedura d'insolvenza (56).

Ancora, il progetto di legge del governo tedesco prevede — nell'ambito del coordinamento procedurale realizzabile in caso di gruppo insolvente nelle forme disciplinate ai §§ 269d e ss. — la possibilità della nomina di un *Koordinationsverwalter*, il cui compito consiste essenzialmente nel garantire uno sviluppo armonico delle diverse procedure attinenti le varie unità raggruppate.

Al fine di porre tale soggetto nella condizione di assolvere la propria funzione, si prescrive il dovere degli *Insolvenzverwalter* delle singole procedure di intrattenere con il medesimo uno scambio di informazioni, fra le quali quella di maggior importanza è individuata nella elaborazione di un *Koordinationsplan*.

Estremamente ampie sono le prerogative riconosciute dal progetto al *Koordinationsverwalter* per assumere le informazioni necessarie all'espletamento del proprio incarico. Costui

(56) Pag. 33 della relazione.

non solo gode di un diritto ad ottenere informazioni dagli organi delle diverse procedure, ma può avvalersi a tal fine anche del potere di partecipare all'adunanza o alle riunioni del comitato dei creditori.

Ma il progetto di legge riconosce addirittura al *Koordinationsverwalter* il potere di accesso (*Zugang*) alle singole imprese, al fine di poter ottenere una rappresentazione esatta e veritiera della rispettiva situazione economica. Tale prerogativa appare assumere connotati di particolare ampiezza, sebbene trovi un temperamento nel fatto che laddove il *Koordinationsverwalter* intenda accedere ai documenti sociali o parlare con i collaboratori dell'impresa, deve avvalersi della mediazione dei singoli *Insolvenzverwalter*, i quali potranno valutare ciò che risulta essere nell'interesse della società che gestiscono durante la procedura.

Anche nel caso dei doveri di collaborazione e di scambio di informazioni fra i singoli *Insolvenzverwalter* ed il *Koordinationsverwalter* si individua l'ulteriore limitazione dell'interesse dei partecipanti alla singola procedura: i singoli amministratori delle procedure non sono tenuti ad ottemperare alle richieste di cooperazione, se ciò possa comportare un nocumento per gli interessi di quei soggetti.

6. Segue: *lo scambio di informazioni fra Insolvenzverwalter nella Konzerninsolvenz nell'ordinamento tedesco vigente*. — Nell'ambito di un lavoro attento ai profili di diritto comparato, si rende necessario rilevare anche che, a prescindere dalla futura entrata in vigore della novella appena esaminata, la dottrina tedesca ha già prospettato la configurabilità di *Kooperationspflichten* e fra questi, per quanto qui ci interessa, di *Informationspflichten*, fra gli *Insolvenzverwalter* di diverse procedure afferenti a società di un gruppo (57).

(57) Per quanto si dice nel testo, dunque, la novella all'*InsO* appare ricettiva di conclusioni già elaborate in via interpretativa.

In Germania si sottolinea preliminarmente che la cooperazione *sub specie* di scambio di informazioni fra tali organi delle procedure riveste un'importanza determinante per preservare anche nel gruppo insolvente quell'unità economica — non più garantita per il venir meno della *Leitungsmacht* —, che permette di ottenere una miglior soddisfazione dei creditori concorrenti (v § 2).

Ma per conseguire tale risultato si impone la stringente necessità per i diversi *Insolvenzverwalter* di procurarsi le informazioni necessarie alla prosecuzione della singola società o all'assunzione delle decisioni che le riguardano presso la *holding*, che è la sola spesso a disporre dei dati, rilevanti sul piano economico-aziendale, riguardanti l'intero gruppo (58).

Il fondamento normativo di tale costruzione viene individuato nei §§ 1 *Abs.* 1 S. 1 e 60 *Abs.* 1. Si afferma, più specificamente, che dalla prima disposizione è ricavabile un dovere di garantire la miglior soddisfazione possibile per i creditori nei confronti di tutti coloro che ricoprano delle funzioni all'interno della procedura di insolvenza, ivi compreso l'*Insolvenzverwalter* (59). La violazione da parte di quest'ultimo di tale dovere comporta una violazione sanzionata dalla seconda norma citata (60).

Da tale generale dovere, si ricava l'esistenza di *Kooperationspflichten* dell'*Insolvenzverwalter* nella *Konzerninsolvenz*, per il solo fatto che sussiste una simile situazione.

(58) BECKER, *op. cit.*, 148; PIEPENBURG, *op. cit.*, 235, il quale si chiede come possa “der Insolvenzverwalter einer Tochtergesellschaft kurzfristig über Sanierungsmöglichkeiten entscheiden können, wenn er bei „seinem“ Unternehmen gar nicht über die für eine betriebswirtschaftliche Lageanalyse erforderlichen Daten verfügt“?

(59) EIDENMÜLLER, *Verfahrenscoordination bei Konzerninsolvenzen*, ZHR 169 (2005), 552; BECKER, *op. cit.*, 246 ss.

(60) SMID, *Kommentar zum InsO*, Stuttgart, 2001, § 60, Rz. 17; BECKER, *op. cit.*, 246. Sul fatto che il § 60 *InsO* vale a fondare il dovere di operare per il miglior soddisfacimento dei creditori v. anche EHRICKE, *Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns*, in DZWIR, 1999, 362.

L'esistenza di tali doveri di cooperazione — ivi compreso quello di scambiare informazioni (61) — viene esclusa soltanto quando essi non comportino dei vantaggi per la massa; ma si ritiene, altresì, che la cooperazione sia in ogni caso vantaggiosa e, dunque, obbligatoria, in caso di una "Sanierungssituation". Ciò viene ritenuto valido, in particolar modo, in caso di risanamento del gruppo: poichè tale operazione richiede profondi cambiamenti nella struttura giuridica, finanziaria ed economica dell'impresa, essa è realizzabile solo in relazione al gruppo unitariamente considerato. Il che presuppone la cooperazione di tutti i partecipanti alla procedura che investe l'intero sodalizio (62).

Al novero dei *Kooperationspflichten* viene ricondotto il dovere dell'*Insolvenzverwalter* di mettere a disposizione dei corrispondenti organi delle procedure parallele — tanto durante lo svolgimento delle procedure già aperte, quanto nella fase immediatamente precedente l'apertura delle stesse — le informazioni rilevanti per la realizzazione del loro reciproco coordinamento (63).

Quanto al contenuto di questo dovere, si ritiene che esso comprenda tutte le informazioni che sono necessarie per il coordinamento delle procedure parallele: se si sta pianificando una soluzione liquidatoria o di risanamento a fronte della crisi; se la produzione e la struttura sociale delle diverse entità del gruppo continuano a funzionare (64); quale concreta e specifica forma di soluzione della crisi si intende adottare (65).

(61) EDINMÜLLER, *op. cit.*, 552-553.

(62) EDINMÜLLER, *op. cit.*, 552-553.

(63) EDINMÜLLER, *op. cit.*, 552; BECKER, *op. cit.*, 256, ove lo scambio di informazioni viene indicato come indispensabile per la cooperazione nella *Konzermsolvenz* ed al quale si rimanda per l'individuazione dei limiti che tale obbligo di condivisione incontra e 260.

(64) Considerata informazione indispensabile per valutare se sia possibile continuare a realizzare le sinergie fra le singole società del gruppo, normalmente vantaggiose per le stesse (BECKER, *op. cit.*, 257).

(65) BECKER, *op. cit.*, 257.

Si rileva peraltro che, pur non essendo possibile stilare un elenco esaustivo dei doveri informativi che insorgono nella *Konzerninsolvenz*, questi possono di volta in volta essere ricavati dalla funzione che assolvono. La situazione di crisi del gruppo comporta una restrizione delle prospettive dell'*Insolvenzverwalter*, limitate all'impresa alla quale costui è preposto. Tale fenomeno comporta la conseguenza per cui potrebbero essere tralasciate alcune possibili modalità di soluzione della crisi, che determinerebbero un incremento della masse delle singole società e, di conseguenza, una migliore soddisfazione dei creditori. Gli *Informationspflichten* hanno la funzione di impedire un simile pregiudizievole risultato (66).

Si rileva, infine, che l'obbligo di scambiare informazioni sussiste durante tutto lo svolgimento delle procedure da coordinare (67).

È prefigurata ai sensi dell'ordinamento tedesco vigente, ai sensi del § 56 *Abs. 1 InsO*, anche la soluzione più radicale della nomina di un unico *Insolvenzverwalter*, prevista anche nel progetto in corso di approvazione. Questa viene considerata una soluzione effettivamente efficiente per soddisfare la necessità di coordinare le diverse procedure relative alle società del gruppo; ma si rilevano anche gli ostacoli e le difficoltà che si frappongono alla sua adozione, primo fra tutti la collisione di interessi tra le singole società del gruppo (68).

(66) BECKER, *op. cit.*, 257.

(67) EIDENMÜLLER, *op. cit.*, 553; BECKER, *op. cit.*, 258, il quale rileva anche che in alcuni frangenti soprattutto gli *Insolvenzverwalter* delle società figlie possono non disporre di informazioni rilevanti per lo svolgimento della sua procedura, il che comporta una limitazione dei doveri di cooperazione che costui è tenuto ad adempiere. Sulla possibile soluzione che il problema può ricevere nel nostro ordinamento v. oltre.

(68) Sull'argomento anche BECKER, *op. cit.*, 103 ss., il quale rileva che la soluzione della nomina di un unico *Konzerninsolvenzverwalter* è nella pratica piuttosto frequente.

7. Segue: *la cooperazione fra tribunali nella Konzerninsolvenz nell'ordinamento tedesco vigente*. — Nella letteratura tedesca si riconosce che presupposto fondamentale per uno svolgimento unitario della procedura di insolvenza del gruppo è l'individuazione di un *Konzerninsolvenzgerichtstand*. Una simile soluzione, peraltro, comporterebbe numerosi vantaggi, fra i quali la “Zusammenfassung un Übermittlung von Informationen” (69).

Si ammette, tuttavia, anche che un *Konzerninsolvenzgerichtstand* non è prevista da nessuna norma e non può nemmeno essere ricavato in via interpretativa dal § 3, *Abs. 1, Satz 2 InsO* (70).

Passando a considerare l'alternativa soluzione della cooperazione fra i vari tribunali coinvolti nell'insolvenza di gruppo, si ravvisa nella letteratura tedesca una notevole incertezza rispetto all'individuazione di un fondamento giuridico da cui ricavare un generale *Kooperationspflicht* delle corti (71), mentre si rileva comunemente che presupposto indefettibile di qualsivoglia forma di cooperazione fra tribunali è la condivisione delle informazioni (72).

A quest'ultimo riguardo, l'ordinamento vigente pare fornire una soluzione parzialmente diversa da (o forse complementare a) quella prevista nel progetto di legge *in fieri*: mentre in quest'ultimo viene espressamente sancito un obbligo di scambiare informazioni, la disposizione considerata dalla dottrina tedesca, ossia il § 5 *Abs. 1 Satz. 1 InsO*, contempla un dovere di indagine (*Ermittlungspflicht*) del singolo tribunale

(69) BECKER, *op. cit.*, 96 ss.; EHRICKE, *Die Zusammenfassung, op. cit.*, 354.

(70) BECKER, *op. cit.*, 98 ss.; EIDENMÜLLER, *op. cit.*, 539.

(71) Sulla questione si rinvia alla lettura di BECKER, *op. cit.*, 207 ss., che esclude quali fondamenti normativi del dovere di cooperazione menzionato nel testo tanto il § 839 *BGB* quanto il § 1 *Satz 1 InsO*, il quale ultimo non potrebbe prevalere sulle norme che regolano la competenza dei tribunali rispetto alle procedure di insolvenza delle diverse società raggruppate.

(72) BECKER, *op. cit.*, 210 ss.

competente per la procedura di una delle società raggruppate ovvero un dovere di attivarsi d'ufficio per l'assunzione delle informazioni necessarie alle proprie determinazioni (73).

D'altro canto, si afferma che l'interpretazione del § 5 *InsO* non conduce a configurare un dovere di informazione permanente del tribunale sullo svolgimento delle procedure parallele dell'insolvenza di gruppo (74). Per cui si evidenzia un'affinità, sotto questo profilo, con la previsione contenuta nel § 269b *Abs. 2* del nuovo progetto di legge, ove il dovere di cooperazione fra i tribunali viene circoscritto alle decisioni di maggiore rilevanza, lì enumerate in modo esemplificativo.

Quanto alla possibilità di fondare sul vigente § 5, *Abs. 1, Satz 1 InsO* un *Informationspflicht* (75) del singolo tribunale nella *Konzerninsolvenz*, gli autori tedeschi ammettono che la questione risulta di incerta soluzione a causa della formula indeterminata ed aperta utilizzata dalla norma ("Umstände(n), die für das Insolvenzverfahren von Bedeutung sind"). Si conclude, tuttavia, nel senso dell'individuazione nella *Konzernverbundenheit* di un *bedeutsamer Umstand* (76) ai sensi di quella prescrizione; e della conseguente possibilità di costruire su quest'ultima un obbligo di informarsi.

8. *Il concordato di gruppo in Italia. Premessa.* — Il tema del trattamento della crisi di gruppo sta diventando sempre

(73) Un conto è affermare un obbligo di indagare per assumere informazioni; un altro configurare un dovere di scambiare e mettere a disposizione informazioni. Probabilmente quest'ultimo è prodromico alla piena attuazione del primo. Sulla norma da ultimo menzionata nel testo, oltre BECKER, *op. cit.*, 211 ss. v. anche FK/*InsO*-Schmerbach, § 5; JAEGER, *Kommentar zum Insolvenzordnung*, HENCKEL, WOLFRAM, GERHARDT, I, Berlin, 2004, § 5.

(74) Per maggiore approfondimento sulle decisioni rispetto alle quali assume rilievo l'applicazione del § 5 *InsO* v. BECKER, *op. cit.*, 211 ss.

(75) Nel senso che l'attivazione del potere di investigazione non sarebbe rimesso alla discrezionalità della corte: v. BECKER, *op. cit.*, 213.

(76) Ciò perché la cooperazione fra tribunali consente la miglior soddisfazione dei creditori che è obiettivo essenziale dell'*InsO*, come rileva BECKER, *op. cit.*, 212.

più di frequente oggetto dell'esame della giurisprudenza teorica e pratica italiana (77).

In particolare, in via di prima approssimazione, si è cercato di approfondire la legittimità della formulazione, ad opera di una pluralità di società appartenenti al medesimo gruppo, di una domanda e di un piano concordatari che prevedano, sul piano procedurale e/o contenutistico, forme più o meno intense di coordinamento o di unificazione. E ciò nel tentativo di pervenire ad un adeguamento in via interpretativa della disciplina concorsuale — ancora oggi, anche dopo la riforma iniziata nel 2005, riferita all'impresa monade e dunque caratterizzata da un silenzio recentemente definito “assordante” in merito al fenomeno dell'impresa organizzata tramite la costituzione di un gruppo societario (78) — a quella dell'attività di direzione e coordinamento introdotta dalla novella del diritto societario negli artt. 2497 ss. del codice civile, a partire dal riconoscimento ivi operato, in termini impliciti ma inequivoci, della sua legittimità.

Due sono essenzialmente i motivi di tale interesse.

Il primo consiste nella diffusa utilizzazione del gruppo come modalità di organizzazione dell'attività d'impresa.

(77) V. MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società*, in *Società, banche, procedure concorsuali*, 3, Torino, 2014, 2679 ss.; POLI, *Il “concordato di gruppo”: i profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplenza giurisprudenziale*, in *Contr. impr.*, 2014, 1345 ss. e Id., *Il concordato di gruppo: ii) verifica critica degli approdi giurisprudenziali con tentativo di ricavare dal sistema le chiavi per un parziale superamento del dogma della separazione delle masse (attive) (Parte II)*, in *Contr. impr.*, 2015, 100 ss., ove completi riferimenti anche alla giurisprudenza; SANTAGATA, *Concordato preventivo “di gruppo” e “teoria dei vantaggi compensativi”*, di prossima pubblicazione in *Riv. dir. impr.*, consultato per cortesia dell'autore; ABRIANI-PANZANI, *op. cit.*

(78) ABRIANI-PANZANI, *op. cit.*, ove pure si approfondisce la necessità di ripensare la disciplina concorsuale alla luce degli spunti offerti dalla legge fallimentare riformata, la cui normativa è incentrata non già, come la disciplina previgente, sull'imprenditore individuale (v. anche CORSI, *Impresa e mercato in una nuova legge fallimentare*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 332 ss.), ma sull'impresa, realtà che si riscontra, sebbene articolata in una pluralità di centri soggettivi autonomi, anche nel fenomeno del gruppo.

Il secondo va individuato nel fatto che, nel momento in cui si realizza una situazione di crisi che coinvolga più società raggruppate, ne deriva l'opportunità di affrontarla — qualunque sia lo strumento concretamente individuato come idoneo a tal fine rispetto alle circostanze concrete — nella maniera più coordinata possibile, al fine di giovare del plusvalore derivante dalla cessione unitaria degli *asset* dislocati nei patrimoni delle diverse società coinvolte ovvero delle economie di scala derivanti dall'utilizzazione di procedure unitarie e coordinate (79). Si avverte, in altri termini, in modo prepotente l'esigenza di rafforzare la dimensione imprenditoriale unitaria del gruppo riconosciuta a livello di disciplina generale in una fase, come quella della crisi, dove la necessità di superare una visione frammentata ed atomistica è ancora più gravida di implicazioni (80).

Al proposito, se da un lato si riconosce la legittimità

(79) Per tutti POLI, *op. cit.*, 1346. Considerazioni analoghe sono state effettuate dal Ministero della Giustizia a margine della presentazione del già descritto progetto di riforma dell'*InsO* relativo alla disciplina dell'insolvenza del gruppo. Si è, infatti, rilevata la necessità di evitare che il valore aggiunto derivante dall'esistenza di un'organizzazione di gruppo vada disperso a causa della soggezione delle singole unità a procedure che si svolgono parallelamente: lo svolgimento di procedure non coordinate determina pregiudizi rispetto agli interessi di tutti i soggetti coinvolti, perché produce risultati in termini di realizzo e di soddisfazione inferiori a quelli che avrebbero potuto essere altrimenti realizzati (al riguardo v. BUCK, *Planned insolvency law reforms — Draft act for facilitating the handling of groups insolvencies, Insolvency and restructuring in Germany*, Frankfurt, 2014, 54).

(80) ABRIANI-PANZANI, *op. cit.*, 9 ove si aggiunge che “risulta generalmente condivisa l'esigenza di continuare ad assicurare il coordinamento dell'attività delle varie società in crisi o insolventi, così come avviene per le società di un gruppo che non sia insolvente o che non si trovi in stato di crisi. Ed invero, oltre a permettere di affrontare in modo più efficiente il dissesto che coinvolge un'impresa economicamente unitaria, con un maggior coordinamento i cui benefici effetti è dato apprezzare in particolare in contesti di risanamento aziendale”. Per considerazioni analoghe, poste a fondamento della riflessione delle procedure d'insolvenza c.d. di gruppo v. nella dottrina tedesca SCHMOLLINGER, *op. cit.*, 351 ss., ove si afferma che il coordinamento delle procedure coinvolgenti plurime società del gruppo è funzionale a riprodurre l'unità economica del gruppo; e le considerazioni accennate sopra al § 2, riprendendo gli spunti offerti dalla letteratura tedesca.

causale di una soluzione unitaria della crisi del gruppo (81) — come portato dell'espreso riconoscimento normativo dell'interesse di gruppo ovvero dell'eterodirezione come modello organizzativo dell'attività economica — assai più problematica appare, dall'altro, la questione del *quomodo* del piano e della proposta di gruppo, ambito nel quale risulta compresa anche quella della circolazione delle informazioni, al fine della predisposizione dell'uno e della formulazione dell'altra.

Questo problema — come evidenziato dalla superiore ricognizione di carattere comparatistico — risulta espressamente affrontato dalla disciplina internazionale, europea e straniera, mentre è rimasto, invece, assolutamente negletto finora — nell'ambito della già ricordata più generale indifferenza del legislatore rispetto alla crisi del gruppo — nel nostro ordinamento, almeno a livello normativo.

9. *L'attestazione della soluzione unitaria della crisi del gruppo e la rilevanza a tal fine della circolazione infragruppo delle informazioni. La nomina di un unico professionista.* — La dottrina italiana più recente — nel tentativo di adeguare la disciplina della crisi dell'impresa singola alla fattispecie del gruppo insolvente (o in stato di crisi), in un'opera di supplenza rispetto al mancato intervento del legislatore (82) — ha iniziato ad occuparsi specificamente anche dei profili concernenti i flussi informativi infragruppo, funzionali a consentire l'attuazione di una ristrutturazione coordinata (o unitaria) delle società coinvolte.

L'attenzione degli scritti più recenti si è, in particolare, concentrata sull'attestazione del professionista di cui all'art. 161, 3° comma, l. fall.

Al riguardo si afferma che se il piano concordatario coin-

(81) Per riferimenti, da ultimo, v. ABRIANI-PANZANI, *op. cit.*, 91 nt. 155.

(82) Silenzio legislativo, però, che a breve dovrebbe cessare a seguito della recentissima elaborazione della legge delega in materia fallimentare, contenente anche una disciplina dedicata alla crisi del gruppo, ad opera della commissione Rordorf.

volge più società di un medesimo gruppo, la relazione del professionista richiesta dall'art. 161, 3° comma, l. fall. deve esprimere valutazioni riferite all'intero programma, tanto se finalizzato alla ristrutturazione finanziaria e/o operativa, quanto se volto alla liquidazione congiunta delle attività delle imprese aggregate. Ove, infatti, la valutazione prognostica dell'esperto omettesse un'accurata indagine sulla sussistenza e sugli *effetti*, attuali, pregressi e prevedibili, dell'attività di direzione e coordinamento, evidenziando gli eventuali « vantaggi compensativi », l'attestazione di « veridicità dei dati aziendali » e di « fattibilità del piano » concordatario risulterebbe evidentemente fuorviante ed inattendibile, anche perché non sarebbe fondata su un complessivo monitoraggio dei rischi complessivamente assunti dalle società coinvolte (83).

(83) Così, chiaramente, GARCEA, *La rilevanza del gruppo nelle gestioni negoziate delle crisi d'impresa*, in *Riv. soc.*, 2012, 959 ss., sulla scia di Trib. Milano, 17 ottobre 2009, in *Dir. fall.*, 2011, II, 40 ss., con nota di GALARDO, « Interesse di gruppo » e accordi di ristrutturazione (il caso "Gabetti"), cui adde MOLINARI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall. e i gruppi di imprese*, in *Tratt. proc. conc.*, a cura di Ghia-Piccininni-Severini, vol. IV, Torino, 2011, 706, sottolineando la necessità di un « piano industriale e finanziario aggregato di gruppo », che tenga conto dei flussi di cassa sotto forma di finanziamenti infragruppo, remunerazione dei servizi prestati a favore di altre società del gruppo ecc.; VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012, 401. Nello stesso senso, sostanzialmente, le Linee Guida per il finanziamento alle imprese in crisi², 2014, a cura dell'Università degli studi di Firenze — CNDCEC — Assonime, reperibili presso il sito www.assonime.it § 1.9, le quali, stimando necessarie indagini casistiche e muovendo dalla mera rilevazione dell'insussistenza di « ragioni contrarie a che il professionista formuli un giudizio per le varie società che, pur dovendo valutare la situazione di ciascuna di esse, abbia una motivazione incentrata principalmente sulla ristrutturazione della capogruppo », sono poi costrette a sottolineare che, di regola, la rilevanza dei rapporti infragruppo comporta che « il superamento della crisi della capogruppo generi risorse sufficienti al superamento della crisi delle controllate ». Esse soggiungono poi, assai significativamente, che: a) l'« autonomia dei patrimoni impone che nella redazione del piano vengano presi in considerazione i conflitti d'interesse fra i creditori delle varie società e, nei limiti in cui siano rilevanti, i conflitti fra i loro soci »; b) non possono ignorarsi gli effetti « della gestione accentrata della finanza (*cash pooling*), delle compensazioni e delle postergazioni, nonché dei movimenti (passati e prospettici)

In questi casi, la finalità della relazione di favorire la corretta formazione di un consenso informato dei creditori è conseguita soltanto se il fulcro della disamina del professionista è l'esatta ricostruzione dei rapporti infragruppo ed, in specie, degli effetti delle garanzie prestate e dei finanziamenti effettuati nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento (84). Né l'analisi di un disegno strategico orientato alla ristrutturazione, ovvero alla liquidazione in un quadro di complessiva valorizzazione degli *assets* (85), può trascurare le inevitabili interrelazioni ed il reciproco condizionamento che, in un legame di gruppo, sussistono tra le attività industriali operative esercitate dalle società aggregate (86).

Se si concorda con l'esistenza di siffatta necessità, si pone a monte il « delicato problema » (87) di accesso del professionista incaricato ad informazioni essenziali alla valutazione di fattibilità del piano e relative ad altre società del gruppo rispetto a quella da cui ha ricevuto il proprio incarico.

Il problema appare suscettibile di due soluzioni.

La prima è la designazione congiunta di un professionista (o, meglio, di uno studio professionale) comune per la reda-

finziari fra le società del gruppo. Di tali conflitti e di tali problemi il professionista dovrà tenere conto ».

(84) Si noti che si tratta delle medesime informazioni alle quali attribuisce rilievo anche la normativa Uncitral.

(85) In caso di cessione dei beni, il professionista è chiamato ad una comparazione della soluzione prevista con ipotesi alternative di diversa aggregazione e/o composizione degli *assets* ceduti (P. LICCARDO, *Commento all'art. 161*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, a cura di Nigro-Sandulli-Santoro, Torino, 2014, 60).

(86) SANTAGATA, *op. cit.*, 44 ss.

(87) Segnalato da GARCEA, *op. cit.*, cit., 960 s. Si consideri che un generale diritto di informazione della società controllante non è configurabile neppure alla stregua della disciplina dell'attività di direzione e coordinamento introdotta dalla riforma del 2003, come hanno dimostrato le specifiche indagini sul tema (V. GIORGI, *Libertà di informazione e dovere di riservatezza degli amministratori nei gruppi di società*, Torino, 2005, 166 ss., 256 ss. e *passim*).

zione di un'unitaria relazione, riferita alla totalità delle società del sodalizio.

Si tratta di soluzione che, oltre ad incontrare il favore della dottrina italiana occupatasi specificamente del problema del concordato di gruppo (88), riproduce — sebbene con riguardo alla figura del professionista attestatore e non dell'amministratore della procedura concorsuale, ma in relazione al medesimo problema della circolazione delle informazioni infragruppo — la previsione contenuta nella guida legislativa dell'Uncitral, parte III, sez. II, e nel progetto di legge del governo tedesco sull'insolvenza di gruppo; e che trova, quindi, in tali previsioni un fondamento apparentemente dotato di particolare solidità.

Come già rilevato, infatti, si afferma nel documento Uncitral che il problema della raccolta delle informazioni sul gruppo nel sua complessiva articolazione viene ad essere eliminato in radice, laddove al posto dei molteplici amministratori preposti ad ogni singola procedura venga nominato un unico *insolvency representative* (89).

Questa soluzione suscita, però, qualche interrogativo, ragione per cui non sembra poter essere pacificamente considerata risolutiva del problema che mira a superare in ogni frangente.

La stessa previsione contenuta al riguardo nella guida

(88) SANTAGATA, *op. cit.*, 45, ove si afferma che “Orbene, il silenzio del legislatore sul concordato preventivo “di gruppo” non consente di prefigurare un obbligo di designazione congiunta di un professionista (o, meglio, di uno studio professionale) comune per la redazione di un'unitaria relazione riferita alla totalità delle società del sodalizio, neppure là dove quest'ultime abbiano tutte la propria sede nel medesimo circondario e presentino allo stesso tribunale un “fascio” di proposte concordatarie reciprocamente coordinate. Tuttavia, l'assenza di una disciplina non preclude affatto una simile facoltà, sottesa alla quale è l'indiscutibile vantaggio di risolvere a monte il « delicato problema » di accesso del professionista incaricato ad informazioni essenziali alla valutazione di fattibilità del piano e relative ad altre società del gruppo”.

(89) Uncitral *legislative guide*, pag. 76 dove si afferma che la nomina di un unico *insolvency representative* “delays and facilitate the gathering of information on the group as a whole” e racc. 232.

legislativa Uncitral risulta ridimensionata nella sua portata applicativa dalla consapevolezza che la sua concreta attuazione implica il rischio dell'insorgere di conflitti di interesse, suscettibili di causare la perdita di neutralità ed indipendenza da parte dell'unico amministratore delle molteplici procedure afferenti le diverse componenti del gruppo (90).

Rischio del quale si occupa anche la menzionata proposta di riforma dell'*InsO* tedesco, nel cui § 56 b, *Abs. 1, Satz 2* si prevede che, ai fini della decisione da parte dei tribunali ai quali è stata presentata domanda di apertura di una procedura di insolvenza relativa a più società raggruppate, occorre valutare se la persona designata come unico *Insolvenzverwalter* possa gestire tutte le procedure con la richiesta indipendenza, e se eventuali conflitti di interessi possano essere aggirati mediante la nomina di un rappresentante speciale.

Nella relazione di accompagnamento si precisa che qualora si configuri l'eventualità dell'insorgere di conflitti di interessi in capo all'unico *Insolvenzverwalter*, correlati soprattutto alle transazioni infragruppo, diviene maggiormente dubbio il fatto che una simile scelta corrisponda all'interesse dei creditori coinvolti (91). Dunque, tale circostanza deve essere valutata dalle corti adite, alle quali viene demandato lo scrutinio sull'opportunità di nominare un unico o più *Insolvenzverwalter* per più procedure.

La scelta dovrebbe orientarsi verso la seconda opzione, laddove il conflitto di interessi interno al gruppo possa minare l'indipendenza dell'organo della procedura e tale conseguenza

(90) V. pag. 76 guida legislativa Uncitral, ove si afferma che conflitti di interesse possono insorgere in caso di garanzie infragruppo, rapporti obbligatori infragruppo, finanza erogata in pendenza delle procedure e che simili conflitti di interessi possono essere aggirati imponendo all'unico amministratore obblighi di seguire le direttive impartite dalla corte o tramite la nomina di un amministratore "supplente" che intervenga nell'ipotesi in cui si realizzi tale perdita di neutralità (pag. 77 guida legislativa e racc. 233).

(91) Relazione al progetto di legge, 21 ss.

non possa essere evitata mediante la nomina di un organo speciale (92).

Le cautele raccomandate dalla guida legislativa dell'Uncitral e dal progetto normativo tedesco appaiono particolarmente degne di considerazione anche alla luce delle prescrizioni in tema di indipendenza del professionista attestatore contenute nell'art. 67, 3° comma, lett. *d*), richiamato dall'art. 161, 3° comma della nostra legge fallimentare.

Se, infatti, l'essere stato designato un unico soggetto come incaricato di attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano riguardante più società del medesimo gruppo non pare, di per sé, circostanza sufficiente a eliderne l'indipendenza in base alla previsione dell'art. 2399, lett. *c*) prima parte (93) — al quale rinvia l'art. 67, 3° comma, lett. *d*) come novellato nel 2012 —, dato che il professionista nel caso considerato è chiamato a svolgere un'attività di prestazione d'opera retribuita, ma non continuativa; tale circostanza sembra, però, suscettibile di integrare la previsione di cui alla seconda parte di tale disposizione, riferita ad “altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza” ovvero quella di cui all'art. 67, 3° comma, lett. *d*) l. fall., secondo la quale il professionista non deve essere “legato...a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio”.

La nostra dottrina ha rilevato che fra i soggetti aventi

(92) Relazione al progetto di legge, 30.

(93) La norma, in materia di cause di ineleggibilità e decadenza dei sindaci della s.p.a., prevede che questi non possano essere “legati alla società o a società da questa controllate o alle società che la controllano o quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita”

interesse all'operazione devono essere annoverati i creditori della società in procedura (94).

È agevole constatare che tale eventualità può realizzarsi in caso di gruppo, nel quale frequentemente sussistono rapporti obbligatori fra le diverse società che ne fanno parte (95).

Ne consegue in tal caso che l'unico professionista incaricato sarebbe legato a soggetti aventi interesse nell'operazione, rappresentanti dalle altre società appartenenti al medesimo gruppo e per questo motivo si verrebbe a trovare in una situazione in cui viene meno l'indipendenza prescritta per l'attestatore.

Ma al di là di questa ipotesi, occorre ammettere che la stessa problematica del concordato di gruppo nasce dall'esigenza di coordinare i tentativi di soluzione della crisi relativi alle diverse unità che lo compongono nel loro interesse (ed in quello dei rispettivi creditori), poiché così *i*) si rendono possibili ristrutturazioni che le società monadi non sarebbero in condizione di attuare o *ii*) si riescono a realizzare ristrutturazioni più efficienti e convenienti, preservando quelle relazioni economiche sinergiche tipiche del fenomeno in esame (96). In altri termini: il gruppo di società si costituisce in funzione della realizzazione di una fitta rete di relazioni economico-giuridiche fra le sue singole componenti. Dunque, in ragione dell'esisten-

(94) QUATTROCCHIO-RANALLI, *Il concordato in continuità e il ruolo dell'“attestatore”*: poteri divinatori o applicazione di principi di best practice, consultabile su www.quattrocchio.it, 4 ss.

(95) Si pensi, solo per fare uno degli esempi più eclatanti di rapporti debito/credito infragruppo, all'ipotesi in cui si realizzi il fenomeno del *cash-pooling*.

(96) Si pensi al risanamento di una società del gruppo che funga da polmone finanziario di altre società del medesimo gruppo: il risanamento della prima corrisponde all'interesse di tutte le altre (ed i massimari giurisprudenziali abbondano di sentenze relative a casi in cui, per salvaguardare un interesse di questo tipo, si prestano garanzie infragruppo per salvaguardare la prima società o si pagano i suoi debiti verso terzi: v. sent. 1998 MONTALENTI, *Operazioni infragruppo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 1999, 2320 ss. in nota a Cass., 5 dicembre 1998, n. 12325).

za di questi rapporti infragruppo, le società che ne fanno parte coincidono normalmente con i soggetti aventi interesse all'operazione di risanamento di una di esse (97).

Ciò premesso, è necessario domandarsi se la nomina di unico attestatore per tutte le società del gruppo valga ad integrare quel legame di natura professionale con coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento necessario e sufficiente ad eliderne l'imparzialità di giudizio ai sensi dell'art. 67, 3° comma, lett. *d*) l. fall. o comunque — parafrasando l'art. 2399, che la disposizione appena citata richiama — a costituire un "altro rapporto di natura professionale che ne comprometta l'indipendenza".

La questione non può essere compiutamente esaminata in questa sede.

Ci si limita pertanto ad osservare che alla domanda appena posta non si può dare una risposta recisamente negativa, posto che comunque l'attestatore è nominato dal debitore che propone il concordato e da lui stesso retribuito, quindi, nel caso di un concordato di gruppo, dalle singole società che ne fanno parte (98); e che la compromissione dell'indipendenza viene ritenuto un rischio concreto e da affrontare con specifiche contromisure dalla guida legislativa dell'Uncitral e dal progetto di legge presentato dal governo tedesco proprio in caso di nomina di un unico soggetto preposto a plurime procedure di società del gruppo (99).

È vero che, come si è già detto, tali documenti considerano

(97) Sul punto, per uno spunto, SANTAGATA, *op. cit.*, 40.

(98) Si può pensare che la scelta di un unico attestatore da parte di varie società che decidono secondo una volontà sostanzialmente unitaria promanante dalla capogruppo, possa indurre lo stesso ad essere meno rigoroso nel suo giudizio per acquisire un incarico verosimilmente di ampia portata anche sotto il profilo del compenso ritraibile.

(99) Si tenga presente, fra l'altro che l'unico rimedio esperibile contro un'attestazione resa in difetto del requisito dell'indipendenza è la sanzione penale di cui al nuovo art. 236-*bis* l. fall., che opera *ex post*; mente *ex ante* si può solo confidare nella valutazione del commissario giudiziale e del tribunale (qualunque

soltanto l'ipotesi della nomina di un unico *insolvency representative* per le diverse procedure afferenti le plurime società del gruppo in crisi e che costui è incaricato di funzioni assolutamente differenti da quella espletata dall'attestatore. Per cui si potrebbe obiettare che l'indicazione ricavabile dal diritto comparato non sia rilevante, perchè riferita ad un soggetto con compiti assolutamente diversi da quello proprio del professionista attestatore.

Sembra però che tale constatazione non sia sufficiente ad escludere *a priori* il rischio del venir meno dell'indipendenza di quest'ultimo in caso di concordato di gruppo.

I documenti normativi sopra esaminati, infatti, indicano fra le circostanze suscettibili di far sorgere il conflitto di interessi dell'unico *insolvency representative* il fatto che costui debba confrontarsi, in tale qualità, con i rapporti infragruppo esistenti fra le diverse società in procedura (100).

La medesima circostanza sembra capace, allora, di generare il conflitto di interessi anche dell'attestatore unico, che, in sede di redazione della relazione, dovrà tener conto dei rapporti infragruppo al fine di giudicare la fattibilità del piano concordatario e valutare la veridicità dei dati aziendali che riflettono tali rapporti (101).

Solo per fare un esempio tratto da un recente caso giurisprudenziale giudicato dal tribunale di Roma, si pensi ad una proposta concordataria di due società di un gruppo, che

siano i limiti di entrambe): v. LENOCI, *Ruolo e responsabilità dell'esperto. L'indipendenza e il richiamo alla disciplina dei sindaci*, in *Il fallimentarista*, 5.

(100) V. guida legislativa Uncitral pag. 77. L'“*eigentümliche Konfliktsituation*” quale elemento connotante la *Konzerninsolvenz* si veda BECKER, *op. cit.*, 81 ss. Si pensi solo per fare un esempio all'ipotesi nella quale l'*insolvency representative* si trovi a dover decidere come comportarsi rispetto ad una garanzia intragruppo, per esempio al se revocarla o meno. Egli è contestualmente gestore della procedura del soggetto che ha prestato la garanzia eventualmente revocabile, ma anche gestore della procedura a cui è sottoposta la società che ne ha beneficiato e che patirebbe perciò la revoca.

(101) Al riguardo v. SANTAGATA, *op. cit.*, 45.

preveda la cessione dei rispettivi patrimoni ai creditori e la contestuale destinazione ai creditori di altre società del gruppo del ricavato della liquidazione eccedente la soddisfazione integrale dei privilegiati, oltreché dei chirografari nella percentuale prevista dalla stessa proposta (102). Ora se l'unico professionista attesta la fattibilità del concordato delle prime due società, pare logicamente conseguente che renda la stessa valutazione anche rispetto al concordato delle altre società del gruppo, la cui concreta attuabilità dipende da quella del piano concordatario relativo alle prime due.

Situazione che, invece, non si realizzerebbe necessariamente se fossero nominati professionisti diversi in relazione ai piani concordatari delle società coinvolte.

10. Segue: *nomina di più attestatori per le diverse società del gruppo in crisi*. — Se si condividono le superiori considerazioni, appare probabilmente maggiormente sicura la soluzione della nomina di un attestatore per ognuna delle diverse società coinvolte nella crisi del gruppo alle quali appartengono.

In tal caso, però, a fronte della necessità sopra menzionata che ciascun professionista verifichi la fattibilità/attendibilità del piano alla luce dell'esistenza dei legami di gruppo, torna a prospettarsi la questione — qualificata come particolarmente delicata dalla dottrina che se ne è specificamente occupata — dell'accesso ai dati aziendali delle diverse società ossia della disponibilità da parte del professionista incaricato da una di

(102) È il caso oggetto della sentenza del Trib. Roma, 25 luglio 2012, *Fallimento*, 2013, 748 ss., con nota critica di C. TRENTINI, *Cessione parziale dei beni nel concordato preventivo e attestazione condizionata*, confermata, anche nella motivazione della decisione, dall'App. Roma, 5 marzo 2013, in *Giur. mer.*, 2013, 1817 ss. e dal quale trae spunto l'ampia indagine sul concordato di gruppo di SANTAGATA, *op. cit.*

esse delle informazioni concernenti le altre, al fine dell'esau-
stivo e corretto espletamento del suo incarico (103).

Problema la cui urgenza e la cui delicatezza risulta tanto avvertita a livello internazionale (nella guida Uncitral), europeo (nella refusione del Reg. UE sull'insolvenza transfrontaliera) e straniero (v. il progetto di legge governativo tedesco), da essere stato oggetto di un'espressa disciplina a livello normativo.

Al riguardo, si deve rilevare che non sufficienti a consentire al professionista incaricato da una delle società del sodalizio di esprimere valutazioni riferite all'intero programma di gruppo — tanto se finalizzato alla ristrutturazione finanziaria e/o operativa, quanto se volto alla liquidazione congiunta delle attività delle imprese aggregate — risultano essere i dati tratti dai bilanci depositati presso il registro delle imprese “sia perché [essi] non sarebbero né dal punto di vista qualitativo né temporale idonei a soddisfare le previsioni dell'art. 161, 2° comma, l. fall., sia perché non è detto che tutte le società coinvolte siano assoggettate agli obblighi di pubblicità del bilancio” (104).

In effetti, l'affermazione appare pienamente condivisibile.

L'attestazione ha ad oggetto la fattibilità o l'attuabilità della soluzione di risanamento dell'impresa, espressioni entrambe da intendersi come “elevata probabilità che il programma di soluzione della crisi venga realizzato” (105). È chiaro, dunque, che l'attestazione ha un contenuto di tipo previsionale, concernente la concreta realizzabilità in termini probabilistici (*id est*, la ragionevolezza) di “”previsioni”, ma anche di “previsioni ipotetiche” (106).

Se questo è vero, allora, il bilancio sembra poter fornire

(103) GARCEA, *op. cit.*, 960; SANTAGATA, *op. lo ult. cit.*

(104) GARCEA, *op. cit.*, 960 ss. seguito da SANTAGATA, *op. cit.*, 46 nt. 97.

(105) *Linee guida per il finanziamento*, cit., 33.

(106) *Linee guida per il finanziamento*, cit., 35.

solo parzialmente i dati necessari ad effettuare un simile giudizio, poiché tale elaborato rappresenta la situazione patrimoniale-finanziaria dell'impresa in riferimento ad un periodo di tempo pregresso (normalmente, l'esercizio) (107), per cui da esso potrebbe non essere possibile estrapolare dati aggiornati sulla situazione in cui versa la società in crisi rispetto alla quale occorre rendere l'attestazione oppure dati funzionali a compiere le valutazioni prognostiche, che quest'ultimo documento inevitabilmente implica (108).

Parte della dottrina occupatasi dell'argomento asserisce che "la disponibilità dei dati aziendali delle altre società richiederà che queste ultime forniscano le informazioni necessarie, decisione quest'ultima, che troverà ragione — o giustificazione

(107) CARATTOZZOLO, *Il bilancio d'esercizio*, Milano, 2006, 3 ss.

(108) Quanto si afferma nel testo trova conferma nell'osservazione compiuta dal prof. Weigmann durante lo svolgimento dei lavori proprio dell'inccontro italo-spagnolo di Napoli, del 25 settembre 2015, secondo la quale il bilancio è un documento che espone dati (e, dunque, veicola informazioni) relativi al passato; e secondo cui esistono report attinenti l'andamento dell'attività sociale infrannuali che non sono destinati a ricevere evidenza pubblica tramite il bilancio, la cui conoscenza è limitata all'interno della società. Si pensi, ricollegandosi a quanto detto nel testo, ad un finanziamento o ad una garanzia infragruppo, per il cui rilascio siano in corso le trattative fra le parti coinvolte, ma che ancora non siano stati formalmente prestati. Nei bilanci delle società interessate di tali operazioni non vi è alcuna traccia, eppure essi possono risultare decisivi per verificare la fattibilità del tentativo di risanamento. Si pensi, ancora, all'eventuale incremento del fatturato nel periodo successivo all'ultimo bilancio approvato. Tale circostanza non è recepita nel bilancio, ma può essere di estremo interesse al fine del giudizio del professionista. Quanto si rileva nel testo pare trovare conferma nella riflessione di MIOLA, *op. cit.*, 2695 ss. ove si distingue fra il tempestivo accertamento da parte della capogruppo dell'alterazione dell'equilibrio finanziario delle società etero dirette, comportante la valutazione prognostica circa il rischio dell'insorgere dell'insolvenza o dello stato di crisi, da un lato, e la rappresentazione condotta in termini statici della situazione patrimoniale quale emerge dal bilancio di esercizio e dalle situazioni patrimoniali infrannuali. Dal pensiero dell'autore emerge come il bilancio non contenga e non consenta di compiere valutazioni di tipo prognostico sulla evoluzione della situazione patrimoniale, economica e finanziaria della società, qual è quella che deve compiere il professionista chiamato ad attestare il piano di risanamento.

che dir si voglia — nell'assoggettamento alla direzione altrui. Di nuovo però la decisione di diffondere informazioni al di fuori dei casi previsti dalla legge, impone che anche tale condotta, espressiva del potere di direzione e coordinamento venga scrutinata alla luce dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale” (109).

L'affermazione pare solo parzialmente condivisibile.

Se la proposta di concordato viene presentata da una delle società sottoposte all'eterodirezione altrui (110), infatti, non sembra che la necessaria circolazione di informazioni fra le società del gruppo in crisi si verifichi al “di fuori dei casi previsti dalla legge”.

Lo scambio può realizzarsi, al contrario, proprio in applicazione di una specifica disposizione normativa attinente l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, ovvero l'art. 2497-ter c.c. (111).

In altra occasione si è già sostenuto che la scelta relativa al destino della società in crisi — nel senso di mantenerne la normale operatività ovvero di farla accedere ad una delle soluzioni predisposte dall'ordinamento per il superamento di quella situazione — ha natura imprenditoriale ed attiene alla gestione strategica dell'impresa (112).

Nel gruppo tale scelta sarà certamente accentrata presso la *holding* (e dunque sarà oggetto di eterodeterminazione), in quanto soggetto al quale l'impresa “unitaria di gruppo” va

(109) GARCEA, *op. cit.*, 960-961.

(110) V. per tale possibilità SANTAGATA, *op. cit.*, 20.

(111) E ciò in coerenza con le più recenti proposte interpretative volte ad escludere una soluzione di continuità tra la disciplina della società *in bonis* e quella destinata ad intervenire in occasione dell'approssimarsi e dello scaturire della crisi: v., per completi riferimenti, MIOLA, *op. cit.*, 2680; ABRIANI-PANZANI, *op. cit.*, 58.

(112) Sia consentito rinviare a BENEDETTI, *La responsabilità ex art. 2497 della banca e le soluzioni negoziali delle crisi di impresa*, in *RDS*, 2010, 417 e nt. 23 ove ulteriori riferimenti.

imputata (113) e che ne determina le scelte strategiche e “l’unitario disegno imprenditoriale” (114).

Se è vero che la proposta di concordato relativa alle società figlie deve essere annoverata fra le decisioni eterodirette dalla capogruppo (115), risulta allora integrata la fattispecie di cui al menzionato art. 2497-ter c.c. (116).

(113) NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 399. A seguito della riforma societaria valorizzano l’esistenza dell’impresa unitaria di gruppo, ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 284; LIBONATI, *L’impresa e la società*, Milano, 2004, 269.

(114) Del resto la riforma concorsuale ha introdotto la regola generale secondo la quale la competenza a presentare la proposta di concordato preventivo (ma deve ritenersi che la medesima disposizione debba essere trasposta anche agli accordi di ristrutturazione dei debiti) spetta, per regola generale, agli amministratori (artt. 152, 2° comma, l. fall., richiamato dall’art. 161, 4° comma, l. fall.). Siccome tale regola viene considerata in dottrina come applicazione in ambito concorsuale della regola di diritto societario sostanziale ex art. 2380-bis, secondo cui la gestione della società spetta in via esclusiva agli amministratori, si induce che la scelta di accedere ad una soluzione della situazione di crisi abbia natura gestoria. È dunque naturale che essa venga attratta, nel caso in cui esista un gruppo, nella sfera delle determinazioni sottoposte ad eterodirezione, posto la sua rilevanza strategica e la sua natura gestoria, atteso che l’attività di direzione e coordinamento consiste proprio in un’attività avente natura imprenditoriale e gestoria (BENEDETTI, *op. cit.*, 417 ove ampi riferimenti alle nt. 25 e 26).

(115) Si afferma che per “decisione influenzata dall’eterodirezione” prevista dall’art. 2497-ter deve intendersi quella funzionale alla realizzazione degli obiettivi di tale attività ed adottata per la realizzazione degli stessi. Si avrà dunque influenza nei casi in cui sussista una incidenza “diretta” nel processo decisionale della società soggetta, “tale da deviare quest’ultimo dalla logica prettamente “egoistica” che dovrebbe presiedere alle decisioni gestionali di un’impresa” (PENNISI, *Art. 2497-ter, in Della società, dell’azienda, della concorrenza*, a cura di Santosuosso, in *Commentario al codice civile*, diretto da Gabrielli, Torino, 2015, 3, artt. 2452-2510, in part. nt. 3588). Non c’è dubbio che ciò si realizzi nel caso esaminato nel testo, posto che il concordato di gruppo ha proprio la finalità di consentire la migliore soluzione della crisi possibile, in considerazione del fatto che essa coinvolge società fra loro fortemente correlate, in quanto assoggettate appunto alla medesima eterodirezione.

(116) Il quale prescrive, appunto, che “le decisioni delle società sottoposte a direzione e coordinamento, quando da questa influenzate, debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione hanno inciso sulla decisione”.

Tramite l'applicazione di tale disposizione sembra possibile legittimare, dunque, quel flusso informativo discendente (dalla capogruppo alle società figlie coinvolte nella crisi di gruppo e nel relativo tentativo di risanamento), capace di consentire al professionista di assolvere alla propria funzione di attestazione secondo le modalità sopra delineate.

In primo luogo, — come ben chiarito da quella dottrina che più si è dedicata all'approfondimento della disposizione da ultimo citata (117) — l'obbligo di motivazione imposto inequivocabilmente dall'art. 2497-ter agli organi della società eterodiretta si riverbera inevitabilmente anche sulla capogruppo, poiché “nell'ambito della singola società etero-diretta sarà possibile fornire... una puntuale analitica informazione circa le ragioni e gli interessi, in quanto ragioni ed interessi alla base di una determinata decisione influenzata dalla capogruppo siano da quest'ultima dichiarati e resi noti” (118).

In pratica, dunque, la previsione in esame impone alla capogruppo di indirizzare un flusso di informazioni in senso discendente, funzionale, nel caso qui considerato, a consentire alla società eterodiretta di motivare adeguatamente la decisione eterodeterminata di proporre una domanda di concordato per la soluzione della crisi di gruppo. E si deve aggiungere anche che la motivazione richiesta dalla legge deve essere “analitica”, ossia deve contenere un'indicazione precisa dei dati di fatto accertati e dei presupposti (di fatto e/o di diritto) che hanno sorretto il processo decisionale. Dal punto di vista contenutistico, tale atto deve indicare tutti gli interessi coinvolti, ivi compreso l'interesse della società che adotta la deci-

(117) D'ora in avanti si farà riferimento nel ricostruire la portata dell'art. 2497-ter c.c. alla riflessione di G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazioni delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 764 ss.

(118) G. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 764 ss. Ma sulla ricostruzione dell'art. 2497-ter v. anche GIORGI, *op. cit.*, 165 ss., che al proposito parla di « diritto di informazione della controllata nei confronti della società che esercita l'attività di direzione e coordinamento » e ARCIDIACONO, *op. cit.*, 236 ss.

sione ed il modo in cui viene salvaguardato, oltre a quello della capogruppo, delle altre società del gruppo e di quest'ultimo nel suo insieme (119).

La tesi che si sostiene risulta ulteriormente rafforzata se, generalizzando quanto affermato dalla dottrina in relazione all'obbligo di motivazione in caso di *cash pooling* o di finanziamenti *up stream*, si arriva a concludere che l'art. 2497-ter c.c. legittima un flusso informativo discendente avente carattere continuativo (120).

Naturalmente tali informazioni hanno come destinatario diretto l'organo amministrativo della società controllata, che è competente (ai sensi del summenzionato art. 161, 4° comma, l. fall.) a deliberare formalmente la proposta di concordato ed a motivare la decisione ai sensi dell'art. 2497-ter c.c.

Ma è chiaro che, per mezzo di quest'ultima disposizione, le informazioni necessarie ad attestare l'attendibilità del piano di ristrutturazione attinente alle società del gruppo in esso coinvolte divengono disponibili, mediamente, anche per il singolo professionista incaricato da una delle eterodirette, che potrà ottenerle dal suo organo amministrativo (121), avendo costui

(119) PENNISI, *op. loc. ult. cit.*

(120) Ci si riferisce a quella dottrina (G. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 757 ss.; MIOLA, *Tesoreria accentrata nei gruppi di società e capitale sociale*, AA.VV., *La struttura finanziaria dei bilanci delle società di capitali*, Torino, 2011, 78 e *Attività di direzione e coordinamento*, cit., 2738; ABRIANI, *La responsabilità nelle crisi dei gruppi*, in *NDS*, 2012, 111) che in relazione ai finanziamenti *up stream* ritiene che i flussi informativi discendenti debbano essere attivati non solo alla conclusione del contratto, ma anche durante lo svolgimento del rapporto creditizio. Dal che si potrebbe desumere, in via induttiva, che il flusso informativo dalla capogruppo alla eterodiretta debba assumere anche in altre circostanze carattere continuativo.

(121) Non pare potersi ipotizzare al riguardo la diffusione da parte degli amministratori di notizie in violazione dell'obbligo di riservatezza che, pur espressamente sancito soltanto per i sindaci, si ritiene valido anche per costoro (NAPOLEONI, *I reati societari*, II, Milano, 1992, 161 ss, il quale ritiene di poter estendere agli amministratori il 2407 c.c. relativo ai sindaci). Qui gli amministratori della eterodiretta divulgano nei confronti di un terzo informazioni funzionali a consentire una soluzione della crisi afferente al gruppo nel suo complesso, che la giurisprudenza

l'opzione, diversamente, di rifiutarsi di rendere l'attestazione per mancanza dei dati necessari ad espletare un simile incarico.

Il nostro ordinamento pare, dunque, offrire una soluzione per il problema individuato, almeno quando la proposta concordataria provengano da una delle società assoggettate all'eterodirezione diversa dalla capogruppo (122).

11. Segue: *i flussi informativi nell'ipotesi del piano concordatario presentato dalla capogruppo*. — Più complessa appare la soluzione della questione della circolazione delle informazioni infragruppo, al fine di rendere possibile una corretta attestazione del professionista, in caso di presentazione di un piano concordatario di gruppo da parte della *holding*.

In primo luogo, le difficoltà al riguardo discendono dalla mancanza di una norma espressa utilizzabile per dare soluzione al problema.

Si è infatti constatato che il legislatore è intervenuto per assicurare — già a livello di legge delega e poi, nel decreto attuativo con gli artt. 2497-*bis* (123) e *ter* — la trasparenza all'interno dei gruppi, occupandosi espressamente, tuttavia, soltanto del flusso informativo discendente dal vertice alle società figlie (124).

La riforma societaria ha invece completamente trascurato

teorica e pratica ritengono legittima (v. POLI, *op. cit.*, 103 ss.; SANTAGATA, *op. cit.*, 37 ss.). Sicché il loro operato non appare assolutamente censurabile.

(122) Quanto alla fase introduttiva del concordato di gruppo, POLI, *op. cit.*, 107 ss. rileva la legittimità di un "piano e/o una domanda concordataria di gruppo" e che la modalità attuativa di questi ultimi può essere costituita alternativamente dalla presentazione di una serie di ricorsi fra loro collegati per ogni singola unità componente il gruppo o anche di un ricorso unitario "a condizione...che gli elementi del ricorso e degli allegati richiesti dall'art. 161 l. fall. siano comunque identificabili con riferimento a ciascuna delle società ricorrenti".

(123) Per approfondimenti riguardo a questa disposizione v. ARCIDIACONO, *op. cit.*, 236 nt. 259.

(124) GIORGI, *op. cit.*, 3 ss. e per i flussi informativi nell'ambito del gruppo in crisi, con particolare riguardo all'obbligo di corretto finanziamento in tale contesto. v. ora MIOLA, *op. cit.*, § 8.

di disciplinare la circolazione di informazioni in senso opposto, ossia dalle eterodirette alla capogruppo. Tant'è che assai dibattuta è la questione dell'esistenza di un generale diritto di informazione della controllante verso le controllate (125).

In proposito, si è detto che se, da un lato, le previsioni di cui all'art. 2381, 5° comma e 2403-*bis*, 2° comma, c.c. nonché l'art. 150 Tuf e la necessaria condivisione dei dati contabili strumentali alla redazione del bilancio consolidato dimostrano l'evoluzione rispetto ad un atteggiamento iniziale, che vedeva nell'informazione infragruppo un fenomeno circoscritto; dall'altro, questi dati legittimamente nella disponibilità della capogruppo non sono sufficienti ai fini dell'attestazione dell'esperto (126).

In merito al problema indagato pare opportuno premettere alcune considerazioni empiriche.

Si condivide l'osservazione per cui “ben più realistica appare una ricostruzione del fenomeno che valorizza in termini di opportunità — e non di diritto — per la controllante di dotare la struttura di gruppo di un sistema di flussi informativi,

(125) Per approfondimenti sulla questione v. GIORGI, *op. cit.*, 166 ss., 256 ss. e *passim*; ABBADESSA, *La circolazione delle informazioni all'interno dei gruppi di società*, Milano, 1996, 567 ss.; BACCETTI, *Creditori extracontrattuali, patrimoni destinati e gruppi di società*, Milano, 2009, 584 ss. e nt. 23; ARCIDIACONO, *op. cit.*, 234 ss., il quale da ultimo tende ad attribuire una portata generale al diritto di informazione *upstream* della capogruppo sulla scorta dei precedenti spunti proposti da G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, 276 ss.

(126) GARCEA, *op. cit.*, 961; prima della riforma, riconosceva che il flusso di informazioni di cui la capogruppo abbisogna non è assicurato dall'art. 43 del d.lgs. 127/1991, perché (come si nota anche nel testo) il flusso garantito da tale disposizione è limitato “sia riguardo all'oggetto, sia riguardo al tempo della trasmissione, dalla funzione specifica a cui quelle informazioni sono destinate” G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia*, cit., 279. Diversa rispetto a quella riportata nel testo è la posizione di ARCIDIACONO, *op. cit.*, 247 ss. il quale invece individua nelle disposizioni di cui agli artt. 2381, 3° e 5° comma, 2403-*bis*, c.c., 149, 1° comma, lett. c) e 150 Tuf norme che presidiano flussi informativi infragruppo capaci di costituire il presupposto dell'agevole conoscibilità da parte della capogruppo o di altre società eterodirette della situazione finanziaria e patrimoniale.

operante in modo pressoché continuo. Il che” — si aggiunge — “è quasi scontato, quando nel consiglio delle dominate siano nominati, com'è naturale, amministratori o dipendenti della controllante (a maggior ragione ove la controllante eserciti attività di direzione e coordinamento)” (127). La *holding*, in altre parole, disporrebbe di strumenti efficaci e di sicuro effetto per ottenere le informazioni indispensabili ad orientare in modo coordinato la strategia delle imprese del gruppo (anche nella fase della crisi), risultando, perciò, non necessario configurare a suo favore un diritto generale di informazione (128). Semplicemente la comunicazione che si instaura fra l'ente esercente l'attività di direzione e coordinamento e le società eterodirette discende dal modello di organizzazione del gruppo di imprese, piuttosto che da un diritto della prima ad esigere l'informazione.

Ancora, se si ritiene che una soluzione unitaria della crisi del gruppo insolvente risponda all'interesse (non solo dei creditori, ma anche) delle società facenti parte del sodalizio (129), appare plausibile supporre che i rispettivi organi gestori non negheranno alla capogruppo tutte quelle informazioni, che sono indispensabili per realizzarla, ivi comprese quelle funzionali all'attestazione del professionista nei termini che si sono già descritti.

Tali considerazioni potrebbero indurre, quindi, a conside-

(127) GAINNELLI-MOSCA, *Flussi informativi tra amministratori e soci nella società quotata, tra ambiguità ed esigenze di disciplina*, consultabile in *orizzontideldiritto.commerciale.it*, 5; ARCIDIACONO, *op. cit.*, 239.

(128) V. anche oltre in nt.

(129) Che la riorganizzazione che consenta una migliore soluzione della crisi d'impresa corrisponda all'interesse non solo dei creditori sociali, ma anche a quello dei soci e della società è affermato dalla dottrina tedesca, che parla, con riguardo alla *Reorganisation*, di “Win-Win-Situation” (von SPEE, *Gesellschafter im Reorganisationsverfahren*, München, 2014, 77; EHLERS, *Noch ein Reform — § 224 Abs. 2-5 InsO*, in *ZInsO*, 2009, 322. Sui vantaggi derivanti dall'imposizione di obblighi di cooperazione, volti anche allo scambio di informazioni, nel gruppo insolvente si rinvia a quanto rilevato sopra § 2.

rare la questione qui indagata un problema non ricorrente di frequente nella pratica.

In realtà, quest'ultima impressione non è corretta, poiché alla concreta realizzazione di una strategia coordinata di superamento della crisi del gruppo si frappongono una serie di ostacoli, oggetto di approfondita indagine nella letteratura tedesca (130).

12. *Considerazioni normative.* — Procedendo a considerazioni più direttamente attinenti al contesto normativo italiano, si deve iniziare a rilevare che quegli stessi obblighi previsionali “comportanti la valutazione prognostica circa l'evoluzione della situazione ed in particolare del rischio dell'emergere dell'insolvenza o anche di uno stato di crisi, nonché l'individuazione dei rimedi atti a fronteggiarla nel migliore dei modi...gravanti in via di principio sugli organi delle singole società” competono anche alla società esercente l'attività di direzione e coordinamento (131).

Più specificamente, si afferma che gli amministratori della società monade sono obbligati a monitorare la situazione economica/ finanziaria/ patrimoniale/ organizzativa, così come tutti i parametri la cui valutazione risulti necessaria a rilevare la presenza di uno stato patologico di crisi, al fine di conoscerne tempestivamente l'eventuale esistenza e, conseguentemente, di adottare prontamente le contromisure necessarie ad affrontarla e favorirne il superamento (132). Gli amministratori, per-

(130) V., anche per ampi riferimenti, a BECKER, *op. cit.*, 149, il quale si domanda proprio perché, se la cooperazione nella *Konzerninsolvenz* non è un fine di per sé e se essa deve sussistere solo se vantaggiosa, i partecipanti non la realizzino spontaneamente. L'autore menziona il “Gefangenendilemma” (151 ss.), il pericolo dei “Trittbrettfahreereffekts” (152), le asimmetrie informative, l'eterogenea *Rechtsausstattung* e “das gegenseitige Misstrauen und Konfrontationsstrategien”, a cui si aggiungono ulteriori ostacoli specifici dell'insolvenza di gruppo (154 ss.).

(131) MIOLA, *Attività*, cit., 2695 ss.

(132) Fra i molti STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Riv. soc.*, 2012, 617 ss.; MIOLA, *Sui doveri degli amministratori in*

tanto, sono tenuti a “delineare costantemente gli scenari futuri dell'attività d'impresa, attraverso un'appropriata pianificazione industriale, strategica e finanziaria” così come a “predisporre adeguate cautele atte ad anticipare e prevenire il sorgere di una crisi” (133).

Simili considerazioni scaturiscono, peraltro, dalla convinzione che la previsione della crisi rappresenti tappa essenziale per adottare soluzioni operative adeguate (134).

Questo dovere conoscitivo — preliminare — lo si è accennato — è stato oggetto di ampio approfondimento in relazione agli amministratori della società singola ed ai doveri che su costoro vengono a gravare all'approssimarsi di una situazione di possibile venir meno della prospettiva della continuità aziendale dell'impresa.

Ma appare operazione interpretativa assolutamente agevole trasporre li stessi doveri anche in capo alla *holding* di un gruppo prossimo alla o già in crisi, in modo da concretizzare, tramite il riferimento ad essi, il contenuto della clausola generale dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale utilizzata all'art. 2497 c.c. (135).

Posta, dunque, la configurabilità di siffatti doveri in capo

prossimità dell'insolvenza, in *Studi in onore di Belviso*, I, Bari, 2011, 136-136; MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 826 ss.

(133) MIOLA, *Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo*, in *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, a cura di Balzarini, Carcano, Venturozzo, Milano, 2007, 406.

(134) MONTALENTI, *La gestione della crisi*, cit., 827; BORK, *Pflichten der Geschäftsführung in Krise und Sanierung*, in *ZIP*, 2011 105-106.

(135) Effettuando un'operazione ricorrente in dottrina proprio per concretizzare la previsione dell'art. 2497: v. G. SCOGNAMIGLIO, *Clausole generali*, cit., 507 ss.; da ultimo MIOLA, *Attività*, cit., 2695 ss. con riferimento ai doveri gestori in presenza di una situazione di crisi; MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società, Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 829. Sul punto da ultimo, ABRIANI-PANZANI, *op. cit.*, 42 ss., ai quali si rinvia anche per ampia bibliografia.

alla capogruppo, la creazione di un flusso informativo ascendente dalle controllate appare indispensabile per renderlo effettivo.

Diversamente, la *holding* non sarebbe in grado di poter adempiere tale dovere e, conseguentemente, rimarrebbero totalmente disattese le esigenze di protezione alla soddisfazione delle quali tali obblighi sono funzionali, in primo luogo quelle dei creditori delle diverse società del gruppo coinvolte nel dissesto (136).

Altrimenti detto: se si configurano dei doveri dei gestori (137) dell'impresa fallibile a tutela degli interessi degli *stakeholders* diversi dai detentori del capitale di rischio, fra i quali, in primo luogo, i creditori sociali (138), in caso di insussistenza originaria o sopravvenuta della prospettiva di continuità aziendale, la funzione di *Schutznormen* assegnata ad essi implica necessariamente che i soggetti gravati siano posti nella condizione di dare loro attuazione. Nel caso qui considerato, ciò presuppone necessariamente che la capogruppo possa avvalersi di flussi informativi infragruppo ascendenti.

13. Segue: *gli spunti ricavabili dalla disciplina dei finanziamenti infragruppo*. — Altrettanto importanti al fine di ricostruire l'esistenza di un flusso informativo *upstream* (ovvero dalle eterodirette alla capogruppo), indispensabile per predisporre una soluzione unitaria della crisi del gruppo o quantomeno capace di coordinare i tentativi ai quali vengono sotto-

(136) Sulla funzione dei doveri gestori in prossimità della crisi di tutela in primo luogo dei creditori sociali in quanto divengono progressivamente proprietari in senso economico dell'impresa ed in quanto soggetti esposti ad una sorta di compressione dei propri diritti soggettivi in caso di crisi o di insolvenza v. MAZZONI, *op. cit.*, 826 ss.

(137) Ci si riferisce tanto ai doveri gestori degli amministratori della società monade, quanto della capogruppo, che "è evidentemente considerata dalla [legge] un soggetto che, esercitando un potere gestorio, non può sottrarsi ai conseguenti obblighi e doveri che l'esercizio di tale dovere reca con sé" (MAZZONI, *op. cit.*, 829).

(138) Sul punto MAZZONI, *op. cit.*, 822 ss. e 835 ss.

poste le diverse unità che lo compongono, appaiono essere, oltre alle considerazioni finora effettuate, anche gli spunti ricavabili dalla disciplina dei finanziamenti infragruppo *ex art. 2497-quinquies c.c.*

Occorre immediatamente chiarire come la circolazione infragruppo delle informazioni, che è questione apparentemente distante dalla disciplina appena menzionata, ne costituisca, invece, uno dei fondamenti giustificativi.

In dottrina si afferma, infatti, che la concessione di credito all'impresa in crisi da parte del socio (o di società del gruppo) comporta il rischio che costui “utilizzi la propria posizione “interna”...per acquisire tempestiva conoscenza delle insufficienti prospettive reddituali della stessa e conseguire il rimborso del prestito prima del manifestarsi all'esterno dello stato di insolvenza” (139); e che la subordinazione “postula una presunzione di conoscenza dello stato di insolvenza” (140).

Si tratta di asserzioni che paiono confermate da un duplice punto di vista (141).

Se si reputa la postergazione uno strumento di integrazio-

(139) Sia consentito rinviare a BENEDETTI, *La disciplina dei finanziamenti up-stream della società eterodiretta alla capogruppo in situazione di difficoltà finanziaria*, in *Riv. soc.*, 2014, 747 ss. nt. 75 ove ampi riferimenti. La dottrina ivi richiamata, in verità, riferisce la constatazione, nella maggior parte dei casi, all'art. 2467 c.c., ma essa è comunque trasponibile anche ai prestiti infragruppo proprio in forza del fatto che l'art. 2497-quinquies ad essi dedicato non fa altro che rinviare alle prescrizioni della norma per prima menzionata.

(140) ABRIANI, *Finanziamenti “anomali” dei soci e regole di corretto finanziamento nella s.r.l.*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, a cura di Benazzo-Cera-Patriarca, Milano, 2011, 324.

(141) Si consideri, oltre a quanto si rileva nel testo, che la posizione di privilegio informativo del creditore sottoposto alla postergazione risulta evidente anche dalla collocazione dell'art. 2467 c.c. nell'ambito della disciplina della s.r.l., ovvero di un tipo sociale che ha come tratto distintivo l'attribuzione a ciascun membro della compagine sociale degli ampi poteri informativi prescritti dall'art. 2476, comma 2°, c.c. Sul punto sia consentito rinviare, per brevità, a BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*

ne della garanzia patrimoniale (142), è possibile affermare che il legislatore si è attenuto, nel disciplinarla, allo schema tipico della revocatoria (ordinaria o fallimentare) per l'applicazione della quale, oltre al presupposto oggettivo del compimento di un atto dannoso (a titolo oneroso), è necessario che il terzo beneficiario conosca il pregiudizio arrecato alle ragioni dei creditori del disponente (art. 2901, comma 1°, n. 2, c.c.) o la sua insolvenza (143).

Analogamente, la postergazione deve considerarsi un rimedio previsto esclusivamente per i prestiti erogati da soggetti che rivestano una posizione imprenditoriale idonea a manifestarsi in termini non solo di direzione sull'impresa sovvenuta e di partecipazione ai suoi risultati, ma anche di *informazione sulla sua situazione finanziaria e patrimoniale* (144). La limitazione della libertà di finanziamento dell'impresa risulta giustificata dalla presunzione di conoscenza, da parte di chi eroga il prestito, dello stato di squilibrio patrimoniale ed economico della società beneficiaria (e dei conseguenti rischi per i suoi creditori) (145).

La rilevanza di tale presunzione risulta confermata anche qualora si consideri la subordinazione una sanzione per la violazione del "corretto" e "ordinato" finanziamento dell'impresa.

Il socio di s.r.l. o la capogruppo, salvo circostanze eccezionali, sono ritenuti essere nella posizione di poter conoscere

(142) Per ampi riferimenti v. BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*, nt. 80.

(143) Solo lo stato soggettivo previsto dalla legge consente di risolvere il conflitto fra il beneficiario dell'atto revocando e i creditori del suo dante causa a favore di questi ultimi, pervenendo ad una equilibrata composizione degli interessi contrapposti.

(144) Per ampi riferimenti sia consentito rinviare a BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*, nt. 82, a cui *adde* ARCIDIACONO, *op. cit.*, 223 ss.

(145) In altri termini: solo al ricorrere del presupposto menzionato nel testo, oltre che di quello oggettivo della crisi della società, l'interesse dei creditori-terzi può prevalere, tramite la postergazione su quello a determinare liberamente la forma giuridica del sostegno finanziario alla società.

lo stato di crisi della società sovvenzionata. Se ciò nonostante la sostengono finanziariamente, ad essi può essere imputata la violazione del principio appena menzionato. Al contrario — si sostiene —, la postergazione non può trovare applicazione qualora gli stessi soggetti riescano a dimostrare che, alla data dell'erogazione del credito, non conoscevano lo squilibrio finanziario e patrimoniale rilevante ai sensi dell'art. 2467, 2° comma, c.c., poiché “il solo fatto di aver concesso un prestito alla società non viola di per sé regole di corretto finanziamento dell'impresa sociale, né è ragione sufficiente per subordinare la relativa pretesa creditoria” (146).

Queste considerazioni appaiono particolarmente preziose anche al fine della riflessione che si sta svolgendo, relativa alla configurabilità di flussi informativi infragruppo — in particolare, in senso ascendente —, da sfruttare per strutturare una soluzione coordinata della crisi del gruppo insolvente.

In primo luogo, perché dimostrano come il legislatore assuma come esistente — a prescindere dalla configurabilità di un vero e proprio diritto ad essere informata della capogruppo nei confronti delle eterodirette — l'agevole conoscibilità da parte della *holding* della situazione patrimoniale e finanziaria delle società controllate, destinatarie dell'assistenza finanziaria nell'ambito dell'attività di direzione e coordinamento, ossia di quella situazione alla quale l'art. 2467, 2° comma, c.c. attribuisce rilevanza per l'applicazione della subordinazione. La legge sembra presumere che la capogruppo sia destinataria di infor-

(146) ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, I, Milano, 2010, 458; CAMPOBASSO, *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, in *S.r.l. Commentario*, Milano, 2011, 244; MAUGERI, *Finanziamenti anomali dei soci e tutela del patrimonio delle società di capitali*, Milano, 2005, 223 ss.; BACCETTI, *Postergazione dei finanziamenti e tipi sociali*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 814. V. anche BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*, ove il tentativo di dimostrare che le medesime asimmetrie informative caratterizzano anche la posizione della società eterodiretta che conceda un prestito *up stream* alla capogruppo, ragione per cui anche ad essi deve essere estesa la disciplina di cui all'art. 2497-*quinquies* c.c.

mazioni provenienti dalle eterodirette, tanto da giustificare l'assoggettamento senza eccezioni (147) — almeno stando alla lettera della relativa prescrizione — alla sanzione per finanziamento anomalo o scorretto, che in quel flusso di notizie trova uno dei propri presupposti applicativi (148).

Tali informazioni, inoltre, sono proprio quelle che il professionista attestatore deve poter valutare al fine dell'espletamento del proprio incarico, laddove si profili un tentativo di soluzione della crisi esteso al gruppo nel suo insieme.

Attestare la fattibilità del piano di concordato (o, per usare l'espressione letterale utilizzata dall'art. 182-*bis*, l'attuabilità dell'accordo di ristrutturazione) significa, infatti, formulare una prognosi positiva sull'adempimento della proposta e quindi sulla realizzabilità del piano, che ne costituisce lo strumento attuativo in funzione del superamento della crisi e del soddisfacimento (nei termini previsti appunto nella proposta) dei creditori. Altrimenti detto: nel valutare la fattibilità del piano concordatario si deve valutare l'impegno assunto dal debitore alla stregua della capacità della proposta « di rimuovere la crisi

(147) Sul dibattito in merito al rilievo della prova della mancata conoscenza dello stato di squilibrio economico-patrimoniale della finanziata v. BACCETTI, *op. cit.*, 822 ss.

(148) In altri termini: dalla disciplina dei finanziamenti infragruppo sembra potersi indurre che l'acquisizione da parte della capogruppo di informazioni sulla situazione patrimoniale e finanziaria delle eterodirette non costituisce un problema per risolvere il quale si rende necessaria un'apposita previsione in tal senso, essendo, anzi, il flusso di notizie *upstream* dato per scontato nel contesto del gruppo gerarchico. In sostanza la disciplina dei finanziamenti infragruppo ed il suo presupposto applicativo come ricostruito nel testo sembrano allinearsi a quell'opinione dottrina che, già prima della riforma, sosteneva che pur essendo la circolazione delle informazioni all'interno del gruppo di vitale importanza, tale esigenza non verrebbe soddisfatta dall'ordinamento attraverso la concessione di un generale diritto di informazione, poiché la società che esercita attività di eterodirezione disporrebbe già di strumenti efficaci per ottenere le informazioni indispensabili per orientare in modo corretto la strategia delle imprese del gruppo (Abbadessa, *La circolazione*, cit., 568 ss.; GIORGI, *op. cit.*, 156). Non si porrebbe dunque un problema di tutela dell'esigenza all'informazione della società capogruppo, se si riconosce che la circolazione delle informazioni non impinge in alcun divieto.

attraverso la ristrutturazione dei debiti che l'imprenditore ha..." (149).

In aggiunta, si ritiene che, sebbene la nozione di crisi richiami una situazione di carattere "finanziario" (150) mentre gli indici di anomalia del finanziamento *ex art.* 2467, 2° comma, c.c. abbiano come presupposto (anche) una situazione di sottocapitalizzazione e si muovono in una prospettiva sia finanziaria che patrimoniale (151), ciò nonostante le precondizioni della postergazione si accompagnano generalmente ad uno stato di crisi (152). Anzi, le due situazioni descritte all'art. 2467, 2° comma, c.c. vengono considerate requisiti necessari, sebbene non sufficienti, affinché quest'ultimo possa dirsi sussistente (153), oppure addirittura coincidenti con il medesimo (154).

(149) PAGNI, *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore, Bassi, I, Padova, 2010, 608.

(150) STRAMPELLI, *op. cit.*, 607 ss; TOMBARI, *Principi e problemi di diritto societario della crisi*, in *Riv. soc.*, 2013, 1149.

(151) TOMBARI, *op. ult. cit.*, 1149-1150; CAMPOBASSO, *Sub art. 2467*, cit., 242.

(152) ZANARONE, *Il finanziamento, delle imprese in crisi nelle recenti misure per la crescita del paese con particolare riguardo ai finanziamenti dei soci*, in *Impresa e mercato*, 3, Milano, 2015, 1655.

(153) BRIZZI, *Le fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamenti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 841.

(154) Per l'identificazione del requisito della ragionevolezza di cui all'art. 2467, 2° comma, c.c. con lo stato di crisi di cui all'art. 160 l. fall., v. da ultimo PRESTI, *I crediti dei soci finanziatori nel concordato della società a responsabilità limitata*, in *Studi in ricordo di P. G. Jaeger*, Milano, 2011, 925 nt. 24 ove si legge che "la circostanza stessa della presentazione della domanda potrebbe essere considerata prova del fatto che la società presentava un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure si trovava in una situazione finanziaria nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento"; D'AIELLO, *Stato di crisi e finanziamenti "anomali" alla s.r.l.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, I, 355 e la giurisprudenza ivi cit. a nt. 55 e Trib. Prato, 22 aprile 2014, in *Riv. dir. comm.*, 2014, 547; Trib. Reggio Emilia, 10 giugno 2015, *ilcaso.it*; Trib. Milano, 4 febbraio 2015, *ilcaso.it*; CAMPOBASSO, *Finanziamento del socio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, 444; ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2006, 62; MAUGERI, *Finanzia-*

Tali rilievi, se ritenuti condivisibili, consentono di concludere che la configurabilità di un flusso informativo idoneo a consentire la verifica della sussistenza degli indici di anomalia di cui all'art. 2467, 2° comma, l. fall. implica anche la circolazione infragruppo delle informazioni necessarie a permettere al professionista di attestare con riferimento all'intero gruppo la fattibilità di un piano, per addivenire ad una soluzione unitaria della crisi.

14. *Spunti di diritto comparato.* — È possibile attingere una possibile soluzione rispetto alla questione qui in esame anche dal diritto comparato.

La disciplina elaborata in ambito internazionale ed europeo (sia a livello di UE, sia anche di singoli stati membri) legittima una circolazione di informazioni di ampia portata, che subisce gli unici limiti della salvaguardia delle notizie riservate e della necessità di non arrecare alcun pregiudizio alla massa patrimoniale dell'entità del gruppo destinataria della richiesta, salvo che il danno trovi comunque una compensazione.

Se, quindi, seguendo l'insegnamento della dottrina più recente, si utilizza il diritto comparato come strumento per colmare le lacune dell'ordinamento interno, appare assolutamente plausibile sostenere che, nel momento in cui sopraggiunge una situazione di crisi che coinvolga più componenti del gruppo, le controllate siano obbligate a convogliare verso la *holding* tutte le informazioni necessarie a predisporre un piano di ristrutturazione unitario ed a consentire al professionista incaricato di rendere un'attestazione, che esprima una valutazione riferita al programma di risanamento predisposto per il gruppo nella sua interezza (155).

menti, cit., 167 ss.; VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Milano, 2012, 163, nt. 22.

(155) Verso questo risultato spinge anche l'utilizzo del diritto straniero come strumento idoneo ad assecondare processi di ravvicinamento delle legislazioni e di

Le indicazioni tratte dall'analisi di diritto comparato, dunque, sembrano configurare una soluzione per la questione della circolazione delle informazioni nel gruppo in crisi che, se da un lato appare già anticipata — in particolare sotto il profilo dell'ampiezza e della continuità del flusso informativo — da quanto è dato ricavare dalle norme esaminate del nostro ordinamento; dall'altro, proprio perché conduce a configurare i rapporti fra l'ente in posizione apicale e le eterodirette in termini di diritti ed obblighi, risulta parzialmente eccentrica rispetto a quanto sostenuto al riguardo dalla nostra dottrina maggioritaria (156).

15. *Conclusioni.* — Sommando le superiori considerazioni agli spunti derivanti dal diritto comparato, pare possibile

unificazione internazionale delle norme (PORTALE, *op. loc. cit.*; ZIETELMANN, *Aufgaben und Bedeutung von Rechtsvergleichung*, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1900, 329). Per cui appare corretto pervenire in merito al problema che si analizza ad una soluzione conforme a quanto previsto — sia pure per il momento solo a livello di progetto di legge governativo in attesa di definitiva approvazione da parte del parlamento — sia dall'ordinamento tedesco, sia dal nuovo regolamento europeo sull'insolvenza transfrontaliera; sia, infine, dalla sopra descritta sez. II, della parte III della guida legislativa dell'Uncitral — dedicata specificamente alle questioni in materia di insolvenza dei gruppi nazionali — che consiste di una serie di raccomandazioni destinate proprio ad essere recepite dai legislatori nazionali nell'avviare un processo di revisione e modernizzazione delle rispettive discipline concorsuali. V. infatti www.uncitral.org ove in relazione allo scopo della guida legislativa sulla disciplina dell'insolvenza si legge: “The Legislative Guide provides a comprehensive statement of the key objectives and principles that should be reflected in a State's insolvency laws. It is intended to inform and assist insolvency law reform around the world, providing a reference tool for national authorities and legislative bodies when preparing new laws and regulations or reviewing the adequacy of existing laws and regulations”. Stante la funzione propria della Parte III della guida legislativa Uncitral dedicata all'insolvenza del gruppo, e data altresì la sua recentissima approvazione in via definitiva (così da poter essere considerata capace di recepire le più avanzate e moderne istanze in materia di regolamentazione del c.d. gruppo insolvente), si ritiene che essa debba essere senz'altro presa a modello nel procedimento di nuova riforma del diritto fallimentare avviato nel nostro paese dal gennaio 2015 con l'insediamento della commissione Rordorf presso il Ministero della Giustizia.

(156) Si v. sopra.

ricavare un fondamento sufficientemente solido per adottare in merito alla questione in esame la conclusione già proposta, *ante* riforma, dalla dottrina specialistica (anche se non con riferimento alle situazioni di crisi): si possono configurare dei doveri di collaborazione delle controllate nei confronti della capogruppo, fra i quali annoverare anche quello “di non rifiutare alla capogruppo... tutte le notizie e le informazioni, attinenti alla singola controllata e necessarie o utili ai fini del governo [della crisi] del gruppo” (157), ossia per attuare una soluzione coordinata di tale situazione patologica, laddove essa sia valutabile come maggiormente conveniente per i creditori rispetto a tentativi paralleli attinenti le singole società del sodalizio (158).

Sembra decisivo a favore di questa ricostruzione quanto si è constatato sopra in relazione ai doveri previsionali nell'accertamento della crisi in ambito di gruppo ed a quello di fronteggiare (nelle forme più appropriate) siffatta situazione, da una parte, e di corretto finanziamento delle società eterodirette, dall'altra. Si è infatti notato che l'informazione della quale la capogruppo necessita per poter assolvere agli stessi è

(157) SCOGNAMIGLIO, *Autonomia*, cit., 276 ss. Per l'esistenza di doveri di cooperazione infragruppo v. sopra per la dottrina tedesca ed oltre ove la conclusione nel testo risulta confermata sulla base della trasposizione della costruzione della dottrina tedesca nel nostro ordinamento in relazione al commissario giudiziale, ma in base ad argomenti estendibili anche al rapporto fra gli attestatori delle diverse società del gruppo.

(158) La dottrina anteriore alla riforma cit. alla nt. precedente aveva ricondotto gli obblighi fra capogruppo e eterodirette, ivi compreso quello di scambiare le informazioni funzionali a determinare le linee strategiche del gruppo stesso, alla categoria degli obblighi c.d. di protezione. Al riguardo appare condivisibile il più recente rilievo (che comunque si pone sulla stessa linea già tracciata dalla dottrina cit., posto che la fonte dei doveri di protezione viene individuata dalla civilistica proprio nella clausola generale della buona fede e correttezza) di ARCIDIACONO, *op. cit.*, 239-240 che riconduce l'obbligo di scambiare informazioni ai doveri di correttezza e buona fede *ex* artt. 1175 e 1375 c.c., qualora si sia disposti ad ammettere l'esistenza di un rapporto obbligatorio complesso (ovvero scomponibile in una pluralità di sotto-obblighi) fra la capogruppo e le eterodirette.

assai più ampia rispetto a quella che può ottenere ai sensi delle (poche) specifiche previsioni normative relative alla canalizzazione di un flusso informativo *upstream*.

Inoltre, si deve anche precisare che entrambi i doveri esaminati sono da ricondurre all'attività di direzione e coordinamento *ex art.* 2497 c.c. — in considerazione della loro stretta inerenza alla complessiva pianificazione industriale ed economico-finanziaria in cui essa si sostanzia —, e dunque rientrano nei contenuti della corretta gestione imprenditoriale e societaria imposta, a pena di una responsabilità risarcitoria, alla capogruppo (159).

Da ciò si può ricavare, in via induttiva, che la stessa generale attività di eterodirezione implica, per poter essere conformata ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale prescritti dall'art. 2497, 1° comma, c.c., “una conoscenza ben più approfondita — e, potrebbe dirsi, a flusso continuo — rispetto all'informazione prevista *ex lege* (per esempio, in ambito di bilancio consolidato)” della situazione economica, finanziaria e patrimoniale delle società che a quel potere sono sottoposte (160).

Tale flusso informativo risulta allora utilizzabile anche nel momento in cui si palesa la necessità e l'opportunità di strutturare una soluzione unitaria della crisi del gruppo, capace di riprodurre nella *twilight zone* quell'unità economica, che connota l'organizzazione del gruppo durante il suo funzionamento fisiologico.

Verso questa conclusione spinge anche la considerazione per cui la riforma sembra fornire una risposta al quesito, che si

(159) MIOLA, *Attività*, cit., 2697 ss. e 2721 ss.; ABRIANI-PANZANI, *op. cit.*, 42 ss.

(160) Da ultimo, GIANNELLI-MOSCA, *op. cit.* Ma la constatazione è diffusa in dottrina: per tutti v. ABBADESSA, *La circolazione*, cit., 573; MONTALENTI, *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, IV, Padova, 2004, 362, secondo il quale l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento “non può prescindere da un compiuto apparato di informazioni”; IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, 321.

poneva precedentemente, se la trasmissione di notizie riservate da parte della controllata a favore della capogruppo possa ritenersi lecita nel caso in cui il pregiudizio provocato dalla diffusione delle informazioni sia al contempo compensato dagli effetti di altre operazioni (161).

La teoria dei vantaggi compensativi, recepita nel 1° comma dell'art. 2497 c.c., risulta applicabile a tale questione, dovendosi pertanto concludere che l'eventuale pregiudizio patito dalla destinataria della richiesta di divulgazione di informazioni possa essere neutralizzato dai vantaggi che ad essa derivano dall'attuazione di una soluzione unitaria per la crisi del gruppo, che trova in quello scambio di notizie il proprio indefettibile presupposto (162).

D'altronde, volendo ricostruire la questione in esame in modo coerente con i valori recepiti nell'ordinamento vigente, non sembra che l'eventuale interesse di una delle società del gruppo a mantenere occulta la propria complessiva situazione — rilevante per l'attestazione del professionista — ovvero i “noti limiti e gli ostacoli che un siffatto flusso di dati ed informazioni è suscettibile di incontrare sul terreno del diritto

(161) ABBADESSA, *La circolazione*, cit., 576 ss. e 578; GIORGI, *Libertà*, cit., 175; MARCHISIO, *La “corretta gestione” della società eterodiretta ed il recepimento di direttive (programmaticamente o solo accidentalmente) dannose*, in *Giur. comm.*, 2011, 923 ss. e 934 ss.

(162) La soluzione che si propone nel testo appare sostanzialmente conforme a quella emersa a livello comparatistico (v. sopra) e a quella già suggerita al riguardo dalla dottrina pronunciata sul punto prima della riforma (v. G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia*, cit., 276 ss. ove si ritiene legittimo il flusso informativo “purchè non ne risulti... un pregiudizio per la singola società figlia”), anche se nell'uno e nell'altro caso non si menziona espressamente la possibilità che la mancanza di danno per la destinataria della richiesta di informazioni consegua all'applicazione del meccanismo compensativo oggi espressamente previsto all'art. 2497, 1° comma, c.c.

Per il ricorso alla teoria dei vantaggi compensativi per valutare le varie tipologie di intervento poste in essere dalla capogruppo nell'ambito di un piano di risanamento che coinvolga l'intero gruppo si rinvia a MIOLA, *Attività*, cit., 2741 e Santagata ove anche ampi riferimenti alla posizione contraria pur rappresentata in dottrina.

comune delle società” (163), possano prevalere sul e sacrificare il *favor* che deve essere riconosciuto ad una soluzione unitaria della crisi del gruppo, qualora essa sia capace di determinarne la miglior ristrutturazione possibile rispetto alle alternative concretamente praticabili.

A quest'ultimo riguardo, appare necessario rivedere posizioni che, se potevano avere un fondamento prima della riforma societaria e fallimentare, non risultano più attuali, in quanto superate dalle contrastanti indicazioni ricavabili da queste ultime (164), (165).

(163) G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia*, cit., 278, anteriormente alla riforma, ove si menzionano i limiti di tempo e di luogo onde è circoscritto il diritto di informazione del socio di s.p.a.; il principio di parità di trattamento dei soci, onde è preclusa qualsiasi discriminazione, anche sul terreno dell'informazione, in ragione della maggiore o minore entità della partecipazione al capitale; l'obbligo generale di riservatezza, che per legge incombe agli amministratori ed ai sindaci di società. V. anche MARCHISIO, *op. cit.*, 923 ss., § 4.1.

(164) Si pensi, per quanto concerne il diritto societario alla menzionata disciplina dei finanziamenti infragruppo e al suo fondamento costituito dalle asimmetrie informative; all'accentramento di funzioni gestorie e del centro decisionale effettivo nella capogruppo (v. sopra, circa la scelta di assoggettare le eterodirette ad una procedura di superamento della crisi e ARCIDIACONO, *op. cit.*, 242-243), che, ragionando *a maiori ad minus*, dovrebbero legittimare la holding a richiedere in ogni tempo tutte quelle informazioni che siano necessarie per la definizione, l'attuazione ed il monitoraggio della strategia del gruppo; al netto *favor* per la realizzazione delle soluzioni della crisi più vantaggiose per i creditori, com'è normalmente una soluzione unitaria o coordinata per tutte le società del gruppo, per le quali lo scambio informativo si pone come presupposto indefettibile.

(165) Del resto, a prescindere da considerazioni normative, occorre anche rilevare come l'obbligo di riservatezza relativo alle notizie della società amministrata a carico degli organi sociali vada armonizzato con la necessità di ricostruire uno statuto speciale per le società del gruppo (v., per tutti, G. SCOGNAMIGLIO, *Clausole*, cit., 522; TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una spa "di gruppo" tra disciplina legale e autonomia privata (appunti in tema di corporate governance e gruppi di società)*, in *Riv. soc.*, 2009, 122 ss). Il che pare comportare conseguenze molto rilevanti sulla portata di quell'obbligo, che subirebbe in tale contesto una decisiva attenuazione (in questo senso v. la riflessione di G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia*, 279 ss. (la quale, invece, sostiene la necessità di una specifica norma di legge per legittimare la trasmissione di informazioni in caso di società meramente controllate (v. art. 43 d.lgs. 127/1991); MARCHISIO, *op. cit.*, § 4.1., ove il rilievo che

16. *La circolazione di informazioni fra i tribunali.* — Proseguendo nel tentativo di trarre soluzioni operative dalle previsioni proposte a livello internazionale, occorre rilevare che il problema dell'acquisizione di tutte quelle informazioni necessarie all'apertura ed allo svolgimento di un procedimento per il superamento della situazione di crisi del gruppo da parte del tribunale competente può essere affrontato mediante la presentazione di un ricorso unico per l'avvio di un concordato — ma è da ritenere anche per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione — relativo a tutte le società del sodalizio.

Si tratta di un approdo non particolarmente innovativo, se si pensa che già anteriormente alla riforma della legge fallimentare avviata nel 2005 le corti di merito nazionali ammettevano la legittimità di una domanda unica di concordato preventivo per più entità raggruppate, inaugurando un orientamento mantenuto fermo anche successivamente (166) (167).

non avrebbe alcun fondamento precludere la circolazione di informazioni nel contesto dell'esercizio di un'eterodirezione che non si riveli dannosa per le diverse società).

(166) Trib. Crotone 28 maggio 1999, *Giust. civ.*, 2000, I, 1533; Trib. Pavia, 26 maggio 2004, inedita (ricostruita nei suoi passaggi essenziali in POLI, *op. cit.*, 1363 ss.); dopo la riforma v. Trib. Parma, 10 luglio 2008, inedita (ma anch'essa ricostruita in POLI, *op. cit.*, 1367), la quale ha sì dichiarato inammissibile il concordato di gruppo, ma ha configurato la legittimità della domanda di apertura contenuta in un unico ricorso; Trib. Roma, 7 marzo 2011 e 18 aprile 2013, in *www.unijuris.it*; Trib. Monza, 24 aprile, 2012, *dejure.it*; App. Roma 05 marzo 2013, *ilcaso.it*; recentissima e Trib. Palermo, 4 giugno 2014, che ammette “una gestione integralmente unitaria della procedura concorsuale, con unica adunanza dei creditori e un computo delle maggioranze riferito non già ad ogni singola d'impresa bensì all'unico programma concordatario”.

(167) Si noti che il problema della presentazione di un unico ricorso per più società del medesimo gruppo si interseca con quello dell'individuazione del tribunale competente per le procedure afferenti a ciascuna di esse. È evidentemente impossibile presentare un ricorso ad un unico tribunale, se diverse devono essere considerate le corti competenti per ciascuna unità. L'orientamento prevalente asserisce la necessità di rispettare il criterio di competenza territoriale di cui all'art. 9 l. fall., con l'esclusione dell'attrazione automatica nel foro della holding, salvo che

Tale acquisizione giurisprudenziale pare oggi trovare una conferma nell'indicazione offerta dall'analisi comparatistica, ed in particolare dalla disciplina contenuta nella *Legislative Guide* dell'Uncitral, ove la presentazione di una *joint application* viene indicata come funzionale a rendere edotta la corte investita dell'unico ricorso dell'esistenza del gruppo e delle relazioni intercorrenti fra le società che ne fanno parte, al fine di facilitare la decisione sull'apertura di una procedura d'insolvenza rispetto alle stesse (168). Il che si traduce non soltanto nel vantaggio del risparmio dei costi, ma anche in quello di "facilitate the coordination of commencement considerations" e "the coordination of those proceedings" (169).

Si consideri, peraltro, che l'ammissibilità di un unico ricorso per l'apertura di una procedura d'insolvenza (o di crisi) relativa a più unità di un medesimo gruppo risolve in radice anche il problema, sopra esaminato, della circolazione di informazioni inerenti a queste ultime e necessarie al professionista per rendere l'attestazione di cui all'art. 161, 4 co., l. fall.

In tal caso, infatti, unica è la domanda di concordato ed unico sarà, di conseguenza l'attestatore da incaricare; dunque non si porranno né le perplessità già esposte in ordine alla nomina di un unico professionista per attestare più piani diversi per le diverse società del gruppo; né la necessità dello scambio di notizie fra queste ultime, per consentire al professionista incaricato da ciascuna di esse di formulare l'attesta-

le società eterodirette possano essere attratte fuori circondario in applicazione della prevalenza e della competenza esclusiva della sede effettiva (se diversa da quella legale). Fermo restando che l'applicabilità di tale criterio deve essere specificamente dimostrata da elementi ulteriori rispetto alla mera appartenenza di più società al medesimo gruppo. Per riferimenti, in relazione alla giurisprudenza italiana, si rimanda a POLI, *op. cit.*, 1360 ss. La questione è considerata ed analizzata anche nella guida legislativa dell'Uncitral, Parte II, sez. II, 24 ss., alla cui lettura si rimanda.

(168) Racc. 199 ss. e parte III, sez. II, 21 ss.

(169) Guida Uncitral, 22 e racc. 199 ss.

zione in modo corretto, ovvero avendo riguardo anche alla posizione delle altre società del sodalizio.

Merita, inoltre, rilevare che le previsioni della guida Uncitral appaiono congruenti anche con la soluzione preferita dalla dottrina italiana, secondo la quale, in caso di concordato (o accordo) di gruppo, la tecnica più adeguata sarebbe costituita dal deposito di una pluralità di ricorsi separati, ma collegati fra loro (170).

Infatti il documento Uncitral prevede che la *joint application* di gruppo possa assumere non soltanto la forma di un ricorso unico per più entità dello stesso, ma anche quella di “parallel applications made at the same time in respect of such of those members” (171).

Questa soluzione viene indicata come quella a cui ricorrere per realizzare i medesimi obiettivi — anche a livello di circolazione delle informazioni rilevanti per le determinazioni che la corte è chiamata ad assumere — propri della *joint application sub specie* di presentazione di un unico ricorso, quando quest’ultimo risulti impossibile, ossia “where the group members are not located in the same domestic jurisdiction and different courts have competence”.

Nelle ipotesi da ultimo considerate, nelle quali più tribunali risultino coinvolti nella crisi del gruppo, appare peraltro evidente che alla necessità di garantire lo scambio delle informazioni necessarie al coordinamento delle plurime procedure afferenti le singole entità raggruppate non si potrà ovviare se non attraverso la ricostruzione di uno specifico onere di collaborazione in tal senso fra i diversi giudici competenti. Soluzione verso la quale spingono le previsioni dell’Uncitral (172)

(170) POLI, *op. cit.*, 110.

(171) Guida Uncitral, 21 ss.

(172) Si è già rilevato nel § 2 come la *legislative guide* dell’Uncitral individui nei flussi informativi infragruppo al contempo lo strumento per la realizzazione di un coordinamento procedurale fra le diverse società del gruppo in crisi — obiettivo considerato indispensabile per la miglior risoluzione possibile della crisi del gruppo

che, sul punto, sono già state recepite dalla proposta di modifica dell'*InsO* presentata dal governo tedesco precedentemente esaminato (173).

17. *Lo scambio informativo e gli organi delle procedure.* — Venendo a considerare il commissario del concordato, si deve rilevare, in primo luogo, come la circolazione delle informazioni infragruppo risulti tanto importante per l'espletamento delle funzioni attribuitegli dalla legge quanto lo è per l'attestazione del professionista, sulla quale la dottrina si è maggiormente soffermata.

Infatti, gli atti più rilevanti demandati al commissario sono la relazione *ex art.* 172 ed il parere di cui all'*art.* 180 l. fall. In entrambi, l'organo della procedura è chiamato a pronunciarsi sulla fattibilità del piano presentato dal debitore, sfruttando l'attività di indagini e vigilanza svolta ed effettuando, così, una verifica dell'attestazione rilasciata dal professionista incaricato dal debitore (174). Dunque, se per l'attendibilità del giudizio di fattibilità *ex art.* 161, 3° comma, l. fall. riveste rilievo fondamentale la valutazione della situazione del gruppo unitariamente considerato, altrettanto vale per la relazione del commissario che è tenuto a compiere una valutazione autonoma sul medesimo argomento.

Si deve, poi, riconoscere come il nostro ordinamento appaia già particolarmente avanzato rispetto alle soluzioni prefigurate all'estero, grazie agli orientamenti affermatasi in proposito nella giurisprudenza teorica e pratica.

(v. pag. 22 ove si indica il triplice obiettivo della *procedural convenience, della cost efficiency e del better return to creditors*), ma anche l'obiettivo a cui esso tende.

Così come si è anche già rilevato come nel medesimo documento lo scambio e la *disclosure* delle informazioni venga a costituire un frammento essenziale del quale si sostanzia la reciproca cooperazione fra le corti (v. racc. 204 e 207).

(173) V. il nuovo § 269 b *InsO* e sopra § 4.

(174) AMBROSINI, *Le altre procedure concorsuali*, *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli-Gabrielli-Luio, IV, 2014, 264; Cass., SS.UU., 23 gennaio 2013, 1521, *ilcaso.it*; Trib. Bergamo, 29 novembre 2012, *ilcaso.it*.

Infatti, tanto le previsioni della *Legislative Guide* dell'Uncitral quanto del progetto di legge tedesco sull'insolvenza del gruppo individuano lo strumento idoneo a garantire un adeguato coordinamento — anche a livello di scambio di informazioni rilevanti — delle procedure di crisi afferenti le diverse società nella nomina di un unico amministratore, ossia di un unico *insolvency representative* secondo le disposizioni Uncitral (175) o di un unico *Insolvenzverwalter* per la novella tedesca (176).

D'altro canto, già anteriormente alla riforma fallimentare avviata nel 2005, era diffusa fra le nostre corti di merito la pratica di provvedere alla nomina di un unico giudice delegato e commissario giudiziale (177).

Anche a questo proposito, dunque, è altamente probabile che nella elaborazione in corso di una futura disciplina della crisi del gruppo venga accolta una previsione analoga a quella emergente a livello comparatistico, che già trova un solido fondamento nella prassi giudiziaria.

In mancanza della nomina di un unico commissario, si è visto che la più recente legislazione europea ed Uncitral spingono verso l'elaborazione di una normativa, che imponga la circolazione di flussi informativi di ampia portata fra gli organi preposti alle diverse procedure che investono le società del gruppo. Nello stesso senso sta andando anche l'ordinamento tedesco, per quel che emerge dal progetto di legge ancora in fase di approvazione riguardante proprio le insolvenze di gruppo.

Si è, però, anche rilevato, proprio a proposito della Germania, come la dottrina abbia ricostruito un sistema di *Kooperationspflichten*, da imputare agli *Insolvenzverwaltern* nomi-

(175) Pag. 76 della guida (ove si precisa che la nomina di un medesimo *insolvency representative* “facilitate the gathering of information on the group as a whole”) e racc. 232.

(176) V. sopra quanto rilevato a proposito dell'ordinamento tedesco.

(177) Si vedano gli ampi riferimenti in POLI, *op. cit.*, 1363 ss. e 1372.

nati per le procedure coinvolgenti differenti società raggruppate per il solo fatto dell'esistenza di una situazione di *Konze-rninsolvenz*, già sulla base delle norme dell'ordinamento vigente (ossia non ancora modificato dalla novella a cui si è fatto riferimento).

Il fondamento di tali doveri di cooperazione, fra i quali va incluso anche quello di scambiare tutte le informazioni rilevanti per il coordinamento delle diverse procedure parallele di insolvenza, viene individuato nel più generale dovere di garantire il miglior soddisfacimento possibile della massa dei creditori *ex* § 1, *Abs.* 1, *S.* 1 *InsO*.

Utilizzando tale indicazione, la costruzione della dottrina tedesca appare trasponibile anche nell'ordinamento italiano.

Con ciò non si vuole arrivare a sostenere la superfluità di una futura — e, a seguito della conclusione dei lavori della commissione Rordorf, imminente — specifica disciplina dedicata alla crisi del gruppo, che dovrebbe portare un contributo in termini di maggior chiarezza sulle regole applicabili in tale contesto; ma si vuole, piuttosto, prospettare la possibilità di reperire nel nostro sistema normativo attualmente vigente principi da cui ricavare, sul modello straniero, doveri di collaborazione fra gli organi delle procedure delle società del gruppo, dei quali uno dei più importanti è quello di mettere a disposizione tutte le informazioni rilevanti per la gestione coordinata dello stato di crisi.

Al riguardo, appare importante sottolineare il perfetto parallelismo riscontrabile fra la nostra disciplina concorsuale e l'*InsO* tedesco in merito all'individuazione dello scopo essenziale delle soluzioni volte al superamento di tale situazione: il miglior soddisfacimento possibile dei creditori (178).

Quest'ultimo obiettivo trova un fondamento normativo nella previsione dell'art. 160, 1° comma, lett. *a*) in combinato

(178) Al riguardo v. anche Santagata, *op. cit.*, 20.

disposto con l'art. 180, 4° comma, l. fall. (179) ed assurge nella giurisprudenza più recente a "causa" del concordato (così come, è da ritenere, anche degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati) (180).

Per il raggiungimento di un simile risultato si rappresenta costantemente — tanto nella letteratura italiana, quanto in quella straniera —, in caso di un gruppo insolvente, la necessità di attuare un coordinamento fra le diverse procedure relative alle singole unità che ne fanno parte, il quale è del tutto irrealizzabile in mancanza di un efficiente scambio di tutte le informazioni a tal fine necessarie anche fra gli organi delle procedure stesse. Ecco allora che — mutuando il ragionamento compiuto dalla dottrina tedesca — si può arrivare a sostenere la configurabilità nel nostro ordinamento di un dovere siffatto, che rinviene il fondamento ultimo nell'obiettivo di perseguire il miglior soddisfacimento possibile delle pretese creditorie proprio delle soluzioni extrafallimentari della crisi.

Inoltre la creazione di adeguati flussi informativi infragruppo in funzione dell'espletamento della funzioni del commissario trova un ulteriore frammento di disciplina, nella riflessione della dottrina tedesca, nella configurazione di *Mitwirkungspflicht* dei *Geschäftsführers* nelle procedure d'insolvenza.

Si ravvisa, cioè, nei §§ 22, *Abs.* 3, *Satz* 3, 97, *Abs.* 1 e 2, 101 *Abs.* 1 *InsO* un *Aukunftspflicht* specialmente nei confronti dell'*Insolvenzverwalter*, al fine di supportarlo nell'espletamento dei propri compiti; e si fonda su tali previsioni normative l'esistenza di dovere di cooperazione, sotto forma di condivi-

(179) Ma il miglior soddisfacimento possibile per i creditori può essere elevato al rango di principio che permea l'intera disciplina del concordato preventivo, poiché regola ricorrente anche all'art. 186-*bis* e all'art. 182-*quinquies*, 1° comma, l. fall.

(180) Sulla causa del concordato v. Cass., SS.UU., 1521/2013 e FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo*, art. 2221, *Commentario Scialoja-Branca*, 2014, 75.

sione delle informazioni, con l'organo preposto alla procedura (181).

Si tratta di un dovere al quale viene riconosciuta particolare importanza sotto diversi profili, in quanto *i*) l'*Insolvenzverwalter* (come il tribunale adito) difficilmente riuscirebbe da soli ad acquisire una conoscenza complessiva ed articolata della struttura economica del gruppo; *ii*) i gestori delle diverse società del gruppo sono in soggetti più edotti sulle sinergie fra le diverse unità del gruppo e, di conseguenza, sui *Verbundvorteil* da esse ricavabili (182).

Tuttavia, la dottrina tedesca nega che le previsioni appena menzionate possano essere utilizzate per configurare un dovere di cooperazione del gestore della singola società raggruppata nei confronti dell'*Insolvenzverwalter* non solo della procedura ad essa relativa, ma anche di quelli nominati per le procedure parallele (183).

Nel nostro ordinamento non sono presenti previsioni analoghe a quelle esaminate per l'ordinamento tedesco, aventi per oggetto lo specifico obbligo di invio di informazioni da parte del debitore (e, in caso di società, dei suoi amministratori) al commissario giudiziale. Sono, tuttavia, reperibili in dottrina spunti a favore di una ricostruzione ampia della portata dei poteri di indagine di quest'ultimo, che non sarebbero limitati alla documentazione depositata insieme al ricorso ai sensi dell'art. 161, 2° comma, l. fall., ma anche “[alle] scritture contabili e a[d] ogni altro documento utile reperito presso i locali dell'impresa” (184). E, comunque, oltre a ciò, il dovere della società del gruppo di condividere le informazioni con il commissario si può far derivare da quanto si è rilevato in apertura del paragrafo circa la rilevanza essenziale che le

(181) EIDENMÜLLER, *op. cit.*, 554; BECKER, *op. cit.*, 367 ss.

(182) BECKER, *op. cit.*, 371.

(183) BECKER, *op. cit.*, 368 e 371, ove si afferma che gli obblighi informativi dei gestori nella *Konzerninsolvenz* non hanno una “konzernweite Dimension”.

(184) AMBROSINI, *op. cit.*, 264.

notizie afferenti all'intero gruppo rivestono al fine di consentire al commissario di formulare la relazione di cui all'art. 172 l. fall.

Se si condividono questi rilievi, si potrebbe configurare per il nostro ordinamento, con riguardo alle funzioni dei commissari delle diverse società del sodalizio, i seguenti flussi informativi infragruppo: *i*) in primo luogo, quelli fra i diversi organi gestori delle società del gruppo, in senso discendente (sulla base dell'art. 2497-ter c.c.) o ascendente (v. sopra); *ii*) dai gestori le informazioni potrebbero essere veicolate ai commissari nominati per le rispettive società; *iii*) i singoli commissari delle procedure parallele potrebbero scambiarsi reciprocamente le informazioni rilevanti, giusta la possibilità sopra ammessa di fondare un dovere in tal senso sul principio del perseguimento della migliore soddisfazione possibile dei creditori.