

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA

**SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI
DIPARTIMENTO DI ECONOMIA**

Corso di laurea in Amministrazione, Finanza e Controllo



Elaborato scritto per la prova finale in
Diritto delle crisi d'impresa

***Concordato preventivo di Gruppo di Imprese nel
Codice della Crisi d'impresa e dell'Insolvenza***

Docente di riferimento: *Marco Arato*

Candidato: *Eugenia Arecco*

Anno accademico 2022-2023

**CONCORDATO PREVENTIVO DI GRUPPO DI IMPRESE NEL CODICE
DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA**

Indice

I.	DISCIPLINA DEL GRUPPO DI IMPRESE IN ITALIA	5
<i>I.1.</i>	<i>Il profilo oggettivo (crisi e insolvenza) e il profilo soggettivo</i>	<i>5</i>
<i>I.2.</i>	<i>Introduzione al ruolo del gruppo di imprese nel sistema economico italiano</i>	<i>10</i>
<i>I.3.</i>	<i>L'evoluzione normativa del gruppo di imprese dalla legge fallimentare al Codice della Crisi di impresa e dell'insolvenza</i>	<i>16</i>
<i>I.4.</i>	<i>Le caratteristiche della crisi di gruppo</i>	<i>21</i>
<i>I.5.</i>	<i>La necessità di una normativa speciale per il gruppo in crisi.....</i>	<i>29</i>
<i>I.6.</i>	<i>La nozione di gruppo di imprese</i>	<i>32</i>
II.	IL CONCORDATO PREVENTIVO.....	42
<i>II.1.</i>	<i>Il concordato preventivo nella Legge fallimentare.....</i>	<i>42</i>
<i>II.2.</i>	<i>La natura, gli obbiettivi e le tipologie del concordato preventivo</i>	<i>45</i>
<i>II.2.1.</i>	<i>La natura.....</i>	<i>45</i>
<i>II.2.2.</i>	<i>Gli obbiettivi</i>	<i>47</i>
<i>II.2.3.</i>	<i>Le tipologie di concordato preventivo</i>	<i>49</i>
<i>II.2.3.1.</i>	<i>Concordato in continuità</i>	<i>49</i>
<i>II.2.3.2.</i>	<i>Concordato con assuntore</i>	<i>51</i>
<i>II.2.3.3.</i>	<i>Concordato liquidatorio</i>	<i>52</i>
<i>II.2.3.4.</i>	<i>Concordato liquidatorio semplificato.....</i>	<i>54</i>
<i>II.2.3.5.</i>	<i>Concordati misti.....</i>	<i>55</i>
<i>II.3.</i>	<i>Consolidamento procedurale.....</i>	<i>57</i>
<i>II.4.</i>	<i>Accesso alla procedura.....</i>	<i>61</i>
<i>II.4.1.</i>	<i>I presupposti per l'apertura di un concordato unitario.....</i>	<i>61</i>
<i>II.4.2.</i>	<i>La domanda di accesso</i>	<i>61</i>

II.4.3. Il piano	63
II.4.3.1. La presenza di società in bonis	68
II.4.3.2. Il trasferimento di risorse infragruppo	68
II.4.4. La proposta di gruppo.....	70
II.4.5. La tutela dei creditori	72
II.4.6. Gli effetti della domanda di accesso	74
II.5. Sviluppo della procedura.....	79
II.5.1. Gli organi della procedura	81
II.5.2. Gli effetti dell'apertura della procedura.....	84
II.5.3. Proposte e offerte concorrenti	86
II.5.4. Le modifiche del piano	89
II.6. Il voto nel concordato	90
II.7. Le tipologie di trasferimenti infragruppo	96
II.8. L'omologazione.....	97
II.9. L'esecuzione, la risoluzione e l'annullamento	101
II.10. Concordato di gruppo internazionale	104
III. IL CONCORDATO PREVENTIVO DEL GRUPPO "BETA" S.p.A. SUCCESSIVO ALL'INTRODUZIONE DEL CCII	106
III.1. La struttura del gruppo.....	106
III.2. La situazione economico-patrimoniale 2015-2020 e la crisi.....	108
III.3. Il concordato preventivo	117
Bibliografia.....	121
Sitografia	122

Abstract italiano

L'elaborato si concentra sullo studio della procedura di concordato preventivo di gruppo di imprese, analizzando in prima istanza la storia del fenomeno legato alla costituzione di gruppi di imprese in Italia, e l'evoluzione della disciplina che la regola; successivamente viene analizzata la procedura.

A tal fine vengono descritte e studiate le norme del Codice della Crisi (D.lgs. 17 giugno 2022 n. 83) che disciplinano la procedura; vengono analizzate sia le caratteristiche generali, sia le particolarità riconducibili al gruppo di imprese.

Inoltre, per consentire un approfondimento sul tema, viene analizzato un caso ipotetico di crisi di un gruppo d'impresa, ipotizzando che sia successivo all'introduzione del codice.

L'obiettivo di questo elaborato è quello di comprendere l'importanza assunta dal fenomeno di gruppo nel sistema economico italiano e, di conseguenza, l'importanza che riveste la presenza di una normativa specifica finalizzata alla gestione di eventuali crisi.

In conclusione, si ritiene di poter affermare che la procedura unitaria sia maggiormente efficace ed efficiente rispetto alla gestione prevista dalla Legge Fallimentare (RD. 16 marzo 1942 n. 267), e ciò in ragione del fatto che con la procedura unitaria vengono garantiti sia minori costi sia più veloci tempistiche in merito alla nomina delle figure operanti nell'ambito della procedura stessa, degli organi unitari e sulla possibilità di effettuare trasferimenti infragruppo; si tratta di aspetti che con la Legge Fallimentare passavano in secondo piano in quanto l'obiettivo principale era quello di punire il debitore e non il risanamento dell'impresa. Inoltre il progetto europeo, sul quale si è basata la stesura del codice e che è stato introdotto con la Dir. 2019/1023 (Direttiva Insolvency) e con il Regolamento 2015/848, semplifica la gestione della crisi di gruppo internazionale. Prevede forme di cooperazione tra gli organi amministrativi e gli organi giudiziari delle procedure delle diverse società del gruppo, e anche in questo caso la possibilità di procedura unitaria. Lo scopo principale al quale si vuole tendere è quello di rafforzare il pensiero secondo il quale il rischio di difficoltà economiche e/o finanziarie sia un aspetto insito nell'attività d'impresa e per tale ragione sia necessario "normalizzare" la gestione di tali situazioni.

Abstract english

The paper focuses on the study of the procedure of group of companies arrangement with creditors, first analyzing the history of the phenomenon related to the establishment of groups of companies in Italy, and the evolution of the discipline that regulates it; then the procedure is analyzed.

To this end, the rules of the Crisis Code (D.lgs. 17 June 2022 n. 83) governing the procedure are described and studied; both the general characteristics and the particularities attributable to the business group are analyzed.

In addition, to allow for an in-depth study of the topic, a hypothetical case of a business group crisis is analyzed, assuming that it is subsequent to the introduction of the code.

The objective of this paper is to understand the importance assumed by the group phenomenon in the Italian economic system and, consequently, the importance of the presence of specific legislation aimed at managing any crisis.

In conclusion, it is believed to be possible to state that the unitary procedure is more effective and efficient than the management under the Bankruptcy Law (RD. March 16, 1942 n. 267), and this is due to the fact that with the unitary procedure both lower costs and faster timeframes are guaranteed with regard to the appointment of the figures operating within the procedure itself, unitary bodies and on the possibility of making intercompany transfers; these are aspects that with the Bankruptcy Law were taking a back seat since the main objective was to punish the debtor and not the reorganization of the company. Moreover, the European project, on which the drafting of the code was based and which was introduced by Dir. 2019/1023 (Insolvency Directive) and Regulation 2015/848, simplifies international group crisis management. It provides for forms of cooperation between the administrative bodies and judicial bodies of the procedures of different group companies, and again the possibility of unitary procedure. The main purpose it is intended to aim for is to strengthen the thought that the risk of economic and/or financial difficulties is an inherent aspect of business activity and for this reason it is necessary to "normalize" the management of such situations.

I. DISCIPLINA DEL GRUPPO DI IMPRESE IN ITALIA

In questo capitolo verranno descritte la storia e l'evoluzione della disciplina del gruppo di imprese in Italia. In particolare si cercherà di comprendere per quali ragioni si è deciso di introdurre una disciplina specifica per il gruppo di imprese e quali sono le particolarità del fenomeno.

I.1. Il profilo oggettivo (crisi e insolvenza) e il profilo soggettivo

Per l'accesso alle procedure previste dal Codice della crisi e dell'insolvenza (D.lgs. n.14/2019 aggiornato alla legge n. 41/2023) è necessario individuare il profilo soggettivo e il profilo oggettivo.

L'ambito soggettivo è definito all'art. 1, comma 1 CCII: *“Il presente codice disciplina le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici.”*

Quindi il destinatario dell'attuale disciplina è l'imprenditore in qualsiasi forma sia identificato. La procedura per la gestione della crisi o dell'insolvenza cambia in base al presupposto soggettivo (ad esempio l'imprenditore agricolo è sottoposto alla disciplina del sovraindebitamento). Inoltre si afferma l'esclusione dalla disciplina per lo Stato e gli enti pubblici. In tale sede è necessario ricordare che tale esclusione non è applicabile per le società a partecipazioni pubbliche in quanto possono essere sottoposte alle procedura di liquidazione giudiziale, concordato preventivo e amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

L'ambito oggettivo è costituito dai termini crisi e insolvenza.

L'art. 2, comma 1, lett. a) CCII fornisce la definizione di «crisi»: *“Lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi.”* Quindi la crisi d'impresa è un mutamento della situazione economica, patrimoniale o finanziaria;

può essere definita come una situazione “patologica” che comporta un’incapacità nel normale proseguimento dei rapporti.

La definizione di crisi è più ampia rispetto a quella dell’insolvenza; bisogna ricordare che vi è un legame tra le due perché se vi è insolvenza allora c’è anche crisi mentre la crisi non implica in automatico la presenza di insolvenza. L’aspetto più rilevante connesso alla crisi è la sua tempestiva emersione in quanto prima la si individua quanto prima si potranno adottare le procedure atte a evitare la dispersione di ricchezza e il danneggiamento dei creditori. Da questo punto di vista è evidente la necessità di una responsabilizzazione del debitore, dal momento che i creditori non possiedono sempre strumenti idonei per la rilevazione del subentrato stato.

La crisi, in genere, non è necessariamente il presupposto temporale del più grave fenomeno di «insolvenza», ma il Codice della Crisi la lega comunque alla probabilità che si verifichi tale evento. E’ in ogni caso più funzionale definire la crisi come una situazione di squilibrio che rende necessario il coinvolgimento di soggetti terzi in un’operazione di ristrutturazione che può riguardare gli interessi dei soggetti creditori.

E’ opportuno ricordare inoltre che fino a quando non vi sia l’intacco della garanzia patrimoniale (art. 2740 c.c.) si debba parlare di «pre-crisi».

La crisi può essere generata da una fase di declino dell’impresa che determina una perdita di valore, ma è necessario che vi sia anche un impatto sul patrimonio netto della società. Infatti nel caso di un’azienda in fase di declino, ma con un patrimonio netto non modificato negativamente, si ha il caso di un soggetto che sicuramente non valorizza l’investimento, ma allo stesso tempo non dovrebbe allarmare i creditori.

Per questo motivo la pre-crisi deve essere valutata attentamente: la fase di vita dell’impresa ha un impatto sulle aspettative dei soggetti interessati (soci) e sui profitti; molto spesso gli amministratori non riescono a vedere oltre e a stimare lo scenario in cui la perdita di valore impatterà sul patrimonio netto. È una fase molto delicata perché gli interessi coinvolti sono molteplici e spesso contrastanti tra loro (scelte più rischiose per tutelare i soci vs scelte più prudenti per tutelare i creditori).

La fase di pre-crisi ha assunto rilevanza grazie all’art. 12 CCII nel quale si fa riferimento anche alla probabilità di crisi per legittimare l’imprenditore all’accesso alla procedura di composizione negoziata.

Art. 12, comma 1 CCII: *“L'imprenditore commerciale e agricolo può chiedere la nomina di un esperto al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa, quando si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza e risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa. La nomina avviene con le modalità di cui all'articolo 13, commi 6, 7 e 8.”*

L'insolvenza è disciplinata all'art. 2, comma 1, lett. b): *“lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.”*

La norma non fornisce una definizione d'insolvenza ma spiega quando e come si può manifestare. Quindi non è una norma descrittiva e vincolante in quanto sarà il giudice a decidere quando le obbligazioni non sono più soddisfatte regolarmente, la valutazione deve essere effettuata caso per caso. Inoltre, l'insolvenza è intesa come un fatto costitutivo in quanto l'accertamento dello stato di insolvenza è presupposto per verificare la validità della domanda all'accesso di una delle procedure concorsuali. In particolare *“l'insolvenza appare come un fatto costitutivo della pretesa azionata dal ricorrente e come tale la prova della sua sussistenza deve essere data da chi propone la domanda”¹.*

Da tale analisi emerge una netta separazione con la Legge fallimentare (RD n. 267/1942) la quale assumeva che i termini crisi e insolvenza fossero sinonimi; l'art. 160, comma 3, Legge fall. dice: *“per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza”*.

Si individuano tre situazioni in cui si presume di essere in presenza di insolvenza:

- L'esistenza di un debito di modesto ammontare non onorato, poiché se l'impresa non riesce a soddisfare debiti minori manifesta presumibilmente un'incapacità a far fronte a tutti gli altri impegni di importo maggiore;
- Il caso in cui l'attivo patrimoniale sia superiore al passivo patrimoniale. Bisogna ricordare che l'obiettivo non è l'equilibrio patrimoniale, tale situazione può rappresentare una sfiducia da parte dei soggetti finanziatori ovvero che l'impresa non sia in grado di acquisire credito;

¹ Massimo Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, pag. 62, La Tribuna – il Foro italiano, 2023

- La presenza di un unico debito, poiché anche tale situazione può essere segnale di difficoltà di accesso al credito;

In maniera speculare si deve escludere di essere in presenza di insolvenza quando:

- Il passivo è superiore all'attivo, poiché la presenza di debiti ingenti può essere indizio di alta capacità dell'impresa a ottenere finanziamenti;
- L'azienda chiude gli esercizi sempre in perdita, perché i soci preferiscono rifinanziare l'impresa; si è nella situazione opposta a quelle sopra descritte e cioè quella in cui il mercato del credito e i soci mantengono fiducia nell'impresa.

Per quanto riguarda l'insolvenza di un'impresa appartenente ad un gruppo è previsto dall'art. 287 CCII che questa non deve essere valutata riferendosi all'intero gruppo perché è prevista la separazione tra masse attive e passive.

All'insolvenza sono connessi una serie di profili che è importante richiamare.

In primo luogo, si ha la non transitorietà dell'insolvenza e l'art. 2, lett. *b*) tratta dello «stato d'insolvenza». Perché vi sia lo stato di insolvenza è necessario che il debitore sia inadempiente per un periodo di tempo notevole. Non è stato previsto un limite di tempo preciso ma è stato imposto che l'insolvenza non può danneggiare il creditore; di conseguenza l'arco temporale deve essere quello necessario all'impresa per trovare le risorse da destinare ai creditori. Si è soliti definire tale situazione come mera illiquidità, più che insolvenza, ossia una situazione di temporanea tensione dell'impresa.

Successivamente si può definire l'irrelevanza della reversibilità dell'insolvenza nell'ipotesi di liquidazione giudiziale. Infatti è possibile che con interventi strutturali e tempestivi lo stato d'insolvenza venga eliminato. Tale reversibilità dell'insolvenza è irrilevante nel caso di liquidazione giudiziale mentre può essere decisiva per la procedura di amministrazione straordinaria e per la procedura di composizione negoziata.

Un altro aspetto importante è costituito dall'irrelevanza dell'imputabilità soggettiva, il che comporta che qualsiasi indagine sull'imputabilità dell'imprenditore a riguardo delle cause di dissesto, e quindi la riferibilità a rapporti estranei all'impresa, è irrilevante. Se dal punto di vista giuridico sono irrilevanti le cause che hanno portato all'insolvenza dell'impresa, queste saranno comunque rilevanti nel caso di un risvolto penale nella procedura di liquidazione giudiziale o di esdebitazione.

A seguire va analizzato l'aspetto dell'impossibilità ad adempiere, l'insolvenza è di fatto il mancato adempimento delle obbligazioni contratte. Si può non adempiere anche per volontà e non solo o perché esiste un'impossibilità a onorare i debiti. Nella prima ipotesi è necessario dimostrare di essere in grado di far fronte agli impegni assunti. Nel caso in cui il creditore che richiede la liquidazione giudiziale non abbia un titolo esecutivo, l'impresa dovrà dimostrare la propria capacità di adempimento anche attraverso documenti contabili; se viceversa il creditore avesse un titolo esecutivo allora il debitore dovrà dimostrare di essere in grado di adempiere con una dimostrazione specifica, ad esempio costituendo delle garanzie.

Infine va valutata la dimensione dell'insolvenza, per la determinazione del presupposto oggettivo in realtà non è rilevante, mentre per l'ammissione alle diverse procedure sono previsti dei requisiti anche dimensionali; alcune procedure, ad esempio la liquidazione giudiziale, sono costose e per importi minori non sarebbe ragionevole aprirle.

Per quanto riguarda la crisi è necessario tenere presente l'art. 2986 c.c., il quale prevede che l'imprenditore debba dotare l'azienda di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato all'emersione tempestiva della crisi. Tale assetto deve essere adeguato a fornire informazioni utili a chi amministra in modo da gestire al meglio le attività e a rilevare tempestivamente la crisi. Le misure e gli assetti devono essere adottati per specifiche finalità che sono riportate all'art. 3, comma 3 CCII.

La prima finalità è quella di rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore.

La seconda è quella di verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi, e rilevare i segnali indicati all'art. 3, comma 4 CCII.

Infine l'ultima finalità è quella di ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui all'articolo 13, al comma 2 CCII.

Come già precisato in precedenza all'art. 3, comma 4 CCII sono indicati i segnali per la previsione. Il suddetto articolo alla lettera *a)* indica il primo segnale ovvero

l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni di importo superiore alla metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni. La lettera *b)* dello stesso articolo indica come segnale l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti scaduti. Il terzo segnale indicato alla lettera *c)* consiste nell'esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino almeno il 5% delle esposizioni totali. Infine, la lettera *d)* indica l'ultimo segnale ovvero l'esistenza di una o più esposizioni debitorie previste all'articolo 25-*novies*, comma 1 CCII².

I.2. Introduzione al ruolo del gruppo di imprese nel sistema economico italiano

Per comprendere e approfondire il tema del gruppo di imprese e la sua evoluzione si è deciso di analizzare due documenti ISTAT “*Conti economici delle imprese e dei gruppi di impresa*”.

Il primo documento analizza i dati sulla struttura e la dimensione dei gruppi di imprese presenti in Italia nell'anno 2008 (pubblicato 16 giugno 2010).

Le informazioni usate per lo studio sono state rilevate dall'Archivio statistico dei gruppi di imprese. Il campione selezionato è composto da tutte le società di capitali appartenenti a gruppi e che sono comprese nell'Archivio statistico delle imprese attive (Asia).

Nel 2008 i gruppi di imprese presenti in Italia sono 76.000, composti da 178.000 imprese attive residenti, e l'occupazione è pari a 5,7 milioni di addetti. Secondo Asia il 3,9% delle imprese attive appartiene a un gruppo e coinvolgono circa un terzo degli addetti. Sia il numero di gruppi che il numero di addetti coinvolti sono aumentati rispetto al 2007.

Inoltre, i gruppi di imprese presentano una concentrazione in poche strutture che però sono di grandi dimensioni e che, di conseguenza, presentano un rilevante peso

² Segnalazioni dei creditori pubblici qualificati.

economico; ma sono presenti anche molti gruppi di piccola o piccolissima dimensione. Per rappresentare la situazione si possono prendere a riferimento delle tabelle.

Tab. 1.1: Gruppi, imprese e addetti appartenenti a gruppi per classi di addetti dei gruppi e numero delle imprese attive nei gruppi – Anno 2008 (valori assoluti e percentuali)

	Gruppi 2008						Variazioni % 2008/2007		
	Gruppi	%	Imprese	%	Addetti	%	Gruppi	Imprese	Addetti
CLASSI DI ADDETTI DEI GRUPPI									
1-19	48.813	64,0	90.258	50,5	326.409	5,7	2,6	2,9	3,1
20-99	20.193	26,5	50.131	28,0	874.958	15,2	1,2	1,7	0,5
100-499	5.840	7,7	22.834	12,8	1.188.295	20,6	1,3	0,7	1,7
500-4.999	1.300	1,7	12.407	6,9	1.622.027	28,1	0,5	3,7	1,9
5.000 e oltre	114	0,1	3.198	1,8	1.761.604	30,5	2,7	-38,2	-1,2
TOTALE	76.260	100,0	178.828	100,0	5.773.292	100,0	2,1	1,2	0,8
NUMERO DI IMPRESE ATTIVE NEI GRUPPI									
1	23.337	30,6	23.337	13,0	644.325	11,2	0,5	0,5	-0,2
2	34.189	44,8	68.378	38,2	1.028.208	17,8	2,9	2,9	-1,4
3-4	14.270	18,7	46.424	26,0	1.028.882	17,8	3,5	3,5	5,3
5-9	3.545	4,6	21.542	12,0	1.068.927	18,5	0,3	0,2	3,0
10-49	860	1,1	14.012	7,8	1.371.614	23,8	1,7	0,0	-2,5
50 e oltre	59	0,1	5.135	2,9	631.336	10,9	13,5	-23,5	1,8
TOTALE	76.260	100,0	178.828	100,0	5.773.292	100,0	2,1	1,2	0,8

Fonte: ISTAT, 2008: pag. 2

Come si evince dalla tabella il 64% dei gruppi presenti in Italia rientra nella classe dimensionale più piccola (1-19 addetti), coinvolgono il 50,5% delle imprese appartenenti a dei gruppi ma il loro peso è decisamente inferiore in misura degli addetti occupati, infatti rappresentano il 5,7% sul totale degli occupati delle imprese appartenenti a gruppi. Le due classi dimensionali più grandi (500-4.999 e 5.000 e oltre) sono numericamente inferiori in quanto rappresentano rispettivamente l'1,7% e lo 0,1% dei gruppi presenti in Italia; anche in termini di imprese hanno una quota minoritaria; invece per quanto riguarda gli addetti occupati concentrano le quote più alte, rispettivamente 28,1% e 30,5%, ossia circa 3 milioni di addetti.

Passando alla parte bassa della tabella (numero di imprese attive nei gruppi) si evince che il 76% dei gruppi è costituito da 1-2 imprese attive, ciò nonostante sono coinvolte circa 90.000 imprese e 1,5 milioni di addetti.

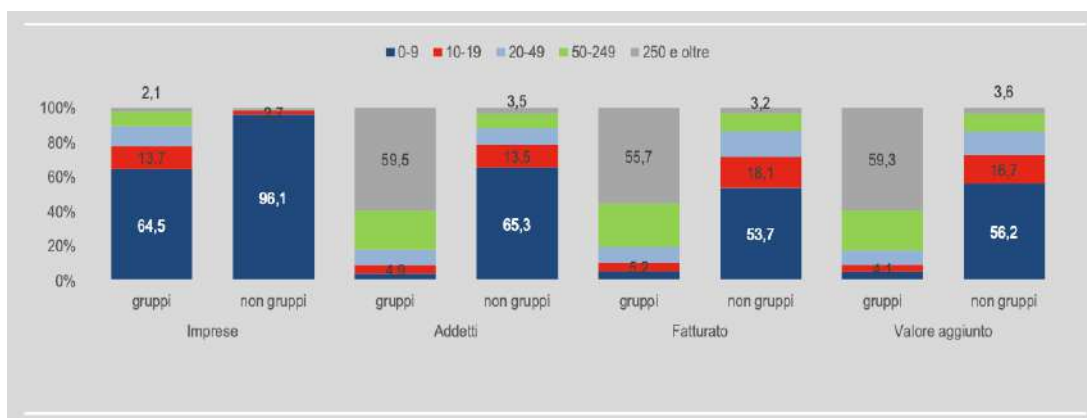
Per quanto riguarda i gruppi più articolati ossia quelli composti da 10-49 imprese e da 50 e oltre imprese rappresentano la minoranza infatti rappresentano rispettivamente l'1,1% e lo 0,1% del totale, in termini di imprese coinvolte riguardano il 7,8% e il 2,9%;

viceversa dal punto di vista occupazionale rappresentano la quota maggioritaria perché prevedono l'occupazione di 2 milioni di addetti (rispettivamente il 23,8% e il 10,9% del totale).

Il secondo documento analizza i dati sulla struttura e la dimensione dei gruppi di imprese presenti in Italia nell'anno 2018.

Nel 2018 le imprese attive nell'industria e nei servizi di mercato sono pari a 4,3 milioni, il numero di occupati impiegati sono pari a 16 milioni.

Tab. 1.2: distribuzione di alcuni indicatori economici per tipo di unità statistica e classe di addetti – Anno 2018 (valori percentuali)



Fonte: ISTAT, 2020: pag. 2

Nel 2018 il 3,5% delle imprese è costituito in strutture di gruppo e occupano un terzo degli addetti. In particolare le imprese costituite in gruppi con 250 e oltre addetti rappresentano il 2,1% del totale, mentre rappresentano il 59,5% degli addetti occupati sul totale.

Bisogna anche ricordare che l'89% dei gruppi è controllato da soggetti residenti in Italia, mentre il 10% è controllato da soggetti residenti all'estero. Si può affermare che circa l'80% dei gruppi sono domestici.

Si può concludere che tra il 2008 e il 2018 il numero di gruppi di imprese presenti in Italia sia aumentato.

Una caratteristica fondamentale del sistema economico italiano è l'importanza delle PMI (piccole e medie imprese). Infatti l'Italia, rispetto agli altri paesi industrializzati, presenta un maggior peso relativo, in termini di occupati, investimenti e valore aggiunto

delle PMI nella produzione. Tale caratteristica è una conseguenza della presenza di imprese familiari ma è anche dovuta all'importanza data dal paese ai distretti industriali. I distretti industriali sono *“una concentrazione in zone circoscritte del paese di un grande numero di piccole e medie imprese che producono un solo prodotto (ad esempio le ceramiche, i mobili, i filati, le scarpe e i gioielli)”*³.

La presenza di distretti industriali è possibile quando le economie di scala sono poco importanti e in cui la diversificazione della produzione è fondamentale. Infatti le «economie di scala»⁴ sono il fattore che caratterizza il sistema economico americano e che sono importanti per la produzione automobilistica, chimica di base e nelle industrie della gomma. In tali casi ci sarebbe la tendenza a far emergere poche e grandi imprese con la graduale emersione di oligopoli o monopoli. Per questo motivo si può sostenere che il fenomeno del gruppo di imprese in Italia è meno presente rispetto ad altri stati.

Inoltre una delle critiche volte al sistema economico italiano riguarda l'attività dei distretti industriali, in quanto sono specializzati in settori tradizionali a basso tasso di crescita, questo aspetto costituisce anche una delle cause delle difficoltà che l'Italia ha dovuto affrontare (crisi finanziaria ed economica 2007-2008).

Si può affermare che la nascita di gruppi di imprese in tale contesto sia una conseguenza delle scelte dell'imprenditore stesso di aumentare e diversificare la propria attività. La differenza è che la crescita non avviene internamente ma tramite acquisizioni esterne di nuove unità, mantenendo la piccola dimensione delle diverse imprese; in questo modo l'imprenditore riesce comunque a usufruire dei vantaggi garantiti dalla piccola dimensione.

Tendenzialmente quando l'attività originaria ha raggiunto un certo grado di maturità l'imprenditore decide di delegare la gestione dell'impresa ad un management esterno al nucleo familiare. In questo modo l'imprenditore si può impegnare ad aprire una nuova impresa e inoltre le nuove società costituite fanno parte del gruppo che è di proprietà dell'imprenditore.

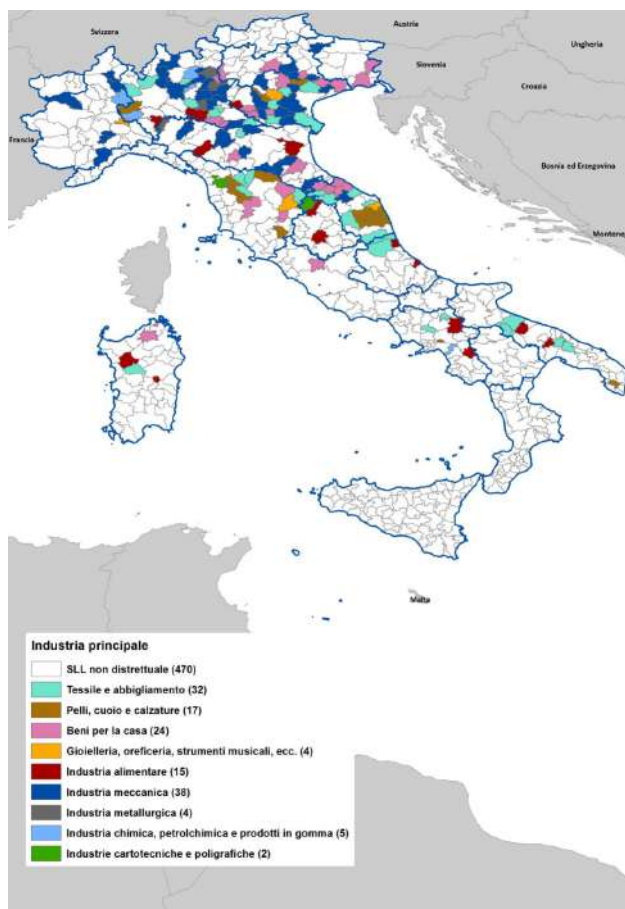
³ Vittorio Valli, L'Europa e l'economia mondiale, trasformazioni e prospettive, pag. 159, Carocci editore, 2008

⁴ Diminuzione dei costi medi di produzione in relazione alla crescita della dimensione degli impianti e sono quindi realizzate dalle grandi imprese per ragioni organizzative e tecnologiche.

La volontà dell'imprenditore è quella di differenziare la propria attività in senso orizzontale o a integrarla in senso verticale tramite strategie di crescita che possono essere diverse.

Per quanto riguarda l'acquisizione delle imprese bisogna specificare che questa può riguardare sia imprese dello stesso settore sia di settore diverso. La scelta dipende dall'obiettivo dell'imprenditore perché se viene acquisita un'impresa nello stesso settore allora l'imprenditore intende rafforzare la propria posizione nel ramo, ampliare l'attività, acquisire know-how dell'impresa (*diversificazione correlata*). Se viceversa, l'imprenditore decide di acquisire una società di un settore diverso da quello dell'attività originaria allora il suo obiettivo sarà quello di differenziare la propria attività (*diversificazione conglomerale*). È molto più frequente il primo tipo di diversificazione e inoltre il secondo è meno comune tra i gruppi di piccole dimensioni perché è meno legato alle strategie di crescita.

Fig. 1.1: Distretti industriali – Anno 2011



Fonte: ISTAT, 2015: pag. 6

Come già affermato in precedenza l'economia italiana è caratterizzata dalla presenza dei distretti industriali. Si deve considerare che nel 2011 attraverso il 9° Censimento generale dell'industria e dei servizi l'ISTAT ha individuato 141 distretti industriali, rispetto al 2001 il numero è diminuito di 40 unità. Nel corso degli anni si è iniziato a parlare di una nuova tipologia di gruppo ossia il «gruppo distrettuale».

Come si può vedere dalla cartina 1.1 i distretti industriali non sono equamente distribuiti per la penisola ma si concentrano nel Centro-nord Italia; questa

distribuzione iniqua ha una ragione economica e storica che si ricollega al fenomeno italiano del divario tra Nord e Sud per cui l'attività produttiva è concentrata prevalentemente al Nord e al Sud vi sono solo casi sporadici.

Il gruppo distrettuale nasce dalla necessità delle imprese appartenenti al distretto di crescere per essere competitive sui mercati internazionali, che sono cambiati nel corso del tempo rendendo sempre più difficile il successo per le piccole imprese.

Il gruppo distrettuale viene definito come «*una struttura organizzativa costituita da un insieme di imprese giuridiche con sede legale nell'area distrettuale ed operanti in una delle fasi della filiera produttiva del distretto*» (Cainelli, Iacobucci, 2005). Questo tipo di gruppo è caratterizzato soprattutto da un elevato grado di specializzazione e da una maggiore concentrazione spaziale, quest'ultima è una caratteristica comune a tutti i gruppi.

A seconda del tipo di mercato i distretti adottano la diversificazione orizzontale o l'integrazione verticale. Ad esempio se il mercato presenta una domanda molto varia allora sarà necessaria maggiore differenziazione del prodotto e quindi la crescita verrà realizzata tramite strategie di diversificazione orizzontale. Se invece l'obiettivo è quello di aumentare la qualità dei prodotti allora si adotteranno strategie di integrazione verticale. In entrambi i casi la crescita è concentrata sul core business dell'attività originaria e quindi del settore del distretto, ciò ne definisce la maggiore specializzazione.

La letteratura sostiene che la formazione dei gruppi all'interno dei distretti stia portando a modificare alcune delle caratteristiche principali degli stessi; un esempio è la struttura della governance in quanto si crea una gerarchizzazione all'interno del distretto. Una conseguenza è la costruzione di assetti organizzativi più complessi che si basano su legami di proprietà e di gerarchizzazione dei ruoli. Da questo processo sono emerse delle imprese leader che controllano le altre e che sono responsabili delle scelte strategiche.

Si deve tenere conto del fatto che, inizialmente, la concentrazione delle imprese dei distretti era giustificata dalla convenienza della prossimità spaziale e degli spillover di conoscenza⁵, ma successivamente è diventata sempre più presente anche all'interno dei gruppi, nonostante siano caratterizzati da rapporti gerarchici.

⁵ Fenomeni che si verificano tramite la condivisione di informazioni e conoscenze relative ad una determinata attività o progetto, ed applicabili in altri contesti generando ulteriori opportunità di crescita.

In conclusione, si può affermare che la creazione del gruppo distrettuale ha comportato delle modifiche all'interno dei distretti stessi, generando allo stesso tempo un elemento di continuità in quanto rappresenta una risposta alle istanze dei mercati internazionali.

I.3. L'evoluzione normativa del gruppo di imprese dalla legge fallimentare al Codice della Crisi di impresa e dell'insolvenza

Nel nostro ordinamento ante Codice della crisi viene fornita la definizione di «fallimento di gruppo»: *“la distinta personalità giuridica e l'autonomia patrimoniale di cui sono dotate le società appartenenti ad un medesimo gruppo, nonostante il vincolo derivante dal rapporto di collegamento e controllo, comportano che l'accertamento dello stato di insolvenza debba essere effettuato con esclusivo riferimento alla situazione economica di ogni singola società”*.

Di conseguenza, secondo la disciplina precedente, la dichiarazione di fallimento di una società appartenente a un gruppo si deve basare sull'accertamento dello stato di insolvenza effettuato esclusivamente in riferimento alla singola società; in quanto, nonostante l'appartenenza a un gruppo, le società partecipate mantengono la propria personalità giuridica e quindi autonomia, di conseguenza rispondono con il proprio patrimonio soltanto per i propri debiti.

In Italia, storicamente, gli istituti per la regolazione della crisi d'impresa sono stati costruiti e strutturati per imprese singole, individuali o in forma societaria escludendo dall'attenzione la possibilità aggregativa delle società; ciò è coerente con la tradizionale imputazione soggettiva. Ciò trova una ragione nel fatto che all'epoca in cui entrò in vigore la Legge fallimentare (1942) il fenomeno del gruppo di imprese era poco conosciuto.

L'ipotesi di dissesto del gruppo nella normativa precedente non aveva una disciplina specifica approfondita ma era disciplinata da leggi speciali tra cui la c.d. «Legge Prodi-bis» cioè il D.lgs. n. 270/1999 (ha modificato la disciplina precedente del 1979 per rispettare i principi comunitari) e la c.d. «Legge Marzano» ossia il D.L. n. 347/2003 in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi. Tali

normative erano volte alla conservazione del complesso aziendale in quanto l'obbiettivo era la gestione di crisi di importanti gruppi italiani.

Bisogna ricordare che la Legge Prodi-*bis* ha introdotto un aspetto di novità e di differenza rispetto alla regola generale perché all'art. 81, comma 1 estende la procedura della società madre anche alle altre imprese che partecipano al gruppo: *“Dalla data del decreto che dichiara aperta la procedura madre, e fino a quando la stessa è in corso, le imprese del gruppo soggette alle disposizioni sul fallimento, che si trovano in stato di insolvenza, possono essere ammesse all'amministrazione straordinaria indipendentemente dal possesso dei requisiti previsti nell'articolo 2.”*

L'estensione della procedura porta a una serie di vantaggi nella gestione dell'insolvenza del gruppo perché consente una gestione comune grazie alla possibilità di nominare gli stessi organi e la possibilità di presentare un piano unitario. Quindi permette un risparmio in termini di tempo e in termini di costi. Bisogna ricordare che comunque si mantiene la separazione tra masse attive e passive.

L'apertura della procedura di amministrazione straordinaria per la società madre è condizionata al rispetto di alcuni requisiti:

- Deve essere accertato lo stato di insolvenza;
- L'azienda deve avere un numero di lavoratori subordinati non inferiore a 200 da almeno un anno;
- L'azienda deve avere un ammontare complessivo di debiti non inferiore ai due terzi tanto del totale dell'attivo dello Stato patrimoniale che dei ricavi dalle vendite e dalle prestazioni dell'ultimo esercizio.

La Legge Marzano è stata ideata appositamente per gestire l'insolvenza Parmalat, in quanto la liquidazione di un gruppo di tali dimensioni e con elevata rilevanza socioeconomica avrebbe generato importanti effetti negativi sull'economia italiana, il gruppo nel 2003 era composto da 213 società ed era presente in 30 paesi. La procedura ne ha consentito la ristrutturazione finanziaria e il trasferimento dell'impresa ai creditori tramite l'assegnazione di azioni e *warrant*⁶. Per questo motivo la Legge Marzano,

⁶ Strumento finanziario derivato che attribuisce al possessore il diritto di acquistare (*warrant call*) o di vendere (*warrant put*) l'attività sottostante a (oppure entro) una determinata scadenza ad un prezzo predeterminato.

basandosi sulla Legge Prodi-*bis*, ha introdotto dei requisiti particolari. Inizialmente la legge Prodi-*bis* prevedeva un requisito dimensionale minimo di 200 dipendenti, che viene successivamente modificato dalla Legge Marzano definendo la soglia minima dei dipendenti assunti da almeno un anno a 1.000, mentre il requisito patrimoniale che riguarda l'ammontare dell'esposizione debitoria in possibilità di recupero viene quantificato in almeno 1 miliardo di euro. Questo modifica le disposizioni della Legge Prodi-*bis* che non prevedeva il requisito della sussistenza di possibilità di recupero dell'impresa. Queste modifiche sono state apportate ad hoc per il Crac Parmalat. Successivamente, anno 2005, la Legge Marzano è stata nuovamente rivista, e il requisito dimensionale è stato ridotto della metà definendo come 500 il numero minimo di dipendenti mentre il requisito patrimoniale è stato ridotto a 300 milioni di euro.

La dottrina prevalente non ha accolto con favore questa modifica sostenendo che la riduzione dei requisiti permette l'accesso alla procedura anche a realtà non in possesso di un'effettiva rilevanza socioeconomica.

Oltre al Crac Parmalat altro esempio di insolvenza di gruppo di imprese italiane è rappresentato da Alitalia, I (2008) e II (2017). In entrambe i casi Alitalia è stata sottoposta alla procedura di Amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi ai sensi del D.L. n. 347/2003 (Legge Marzano).

Di conseguenza si può affermare che nell'ordinamento italiano *ante* Codice della crisi manca una disciplina specifica che regoli l'insolvenza del gruppo di imprese; in secondo luogo, si può affermare che in passato sono state introdotte delle leggi speciali che trattano l'insolvenza di un gruppo di imprese, ma l'iniziativa non deriva dall'esigenza di avere una disciplina ad hoc, ma da quella di gestire insolvenze conclamate di grandi gruppi di imprese italiane.

Tuttavia si deve ricordare che nei primi anni duemila c'è stato un tentativo da parte della c.d. Commissione Trevisanato⁷, che nel corso di una riforma delle procedure concorsuali sviluppa una regolazione del caso di concordato di gruppo che non ha avuto seguito, di conseguenza fino al 2021 si è mantenuto un vuoto normativo.

⁷ Per i progetti di riforma della Commissione Trevisanato si veda Jorio-Fortunato, *La riforma delle procedure concorsuali*, Milano, 2014

In particolare, l'istituto concorsuale che ha risentito maggiormente della mancanza di una normativa sui gruppi di imprese è il concordato preventivo. Il concordato preventivo nella Legge fallimentare del 1942 rappresenta un'alternativa alla procedura di fallimento a cui poteva accedere l'imprenditore «*onesto ma sfortunato*».

La riforma dell'ordinamento italiano, avvenuta con l'entrata in vigore del Codice della crisi, si è realizzata grazie alla spinta da parte dell'Unione Europea. Infatti, vi sono stati dei cambiamenti nell'approccio europeo nei riguardi del diritto concorsuale; ciò è dovuto a una profonda trasformazione culturale e di conseguenza legislativa. In particolare una svolta rilevante è rappresentata dalla Direttiva *Insolvency* (Dir. 2019/1023) che riguarda le misure per aumentare l'efficacia delle procedure e dei quadri di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione.

L'ordinamento italiano ha affrontato tensioni a causa di tale intervento messo in atto dal legislatore europeo, volto alla progressiva armonizzazione dei diversi ordinamenti dell'UE. Le tensioni sono giustificate dal fatto che si è verificato un cambiamento rispetto alla tradizione giuridica e culturale domestica e con questo intervento il diritto della crisi e dell'insolvenza non può più essere indipendente ma deve confrontarsi con tale armonizzazione.

L'obiettivo è quello della c.d. «*privatizzazione del fallimento*», ossia l'abbandono dell'idea che lo Stato sia il gestore e che il debitore debba essere punito. Tale obiettivo non si è mai realizzato pienamente ma l'obiettivo delle procedure era quello di spostare il focus dallo Stato-curatore/fallito a quello debitore/creditori, limitando il potere del giudice che nella Legge fall. era ancora considerato la «*longa manus*»⁸ del potere sanzionatorio dello Stato⁹.

Un'altra fonte del legislatore europeo per la riforma del diritto concorsuale è il Regolamento 2015/848 (che ha sostituito il Reg. n. 1346/2000), detta una disciplina specifica in materia di gruppi, che oltre a prevedere forme strutturate di cooperazione e comunicazione tra amministratori e giudici delle varie procedure aperte in diversi paesi

⁸ Espressione, non classica ma di formazione recente, con cui si indica la persona (o eventualmente il gruppo, l'organo, l'istituzione) che, più o meno nascostamente, agisce per incarico e per conto d'altri, o che si serve di un potere come strumento per conseguire i propri scopi. Letteralmente significa «lunga mano».

⁹ Michele Vietti, *Codice della crisi e direttiva Insolvency*, Altalex, 2022.

ove sono insediate le società del gruppo, e introduce anche la possibilità di aprire una procedura unitaria di coordinamento.

Lo scopo di questi cambiamenti normativi è quello di “normalizzare” la situazione di difficoltà dell’impresa, in quanto il rischio è un fattore intrinseco nell’attività dell’impresa. La normalizzazione deve essere raggiunta introducendo degli strumenti adeguati a definire l’emersione tempestiva della crisi in modo da evitarne l’insolvenza, e la conseguente liquidazione giudiziale, per mezzo di un adeguato repentino risanamento dell’impresa. La riforma realizzata dal Codice della crisi in tema di gruppi colma un’importante lacuna dell’ordinamento italiano adeguandolo alle indicazioni date dalla Commissione Europea¹⁰, dei lavori dell’UNCITRAL¹¹ (*United Nations Commission on International Trade Law - Commissione delle Nazioni Unite per il Diritto Commerciale Internazionale*) e dal Regolamento UE n. 2015/848 sull’insolvenza¹².

Si verifica un cambiamento concettuale e disciplinare perché l’obiettivo è quello di gestire in maniera unitaria la crisi di più imprese appartenenti allo stesso gruppo. Tale scopo trova origine nella definizione comune di gruppo come un’aggregazione di imprese formalmente autonome ed indipendenti l’una dall’altra, ma assoggettate ad una direzione unitaria. La giurisprudenza individua come elemento distintivo del gruppo di imprese, rispetto alle altre forme raggruppamento¹³, la direzione unitaria che la capogruppo (società madre) esercita nei confronti della altre società partecipate (società figlie).

Per quanto riguarda il profilo economico il gruppo è considerato impresa unitaria, mentre sotto il profilo giuridico questa interpretazione è condivisa solo da una parte della dottrina. A tale riguardo si può citare il pensiero di Francesco Galgano¹⁴, secondo il quale il gruppo di società è una particolare forma di organizzazione in cui l’impresa esercitata

¹⁰ La Commissione nella sua Raccomandazione del 12 marzo 2014 ha incoraggiato una maggiore coerenza nei quadri legislativi nazionali sulla ristrutturazione di gruppo al fine di ridurre le divergenze e le inefficienze che ostacolano la ripresa delle imprese in difficoltà.

¹¹ La Guida legislativa Uncitral sull’Insolvenza contiene un capitolo specifico dedicato alla crisi dei gruppi transnazionali (Uncitral Legislative Guide on Insolvency law – part three, consultabile su www.uncitral.org sotto Uncitral texts and status).

¹² Banca d’Italia, *Schema di decreto legislativo recante Codice della crisi di imprese e dell’insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155*, 2018

¹³ Ad esempio consorzi e le diverse forme di joint venture.

¹⁴ Giurista e avvocato italiano (Catania 1932 - Bologna 2012), la definizione di gruppo di imprese è contenuta nel testo *I gruppi di società*, Utet, Torino, 2001; Luciano Quattrocchio, *L’insolvenza dei gruppi*, Altalex.

dalla holding e dalle controllate è unica. In particolare, l'attività di direzione e controllo è svolta dalla capogruppo e l'attività operativa è affidata alle controllate.

Le norme che definiscono l'attività di direzione e coordinamento di società come fattispecie non la definiscono o descrivono, non individuano neanche gli elementi costitutivi. Di conseguenza il compito di ricostruire l'assetto spetta all'interprete che deve appunto definire il contenuto minimo della nozione e individuare le possibili declinazioni, sulla base dei dati che vengono offerti dall'osservazione economico-sociale dei gruppi.

Per realizzare la gestione unitaria viene previsto l'accesso alla procedura di concordato preventivo per le imprese appartenenti allo stesso gruppo in crisi, mediante la presentazione di un'unica domanda di ammissione alla procedura, e mediante la presentazione di autonome richieste per singola società; è comunque previsto l'obbligo di informazione tra le varie società allo scopo di assicurare il coordinamento tra le diverse procedure.

I.4. Le caratteristiche della crisi di gruppo

Prima di affrontare le particolarità della crisi del gruppo di imprese è necessario distinguere tra le diverse tipologie di crisi d'impresa che possono manifestarsi nell'ambito dell'attività aziendale.

In termini generali si può dire che un'impresa si trova in una situazione di crisi se per motivi interni o esterni non raggiunge gli obiettivi che si era prefissata. Da un punto di vista giuridico tale definizione è troppo fumosa, in termini giuridici la nozione di crisi si riferisce a situazioni patologiche dell'impresa.

Una prima distinzione possibile è individuabile tra le seguenti:

- Crisi di tipo *patrimoniale*, consistente nella presenza di squilibri economico-finanziari;
- Crisi di tipo *non patrimoniale*, che riguarda il funzionamento dell'organizzazione.

Le crisi di tipo patrimoniale possono essere a loro volta distinte in crisi *economiche* o patrimoniali in senso stretto, queste consistono nello sbilancio tra attivo e passivo, e in crisi *finanziarie*, queste seconde si traducono nell'incapacità dell'impresa di soddisfare

regolarmente le obbligazioni verso i terzi. Quest'ultima tipologia di crisi nell'ordinamento giuridico è qualificata come insolvenza. Infine vi può essere la situazione di crisi *economico-finanziaria* in cui si verificano sia squilibrio finanziario che squilibrio economico.

Le crisi, patrimoniali e non patrimoniali, possono essere considerate in base alla loro gravità e alle prospettive di risanamento dell'impresa, infatti si può distinguere tra due situazioni:

- Reversibili e sanabili;
- Irreversibili e insanabili.

Tali distinzioni della crisi sono relative e non devono essere *assolutizzate* in quanto nella realtà frequentemente le crisi patrimoniali sono collegate a crisi non patrimoniali oppure ne sono una diretta conseguenza. In secondo luogo, le crisi economiche hanno la tendenza a sfociare nelle crisi finanziarie; e ancora, la differenza tra crisi sanabile o insanabile è già incerta a livello teorico, lo diventa ancora di più a livello pratico¹⁵.

Crisi finanziaria

*“La crisi ha natura finanziaria quando l'azienda non ha la possibilità di procurarsi i mezzi finanziari adeguati a quantità e qualità alle esigenze di una gestione che altrimenti sarebbe economicamente equilibrata”*¹⁶.

In questi casi la crisi si manifesta con l'impossibilità di reperire risorse finanziarie per rimborsare i finanziamenti senza pregiudicare l'economicità dell'impresa; con una rinuncia ad alcuni investimenti la cui realizzazione è fondamentale per il recupero di investimenti avviati precedentemente; oppure con l'impossibilità di modificare la struttura finanziaria dell'impresa che non è più adatta per sostenere una gestione economicamente equilibrata.

Un esempio di questo tipo di crisi può essere costituito dal caso di presenza di imprese con aspettative di reddito considerate favorevoli sulla base di piani prospettici. Tali imprese in presenza di tassi di interesse a breve termine bassi cercano di realizzare

¹⁵ Giappichelli, s.d. *Gli strumenti di soluzione delle crisi di impresa*.

¹⁶ Articolo di P. Capaldo, *Crisi d'impresa e suo risanamento*, dalla rivista *Banche e Banchieri*, anno 1977.

un piano di espansione basandosi sulla sicurezza del fatto che saranno in grado di rimborsare rapidamente i finanziamenti tramite gli utili che sono stati stimati; però la situazione può essere completamente capovolta in presenza di cambiamento delle condizioni (ad esempio l'aumento del tasso di interesse a breve termine) per cui le imprese si trovano nella condizione di non riuscire più a rimborsare. Queste dinamiche possono portare all'emersione della crisi d'impresa, perché vi potrebbe essere stato un precedente deterioramento della situazione economico-finanziaria delle imprese, e quindi è necessaria una modifica tempestiva della struttura finanziaria. Per questa ragione è necessario che sia presente un rapporto adeguato tra capitale proprio e credito. Per quanto riguarda il capitale di rischio è necessario evitare un'eccessiva capitalizzazione dell'impresa mentre per il capitale di credito si deve porre attenzione alla struttura di finanziamento.

In ogni caso l'impresa si trova in ipotesi di crisi finanziaria quando non è più in grado di remunerare adeguatamente i finanziamenti sostitutivi¹⁷.

Crisi economica

Questa tipologia di crisi si basa su fattori diversi dai precedenti perché deriva dai costi della produzione e dalla domanda di beni e servizi che sono oggetto dell'attività dell'impresa.

Infatti produrre a costi di produzione più alti rispetto alla concorrenza comporta delle inefficienze che le imprese sono costrette a riportare sul prezzo finale del prodotto per mantenere l'equilibrio economico; e in alcuni casi la riduzione dei costi ai livelli concorrenziali è impossibile da realizzare, di conseguenza l'impresa perde quote di mercato riducendo i propri ricavi e ciò evidentemente può generare una crisi economica.

Allo stesso modo un calo della domanda nel settore in cui l'impresa opera comporta difficoltà che vanno affrontate, soprattutto se riguarda un prodotto specifico sul quale sia incentrata la produzione aziendale. Ciò può dipendere in parte dalla presenza sul mercato di prodotti provenienti da altri paesi rispetto ai quali si potevano inizialmente sfruttare i vantaggi derivanti dalle innovazioni applicate e dalla conseguente maggiore qualità. Un'altra motivazione può essere legata al commercio internazionale, come ad esempio la chiusura di sbocchi commerciali importanti. Il prezzo finale è un fattore determinante,

¹⁷ Art. 2467 c.c. I finanziamenti dei soci sostitutivi del capitale sociale.

può manifestarsi una situazione di difficoltà se la produzione risulta meno conveniente a causa di aumento dei costi delle materie prime, e o salariali con conseguente aumento dei costi di produzione. Ciò si verifica con maggiore impatto nelle imprese meno concorrenziali ovvero meno aggiornate in termini tecnologici.

Tuttavia la flessione della domanda sul prodotto può derivare anche da fattori esterni all'attività dell'impresa che, ovviamente a seconda del settore, può essere anche causata dal mutamento degli stili di vita, delle politiche sociali o delle mode.

La crisi economica rappresenta l'incapacità dell'impresa di adottare un programma produttivo che le consenta di raggiungere economicità ed equilibrio di gestione. Quindi perché vi sia una corretta gestione è necessario mantenere un equilibrio economico. Tale equilibrio è raggiunto se l'impresa è in grado di remunerare il capitale di rischio, il capitale di credito sugli investimenti e il capitale necessario per la ristrutturazione.

Crisi economico-finanziaria

L'impresa affronta una crisi economico-finanziaria quando le caratteristiche del dissesto non permettono di riportarla singolarmente a nessuno dei due casi analizzati precedentemente.

In questo caso si è in presenza di uno squilibrio economico derivante da un elevato carico di oneri finanziari dovuto a un pesante indebitamento su investimenti non produttivi che hanno comportato delle perdite negli esercizi passati.

Contemporaneamente l'impresa è in grado di remunerare il capitale che impiega effettivamente grazie agli investimenti produttivi, di conseguenza l'impresa si ritiene ancora vitale. Ma non è in grado di remunerare gli investimenti sbagliati del passato e gli oneri finanziari connessi a tali investimenti la portano a uno stato di dissesto; per questa ragione è necessario alleggerire l'impresa da questi oneri e dai debiti, che si realizza tramite la dilazione di alcuni di questi, la cancellazione di altri e riducendo i costi in modo tale da permetterle di far fronte ai propri investimenti.

Vi sono elementi in comune con la tipologia di crisi economica in quanto l'impresa deve affrontare una perdita, esistono però delle differenze perché nella crisi economica non si è ancora preso atto della perdita mentre nella crisi economico-finanziaria la perdita è già stata subita e si deve realizzare la sistemazione finanziaria.

Quindi in caso di crisi economico-finanziaria l'imprenditore ha compiuto errori notevoli che vanno dalla programmazione produttiva alla gestione finanziaria e l'unico modo per risolvere la situazione è l'alleggerimento del peso dei debiti provando a ridurre il costo e dilazionando la scadenza. In assenza di tali interventi le perdite d'esercizio si accumulano complicando la situazione fino a portare l'impresa al declino.

Per comprendere la crisi del gruppo di imprese è necessario fare una premessa, rappresentata dalla trattativa unitaria di gruppo. Tale istituto rappresenta lo strumento con cui realizzare la disciplina prevista agli art. 284 e ss. CCII. Infatti se le imprese più importanti sul mercato sono organizzate in gruppi di società è necessario introdurre una disciplina che gestisca l'affermata tensione che caratterizza il gruppo ovvero da un lato l'unità economica del gruppo e dall'altro la soggettività distinta e l'autonomia patrimoniale delle società appartenenti al gruppo.

Nell'art. 284 e seguenti CCII il legislatore ha espresso l'obiettivo di preservare l'unitarietà del gruppo anche in una situazione di crisi e quindi gestire la crisi in una logica unitaria. Questo significa che il legislatore vuole preservare i legami nati grazie all'attività di direzione e coordinamento perché potrebbero garantire la continuità aziendale e il valore del gruppo e infine la migliore soddisfazione dei creditori rispetto alla logica atomistica per ogni società.

Come si può immaginare, anche in caso di procedura unitaria è richiesta la sussistenza del presupposto oggettivo in capo a ciascuna società perché il Codice della crisi conferma il principio per cui ogni società è un soggetto separato; ciò determina la separazione tra masse attive e passive. Per la stessa ragione il Codice prevede che i creditori possano soddisfare i propri crediti sul patrimonio della società debitrice.

Bisogna ricordare che contemporaneamente il legislatore ha riconosciuto da un lato l'unitarietà gestoria anche in fase di crisi e dall'altro ha previsto la possibilità dei trasferimenti di risorse infragruppo (art. 285 CCII).

L'istanza unitaria di nomina dell'unico esperto deve riguardare *«società del gruppo, aventi oggetto commerciale o agricolo, che si trovino in stato di crisi o in condizioni di equilibrio patrimoniale o economico-finanziario che la rendono probabile, purché risulti ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa»*.

Una critica volta al Codice della crisi è quella legata al fatto che ci si riferisce soltanto a gruppi ideali, affidabili e verificabili che vengano gestiti a condizioni di mercato (*arm's length, fair value*). Secondo questa critica rimangono quindi esclusi frequenti casi di gruppi, in particolare quelli a conduzione familiare e di dimensioni ridotte, in cui si ha confusione di attivi, la mancanza della corretta contabilizzazione e verbalizzazione e in cui per così dire "spariscono i libri", ossia le situazioni che non sono individuate come in stato di crisi, ma in caso di crisi o insolvenza comportano elevati danni nei confronti dei creditori e dei soci di minoranza. Tale critica però può essere considerata ingiusta poiché la disciplina del Codice della Crisi si basa sulla fisiologia del gruppo e non sulla patologia, quindi non si riferisce alle ipotesi di gestione irragionevole, ma si riferisce alle ipotesi in cui la crisi è stata generata da motivi economici.

Le norme sono applicate se il gruppo rispetta l'art. 39 CCII (Obblighi del debitore) e l'art. 44 CCII (Accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza con riserva di deposito di documentazione) e se è rispettata la «*corretta gestione societaria e patrimoniale*».

Se però si rientra in una situazione a carattere illecito, quindi in una situazione di abuso, di frode o di errata gestione la risposta è contenuta nel Codice civile e in minima parte nella normativa sui gruppi. Per quanto riguarda il Codice civile si ha un rinvio all'art. 2497 per la responsabilità da abuso di direzione e coordinamento; ai sensi dell'art. 2486 per la responsabilità per nuove operazioni di rischio dopo la perdita di capitale. La normativa dei gruppi nel CCII è più severa perché prevede la impugnativa delle delibere del Consiglio di amministrazione riguardanti il bilancio consolidato e l'impugnativa delle delibere assembleari per la presenza di un vizio in un allegato¹⁸.

La crisi di gruppo può essere accentuata se le società non godono di linee di credito esterne e di riserve di liquidità in contanti perché in questi casi la situazione d'insolvenza della società capogruppo impatta rapidamente anche nei confronti delle altre società del gruppo, si realizza così un «effetto domino». In questi casi, maggiori sono i prelievi di liquidità che sono stati effettuati infragruppo, tanto più forte sarà il rischio dell'effetto domino.

¹⁸ Carlo Bruno Vanetti, *Concordato di gruppo e supersocietà di fatto (alla luce del Codice della crisi)*, Ristrutturazioni aziendali, 2022.

È stato rilevato che «è proprio in relazione ai gruppi che il ricorso a disponibilità liquide (almeno formalmente) altrui presenta, con particolare chiarezza, il valore di vera e propria regola di organizzazione del finanziamento dell'impresa, quella che si è soliti indicare in termini di accentramento delle funzioni di tesoreria dell'intero gruppo presso un'unica società (la quale provvederà a far affluire alle singole società del gruppo le risorse di volta in volta necessarie al fine di soddisfare i relativi creditori)»; ragion per cui «all'eventuale crisi della società in questione, sia essa la capogruppo, sia invece una società destinata a svolgere in via esclusiva la funzione di tesoreria accentrata, conseguirà, pressoché automaticamente, l'insolvenza di tutte le società del gruppo, e dunque del gruppo nel suo complesso, ferma restando l'esigenza di accertarne in concreto la ricorrenza in relazione a ciascuna di esse.»¹⁹

Il Codice della crisi, per quanto riguarda la crisi di gruppo di imprese, prevede una serie di istituti, volti alla corretta gestione societaria e imprenditoriale, ai quali gli amministratori della capogruppo devono rifarsi in presenza di una situazione di crisi che investe l'intero gruppo o le singole società che lo costituiscono.

Il tema è suddiviso in diversi ambiti su cui gli studiosi hanno posto l'attenzione:

i) i doveri che hanno gli organi della società holding del gruppo nella fase di pre-crisi o comunque nella fase di monitoraggio per l'emersione di eventuali segnali di crisi nelle società dirette e coordinate;

ii) quali sono i doveri che derivano dall'accertamento della situazione di pre-crisi, crisi o insolvenza;

iii) quali sono gli strumenti che devono essere adottati dal gruppo per la gestione della crisi e il risanamento²⁰.

Il primo tema affronta la sussistenza di un assetto organizzativo del gruppo e delle singole società che sia adeguato a trovare eventuali segnali di difficoltà, di crescente tensione finanziaria e di peggioramento degli indicatori di rischio che possono caratterizzare la situazione di una società nella fase c.d. di «*Twilight zone*», cioè la situazione intermedia dell'impresa in normali condizioni e l'impresa in una situazione di

¹⁹ G. Ferri jr, *Insolvenza e crisi dell'impresa organizzata in forma societaria*, in Riv. dir. comm., 2011, I, 413 ss. B. Libonati, *Il gruppo insolvente*, cit., 209 ss.

²⁰ Niccolò Abriani, *La disciplina dei gruppi di imprese nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, Diritto della Crisi, 2022

crisi conclamata. Si ha un rinvio alla disciplina prevista all'art. 2086 c.c. in quanto gli assetti amministrativi, contabili e organizzativi non devono essere adeguati solo al *going concern* ma anche alla rilevazione tempestiva dello stato di crisi.

Art. 2086 c.c.: *“L'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori.*

L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale”.

Il principio di corretta gestione societaria è contenuto negli artt. 2381 e 2403 c.c.; mentre all'art. 2497 c.c. sono contenuti i doveri che si impongono al soggetto che svolge l'attività di direzione e coordinamento perché l'attività sia corretta (figura della buon capogruppo).

I doveri degli organi di gestione e di controllo previsti nel caso di crisi di società considerate atomisticamente trovano applicazione anche in una logica di gruppo. In tale logica però si aggiunge l'attività di direzione e coordinamento che quindi rientra nella logica della corretta gestione societaria e imprenditoriale della capogruppo. In questi contesti si può avere un'accentuazione dei doveri.

Nell'ipotesi di gruppo l'autovalutazione in termini di liquidità e continuità aziendale, che normalmente viene effettuata in maniera atomistica, viene realizzata in una logica complessiva d'intero gruppo. Il compito della valutazione spetta agli amministratori della società holding, sotto la vigilanza dell'organo di controllo della stessa, e viene realizzata sulla base delle informazioni che vengono fornite dalle singole società appartenenti al gruppo.

In una situazione di crisi del gruppo molto spesso i patrimoni delle diverse aziende presentano alcune voci di debito, tra cui quelle collegate a crediti postergati per finanziamenti o garanzie infragruppo. Ai fini della configurazione di uno stato di insolvenza/ di crisi queste voci dovrebbero essere escluse da quelle che la società deve essere in grado di soddisfare con regolarità.

Nei gruppi di società si deve considerare il *liquidity test* perché permette di valutare la situazione finanziaria in riferimento all'intero gruppo nel suo complesso, di conseguenza nella valutazione bisogna considerare le garanzie prestate reciprocamente da ogni società del gruppo per i debiti delle altre società. In questo modo la valutazione si riferisce all'insieme delle società appartenenti al gruppo e all'ammontare complessivo dei crediti vantati nei loro confronti. Quindi la valutazione della solvibilità è una valutazione fatta in termini consolidati.

Il legislatore ha previsto la partecipazione alla procedura delle società appartenenti che sono *in bonis*. Questo perché il presupposto oggettivo deve essere soddisfatto dalle società che presentano l'istanza per la nomina di un unico esperto e le trattative verranno svolte da quest'ultimo in maniera unitaria con altre entità, che possono anche essere solvibili. A tale riguardo si rinvia all'art. 25, comma 3 CCII che prevede che l'imprenditore deve fornire una relazione analitica della struttura del gruppo e dei vincoli partecipativi o contrattuali in essere.

Art. 25, comma 3, CCII: *“L'imprenditore inserisce nella piattaforma telematica di cui all'articolo 13, oltre alla documentazione indicata nell'articolo 17, comma 3, una relazione contenente informazioni analitiche sulla struttura del gruppo e sui vincoli partecipativi o contrattuali, l'indicazione del registro delle imprese o dei registri delle imprese in cui è stata effettuata la pubblicità ai sensi dell'articolo 2497-bis del codice civile e il bilancio consolidato di gruppo, ove redatto.”*

I.5. La necessità di una normativa speciale per il gruppo in crisi

È un argomento che è già stato in parte affrontato nei paragrafi precedenti.

Nell'ordinamento italiano è mancante una disciplina organica del fenomeno dei gruppi societari. L'ordinamento italiano da una parte favorisce la costituzione dei gruppi di imprese, ma d'altra parte questo genera un fenomeno con rischi per il funzionamento dell'economia di mercato perché è opportuno considerare gli aspetti patologici derivanti dall'aggregazione e articolazione di più soggetti giuridici di un'impresa che sostanzialmente è unitaria. Inoltre la tradizione italiana considera le società come soggetti

giuridicamente autonomi come previsto dall'art. 2740 c.c. per cui ogni debitore risponde delle proprie obbligazioni con il proprio patrimonio. Quindi in Italia rimane saldo il principio della distinta soggettività e indipendenza giuridica delle società del gruppo.

Le ragioni per cui è stata introdotta una disciplina di gruppo generale risiedono nel fatto che l'ordinamento italiano disciplinava il fenomeno del gruppo di imprese soltanto tramite leggi speciali (Legge Prodi-*bis*, Legge Marzano, gruppi bancari e assicurativi) che non erano applicabili in tutti i casi. Inoltre per quanto riguarda le procedure concorsuali era richiesto il rispetto della autonomia delle singole aziende, per cui non era possibile presentare un'unica domanda di accesso per il gruppo nel suo insieme, ma era possibile presentare una domanda relativa a ogni singola azienda.

In secondo luogo, negli ultimi anni vi è stata una spinta a livello europeo per introdurre una normativa omogenea per i gruppi di imprese. L'esigenza di una normativa armonizzata deriva anche dal fatto che permette un risparmio in termini temporali e di costi stessi della procedura. Inoltre con una procedura unitaria sono garantiti sia un maggiore controllo sia una visione complessiva dello stato del gruppo.

In aggiunta si deve tenere presente un ulteriore aspetto relativo al principio di soggettività e autonomia delle imprese, per cui l'apertura di procedure differenti per ogni società del gruppo comporta una maggiore complessità nella gestione della crisi del gruppo con una conseguente assenza di coordinazione tra le varie procedure per ogni società. Tale problematica deriva dal fatto che possono essere coinvolti diversi tribunali che possono gestire diversamente i procedimenti, sia nelle tempistiche sia nelle modalità; un esempio può essere il caso in cui il gruppo è costituito da aziende situate in città diverse, per cui sono nominati soggetti distinti, pertanto può accadere che un tribunale chiuda la procedura prima di un altro, creando così una scoordinazione. Un esempio di tale scoordinazione può riguardare la soddisfazione dei creditori, ovvero il fatto che creditori appartenenti a una medesima classe (ad esempio la classe dei chirografari) in presenza di più aziende vengano soddisfatti con tempistiche e modalità differenti.

Il gruppo di imprese dall'inizio del 2000 è diventato una forma organizzativa ampiamente utilizzata sia a livello nazionale che a livello internazionale. Tuttavia, come si è già visto, fino al 2019 l'ipotesi di dissesto economico-finanziario del gruppo era

disciplinata da leggi speciali caratterizzate da una settorialità e non da una normativa generale. Inoltre persiste una lacuna normativa per quanto riguarda la procedura di concordato preventivo e di composizione negoziata; infatti, non è disciplinata l'ipotesi di imprese appartenenti a un gruppo che possano presentare un'unica domanda ed un unico piano concordatario per realizzare la ristrutturazione della crisi.

Diverse pronunce hanno ritenuto ammissibile il concordato preventivo di gruppo. Tra queste vi è quella della Corte di Appello di Genova che nel 2011 ha previsto «*la possibilità di soddisfacimento dei crediti mediante "operazioni straordinarie" (art. 160, R.D. n. 267/1942 - legge fallimentare) ed il principio di autonomia negoziale (art. 1322 c.c.) rendono ammissibile la relativa proposta avanzata da una società in nome collettivo costituita allo scopo di presentare un concordato preventivo di "gruppo", risultante dal conferimento nella stessa dei complessi aziendali delle società appartenenti al medesimo*»²¹. Tale pronuncia contiene un'elusione alla normativa vigente in quanto le società del gruppo hanno realizzato un trasferimento del proprio patrimonio in una società di nuova costituzione (*Newco*) che è stata costituita esclusivamente per realizzare l'operazione elusiva. Inevitabilmente le attività e le passività delle società del gruppo si sono mischiate; e questo è un elemento di differenza rispetto alla normativa introdotta dal Codice della crisi perché quest'ultimo mantiene il principio di separazione delle masse attive e passive. Successivamente la *Newco* ha presentato la domanda di concordato preventivo ai sensi dell'art. 161 e ss. della Legge fallimentare.

A tale riguardo la Suprema Corte di Cassazione ha previsto che «*il concordato cd. di gruppo non è proponibile, innanzi al medesimo tribunale, in assenza di una disciplina positiva che si occupi di regolarne la competenza, le forme del ricorso, la nomina degli organi, nonché la formazione delle classi e delle masse, sicché, in base alla disciplina vigente, il concordato preventivo può essere proposto unicamente da ciascuna delle società appartenenti al gruppo davanti al tribunale territorialmente competente per ogni singola procedura, senza possibilità di confusione delle masse attive e passive, per essere, quindi, approvato da maggioranze calcolate con riferimento alle posizioni debitorie di ogni singola impresa*»²².

²¹ Corte D'Appello di Genova, 23/12/2011

²² Cass. Civ., Sez. I, 13.10.2015, n. 20559

Da ciò si deduce che la Corte di Cassazione non è contraria alla procedura di concordato preventivo di gruppo, ma ribadisce che è necessaria una disciplina positiva specifica; quindi ha messo in luce la lacuna normativa dell'ordinamento italiano su tale argomento.

Per sopperire alle mancanze evidenziate dalla Corte di Cassazione e per dettare una disciplina per la procedura di concordato preventivo di gruppo è stata istituita la Commissione Ministeriale Rordorf²³ (28/01/2019).

La Legge delega della Commissione Ministeriale Rordorf, su spinta dei progetti europei (Reg. n. 848/2015/UE e Dir. 2019/1023), ha riconosciuto il mandato al Governo per definire la riforma delle procedure concorsuali che avrebbe dovuto prevedere una disciplina del fenomeno dei gruppi di imprese insolventi più organica.

L'indagine condotta dalla Commissione fa emergere la necessità di un intervento che riguardi la gestione unitaria delle procedure di risanamento della crisi di gruppo. Tuttavia si mantiene il principio di soggettività giuridica delle singole imprese appartenenti al gruppo che condiziona la disciplina, infatti deve essere mantenuta l'autonomia delle masse attive e passive.

Bisogna considerare che la presenza di gruppo aziendale ormai è realtà diffusa e per questo motivo è necessario che ne venga disciplinata la situazione *in bonis* ma anche l'ipotesi di dissesto. Grazie all'intervento della Commissione Rordorf emerge la volontà del legislatore italiano di uniformarsi alla visione portata avanti dagli altri paesi europei (Grassi, 2018).

Come già affermato precedentemente la disciplina definita dal Codice della Crisi è focalizzata sulla necessità di affrontare la crisi che colpisce alcune o tutte le imprese appartenenti a un gruppo in una prospettiva unitaria.

I.6. La nozione di gruppo di imprese

Prima dell'entrata in vigore del Codice della Crisi non vi era una norma specifica che definisse il fenomeno del gruppo di imprese ma vi era un insieme di norme composto

²³ È stata sostituita dalla c.d. Commissione Pagni, nominata per l'elaborazione di proposte di interventi sul Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza (nominata 22/04/2021)

dall'art. 2359, il quale delinea il concetto di controllo di diritto e di fatto e il concetto di influenza dominante, e dagli artt. 2497 e ss., che disciplinano e definiscono l'attività di direzione e coordinamento.

La norma del Codice della crisi non si è discostata da quella codicistica, infatti l'art. 2, comma 1, *lett. h)* del CCII definisce il «gruppo di imprese» come *“l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, esclusi lo Stato e gli enti territoriali, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545-septies del codice civile, esercitano o sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica; a tal fine si presume, salvo prova contraria, che l'attività di direzione e coordinamento delle società del gruppo sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci oppure dalla società o ente che le controlla, direttamente o indirettamente, anche nei casi di controllo congiunto.”*

Quindi il gruppo è definito con rinvio alla nozione di direzione e coordinamento²⁴ su cui si basa la disciplina generale dei gruppi del Codice civile (art. 2497 c.c.). Infatti la prima parte dell'articolo definisce come gruppo l'insieme delle società, delle imprese e degli enti sottoposti a direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica. Nella seconda parte dell'articolo si ha un rinvio all'art. 2497-*sexies* c.c. perché è specificato che l'attività di direzione e coordinamento si intende esercitata nei confronti delle controllate dalla società o ente che ne consolida i bilanci e dalla società che esercita su di esse il controllo, diretto o indiretto, anche nei casi di controllo congiunto.

Il Codice della Crisi individua come tratto caratterizzante del gruppo la direzione unitaria a cui è connesso un concetto di controllo più ampio, e per la sua esistenza è necessario provare la presenza di alcuni elementi in grado di delineare un'attività sistematica e permanente di intervento nelle scelte di amministrazione e strategiche della società partecipata.

Il primo parametro è quello del controllo²⁵, è un elemento di facile e immediata applicazione e che garantisce una sufficiente certezza giuridica. La dottrina ha sviluppato

²⁴ L'attività di direzione e coordinamento è definita come l'interesse della società capogruppo di governare e condizionare le altre società appartenenti al gruppo secondo un indirizzo gestionale unitario.

²⁵ Si riferisce alla maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria dei soci della partecipata.

l'idea che si possa ricorrere al concetto di «influenza dominante» perché ritenuto maggiormente esaustivo e più ampio e quindi più adatto per il fenomeno; altri, al contrario, lo intendono più restrittivo e caratterizzato da una minore prevedibilità in termini applicativi.

Quindi la norma in esame non menziona espressamente l'art. 2359 c.c. ma evoca comunque la nozione di controllo definita dal comma 1, nn. 1) e 2) dello stesso articolo che individua come società controllate “*quelle in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria, nonché nelle società in cui un'altra società dispone dei voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria*”. Nella nozione di influenza dominante è compreso anche il concetto di controllo di fatto ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 3 c.c., ossia il controllo in virtù di particolari vincoli contrattuali.

L'individuazione dello spazio in cui applicare la disciplina e dei prerequisiti per definire un gruppo devono essere raggiunte con un criterio di certezza giuridica, i due criteri possono essere applicati alternativamente o cumulativamente.

Un criterio che contiene anche il parametro del controllo è il criterio della direzione unitaria che ha attirato diversi giudizi positivi.

La verifica dell'esistenza dell'attività di direzione e coordinamento deve essere provata da elementi probatori e non solo da presunzioni, in particolare se si tiene conto che la gestione unitaria delle procedura e la presentazione di piani unitari collegati hanno la propria base economica e giuridica proprio nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

L'art. 2, comma 1, lett. h) CCII fa riferimento anche alle *persone fisiche* come soggetti che possono svolgere l'attività di direzione e coordinamento, novità rispetto alla nozione dell'art. 2497 c.c. In tale ipotesi la verifica dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento andrà effettuata in concreto, non applicando gli artt. 2497-bis e 2497-sexies c.c. In questo modo, per la holding persona fisica, non è possibile applicare il criterio per la scelta del tribunale competente ai fini della procedura, in quanto l'individuazione della sede della capogruppo è fondamentale per individuare l'autorità giudiziaria di riferimento per la procedura, anche se una parte della dottrina sostiene

l'esistenza di un'opzione, ossia prendere a riferimento la sede legale della società con la maggiore esposizione debitoria. Questa soluzione permetterebbe di sostenere che la situazione in cui la capogruppo è *in bonis* non partecipi alla procedura, come nei casi in cui non si applichi l'art. 2497 c.c. ad esempio la holding persona fisica.

La domanda che ci si deve porre è se tale previsione implichi il definitivo superamento del dibattito sull'ammissibilità della holding persona fisica e, tale riferimento amplia la nozione di gruppo, aumentando il numero dei soggetti responsabili.

Una parte della dottrina ha ipotizzato che il riferimento alla persona fisica è destinato ad assumere rilevanza nell'ambito delle azioni revocatorie e risarcitorie infragruppo e non nell'ambito dell'assoggettabilità alla procedura concorsuale, in quanto, gli art. 284 e art. 287 CCII specificano che l'accesso alla procedure di concordato preventivo e alla procedura di liquidazione giudiziale è riservato a «*più imprese*» in stato di crisi o insolvenza. Ma la generalità del testo non esclude il riferimento alla holding persona fisica e da tale interpretazione dell'art. 2, comma 1, lett. *h*) CCII potrebbe consentire l'accesso alla procedura di concordato preventivo di gruppo anche al c.d. «gruppo di fatto», argomento di cui si parlerà in seguito.

Come già esposto in precedenza il Codice della Crisi ha deciso di rimandare a diverse norme del Codice civile, in questo modo si è evitato di aumentare ancora di più i riferimenti normativi. Tuttavia, la dottrina ha individuato alcuni difetti derivanti da questo rimando:

- Avendo mantenuto la definizione codicistica di gruppo di imprese si è mantenuta la enigmatica e l'incertezza del concetto di direzione e coordinamento;
- Si è ravvisata una carenza di precisione per la definizione di controllo congiunto perché la norma non specifica a quali condizioni l'attività di direzione e coordinamento sia da imputare congiuntamente, con le conseguenti responsabilità, ai due o più soggetti co-controllanti²⁶.

Inoltre, l'art. 2, comma 1, lett. *i*) CCII, definisce il fenomeno dei «gruppi di imprese di rilevante dimensione» che sono definiti come “*i gruppi di imprese composti da un'impresa madre e imprese figlie da includere nel bilancio consolidato, che rispettano i*

²⁶ G. Scognamiglio, *I gruppi di imprese nel CCII: fra unità e pluralità*, cit.

limiti numerici di cui all'articolo 3, paragrafi 6 e 7, della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013.” Questa seconda definizione può apparire selettiva ma in realtà è molto generale perché determina l’attrazione presso il tribunale competente.

In particolare, l’art. 3, par. 6 della Direttiva europea richiamato dalla definizione dei gruppi di imprese di rilevanti dimensioni riguarda i gruppi di medie dimensioni che sono composti da impresa madre e da imprese figlie da includere nel bilancio consolidato, e alla data di chiusura del bilancio il gruppo non supera due dei tre seguenti limiti:

- totale dello Stato patrimoniale pari a 20 milioni di euro;
- ricavi netti delle vendite e delle prestazioni pari a 40 milioni di euro;
- numero medio dei dipendenti occupati durante l’esercizio pari a 250.

L’art. 3, par. 7 della Direttiva europea disciplina i grandi gruppi che sono composti da società madre e imprese figlie da includere nel bilancio consolidato e alla data di chiusura del bilancio superano due dei tre seguenti limiti:

- totale dello Stato patrimoniale pari a 20 milioni di euro;
- ricavi netti delle vendite e delle prestazioni pari a 40 milioni di euro;
- numero medio dei dipendenti occupati durante l’esercizio pari a 250.

Quindi la categoria dei gruppi di rilevante dimensione scaturisce dall’insieme di queste due categorie sopraccitate.

Un altro carattere di novità trattato nel Codice della Crisi riguarda le c.d. «supersocietà di fatto», ciò è dovuto anche al fatto che le super società hanno diversi elementi in comune con il gruppo di imprese.

Infatti il gruppo, come già detto è un insieme di società o enti che sono sottoposte ad una gestione unitaria ma che mantengono la propria autonomia giuridica ed economica.

La supersocietà è una società in nome collettivo ed è occulta, quindi è sorta di fatto, cioè per eventi concludenti per cui alla stessa partecipano in qualità di soci due o più società di capitali e persone fisiche. Quindi, come il gruppo, la supersocietà è un insieme di imprese riunite sottoposte a una gestione unitaria. Però la gestione nel tempo è diventata così intensa e confusa da dare luogo a un nuovo soggetto giuridico ossia la

supersocietà di fatto. La supersocietà è uno strumento che i soci usano per svolgere un'attività economica allo scopo della divisione degli utili.

Questa tipologia di società non ha una disciplina specifica e le disposizioni sono frammentarie; si possono citare l'art. 2297 c.c. ("mancata registrazione") per la società in nome collettivo irregolare e l'art. 2361, comma 2, c.c. per quanto riguarda l'acquisizione di partecipazioni di una società a responsabilità illimitata da parte di una società di capitali. Mentre dal Codice della Crisi sono disciplinate dall'art. 256, comma 1 e comma 5. Infatti, il comma 5 prevede che la procedura di liquidazione giudiziale di una società si estende alla società della quale la prima sia socia illimitatamente responsabile. Da tale norma si evince che è possibile che una società di qualsiasi tipo, senza dichiararlo o manifestarlo, può diventare socia di un'altra società con soci a responsabilità illimitata.

Dall'analisi sopra emerge un punto di differenza tra i due istituti e cioè che la supersocietà di fatto sarebbe democratica in quanto opera nell'interesse dei soci (dal basso verso l'alto), mentre nel gruppo autoritario prevale l'interesse della holding (dall'alto verso il basso). Secondo la Cassazione (sentenza 15620/2019) il punto di differenza è che per la supersocietà di fatto è richiesta la prova di un "*comune intento sociale conforme all'interesse dei soci*", questo significa che la partecipazione alla gestione deve avvenire in maniera paritaria. Alcune sentenze assumono come elemento del comune intento l'esistenza di un fondo comune, il quale implica una contabilità unica, consolidata e di solito confusa. In altri casi assume rilevanza l'aspetto soggettivo ovvero l'identificazione degli amministratori e dirigenti nei soci, oppure l'utilizzo degli stessi dipendenti o della stessa sede.

Bisogna considerare che l'esistenza di una supersocietà di fatto potrebbe essere provata prima dell'apertura di una procedura concorsuale su uno dei soci membri²⁷, oppure successivamente come nel caso di società occulta. Vi è anche l'ipotesi in cui sia l'intero gruppo a essere qualificato come società di fatto.

Vi sono però anche dei punti in comune tra il gruppo di imprese e la supersocietà di fatto, infatti entrambi perseguono obiettivi lucrativi; entrambi non hanno bisogno di particolari adempimenti formali per essere costituiti; in entrambi i casi è possibile che

²⁷ Possono essere società di capitali.

emerga l'abuso di posizione dominante; e infine le parti possono essere imprenditori a livello individuale.

L'introduzione di questo istituto all'art. 256, comma 5 CCII ha permesso di risolvere 3 temi discussi a livello internazionale:

- superare il principio della spendita del nome, cioè imputare l'indebitamento e l'attività svolta dal soggetto (la società occulta) per conto del quale si è agito senza spenderne il nome (come un mandante in un mandato senza rappresentanza);
- si ammette la possibilità che una società di capitali possa diventare socia di una società di persone, e quindi essere illimitatamente responsabile;
- ritenere che i comportamenti di fatto dell'amministratore di una società di capitali possano essere espressione tacita della volontà della società.

In realtà il superamento di queste tre condizioni è iniziato al termine del secondo conflitto mondiale, infatti la Legge fallimentare del 1942 all'art. 147 prevedeva l'estensione automatica del fallimento ai soci illimitatamente responsabili, chiariva che nel caso di successiva scoperta di soci occulti il Tribunale avrebbe esteso la dichiarazione di fallimento anche a questi. Però tale disposizione prevedeva un'unica ipotesi di fallimento suscettibile di estensione ovvero il fallimento dell'imprenditore individuale, la norma si riferiva alla fattispecie della società occulta che si scoprisse a seguito del fallimento di un imprenditore individuale.

La norma è stata successivamente modificata nel 2005 e si è introdotta la fallibilità della società personale occulta. Tale modifica trova origine nella tesi di Walter Bigiavi²⁸ che affermava che non vi era differenza tra l'ipotesi di socio occulto di società palese (due soci palesi ed uno occulto) rispetto a quella di socio occulto di società occulta (due soci occulti e un socio palese), ed era arrivato alla conclusione della possibile fallibilità della società occulta e dei soci occulti, al contrario della dottrina prevalente di allora secondo cui era indispensabile la spendita del nome per imputare le responsabilità. La posizione di Bigiavi si affermò fino a portare alla modifica della Legge fallimentare.

²⁸ Giurista Italiano (Il Cairo 1904 - Bologna 1968), fu il principale studioso della teoria dell'imprenditore occulto.

Come detto precedentemente la società di capitali può diventare socia di una società di persone e così come ogni socio della società di persone può rivestire il ruolo di amministratore. Inoltre la società di persone può esistere anche senza la forma scritta e l'iscrizione nel Registro delle imprese ma allora la società di capitali può essere socia di una società irregolare, che può acquisire nuovi soci tramite accordi verbali o fatti concludenti. L'articolo ammette anche che la società di capitali possa diventare amministratore di un'altra società di capitali.

A questo punto è importante ricordare che la dottrina riconosce l'esistenza dell'amministratore di fatto; di conseguenza si può affermare che la holding che nella gestione della controllata va oltre il lecito possa essere individuata come amministratore e subire le conseguenze della carica.

Il Codice della Crisi all'art. 378 (ha modificato l'art. 2486, comma 3 c.c.) prevede che l'amministratore di una società in crisi possa addebitarsi, salvo prova contraria, l'intero deficit maturato dopo la perdita di capitale sociale o, in assenza di scritture contabili attendibili, la differenza tra attivo e passivo, in caso di procedura concorsuale. In tale ottica si può affermare che la società holding che gestisce la controllata nel proprio interesse potrà essere considerata amministratore di fatto e di conseguenza subire essa stessa gli effetti dell'art. 2486, comma 3 c.c. modificato.

Nella realtà i curatori fallimentari stanno iniziando a vedere la supersocietà come uno strumento per sanzionare i gruppi "viziosi" perché nell'ipotesi di una società decotta in presenza di altre solvibili, se si assume l'esistenza di una società di fatto allora le altre società, con i relativi amministratori e soci, diventano illimitatamente responsabili nella procedura.

A tale riguardo una parte della dottrina ritiene che tra le società raggruppate mancherebbe l'elemento soggettivo; dall'altra parte si ha il c.d. *approccio oggettivistico* per cui è essenziale soltanto che le diverse attività siano integrate, così che ne risulti un'impresa unica e un'unica attività lucrativa. A questo proposito bisogna considerare che questo approccio permette ai curatori e ai tribunali di applicare la nozione di supersocietà di fatto anche ai gruppi verticali, in questo modo realizzando una scorciatoia in presenza di sospetti di atti di frode per evitare indagini più complesse e allo stesso tempo applicare le normali azioni di responsabilità ex art. 2497 c.c.

Tale ragionamento non è condiviso da parte della dottrina (tra questi vi è Fauceglia) che lo ritiene *una inammissibile scorciatoia per estendere la responsabilità per debiti ai patrimoni correlati, così riuscendo a risparmiare i costi da sostenere per provare gli elementi della responsabilità per danni causati dalla scorretta gestione dell'impresa decotta*²⁹.

Secondo Vanetti la previsione del Codice della Crisi all'art. 256 non riguarda società di fatto segrete e ignote ai terzi ma bensì potrebbe riferirsi a società dotate di atto costitutivo ma che non sono state iscritte nel Registro delle imprese cioè che non sono state palesate come tali, e a tutte le situazioni palesi di collaborazione in cui le società hanno espresso in maniera palese un'intenzione cooperativa, e successivamente è emersa la sostanza societaria dell'accordo pattuito. Nella sostanza, per Vanetti, il Codice della Crisi tratta delle società di fatto nascoste sotto una forma non societaria, che però agiscono partendo dalla presenza di un insieme di soggetti che già palesemente operano in sintonia.

Un'altra ipotesi da considerare è il caso di gruppo di società *vizioso e non-accountable*, tale gruppo deve presentare aggregazione e confusione tra le varie società che lo compongono e queste devono essere gestite dalle stesse persone fisiche. Ovviamente il comportamento delle persone fisiche può non equivalere alla volontà autonoma delle società stesse. Un esempio che fornisce Vanetti è: *“Basti pensare a due ipotetiche società SPA e SRL, con oggetto identico o complementare, delle quali Tizio sia amministratore e socio unico: la eventuale gestione confusa e unitaria da parte di Tizio, la creazione di un fondo comune, per la tesi summenzionata, dovrebbe implicare la volontà tacita di SPA, di SRL e di Tizio di esercitare in comune un'attività economica, perfezionare un contratto (per fatti concludenti) di società e dar luogo così ad una supersocietà con tre soci, SPA, SRL e Tizio.*

Tizio, insomma, unica persona fisica del gruppo, avrebbe tenuto un comportamento incompatibile con la volontà di non stipulare un contratto sostanzialmente con sé stesso”.

Con tale analisi si è arrivati alla conclusione di ritenere che le sentenze che affermano la presenza di società occulte travestite da gruppi di società attuino una forzatura usata per reprimere situazioni di abuso non facilmente dimostrabili e che, per

²⁹ Carlo Bruno Vanetti, *Concordato di gruppo e supersocietà di fatto (alla luce del Codice della crisi), Ristrutturazioni aziendali*, 2022.

ora, i rimedi contro la scorretta gestione dei gruppi siano solo quelli risarcitori, ovvero si condivide il pensiero espresso da Vanetti.

Dalla analisi appena svolta si può concludere che il fenomeno del gruppo di imprese in Italia pur diffondendosi con maggiori difficoltà rispetto a quanto avvenuto in altri paesi, abbia assunto, nel corso del tempo, sempre maggiore rilevanza; allo stesso tempo maggiore importanza hanno acquisito anche i fenomeni di crisi e insolvenza, legati talvolta a situazioni veramente importanti. Contemporaneamente, la disciplina concorsuale del gruppo di imprese è stata frammentata per molti anni rendendone difficile la gestione, il che ha definito la necessità di introdurre una disciplina dedicata. A tale riguardo, la giurisprudenza è stata nel tempo per la maggior parte favorevole, nonostante dubbi interpretativi e disaccordi tra parti della dottrina su alcuni temi, come il caso delle supersocietà di fatto. In ogni caso, essendo la disciplina appena introdotta in Italia, sicuramente sarà oggetto di ulteriori sviluppi tematici.

II. IL CONCORDATO PREVENTIVO

In questo capitolo verrà descritta la procedura di concordato preventivo di gruppo introdotta dal Codice della Crisi (D.lgs. 17 giugno 2022 n. 83). In particolare, oltre alle caratteristiche principali di questa procedura, saranno analizzate alcune peculiarità derivanti dalla sua applicazione nell'ambito di un gruppo di imprese.

Successivamente viene accennato lo svolgimento della procedura di concordato preventivo per un gruppo internazionale. I passaggi possono non modificarsi rispetto alle norme italiane, ma è essenziale il coordinamento tra gli organi dei diversi paesi coinvolti.

II.1. Il concordato preventivo nella Legge fallimentare

La Legge fallimentare (R.D. 16 marzo 1942 n. 267) non contemplava previsioni sul concordato preventivo di gruppo, nessuna norma disciplinava la gestione unitaria della crisi o dell'insolvenza di società appartenenti a un gruppo. Vi sono stati interventi legislativi volti a disciplinare il fenomeno dell'insolvenza nei gruppi solo dal 1979 in poi, ma questi non potevano configurarsi come la costruzione di una vera e propria disciplina organica.

E' quindi necessario fare riferimento al d.lgs. 5/06, risultato della riforma della Legge fallimentare del 2005, che ha previsto delle norme aventi come oggetto le società controllanti, controllate o sottoposte a comune controllo.

I primi riferimenti riguardanti la procedura di concordato preventivo si possono individuare nella disciplina che la Legge fallimentare prevede per il concordato fallimentare.

In particolare si deve citare l'art. 124 della Legge fall. che prevede che la proposta di concordato fallimentare possa essere presentata da uno o più creditori o da un terzo, quindi non può essere presentata dal fallito, da società a cui egli partecipa o da società sottoposte a comune controllo. Può essere presentata dal debitore solo alla decorrenza di un anno dalla dichiarazione di fallimento, ed entro la decorrenza di due anni dalla data del decreto che rende esecutivo lo stato passivo.

Il termine "partecipare" ha sollevato dubbi interpretativi nella dottrina su come debba essere interpretato e considerato; successivamente si è arrivati alla conclusione che

il termine debba intendersi con un significato esteso e quindi ricomprenda anche i casi in cui il fallito partecipa alla società che presenta proposta di concordato in modo fittizio o fiduciario. Inoltre la dottrina ha concluso che in tale definizione devono essere ricomprese anche le società che diventano partecipate successivamente, ossia dopo la proposta di concordato.

L'art. 127 Legge fall. disciplina il voto nella procedura di concordato, il comma 6 dell'articolo prevede che alle società controllanti o controllate o sottoposte al comune controllo si debba applicare l'esclusione dal computo della maggioranze dei crediti previsto al comma 5 dello stesso articolo per il coniuge, i parenti o affini fino al quarto grado.

Si deve notare che in questo caso il legislatore ammette che le società possano presentare la proposta di concordato fallimentare, ma successivamente devono essere escluse dal voto.

In tema di concordato preventivo nella Legge fallimentare si può richiamare l'art. 160 che indica quali sono i presupposti per l'accesso alla procedura. La norma specifica che il fallito può proporre ai creditori il concordato preventivo sulla base di un piano che deve prevedere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti tramite qualsiasi forma (cessione di beni, accollo, operazioni straordinarie). La lettera *b*) dell'articolo specifica che il piano proposto dal debitore può prevedere *“l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore; possono costituirsi come assuntori anche i creditori o le società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato”*.

Per quanto riguarda la proposta di concordato preventivo si è sostenuto che possa essere presentata unitamente anche da più soggetti in stato di crisi e di conseguenza che possa essere presentata da più imprese appartenenti allo stesso gruppo; ciononostante rimane fermo il principio della distinta soggettività giuridica e di autonomia patrimoniale delle singole società.

Si può concludere che il testo dell'art. 160 Legge fall. potrebbe ammettere l'accesso alla procedura alle società appartenenti a un gruppo, in quanto non prevede dei requisiti

particolari per l'ammissione alla procedura e inoltre perché ogni società costituisce un soggetto giuridico separato.

Riguardo al tema del concordato preventivo di gruppo, nel tempo si sono formulati diversi orientamenti.

Il Tribunale di Terni in data 12 ottobre 2010, con decreto di apertura di una procedura di concordato preventivo, ha ammesso la gestione unitaria della procedura per il gruppo di imprese, in quanto erano rispettati tutti i presupposti indicati dalla dottrina e dalla giurisprudenza per l'individuazione di un gruppo imprenditoriale, e quindi la procedura non poteva che essere gestita a livello unitario, ciò a condizione che i creditori fosse favorevoli e che non ci fossero proposte concorrenti da parte dei creditori o dal PM³⁰.

Sempre il Tribunale di Terni, in occasione di una procedura di concordato preventivo di tre società, ha ammesso la presentazione di una proposta concordataria unitaria con un unico piano, a condizione che votassero a favore le maggioranze dei creditori di ogni singola società. Quindi si è mantenuta la separazione delle masse ai fini dell'approvazione³¹.

Il Tribunale di Ivrea nel 1995 ha sostenuto la tesi per cui era possibile ammettere la procedura di concordato preventivo di gruppo, ma solo nell'ipotesi in cui le società del gruppo avessero sede legale e amministrativa nello stesso luogo, che quindi la competenza del tribunale fosse la stessa, e a condizione che per tutte le società fossero rispettati i requisiti di ammissibilità³².

Un altro orientamento esposto dal Tribunale di Roma nel 1997 riteneva che fosse necessaria una procedura unitaria del gruppo di imprese, in quanto sosteneva che la gestione della crisi tramite separate procedure sarebbe risultata dannosa sia per le società che per i creditori. Il Tribunale aveva concluso che doveva essere il foro competente per

³⁰ (Terni, 2010)

³¹ Cfr. Tribunale Terni, 17 gennaio 2014, in *Il caso*, 7.

³² Cfr. Tribunale Ivrea, 21 febbraio 1995, in *Fallimento*.

la società controllante a valutare la convenienza della procedura unitaria, sempre rispettando il principio di separazione giuridica e autonomia patrimoniale³³.

In conclusione, si può affermare che la dottrina in passato ha considerato ammissibile l'introduzione di una gestione unitaria della situazione di crisi o di insolvenza del gruppo di imprese, in particolare per la procedura di concordato preventivo di gruppo, e che per questo motivo si riteneva che il legislatore italiano fosse in ritardo sul tema.

II.2. La natura, gli obiettivi e le tipologie del concordato preventivo

II.2.1. La natura

“Il concordato preventivo è uno strumento che consente all'imprenditore commerciale che si trova in stato di crisi o di insolvenza di poter evitare la liquidazione giudiziale attraverso la proposta di un piano che consente di soddisfare i creditori attraverso la continuità aziendale ovvero la liquidazione del patrimonio^{34”}.

Il concordato preventivo è una procedura di natura volontaria da parte del debitore, in quanto è quest'ultimo a presentare una proposta ai creditori, la quale prevede le modalità, le tempistiche e le forme della soddisfazione dei creditori.

L'omologazione della proposta è preceduta dal controllo per l'ammissione effettuato da parte del tribunale e dalla votazione dei creditori; quindi se la proposta è ritenuta ammissibile e la maggioranza ha votato a favore allora il tribunale omologherà la proposta.

La procedura di concordato preventivo è composta da un elemento negoziale e da un elemento giudiziale. Il primo elemento è rappresentato dalla proposta formulata dal debitore e dalla votazione favorevole dei creditori in quanto rappresenta un accordo tra debitore e creditori. L'aspetto giudiziale è rappresentato dal fatto che il tribunale, nella procedura, ha un ruolo di controllo per verificare il rispetto dei limiti imposti dalla legge e che non vi sia pregiudizio per i creditori. Quindi il concordato preventivo è una procedura “mista”, perché non può essere considerata soltanto un contratto tra debitore e

³³ Cfr. Tribunale Roma, 16 dicembre 1997, in *Giurisprudenza di merito*.

³⁴ Cfr. Leonardo Serra, *Altalex*, 16/04/2019.

creditori, ma non è neanche una procedura gestita esclusivamente dal tribunale, per cui diventa necessaria la partecipazione attiva di tutti i soggetti coinvolti.

L'indirizzo maggioritario della dottrina sul concordato preventivo si basa sulle ipotesi della natura negoziale della procedura di concordato. Tali teorie descrivono la procedura come un contratto, in particolare individuano come caratteristica essenziale del fenomeno concordatario il fatto che vi sia un contratto tra il debitore e la massa dei creditori.

Tale teoria però snatura il concetto di procedura concorsuale per il concordato preventivo, in quanto elimina la modalità decisoria che è prevista dalla legge per le procedure concorsuali, ossia il consenso è raggiunto con la deliberazione favorevole della maggioranza dei creditori, viceversa secondo queste teorie andrebbe applicato il consenso contrattuale³⁵.

La proposta di concordato preventivo deve rispettare dei presupposti di ammissibilità (requisito oggettivo e soggettivo), e soprattutto il principio della miglior soddisfazione dei creditori, questi criteri permettono che il concordato preventivo sia considerato una procedura concorsuale. Viceversa, per quanto riguarda la forma contrattuale è ammessa la possibilità di modificare, cedere o terminare un rapporto giuridico, con il limite del rispetto della validità dell'accordo e della correttezza. Ad esempio, nel caso di contratto il credito che viene desunto può essere modificato e rinegoziato senza alcun limite.

Bisogna però specificare che nel concordato preventivo i creditori concorsuali non sarebbero soggetti distinti ma farebbero parte di un insieme, con la conseguente creazione di un nuovo soggetto ossia «l'ente massa»; inoltre in questo modo viene espresso il consenso/dissenso complessivo dei creditori del concordato, ma di conseguenza il consenso in sé dipende dalla struttura del nuovo soggetto e infine l'omologazione da parte del tribunale soccorrerebbe a tale consenso.

La differenza fondamentale tra il consenso sul contratto e la forma maggioritaria del concordato risiede nel fatto che nella procedura di concordato preventivo, essendo definita la massa dei creditori, alcuni tra essi potrebbero essere dissenzienti o estranei

³⁵ L'incontro della volontà delle parti su un medesimo programma contrattuale.

(assenti/astenuti), ma il metodo della deliberazione maggioritaria vincola tutti i creditori. In secondo luogo, l'obbligatorietà deriva dall'omologazione da parte del tribunale che, in passato, effettuava anche un controllo di merito.

Riguardo al controllo giurisprudenziale la riforma ha ridotto i poteri del tribunale e ampliato l'autonomia negoziale della procedura di concordato. La riforma ha apportato modifiche significative perché il giudizio di merito per il debitore è stato annullato, e il concetto maggioritario è stato consolidato tramite l'introduzione di nuove regole per la definizione delle somme relative al calcolo delle maggioranze. Mentre nella metodologia ha eliminato le iniziative d'ufficio. Queste misure realizzano la c.d. «privatizzazione» della procedura che ha potenziato ancora di più la concezione contrattualistica del concordato, e in ogni caso ha allontanato il pensiero dalle teorie processualistiche. Il concetto di privatizzazione non è legato alla riduzione dei poteri del tribunale, il quale assume un ruolo di terziarietà, ma alla maggior importanza che viene data a terzi e a creditori, in questo modo identificati come i protagonisti della procedura.

In sintesi, la differenza sostanziale tra il contratto e la procedura di concordato preventivo, per quanto entrambe rappresentino un accordo, risiede nel fatto che mentre il primo è determinato dal consenso di ogni singolo creditore esclusivamente per il proprio credito, la procedura di concordato preventivo si basa sul voto favorevole della maggioranza della massa di creditori. Quindi vi è una netta contrapposizione tra la massima libertà rappresentata dal consenso appartenente alla forma contrattuale e la limitata libertà derivante dalla deliberazione dei creditori maggioritaria.

Nonostante l'aumento dei poteri che sono previsti per i soggetti privati, ossia il potere del debitore di presentare proposta di concordato e il potere dei creditori sull'approvazione, non è possibile affermare la natura contrattuale del concordato preventivo.

II.2.2. Gli obiettivi

Una delle finalità principali della procedura di concordato preventivo è indicata all'art. 4, comma 2, lettera c) CCII, che prevede che il debitore durante i procedimenti debba continuare a gestire il patrimonio nel prioritario interesse dei creditori.

Bisogna specificare che cosa si intende per “*interesse dei creditori*”, poiché la nozione non è definita, può essere interpretato come “*la massima soddisfazione dei creditori*”, ovvero la massima soddisfazione raggiungibile astrattamente; in alternativa lo si può interpretare come “*assenza di pregiudizio per i creditori*”, ovvero la situazione in cui la soddisfazione dei creditori è contenuta all’interno dell’ipotesi di liquidazione giudiziale; l’ultima interpretazione si riferisce alla “*migliore soddisfazione dei creditori*”, ovvero alla situazione in cui la soddisfazione dei creditori è superiore rispetto all’opzione di liquidazione giudiziale.

La norma che indica quali sono le finalità della procedura è l’art. 84 CCII. Al comma 1 specifica che la procedura di concordato preventivo può essere proposta dal debitore sulla base di un piano, che deve prevedere il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella che sarebbe realizzabile in caso di liquidazione giudiziale; quindi sceglie la nozione di “assenza di pregiudizio”, ed è un principio che è stato introdotto con la Direttiva Insolvency. L’articolo specifica che tale obiettivo deve essere raggiunto tramite una delle tipologie di concordato preventivo previste dalla legge, rappresentate dal concordato in continuità aziendale, dal concordato con liquidazione del patrimonio, da quello con assuntore e altre forme.

Si è detto che la soddisfazione dei creditori rappresenta l’interesse primario, questo peraltro non esclude altri obiettivi della procedura, quali il mantenimento dei valori aziendali, la continuità dell’attività d’impresa con la conseguente conservazione dei posti di lavoro. Quest’ultima finalità è indicata all’art. 84, comma 2 per cui la continuità aziendale deve tutelare non solo gli interessi dei creditori ma deve anche tutelare l’occupazione tramite la conservazione dei posti di lavoro, la norma specifica che ciò deve avvenire nei limiti del possibile. È importante ricordare che in caso di contrasto di diversi interessi l’obiettivo principale da raggiungere è la soddisfazione dei creditori senza vincoli di pregiudizio. Quanto detto trova conferma nel fatto che la proposta, per essere omologata, necessita del voto favorevole della maggioranza dei creditori; quindi nel caso in cui il debitore presenti una proposta contenente un pregiudizio nei loro confronti, questa non verrebbe omologata perché presumibilmente i i creditori non si esprimerebbero con voto favorevole.

II.2.3. Le tipologie di concordato preventivo

La procedura di concordato preventivo alla quale può fare ricorso il soggetto fallito per soddisfare al meglio i creditori può essere realizzata attraverso la continuità aziendale oppure attraverso la liquidazione del patrimonio.

In caso di continuità aziendale, è specificato che può essere diretta o indiretta.

II.2.3.1. Concordato in continuità

Con la riforma apportata dal Codice della Crisi il concordato in continuità ha assunto rilevanza in quanto la riforma si prefigge, tra gli altri, lo scopo di far sì che le procedure concorsuali siano collegate al risanamento dell'impresa e alla continuazione dell'attività. Tale obiettivo trova ragione nel fatto che in questo modo vengono garantite le finalità principali della procedura di concordato ovvero la maggiore soddisfazione dei creditori. La continuazione dell'attività offre presumibilmente un margine di garanzia al credito concesso, e ovviamente si può ipotizzare anche un mantenimento dell'occupazione in azienda.

Come detto in precedenza, la norma specifica che la continuità può essere continuità diretta, caso in cui l'attività aziendale rimane in capo all'imprenditore che ha presentato domanda; altrimenti si parla di continuità indiretta, caso nel quale l'attività non rimane in capo all'imprenditore ma viene affidata a un soggetto diverso dal debitore. Si realizza tramite:

- cessione dell'azienda;
- affitto dell'azienda, stipulato anche anteriormente;
- usufrutto dell'azienda;

oppure con operazioni straordinarie come il conferimento in una o più società, che possono essere anche di nuova costituzione. L'impresa può anche ricorrere al trasferimento del ramo d'azienda tramite le operazioni di fusione e scissione.

Un aspetto di differenza tra le due tipologie di continuità risiede nel fatto che nel caso di concordato preventivo in continuità diretta il debitore, continuando a gestire l'impresa direttamente, mette a disposizione dei creditori i flussi derivanti dalla prosecuzione dell'attività; mentre, nel caso di concordato preventivo in continuità

indiretta, il debitore mette a disposizione dei creditori il prezzo di vendita (in caso di cessione, il canone di affitto, gli utili o il prezzo di vendita delle partecipazioni (in caso di conferimento).

Vi è una distinzione di previsioni tra le due tipologie di continuità, perché nella continuità diretta, come già detto, l'occupazione è presumibilmente garantita. Nel concordato in continuità indiretta l'azienda viene trasferita in un'altra azienda in bonis, quest'ultima potrebbe decidere di non mantenere lo stesso livello occupazionale, e per gestire questa evenienza è stata introdotta la finalità di tutelare l'occupazione.

In particolare, nel testo antecedente al 2022 era stato previsto all'art. 84, comma 2 CCII che, nel caso di concordato in continuità indiretta, l'accordo prevedesse di mantenere in servizio un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media dei due esercizi precedenti al deposito del ricorso per almeno 1 anno dall'omologazione della procedura. Tale formulazione però rendeva il mantenimento dei posti di lavoro un requisito di ammissibilità alla procedura, e su questo punto si era generato un dibattito. Per questa ragione il legislatore nel testo del 2022 ha deciso di eliminare la vecchia formulazione semplificando il testo come segue: *“La continuità aziendale tutela l'interesse dei creditori e preserva, nella misura possibile, i posti di lavoro. La continuità aziendale può essere diretta...³⁶”*.

Con questa nuova formulazione torna ad affermarsi, come nella legge fallimentare, l'importanza attribuita alle istanze dei creditori, prioritaria rispetto alle finalità occupazionali che passano in secondo piano.³⁷

L'interpretazione dell'espressione “nella misura possibile” assume due significati differenti perché se da un lato deve sempre essere rispettato l'interesse dei creditori, e quindi in caso di contrasto con il tema occupazionale il primo deve prevalere, dall'altro lato il piano di concordato deve prevedere al suo interno la conservazione dei posti di lavoro in coerenza con l'equilibrio economico-finanziario dell'impresa.

Inoltre la formulazione della norma pone l'attenzione non sulla procedura di concordato preventivo ma sul concetto di continuità aziendale, per cui soltanto nel caso in cui l'attività continui, direttamente o indirettamente, si pone il problema della tutela

³⁶ Cfr. D.lgs. 17 giugno 2022, n. 83

³⁷ Cfr. Lucio Imberti, *La tutela degli interessi dei lavoratori nel concordato preventivo “ultima edizione”*, 2023

dell'occupazione. La peculiarità risiede nel fatto che è la continuità aziendale che deve tutelare i livelli occupazionali e non il concordato³⁸.

Si deduce pertanto che tale obiettivo di conservazione rappresenta un dovere; di conseguenza nell'ipotesi in cui venga proposto concordato preventivo in continuità e l'impresa non intenda tutelare i posti di lavoro anche se è in grado di farlo, ciò non è accettabile e ammissibile, quindi l'impresa stessa non può essere ammessa alla procedura.

È richiesto inoltre che il piano preveda che l'attività di impresa sarà funzionale al risanamento, e quindi al ripristino dell'equilibrio economico-finanziario venuto meno con la crisi, in modo tale da far sì che il soggetto, al termine della procedura, sia in grado di rientrare sul mercato e di rimanerci; nel caso di continuità aziendale possono essere anche previste cessioni di beni dell'azienda ritenuti non necessari per la realizzazione di tali scopi.

II.2.3.2. Concordato con assuntore

L'art. 84, comma 1 CCII prevede la possibilità che il debitore possa proporre ai creditori un concordato preventivo con un piano concordatario che ipotizzi "l'*attribuzione delle attività ad un assuntore*".

Il concordato con assuntore realizza la cessione dell'azienda ad un soggetto terzo, ovvero l'assuntore, il quale si assume l'obbligo di concludere il concordato o con accollo liberatorio, per cui l'imprenditore è liberato da qualsiasi vincolo e l'assuntore diventa il nuovo debitore, oppure con accollo cumulativo per cui l'assuntore diventa il garante e l'imprenditore non è interamente liberato, rimane il debitore originario. In questo caso l'assuntore subentra, qualora necessario, nei rapporti giuridici passivi al debitore originario.

Gli effetti del trasferimento si realizzano con il decreto di omologazione.

Questa tipologia di concordato non rappresenta una procedura separata e differente dalle altre, in quanto viene previsto lo stesso iter, ciò che viene modificato è l'aspetto

³⁸ Cfr. Stefano Ambrosini, *Concordato preventivo e soggetti protetti nel Codice della Crisi dopo la Direttiva Insolvency: i creditori e i lavoratori*, Ristrutturazioni Aziendali, 1/06/2022

soggettivo, in quanto subentra, con obblighi diversi rispetto ai casi, un soggetto terzo che può anche integralmente sostituirsi al debitore.

II.2.3.3. Concordato liquidatorio

L'art. 84, comma 4, specifica le condizioni di ammissibilità in questi termini: *“Nel concordato con liquidazione del patrimonio la proposta prevede un apporto di risorse esterne che incrementi di almeno il 10 per cento l'attivo disponibile al momento della presentazione della domanda e assicuri il soddisfacimento dei creditori chirografari e dei creditori privilegiati degradati per incapacienza in misura non inferiore al 20 per cento del loro ammontare complessivo. Le risorse esterne possono essere distribuite in deroga agli articoli 2740 e 2741 del codice civile purché sia rispettato il requisito del 20 per cento. Si considerano esterne le risorse apportate a qualunque titolo dai soci senza obbligo di restituzione o con vincolo di postergazione, di cui il piano prevede la diretta destinazione a vantaggio dei creditori concorsuali.”*

Ne deriva quindi l'assunto che se nel concordato liquidatorio la soddisfazione dei creditori viene realizzata con il risultato derivante dalla liquidazione del patrimonio dell'impresa, è altresì necessario che vi siano risorse ulteriori rispetto al patrimonio, messe a disposizione dei creditori, ossia le c.d. *risorse esterne*. Le risorse esterne non derivano dai fondi o dal capitale sociale della società, provengono dai soci senza obbligo di restituzione. Se il debitore è una persona fisica allora il soggetto che solitamente decide di apportare risorse esterne ha un legame economico o familiare con il debitore, se invece il debitore è un'impresa spesso i soggetti coinvolti sono i soci³⁹. È previsto dalla norma che tali risorse possano essere distribuite in deroga agli articoli 2740 e 2741 del codice civile, i quali rispettivamente normano la responsabilità patrimoniale del debitore (per cui il soggetto risponde delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri), il concorso dei creditori, le cause di prelazione. La deroga determina il fatto che tali risorse possano essere distribuite ai creditori senza rispettare le cause di prelazione.

È previsto che l'apporto di risorse esterne deve aumentare l'attivo disponibile di almeno il 10% rispetto al momento in cui è fatta la domanda. Inoltre l'apporto deve anche

³⁹ Cfr. Giacomo D'Atorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, pag. 109, Giappichelli, 2022

garantire per almeno il 20%, la soddisfazione dei creditori chirografari⁴⁰ e dei creditori privilegiati degradati per incapienza⁴¹. Tale previsione è definita come «liquidazione *garantita*»⁴². Si nota che in questo caso il legislatore tratta di soddisfazione e non di pagamento, quindi non si può escludere che i creditori siano soddisfatti con un trasferimento di proprietà dei beni dell'impresa.

La proposta di concordato con liquidazione tramite la cessione di beni deve essere ritenuta inammissibile se non vi è il soddisfacimento minimo dei creditori chirografari e dei creditori declassati.

La liquidazione del patrimonio può essere gestita da diversi soggetti ovvero il debitore, il liquidatore giudiziale nominato dal tribunale in caso di cessione di beni, oppure un soggetto professionale esterno, ad esempio una SGR che può gestire il patrimonio ricevuto in un fondo immobiliare chiuso⁴³.

Nel caso in cui la liquidazione si realizzasse tramite la cessione di beni si dovrà fare riferimento anche all'art. 114 CCII per cui il tribunale nella sentenza di omologazione dovrà nominare uno o più liquidatori e un comitato di tre o cinque creditori, , che assisteranno la liquidazione e dovranno deciderne le modalità.

Nel caso di concordato liquidatorio con cessioni di beni bisogna distinguere il caso in cui la cessione è stata inserita come strumento all'interno del piano, da quello in cui è derivata dalla proposta; perché se nel primo caso per constatare l'inadempimento si dovrà verificare il pagamento, nel secondo sussisterà inadempimento qualora non si sia verificato il trasferimento del bene.

In caso di concordato preventivo in continuità aziendale è prevista l'applicazione della c.d. *relative priority rule*; viceversa, per il concordato preventivo liquidatorio la legge prevede l'applicazione della c.d. *absolute priority rule*; tale regola prevede che sia possibile soddisfare i creditori di classe inferiore solo se la classe di grado superiore sia stata integralmente soddisfatta.

⁴⁰ È tale il creditore il cui credito non è assistito da cause legittime di prelazione.

⁴¹ Sono i creditori che diventano chirografari per la parte di credito che rimane insoddisfatta per incapienza di beni su cui esiste la prelazione.

⁴² Cfr. Massimo Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, Il foro italiano, 2023

⁴³ Cfr. Massimo Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, Il foro italiano, 2023

II.2.3.4. Concordato liquidatorio semplificato

È disciplinato dall'art. 25-*sexies* CCII e l'art. 25-*septies* CCII.

Si tratta del concordato semplificato nel caso in cui si verifichi un esito negativo sulla liquidazione del patrimonio della composizione negoziata, non si è quindi nell'ambito di una procedura concorsuale indipendente a cui si possa accedere in modo autonomo, è una conseguenza del suddetto esito negativo.

L'impresa può accedere al concordato liquidatorio semplificato solo quando siano stati rispettati i requisiti per l'accesso alla composizione negoziata, riportati all'art. 12 CCII come “...l'impresa, quando si trova in condizioni di squilibrio economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza e risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa.”⁴⁴”

L'art. 25-*sexies*, comma 1 prevede che l'imprenditore possa presentare un piano concordatario nei 60 giorni successivi alla relazione negativa dell'esperto.

L'art. 25-*sexies*, comma 2 prevede che l'imprenditore debba chiedere l'omologazione del concordato con ricorso da presentare al tribunale nel luogo in cui l'impresa ha il centro degli interessi principali (c.d. COMI); quindi, rispetto ad altre procedure nelle quali il tribunale ha un ruolo secondario, nel concordato semplificato il suo ruolo assume valore in quanto deve omologare il concordato. Dopodiché il ricorso è comunicato al pubblico ministero e iscritto nel registro delle imprese entro il giorno successivo alla data di deposito in cancelleria del ricorso.

Il comma 3 prevede che il tribunale, dopo aver analizzato la proposta di concordato, il parere e la relazione finale dell'esperto, sia tenuto a nominare un ausiliario, il quale deve esprimere un proprio parere al riguardo. L'ausiliario deve accettare l'incarico entro i tre giorni dalla nomina. I

Il comma 4 specifica che deve essere data comunicazione della proposta concordataria ai creditori che risultino dall'elenco depositato, tramite posta elettronica certificata (PEC), o in mancanza tramite raccomandata. I creditori dissenzienti possono proporre opposizione all'omologazione.

⁴⁴ Cfr. D.lgs. 17 giugno 2022 n. 83

Il comma 5 specifica che la proposta concordataria non deve arrecare pregiudizio ulteriore ai creditori rispetto a quanto previsto dalla liquidazione giudiziale.

In sintesi, per quanto le norme di concordato semplificato liquidatorio rinviano alle norme generali del concordato preventivo, si possono notare delle differenze nel caso di concordato semplificato: non è richiesto il voto maggioritario dei creditori, tra gli organi non deve essere nominato il commissario giudiziale; infine, al contrario del concordato preventivo liquidatorio non è richiesta la garanzia del 20% sulla soddisfazione dei creditori chirografari e dei creditori privilegiati degradati per incapienza⁴⁵.

II.2.3.5. Concordati misti

Rappresentano la procedura di concordato preventivo che ha in previsione sia la prosecuzione diretta che indiretta dell'attività d'impresa, e anche la liquidazione di beni facenti capo all'impresa.

Tale forma di concordato è prevista all'art. 84, comma 3 CCII ed è specificato che i creditori, in presenza di procedura di concordato con elementi di continuità ed elementi di liquidazione, (e pertanto la procedura si deve considerare in continuità aziendale), possono essere soddisfatti anche in misura non prevalente dal ricavato che deriva dalla continuazione dell'attività (diretta o indiretta). Ma la proposta di concordato deve prevedere per ciascun creditore un'utilità specifica e valutabile economicamente. Tale utilità può anche essere rappresentazione dal proseguimento dei rapporti con l'azienda. In conclusione, si possono soddisfare i creditori anche con mezzi diversi da una somma di denaro attraverso vantaggi economici che siano valutabili e certi, come i rapporti di fornitura. Ovviamente la valutazione dell'utilità per il creditore richiede che siano giustificate le ragioni per cui il rapporto rappresenta un vantaggio economico rispetto al precedente periodo, nel quale proprio il creditore ha dovuto subire un totale inadempimento. Tale utilità per essere tangibile deve essere definita, per cui è necessario fornire delle "garanzie al creditore", ad esempio un'esclusiva al creditore sulle forniture

⁴⁵ Cfr. Germana Gambardella, *Composizione negoziata: percorso ed epiloghi*, Diritto della Crisi, 9 maggio 2023.

successive, il riconoscimento di alcune royalties, l'applicazione di prezzi predeterminati per un certo periodo di tempo.

Il concordato misto dimostra come il legislatore tuteli la continuità aziendale in sé, indipendentemente dall'ammontare di utili derivanti dalla continuazione dell'attività e dalla liquidazione; ciò significa che anche se gli utili derivanti dalla liquidazione fossero più alti il concordato si riterrebbe comunque in continuità aziendale, di conseguenza, si applicherebbero le relative norme.

In particolare, è una tipologia che si può presentare per i gruppi perché il concordato preventivo di gruppo può essere in continuità, se per tutte le società appartenenti al gruppo è prevista la continuazione dell'attività; oppure può essere individuato come liquidatorio se per tutte le società è stata disposta la liquidazione del patrimonio; ma il Codice della Crisi, all'art. 285, comma 1 ammette che la procedura di concordato preventivo sia *mista* ossia che il piano concordatario di gruppo preveda per alcune imprese la continuità aziendale e per altre la liquidazione del patrimonio.

In sintesi, il concordato in continuità aziendale è favorito rispetto al concordato liquidatorio e al concordato con assuntore. Ciò è giustificato dal fatto che il concordato in continuità rimane più conveniente per diverse ragioni.

In primo luogo, il concordato liquidatorio richiede la garanzia di pagamento del 20% ai creditori chirografari e un apporto di risorse esterne che aumentino per almeno il 10% l'attivo disponibile al momento della presentazione della domanda; quindi il concordato liquidatorio risulta essere "*più costoso*" rispetto alla procedura in continuità aziendale.

Inoltre, per il concordato in continuità aziendale l'art. 84, comma 6 CCII richiede il rispetto delle cause di prelazione, ma specifica che si applica la c.d. *relative priority rule*, infatti, viene riportato quanto segue: "*...per il valore eccedente quello di liquidazione è sufficienti che i crediti inseriti in una classe ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore*⁴⁶."

Quindi nel concordato in continuità aziendale non è richiesto il rispetto assoluto del criterio di grado tra le classi, sono date maggiori possibilità di manovra per la

⁴⁶ Cfr. D.lgs. 17 giugno 2022 n.83.

distribuzione delle risorse tra le stesse. Per passare al soddisfacimento di una classe di grado inferiore non è necessario rispettare l'integrale recupero della classe superiore, è richiesto solo che il trattamento della classe di grado soprastante sia migliore. Tale disciplina è applicata a tutti i creditori ad esclusione dei dipendenti⁴⁷.

II.3. Consolidamento procedurale

La regola base è contenuta nell'art. 284 CCII che prevede la possibilità, per le imprese appartenenti allo stesso gruppo, di proporre un piano unitario o più piani collegati, però la domanda di accesso alla procedura deve essere formulata da ogni singola impresa. Il Codice della Crisi ammette comunque la possibilità di avviare procedure separate e indipendenti.

Quindi la domanda di accesso alla procedura di gruppo è costituita da un insieme di domande connesse tra loro, ciò in forza dei rapporti che possono esistere tra le varie società del gruppo, di conseguenza gli organi sociali adottano le deliberazioni per ogni singola società, non è obbligatorio ma è necessario tenere conto della convergenza della singola domanda in una domanda di gruppo, poiché qualora si realizzi una richiesta di accesso unitario è esclusa la possibilità di opporsi all'omologazione.

Ove non sia possibile realizzare una gestione unitaria, l'art. 288 CCII prevede sempre la possibilità di gestire la crisi di gruppo con procedure autonome, in questo caso è richiesto il rispetto di alcuni obblighi di collaborazione tra gli organi delle procedure delle diverse società.

L'art. 286 CCII specifica che le imprese di gruppo che abbiano sede principale in circoscrizioni diverse, sono tenute a presentare la domanda presso il tribunale competente territorialmente, questo viene individuato in base all'art. 27 CCII identificando il centro degli interessi principali della società, ente o persona fisica che esercita l'attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497-bis c.c. In assenza di tali presupposti il tribunale viene individuato in base al COMI⁴⁸ della società appartenente al gruppo detenente la maggiore esposizione debitoria risultante dall'ultimo bilancio approvato.

⁴⁷ Cfr. Federico Pani, *Appunti sulle tipologie di concordato preventivo nel nuovo Codice della Crisi, Ristrutturazioni Aziendali*, 28/02/2023

⁴⁸ *Centre of main interests*

L'individuazione del tribunale competente è necessaria per la nomina di organi unitari. Infatti il tribunale nomina un unico commissario giudiziale per tutte le imprese del gruppo, e nel caso in cui il concordato fosse liquidatorio il tribunale dovrà nominare un unico liquidatore giudiziale.

Se le domande proposte dalle imprese del gruppo sono ammissibili, allora si realizza la concentrazione processuale e il tribunale nomina un unico commissario giudiziale, un unico giudice delegato per tutte le imprese, e un unico fondo per le spese di procedura, ai sensi dell'art. 47 CCII.

È possibile realizzare anche il consolidamento procedimentale, che fa riferimento alla fase delle votazioni. Le votazioni sono separate in base alle proposte delle imprese e le votazioni dei creditori avvengono per ogni singola impresa del gruppo.

Nella procedura di concordato preventivo è presente questo tipo di consolidamento dal momento che il concordato è approvato solo se tutte le proposte sono omologate.

Tale meccanismo ha delle conseguenze sulle eventuali fasi di risoluzione o annullamento del concordato, in quanto la presenza di una causa di annullamento del concordato per una singola impresa può influire sui concordati delle altre imprese del gruppo, rischia di inficiare la realizzazione e perseguimento del piano anche per le altre imprese.

Quindi, a differenza del solo consolidamento processuale, il consolidamento procedimentale comporta una connessione tra le varie imprese perché gli eventi riguardanti un'impresa possono impattare sul procedimento dell'intero gruppo.

Per quanto riguarda il giudizio di omologazione non è previsto il consolidamento processuale, ciò è giustificato dal fatto che è permesso il procedimento non unitario e di conseguenza la domanda potrebbe essere formulata in modo tale da ammettere le proposte di alcune imprese, tuttavia questo modo di operare porterebbe alla situazione in cui si hanno solo alcuni concordati omologati e altri no e questo renderebbe impossibile tenere conto delle operazioni infragruppo, per questa ragione è preferibile realizzare un'omologazione unitaria, che comprenda i concordati di tutte le imprese⁴⁹.

⁴⁹ Cfr. Massimo Fabiani, *Un affresco sulle nuove "milestones" del concordato preventivo*, Diritto della Crisi, 06/10/2022

Occorre però sottolineare che la disciplina della procedura unitaria contenuta del Codice della Crisi presenta alcuni limiti perché gli artt. 284 e 286 CCII si riferiscono soltanto alle imprese appartenenti a un gruppo che abbia il centro degli interessi principali in Italia, quindi le norme si applicano solo a questa situazione. Manca una disciplina della crisi o insolvenza del gruppo transnazionale.

Nel caso in cui il gruppo sia composto da imprese che hanno il centro degli interessi principali in paesi dell'Unione Europea si ha il rinvio al Regolamento europeo 848/2015; nel caso in cui il gruppo sia composto da imprese che hanno il centro degli interessi principali in paesi esterni all'Unione Europea la disciplina del codice appare incompleta perché non prevede delle misure di recepimento delle procedure aperte all'estero, in tali casi sarà necessario applicare le norme del diritto internazionale privato.

In secondo luogo, gli artt. 284 e 287 CCII prevedono che per la procedura unitaria tutte le imprese debbano essere sottoposte alla stessa procedura, ad esempio di concordato preventivo, ma ciò può non essere rappresentativo delle situazioni delle singole imprese del gruppo in quanto per alcune imprese potrebbe essere conveniente il concordato preventivo, per altre l'accordo di ristrutturazione e per alcune la liquidazione. Si ritiene che il legislatore abbia deciso di non inserire tale possibilità per facilitare la gestione unitaria, che in caso di procedura diverse tra imprese diventerebbe di difficile applicazione, e un'altra motivazione potrebbe risiedere nel fatto che con una singola procedura è possibile risanare le imprese che in principio sarebbero state destinate alla liquidazione.

In ultimo si cita l'art. 284, comma 3 il quale prevede il mantenimento del principio della separazione delle masse attive e passive di ogni impresa, la ragione risiede nel fatto che l'unificazione delle masse attive e passive di tutte le società facenti parte del gruppo genererebbe confusione nella gestione della procedura e in particolare nel realizzare la migliore soddisfazione dei creditori.

Un altro tema connesso al consolidamento è la ripartizione dei costi di procedura perché sia in fase iniziale che nello svolgimento della procedura è previsto che la ripartizione dei costi debba avvenire tra le imprese del gruppo proporzionalmente alle masse attive (art. 286, comma 2 e 3 CCII). È stata prevista questa modalità di ripartizione

per un'esigenza di giustizia distributiva, in quanto, in questo modo, le imprese rispondono pro quota al valore delle risorse destinate al soddisfacimento della massa dei creditori.

Tuttavia, tale criterio, nella applicazione concreta, ha creato dei dubbi interpretativi perché la norma non specifica se per "massa attiva" ci si debba riferire a quella indicata dal piano oppure se si debba fare riferimento a quella presentata effettivamente. Al fine di risolvere i dubbi interpretativi la nozione assunta prevalentemente è la prima ossia che per massa attiva si debba intendere l'ammontare di attivo indicato nel piano, nonostante sia un valore determinato ex ante e probabilistico.

In sintesi, il procedimento di gruppo unitario si ispira a finalità semplificatrici e di concentrazione delle procedure che riguardano i gruppi di imprese, e ciò implica la gestione delle stesse in capo ad unico tribunale.

Si può concludere che per la gestione della crisi di gruppo è maggiormente efficiente la gestione unitaria, perché quest'ultima comporta all'inizio della procedura la coordinazione delle situazioni delle diverse imprese e la presentazione di un unico piano, successivamente però la realizzazione della procedura in sé sarà facilitata e l'esito positivo della stessa più probabile. La gestione tramite procedure separate e autonome rende più difficile la gestione per una serie di elementi. Innanzitutto, sarà necessario nominare gli organi per ogni singola impresa, i tribunali coinvolti potranno essere diversi, potrebbe verificarsi mancanza di coordinazione il che renderebbe più complicato tenere conto dei rapporti infragruppo che si siano realizzati tra le imprese.

Le norme degli artt. 284 e 286 CCII sono applicabili anche nell'ipotesi di concordato semplificato, in quanto gli artt. 23 e 25 CCII ammettono la possibilità di attivazione di quest'ultima procedura al termine della composizione negoziata di gruppo.

II.4. Accesso alla procedura

II.4.1. I presupposti per l'apertura di un concordato unitario

I presupposti richiesti dal Codice della Crisi sono invariati rispetto alla normativa per la singola impresa. È necessario verificare la sussistenza dei requisiti soggettivo e oggettivo.

Il primo presupposto deve essere verificato soltanto per le imprese appartenenti allo stesso gruppo e il presupposto oggettivo consiste nello stato di crisi o insolvenza delle società del gruppo.

Da ciò si deduce che la partecipazione a un gruppo non implica la non applicazione delle norme generali in tema di presupposti, i quali devono comunque essere dimostrati; e devono comunque essere dimostrati in relazione ad ogni singola impresa, quindi l'accesso alla procedura di concordato preventivo avviene per ogni singola impresa e non per il gruppo in sé.

A tal proposito è necessario specificare che possono essere sottoposte a procedura di concordato soltanto le società che ne fanno richiesta e ciò è giustificato dal fatto che la procedura ha carattere volontario.

In conclusione, uno dei presupposti per la procedura di concordato preventivo di gruppo è che sia la soluzione più efficiente per tutti i creditori coinvolti e che permetta di realizzare l'effetto positivo anticipatamente, con un piano unitario, rispetto all'alternativa di più piani separati e sconnessi.

II.4.2. La domanda di accesso

La disciplina contenuta all'art. 40 CCII prevede che l'unico soggetto legittimato a presentare domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo sia il debitore che voglia fare ricorso alla stessa.

L'art. 40, comma 2 specifica che la domanda, presentata con ricorso sottoscritto dal difensore con procura, deve indicare l'ufficio giudiziario, l'oggetto, le ragioni della domanda e le conclusioni. È specificato anche che se il debitore è una società allora si

deve applicare l'art. 120-bis per cui la domanda deve essere formulata dal consiglio di amministrazione della società e deve essere sottoscritta dai soggetti che posseggono la rappresentanza sociale della società.

Il comma 3 prevede che il giorno successivo al deposito la domanda deve essere trasmessa al Registro delle imprese che provvede all'iscrizione entro il giorno seguente, successivamente la domanda dovrà essere trasmessa al pubblico ministero.

Vi è una serie di documenti che il debitore deve allegare alla domanda di accesso, che permettano al tribunale e ai creditori di avere conoscenza della situazione dell'impresa, e che sono elencati all'art. 39 CCII, il debitore deve depositare in tribunale:

- le scritture contabili e fiscali obbligatorie, le dichiarazioni dei redditi degli ultimi 3 esercizi precedenti o dell'intera vita dell'impresa se di durata inferiore, le dichiarazioni IRAP e le dichiarazioni IVA dei 3 esercizi precedenti;
- i bilanci degli ultimi 3 esercizi;
- una relazione della situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa aggiornata;
- uno stato particolareggiato delle attività svolte dall'impresa;
- l'elenco nominativo dei creditori con indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;
- l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto;
- un'idonea certificazione sui debiti fiscali, contributivi e per premi assicurativi;
- una relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione effettuati nei 5 anni precedenti.

È utile ricordare che la cancelleria è in grado di ottenere i documenti più significativi del debitore grazie al collegamento che ha con le banche dati dell'Agenzia delle Entrate, dell'Istituto nazionale di previdenza sociale e del registro delle imprese; tale soluzione permette un risparmio in termini di tempo e di costi per il debitore per il reperimento e il deposito di grossa quantità di documentazione; infine permette al tribunale di ottenere una visione completa ed esaustiva delle azioni passate e della situazione attuale dell'azienda.

Infine, con la domanda di accesso al concordato il debitore dà inizio al procedimento al cui termine il tribunale dovrebbe omologare l'accordo tra debitore e creditori, tale omologazione dimostra la conformità della soluzione concordataria rispetto ai requisiti di legge.

Nel caso in cui il gruppo volesse accedere alla procedura di concordato preventivo unitaria è necessario una domanda contestuale delle diverse imprese del gruppo, ossia un unico ricorso. È importante ricordare che in questi casi la domanda deve indicare le ragioni di convenienza finalizzata alla migliore soddisfazione dei creditori tramite presentazione di un unico piano unitario o più piani connessi e interferenti rispetto all'alternativa di presentazione di piani autonomi per ogni singola impresa⁵⁰. La giustificazione di tale previsione risiede nel fatto che un piano unitario è ovviamente più complesso, poiché la realizzazione di determinate azioni volte al risanamento dell'impresa può favorire alcuni soggetti come imprese, creditori, soci a discapito di altri, e in questo modo risulta ragionevole specificare l'indicazione della maggiore convenienza dei creditori nel piano unitario rispetto alle domande separate.

II.4.3. Il piano

È il documento che il debitore deve allegare alla domanda di accesso, deve contenere la descrizione delle modalità e della durata di realizzazione della proposta. Infatti il piano rappresenta lo strumento di organizzazione della proposta, è la pianificazione economica, finanziaria e patrimoniale, ha la finalità di indicare quali modalità si vogliono perseguire per gestire la situazione di crisi dell'impresa, che dovranno risultare credibili e realizzabili per i creditori.

Il Codice della Crisi prevede un contenuto minimo del piano, ossia le informazioni principali che devono essere indicate e sono previste all'art. 87 CCII, per cui il piano deve necessariamente indicare:

⁵⁰ “Il collegamento o l'interferenza del piano si realizza allorquando i piani delle diverse imprese sono parti di una più complessiva operazione economica di risanamento, nel senso che le sorti di uno dei piani finisce irrimediabilmente per influenzare il risultato degli altri.” (Fauceglia, 2022)

- L'indicazione del debitore e delle eventuali parti correlate, le sue attività e passività al momento della presentazione del piano e la descrizione della situazione economico-finanziaria dell'impresa e della posizione dei lavoratori;
- Una descrizione delle cause e dell'entità dello stato di crisi o di insolvenza in cui si trova e l'indicazione delle strategie d'intervento;
- Il valore di liquidazione del patrimonio, alla data della domanda di concordato, in ipotesi di liquidazione giudiziale;
- Le modalità di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti e la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta;
- Gli apporti di finanza nuova eventualmente previsti e le ragioni per cui sono necessari per l'attuazione del piano;
- Le azioni risarcitorie e recuperatorie esperibili nonché le azioni eventualmente proponibili solo nel caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale e le prospettive di realizzo;
- Le iniziative da adottare qualora si verifici uno scostamento dagli obiettivi pianificati;
- Le parti interessate dal piano, indicate individualmente o descritte per categorie di debiti, e l'ammontare dei relativi crediti e interessi, con indicazione dell'ammontare eventualmente contestato, nonché le classi in cui le parti interessate sono state suddivise ai fini del voto, con indicazione dei criteri di formazioni utilizzati, del valore dei rispettivi crediti e degli interessi di ciascuna classe;
- Le eventuali parti non interessate dal piano, indicate individualmente o descritte per categorie di debiti, unitamente a una descrizione dei motivi per i quali non sono interessate;
- Le modalità di informazione e consultazione dei rappresentanti dei lavoratori nonché gli effetti della ristrutturazione sui rapporti di lavoro, sulla loro organizzazione o sulle modalità di svolgimento delle prestazioni;
- L'indicazione del commissario giudiziale ove già nominato⁵¹.

⁵¹ Cfr. D.lgs. 17 giugno 2022 n. 83

Lo sviluppo di un piano si complica nell'ipotesi di concordato preventivo in continuità, in quanto deve prevedere la programmazione dell'attività d'impresa, con tutte le incertezze e imprevisti che sono implicite in ogni attività di questo tipo. Inoltre l'art. 87, comma 1, lett. *f*) prevede che in caso di concordato in continuità diretta il piano debba riportare i costi e ricavi attesi, il fabbisogno finanziario e le modalità di copertura; in questi casi, il piano deve anche fornire indicazioni riguardo agli elementi di discontinuità nella gestione rispetto al passato; questo è necessario in quanto la situazione di crisi e insolvenza è stata generata dalla gestione realizzata dall'imprenditore, trattandosi di concordato in continuità diretta il piano ha il compito di descrivere, in modo verificabile e ragionevole, le azioni grazie alle quali la situazione di crisi sarà superata e l'impresa, che fino a poco tempo prima versava in una situazione di difficoltà economica, sarà in grado, dopo l'omologazione della procedura, di assolvere ed adempiere alle proprie obbligazioni. Gli elementi che possono portare a un miglioramento della situazione possono essere alcuni investimenti effettuati in passato che iniziano a produrre effetti positivi dall'apertura della procedura, oppure l'avvio della produzione di nuovi prodotti e servizi da parte dell'impresa.

Il piano di concordato in continuità aziendale in generale deve contenere un'analisi del mercato di riferimento in cui opera l'azienda e un'analisi dei *competitor* in modo tale da avere una visione complessiva della situazione; inoltre deve fornire anche un'analisi e rappresentazione della produzione dei prodotti e servizi che si andranno a realizzare.

In generale, il piano è un documento che contiene una previsione sul futuro in quanto descrive quelli che potranno essere i risultati dell'impresa con l'apertura della procedura. Come tale è soggetto all'incertezza di realizzazione, il che può aumentare la complessità della procedura.

Data questa incertezza il legislatore, all'art. 87, comma 3 CCII, ha previsto l'obbligo per il debitore di depositare, insieme alla domanda, la relazione di un professionista indipendente (c.d. *relazione di attestazione*). Tale relazione deve attestare che i dati riportati nell'attivo e nel passivo sono veritieri, e successivamente confermare la fattibilità del piano in vista del raggiungimento degli obiettivi prefissati, dovranno quindi essere valutate dall'esperto l'attendibilità, la coerenza e la sostenibilità finanziaria del piano.

È opportuno ricordare che per quanto riguarda la fattibilità del piano la giurisprudenza distingue tra fattibilità economica e fattibilità giuridica. Il Codice della Crisi mantiene tale distinzione e nel caso di concordato liquidatorio definisce la fattibilità economica del piano di concordato in termini di verifica di una eventuale non manifesta inattitudine dello stesso a raggiungere gli obiettivi prefissati (art. 47 CCII). L'inattitudine si manifesta in due modi, nel primo caso quando vengano pianificate azioni non previste dalla legge, e nel secondo quando le azioni individuate non siano valutate utili a raggiungere gli obiettivi prefissati dal piano stesso.

Nel caso di concordati in continuità aziendale la relazione deve attestare che il piano è in grado di adempiere a quanto occorre per superare l'insolvenza dell'impresa, a garantirne la sostenibilità economica, e infine a garantire a ogni creditore un trattamento migliore a quello che subirebbe nell'ipotesi di liquidazione giudiziale⁵². Quindi l'attestatore in questi casi deve garantire che non vi sarà pregiudizio per i creditori.

Nella relazione devono anche essere indicati i fattori di rischio a cui può essere soggetto il piano, in modo tale da verificare quale impatto possa verificarsi in caso di cambiamento delle assunzioni iniziali; ciò con particolare riguardo rispetto alle variabili macro-economiche, che non possono essere controllate dal debitore, ad esempio una variazione del prezzo delle materie prime.

L'art. 110, comma 3 CCII stabilisce che nel caso in cui vi siano fatti sopravvenuti, favorevoli o sfavorevoli, in grado di influenzare il voto dei creditori, questi devono essere segnalati agli stessi dal commissario giudiziale. Se i creditori ritengono che tali eventi abbiano una rilevanza tale per cui se si fossero verificati anteriormente al voto si sarebbe pervenuti a un esito di voto negativo, gli stessi possono costituirsi nel giudizio di omologazione e revocare il loro voto favorevole; pertanto, nel caso in cui la maggioranza dei creditori si esprimesse in tal senso, in assenza della loro approvazione il concordato non potrebbe più essere omologato.

Da tale analisi si evince la centralità della relazione di attestazione. Per il tribunale e per i creditori è di fondamentale importanza in vista dell'omologazione e della votazione. Per questo motivo è necessaria attenzione e cautela nella selezione del professionista relatore, che in base all'art. 2, comma 1, lett. o), deve iscritto all'albo dei

⁵² Cfr. D.lgs. 17 giugno 2022 n. 83, Art. 87, comma 3.

gestori della crisi e insolvenza delle impresa e al registro dei revisori legali, e deve essere indipendente ai sensi dell'art. 2399 c.c.

All'art. 342 CCII è previsto che nel caso di falsità in attestazione, il professionista indipendente abbia una sua responsabilità civile e penale.

Il Codice della Crisi ha previsto la presentazione di un piano unitario per il gruppo o di più piani connessi e interferenti; per tale presentazione è necessario che vi sia comunque un unico ricorso.

Nel caso in cui il gruppo di imprese decida di presentare un piano unitario o più piani connessi o interferenti, questi devono contenere la quantificazione del beneficio stimato per i creditori di ciascuna impresa, considerando anche l'effetto di vantaggi compensativi⁵³ derivanti dall'esistenza del gruppo, a tale proposito il legislatore richiede informazioni aggiornate sulla struttura del gruppo stesso e dei vincoli partecipativi o contrattuali tra le varie imprese; infatti alla domanda di concordato di gruppo deve essere allegato l'ultimo bilancio consolidato.

Sempre al fine del migliore soddisfacimento per i creditori, in ipotesi di concordati misti⁵⁴, il legislatore ha introdotto la possibilità di prevedere, nel piano unitario o in più piani collegati e interferenti, operazioni infragruppo che siano necessarie per la continuità aziendale e che possono implicare il trasferimento di risorse da una società all'altra. Tale previsione rafforza la concezione unitaria dello strumento della gestione di gruppo.

Ne deve essere data indicazione nel piano e successivamente un professionista indipendente deve attestare l'utilità di queste operazioni per la continuità aziendale. Tale soluzione è prevista all'art. 285, comma 2 CCII, e in sostanza con tale disciplina è possibile che una società in concordato trasferisca parte del suo patrimonio ad un'altra società del gruppo sottoposta a concordato con l'obiettivo di rendere la procedura, per quest'ultima società, maggiormente conveniente e realizzabile.

⁵³ Sono i benefici che una società ottiene dall'appartenenza al gruppo e che non generano responsabilità per chi li concede, tali vantaggi derivano dal trasferimento di attivi nel gruppo con l'obiettivo di migliorare la gestione e la valorizzazione del gruppo.

⁵⁴ Il piano unitario o i più piani hanno previsto, contemporaneamente, la continuità di alcune imprese del gruppo e la liquidazione di altre.

Se il gruppo di imprese decide di presentare un piano unitario, allora le modifiche sostanziali del piano dovranno riguardare tutte le imprese del gruppo e i rispettivi creditori.

II.4.3.1. La presenza di società in bonis

In precedenza si è parlato dell'esistenza dei concordati misti, che vengono considerati in continuità aziendale, ma il cui piano concordatario prevede sia elementi di continuità aziendale sia elementi di liquidazione. Questa tipologia di concordati può essere comune in caso di procedura di gruppo proprio, in presenza di più imprese alcune possono essere sottoposte al concordato in continuità e per altre può essere prevista la liquidazione del patrimonio. Inoltre non si può escludere l'ipotesi di un gruppo d'impresa che complessivamente sta affrontando una situazione di crisi ma che al suo interno presenta aziende che non sono state influenzate dalla situazione e di conseguenza sono *in bonis*.

La presenza di società in bonis può essere un presupposto per la realizzazione di trasferimenti di risorse infragruppo, con il passaggio di parte del patrimonio delle società *in bonis* alle società in difficoltà in modo tale da rendere più fattibile il piano concordatario e più probabile il risanamento delle imprese in crisi. Prima di prevedere le operazioni di trasferimento da imprese *in bonis* è necessario verificare che la società trasferente abbia interesse a far parte del gruppo. Se da un lato il suo intervento può essere utile a garantire la non disgregazione del gruppo stesso, dall'altro essendo l'impresa trasferente in grado di potersi sostenere da sola, potrebbe non esserci da parte sua alcun interesse alla realizzazione del piano stesso.

II.4.3.2. Il trasferimento di risorse infragruppo

Come già accennato nel paragrafo precedente, ai fini della continuità aziendale e del migliore soddisfacimento per i creditori il piano unitario o i più piani connessi o interferenti possono prevedere trasferimenti di risorse infragruppo; di conseguenza è consentito che, in virtù della realizzazione del concordato preventivo, parte del patrimonio di un'impresa venga trasferito ad un'altra impresa del gruppo. Tale regola

rischia però di creare confusione rispetto alla logica di separazione delle masse attive da quelle passive, in quanto con la regola dei trasferimenti infragruppo, sostanzialmente, il legislatore ammette che si possa usare l'attivo di un'impresa per soddisfare i creditori di un'altra impresa. Tale contraddizione può essere risolta con due meccanismi, il primo riguarda il lato passivo mantenendo attivo il principio di separazione tra le masse attive e quelle passive e di conseguenza i creditori di ciascuna impresa rimangono separati e votano pertanto separatamente; il secondo riguarda il lato attivo, la regola di autonomia delle masse può essere derogata solo attraverso i trasferimenti infragruppo.

Tali trasferimenti infragruppo devono essere previsti dal piano e di conseguenza sarà necessaria l'attestazione da parte di un professionista indipendente, il quale deve garantire che queste operazioni sono funzionali alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori. A tal proposito è utile specificare che i trasferimenti infragruppo sono ammessi anche in favore di imprese per le quali è stata prevista la liquidazione, ma è necessario dimostrare che tali trasferimenti sono funzionali per la continuità aziendale di altre imprese appartenenti al gruppo. Mentre per quanto riguarda la migliore soddisfazione dei creditori le operazioni di trasferimento sono ammesse se non pregiudicano la situazione e il soddisfacimento dei creditori di altre imprese del gruppo.

L'opposizione a questa tipologia di operazioni è prevista dall'art. 285, comma 3 CCII ed è ammessa per i creditori di una classe dissenziente, per i creditori dissenzienti che rappresentino almeno il 20% dei crediti ammessi al voto per una singola impresa. In tale ipotesi, ai sensi dell'art. 285, comma 4 CCII, il tribunale omologa il concordato soltanto quando ritiene che i creditori possano essere soddisfatti in misura migliore rispetto a quanto riceverebbero nell'ipotesi di liquidazione giudiziale della singola impresa. L'opposizione alle operazioni infragruppo è ammessa soltanto per il concordato preventivo liquidatorio; nel concordato in continuità aziendale i creditori possono comunque fare opposizione ma non per lo specifico tema delle operazioni infragruppo, solo per i generali motivi di opposizione previsti in questo caso.

Anche i soci possono essere coinvolti nella scelta di presentare un piano unitario o nella previsione di operazioni infragruppo, il pregiudizio può riguardare termini di

redditività o il valore della partecipazione sociale. Nel caso in cui il socio faccia opposizione, il tribunale può omologare il concordato se accerta che il trattamento che subisce il socio risulta migliore rispetto a quello che subirebbe in ipotesi di liquidazione giudiziale della singola società (art. 285, comma 5 CCII)⁵⁵.

II.4.4. La proposta di gruppo

Come già sottolineato la proposta di gruppo deve essere formulata da ogni singola impresa, in quanto la disciplina del Codice della Crisi mantiene il principio di separazione delle masse attive e passive, i destinatari della proposta sono pertanto i creditori di ogni singola impresa e non i “creditori del gruppo”.

La base della proposta presentata dal debitore è il piano che viene allegato alla domanda di concordato.

Si ritiene necessario definire i diversi concetti di domanda, piano e proposta. La domanda è l’atto giudiziario con il quale il debitore chiede di gestire la situazione di crisi tramite la procedura di concordato preventivo, il piano è lo strumento con cui il debitore indica le modalità e i tempi di gestione della crisi, la proposta rappresenta l’obbligazione concordataria del debitore ossia l’offerta di soddisfazione o di pagamento che il debitore rivolge ai creditori.

Anche se la proposta di concordato dovesse essere un allegato alla domanda oppure direttamente inclusa all’interno della domanda viene individuata come un documento distinto sia dalla domanda che dal piano.

Il debitore nel predisporre la proposta deve rispettare la causa di prelazione, e a tale riguardo esistono due interpretazioni.

La prima è la c.d. regola della priorità assoluta o la *absolute priority rule* secondo cui è possibile soddisfare la classe di creditori successiva solo dopo avere soddisfatto integralmente la classe di livello superiore. Di conseguenza se la proposta prevede il pagamento parziale dei creditori privilegiati significa che il patrimonio è incapiante e di conseguenza non può essere riconosciuto nulla ai creditori chirografari e

⁵⁵ Cfr. Giacomo D’Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell’insolvenza*, pag. 374-376, Giappichelli, 2022

postergati. Questi ultimi potranno essere soddisfatti soltanto con il ricorso a risorse esterne.

La seconda è la c.d. regola della priorità relativa o *relative priority rule* secondo la quale è possibile soddisfare la classe di creditori inferiore (es. i creditori chirografari), anche se non si sia soddisfatta integralmente la classe superiore, a condizione che il pagamento di quest'ultima risulti di maggiore consistenza.

Nel caso di concordato liquidatorio il debitore deve sviluppare la proposta nel rispetto della *absolute priority rule.*, mentre nel caso di concordato in continuità aziendale è previsto che si debba applicare la *absolute priority rule* solo per il valore di liquidazione del patrimonio, ossia il valore che avrebbe il patrimonio in caso di liquidazione giudiziale. La stima di questo valore deve essere fatta su un patrimonio "dinamico", perché la liquidazione giudiziale prevede una provvisoria continuazione dell'esercizio d'impresa (art. 211 CCII) e quindi si ritiene che il valore di liquidazione debba tenere conto anche del risultato netto di un esercizio provvisorio; mentre è possibile applicare la *relative priority rule* soltanto per la parte eccedente il valore di liquidazione, ossia il maggiore valore rispetto a quello di liquidazione che deriva dalla continuazione, diretta o indiretta, dell'attività dell'impresa, rappresenta una sorta di plusvalore.

Va comunque specificato che per i crediti dei dipendenti la regola della priorità assoluta deve sempre essere rispettata, come previsto dall'art. 84, comma 7 CCII.

Infine il debitore nel caso di concordati liquidatori deve prevedere nella proposta un apporto di risorse esterne che incrementi di almeno il 10% l'attivo disponibile, e garantisca il soddisfacimento ai creditori chirografari e ai creditori privilegiati degradati in misura non inferiore al 20% dell'ammontare complessivo dei crediti chirografari (art. 84, comma 4 CCII). È stata inserita tale previsione per tenere conto della possibile suddivisione in classi e di conseguenza evitare che i creditori chirografari siano integralmente insoddisfatti. Viceversa nei concordati in continuità non sono previsti requisiti minimi, è richiesto che il piano garantisca un'utilità misurabile economicamente per ciascun creditore, ciò può includere anche la prosecuzione o rinnovazione dei rapporti contrattuali con il debitore, nessun creditore deve subire pregiudizio dall'operazione.

II.4.5. La tutela dei creditori

Le modalità di soddisfazione dei creditori possono avvenire attraverso il pagamento in denaro oppure con modalità differenti. La modalità di soddisfazione dei creditori verrà scelta dal debitore in base al caso concreto, al piano presentato, alla propria struttura economica e patrimoniale. Nel caso in cui sia prevista la modalità di soddisfazione con pagamento in denaro, il debitore può decidere se proporre il pagamento in unica soluzione oppure prevedendo una dilazione. Mentre nel caso di modalità differenti dal pagamento diretto, il proponente può decidere se la soddisfazione dei creditori avviene in percentuale oppure nella sua interezza, ricorrendo alla cessione di beni, l'assegnazione di azioni, quote oppure obbligazioni o altri strumenti partecipativi.

Per rendere più facile e flessibile la gestione della procedura il legislatore ha previsto la suddivisione dei creditori in classi e l'art. 85 CCII specifica che per i creditori appartenenti a classi differenti devono essere previsti trattamenti differenziati. Affinché vi sia la suddivisione in classi è necessario separare i creditori in base a due requisiti, ovvero la posizione giuridica e l'interesse economico (c.d. *doppia omogeneità*⁵⁶). Se entrambi i requisiti sono rispettati cioè i creditori hanno stessa posizione giuridica e stesso interesse economico allora possono essere inseriti all'interno della stessa classe; viceversa, se anche solo uno dei due requisiti non è rispettato, e quindi i creditori hanno diversa posizione giuridica o diverso interesse economico, saranno ricompresi in classi differenti.

È necessario definire che cosa si intende per posizione giuridica. Ciò attiene alla classe prededucibile⁵⁷: (1), privilegiato (2), chirografario⁵⁸ (3) o postergato (4) del credito.

⁵⁶ Cfr. Giacomo D'Atorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, pag. 105, Giappichelli, 2022

⁵⁷ I crediti sorti in funzione dello svolgimento della procedura concorsuale, per questa ragione devono essere soddisfatti prioritariamente rispetto agli altri creditori, si applica *prededuzione*. Tali crediti devono essere soddisfatti alla scadenza che è stata fissata quando è sorta l'obbligazione. Il debitore deve indicare nel piano le risorse disponibili per il pagamento dei crediti prededucibili, e il differimento di pagamento per questa tipologia di crediti è possibile soltanto nel caso di risorse non immediatamente disponibili.

L'art. 6 CCII ha previsto una serie di caratteristiche dei crediti prededucibili, oltre la nascita in corso di procedura: i crediti per i quali è la legge ad attribuire la qualifica; i compensi professionali, nel limite massimo del 75% del credito, che sono sorti per prestazioni necessarie alla presentazione della domanda; i crediti legalmente, sorti legalmente, volti alla gestione del patrimonio del debitore e la continuazione dell'attività d'impresa (ad esempio i contratti pendenti); e infine sono prededucibili i crediti sorti per compensi degli organi della procedura – Massimo Fabiani, *Sistemi, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, pag. 236, 2023

⁵⁸ I crediti non assistiti da cause di prelazione.

Per interesse economico ci si riferisce invece alle diverse caratteristiche del credito come la fonte, l'ammontare, la natura dei creditori, quando lo stesso si è generato.

Di conseguenza è possibile individuare crediti da fornitura di beni e servizi, crediti dei dipendenti, crediti degli istituti di credito ecc.

Ovviamente il legislatore prevede che i creditori appartenenti alla stessa classe di crediti debbano ottenere lo stesso identico trattamento; viceversa, i creditori appartenenti a classi differenti possono avere un trattamento differenziato. Tale principio è la c.d. *par condicio creditorum*, può essere derogato in ipotesi di classi differenti ma deve sempre essere rispettato all'interno della stessa classe. Si deve tenere conto che la suddivisione in classi, in alcuni casi, può avere rilevanza solo al fine della votazione e del calcolo delle maggioranze per cui può essere previsto un trattamento eguale per classi differenti.

In precedenza, si è detto che la suddivisione in classe dei creditori è un'opzione offerta al debitore, ma in alcuni casi il legislatore impone l'inserimento in classi separate. Tale obbligo è stato previsto dall'art. 85, comma 2 CCII per cui la suddivisione è obbligatoria per i crediti tributari e previdenziali per i quali non sia previsto l'integrale pagamento, per i creditori titolari di garanzie prestate da terzi, per i creditori che vengono soddisfatti anche in parte con modalità diverse dalla corresponsione di una cifra in denaro, ed eventualmente per i creditori proponenti il concordato e per le parti ad essi correlate⁵⁹. L'ultima previsione è giustificata da un presunzione *ex lege* di non omogeneità della posizione di questi creditori.

Inoltre, per il concordato in continuità aziendale la suddivisione in classi è in ogni caso obbligatoria, come previsto dall'art. 85 comma 3 CCII. In particolare, la suddivisione obbligatoria riguarda i creditori privilegiati per i quali non è previsto il pagamento in denaro, integrale ed entro 180 giorni dall'omologazione (art. 109, comma 5 CCII) e per le imprese minori, titolari di crediti chirografari per rapporti di fornitura di beni o servizi. Per i crediti privilegiati l'art. 84, comma 5 CCII specifica che possono non essere soddisfatti integralmente a condizione che la soddisfazione che ricevono non sia inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione dei beni o dei diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, tale confronto deve essere effettuato al netto dell'ammontare delle spese di procedura riguardanti il bene o il diritto, ciò deve essere attestato da un

⁵⁹ Cfr. D.lgs. 17 giugno 2022, n.83, art. 85, comma 2.

professionista indipendente. La norma specifica che l'eventuale parte residua emersa dal confronto che non può essere soddisfatta per incapacienza deve essere trattata come credito chirografario.

L'art. 86 CCII specifica che in caso di concordato in continuità aziendale la proposta può prevedere una moratoria ossia una dilazione di pagamento per i creditori privilegiati, ma con due limiti. Il primo riguarda i crediti dei dipendenti per i quali la moratoria non può superare la durata di sei mesi, il secondo fa riferimento ai crediti con pegno o ipoteca per i quali la dilazione può avere durata massima pari fino alla data della liquidazione dei beni, ovverosia in caso di vendita dei beni oggetto di pegno o ipoteca i creditori devono essere immediatamente pagati.

II.4.6. Gli effetti della domanda di accesso

La domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo produce effetti nei confronti del debitore, dei creditori e dei contratti pendenti.

Per quanto riguarda il debitore esso subisce il c.d. *spossessamento attenuato*, previsto dall'art. 46 CCII, per cui successivamente al deposito della domanda il debitore mantiene il potere di amministrare l'impresa e il suo patrimonio soltanto per quanto riguarda gli atti di ordinaria amministrazione (ossia gli atti legati al normale esercizio dell'impresa, esempio il pagamento degli stipendi) sotto la vigilanza del commissario giudiziale, perché per gli atti di straordinaria amministrazione è necessario che il debitore sia autorizzato dal tribunale competente. In tale ipotesi è necessario che il debitore presenti richiesta al tribunale, che può assumere ulteriori informazioni e, se nominato, il parere del commissario giudiziale. Tale disciplina risponde all'esigenza di tutelare l'interesse dei creditori e di mantenimento del patrimonio del debitore.

Gli atti di straordinaria amministrazione sono individuati come gli atti che per ammontare o caratteristiche non fanno parte del normale esercizio dell'impresa. Tale valutazione deve essere fatta analizzando il caso concreto, occorre considerare la tipologia di società e la sua dimensione, in quanto un particolare atto che per una società di medie dimensioni potrebbe risultare di straordinaria amministrazione, per una società

multinazionale quotata potrebbe invece avere le caratteristiche di un atto di ordinaria amministrazione.

Nel caso in cui il debitore avesse compiuto atti di straordinaria amministrazione senza essere stato autorizzato dal tribunale, tali atti sono ritenuti inefficaci e i crediti eventualmente sorti non potranno essere soddisfatti nella procedura di concordato.

Nel caso in cui il debitore fosse regolarmente autorizzato e compisse l'atto di straordinaria amministrazione i crediti che eventualmente venissero a sorgere dall'atto vengono considerati e trattati come crediti prededucibili, come previsto dall'art. 46, comma 4 CCII. Un'altra norma di favore prevista dal legislatore in questi casi, all'art. 166, comma 3, lett. e) CCII, prevede l'esenzione da revocatoria per i pagamenti e le garanzie.

Al commissario giudiziale viene assegnato il controllo dell'amministrazione ordinaria e straordinaria dell'impresa. Per quanto riguarda l'ordinaria amministrazione, che rimane in capo al debitore, il commissario giudiziale ha il compito di verificare la fattibilità e la validità delle operazioni. Ha peraltro il compito di denunciare al Tribunale eventuali atti compiuti dal debitore che siano vietati o non autorizzati, oppure volti al danneggiamento dei creditori, il che comporta che il giudice possa interrompere la procedura.

Gli effetti nei confronti dei creditori hanno una disciplina maggiormente restrittiva. In primo luogo sono previste le c.d. *misure protettive* per cui i creditori dalla data di pubblicazione della domanda di accesso non possono più agire, ossia non possono intraprendere azioni esecutive o cautelari sul patrimonio. Le misure protettive consentono di proteggere il patrimonio del debitore da eventuali azioni individuali dei creditori che potrebbero compromettere la realizzazione del piano, e contemporaneamente assicurano il rispetto della *par condicio creditorum*. In assenza di tali misure le iniziative intraprese dai singoli creditori allo scopo di recuperare il proprio credito potrebbero far venir meno il rispetto dell'ordine dei privilegi, l'ordine sarebbe definito solo dai tempi con i quali vengono messe in atto le singole azioni.

Le misure protettive, se il debitore ne ha fatto richiesta nella domanda, producono automaticamente i propri effetti dal deposito della domanda nel registro delle imprese.

Come previsto dall'art. 55, comma 3 CCII il giudice conferma o revoca le misure protettive entro trenta giorni dall'iscrizione della domanda nel registro delle imprese, la durata massima prevista dal codice per le misure è pari a 4 mesi. In ogni caso le misure protettive non sono più efficaci dal momento della pubblicazione della sentenza di omologazione o di rigetto del concordato preventivo.

Un'altra tipologia di misure previste dal legislatore e che sono connesse agli interventi dei creditori sono le c.d. *misure cautelari*, possono essere richieste sia dal debitore sia da terzi. Tali misure a differenza di quelle protettive che producono i propri effetti automaticamente, devono essere autorizzate dal giudice, hanno lo scopo di tutelare il patrimonio dell'impresa, e sono ritenute più idonee per salvaguardare l'impresa.

Sia le misure protettive che le misure cautelari devono essere rispettate anche dai creditori subentrati posteriormente alla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di accesso.

Il legislatore ha previsto, all'art. 55, comma 4 CCII, la possibilità di prorogare le misure, sia protettive che cautelari, con alcuni limiti ovvero quello che la proroga non deve arrecare pregiudizio ai diritti e agli interesse delle parti interessate e che non deve superare i limite massimo di 12 mesi, tale termine può anche essere non continuativo.

La revoca delle suddette misure, prevista all'art. 55, comma 5 CCII, può essere richiesta dal debitore o del commissario giudiziale, e in presenza di atti di frode⁶⁰ può essere richiesta dai creditori o dal pubblico ministero.

Un altro effetto derivante dal deposito della domanda di accesso riguarda i creditori anteriori. E' infatti previsto che il debitore, dopo il deposito, non possa più spontaneamente soddisfare i creditori anteriori; tale divieto è volto alla tutela del patrimonio del debitore affinché vengano rispettati il piano e la *par condicio creditorum*. Potrebbe infatti verificarsi il caso in cui il debitore decida di pagare un creditore di rango

⁶⁰ Elemento di disvalore costituito dalla alterazione del principio di tendenziale parità di trattamento fra creditori-Massimo Fabiani, *Sistemi, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, pag. 242, Il foro italiano, 2023

più basso senza rispettare l'ordine dei privilegi. È prevista un'eccezione a tale divieto, all'art. 100 CCII, perché in alcuni casi il mancato pagamento di creditori può comportare un pregiudizio nei confronti del debitore e, di conseguenza, anche nei confronti dei creditori. Infatti, in caso di concordati in continuità aziendale il debitore può chiedere al tribunale di essere autorizzato al pagamento nei confronti di creditori anteriori, però è necessario l'attestazione da parte di un professionista indipendente che confermi che tale pagamento è funzionale alla continuazione dell'attività e per la migliore soddisfazione dei creditori, che sono i c.d. *creditori strategici*⁶¹.

Quindi in questo caso può non essere rispettata la *par condicio creditorum* ma ciò è giustificato dall'urgenza e dall'importanza del pagamento che può rappresentare un vantaggio per tutti i soggetti.

Una differenza sostanziale tra i creditori anteriori e posteriori risiede nel fatto che i primi non possono agire esecutivamente e non possono essere soddisfatti spontaneamente dal debitore; mentre i creditori divenuti tali dopo il deposito della domanda di accesso, nonostante non possano agire esecutivamente, possono essere pagati spontaneamente dal debitore, poiché i loro crediti sono considerati prededucibili.

L'ultima categoria di effetti derivanti dalla domanda di accesso riguarda i contratti pendenti. La regola generale dell'art. 97 CCII prevede che i contratti ineseguiti o non completamente eseguiti nelle prestazioni di entrambe le parti alla data di deposito della domanda di accesso proseguono anche durante la procedura; è una previsione volta a tutelare l'attività del debitore e infatti è anche prevista l'inefficacia di eventuali patti che prevedono lo scioglimento del contratto per effetto del deposito.

Quindi la regola generale prevede la continuazione dei contratti pendenti, e si ha l'eccezione per alcuni contratti che possono essere sospesi o sciolti, previa autorizzazione. Nel caso di sospensione il rapporto si interrompe e le parti non devono eseguire le proprie prestazioni in attesa degli sviluppi successivi; mentre nel caso di scioglimento le parti sono libere da tutte le proprie obbligazioni perché il rapporto viene meno senza effetto retroattivo.

⁶¹ Massimo Fabiani, *Sistemi, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, pag. 233, Il foro italiano, 2023

L'istanza di sospensione può essere depositata insieme o successivamente al deposito della domanda di accesso, e può essere autorizzata per una durata massima pari termine concesso per la presentazione del piano e della proposta, nel caso in cui questi siano già stati presentati, può essere autorizzata anche per una durata ulteriore ma non si deve superare il limite di 30 giorni dalla data di decreto di apertura della procedura. Per quanto riguarda l'istanza di scioglimento è necessario attendere la presentazione del piano e della proposta, perché senza di questi non si può capire se la prosecuzione o meno del contratto sia funzionale e coerente con il piano.

La facoltà di richiedere lo scioglimento del contratto è possibile anche nel caso in cui la controparte sia la pubblica amministrazione.

L'istanza di sospensione o di scioglimento deve essere notificata alla controparte, la quale può opporsi depositando una memoria scritta entro sette giorni dalla notifica. Se l'istanza viene accolta la sospensione o lo scioglimento del contratto hanno effetto dalla data di notifica alla controparte e tale controparte ha diritto ad un indennizzo per il danno che deriva dal mancato adempimento, di conseguenza il debitore nell'istanza deve prevedere anche una stima di tale indennizzo. L'indennizzo viene considerato come un credito anteriore al concordato, tale previsione risiede nel fatto che la controparte *in bonis*, in mancanza di scioglimento del contratto, avrebbe avuto diritto all'integrale esecuzione del contratto.

Vi sono alcuni contratti per i quali non sono ammessi la sospensione o lo scioglimento e tra questi vi sono i contratti da lavoro subordinato, i finanziamenti destinati ad uno specifico affare, i contratti preliminari per la vendita di un immobile destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o dei suoi parenti.

Sono previste delle disposizioni particolari per i contratti pendenti nel concordato in continuità aziendale che hanno lo scopo di evitare che il deposito della domanda di accesso alla procedura possa intimorire le controparti contrattuali e che di conseguenza decidano di sciogliere il contratto o di rifiutare l'adempimento. Tali disposizioni sono riportate all'art. 94-*bis* CCII, secondo il quale i creditori non possono anticipare la scadenza del contratto o modificarlo a danno del debitore, e non possono neanche rifiutare l'adempimento. Tale vincolo diventa ancora più stringente se si tratta di contratti essenziali per la prosecuzione dell'attività, infatti in tal caso i creditori non possono

unilateralmente rifiutare gli adempimenti dei contratti in corso di esecuzione o provocare la risoluzione del contratto a danno del debitore.

Il Codice della Crisi ha previsto che il debitore, nel mantenere i contratti pendenti, possa partecipare a delle gare pubbliche per l'affidamento di nuovi contratti, la condizione è che vi sia l'attestazione che garantisca che l'operazione è funzionale alla realizzazione del piano e che l'impresa è in grado di adempiere regolarmente. Allo stesso modo, il debitore può partecipare alle gare in qualità di mandante di un'associazione temporanea di imprese, ma è necessario che nessun'altra società sia sottoposta a procedura concorsuale. Tale partecipazione deve essere autorizzata dal tribunale, e si può supporre che sarà confermata soltanto per le imprese sottoposte a concordato in continuità aziendale.

Infine, è necessario ricordare che in sede di concordato preventivo si ha una deroga rispetto all'art. 2484 c.c. e all'art. 2545-*duodecies* c.c., infatti nel periodo intercorrente tra il deposito della domanda di accesso e l'omologazione della procedura, non è applicata la causa di scioglimento della società per azioni per riduzione o perdita di capitale sociale, quindi in caso di concordato preventivo gli obblighi di ricapitalizzazione della società e l'obbligo di porre la società in liquidazione vengono neutralizzati, come previsto nell'art. 89 CCII.

II.5. Sviluppo della procedura

L'apertura della procedura di concordato preventivo è preceduta da un controllo svolto dal tribunale; infatti dopo che il debitore ha depositato la domanda di accesso completa di tutta la documentazione richiesta, il tribunale innanzitutto verifica la propria competenza territoriale, successivamente deve controllare la sussistenza dei requisiti oggettivo e soggettivo, poi effettua la verifica del rispetto dei requisiti formali che sono previsti per la domanda, e infine controlla la presenza e la conformità della documentazione (esempio presenza della relazione di attestazione). Ottemperati questi controlli di tipo generale, i successivi controlli messi in atto dal tribunale presentano differenze tra concordato liquidatorio e concordato in continuità aziendale.

In caso di concordato liquidatorio il tribunale deve verificare l'ammissibilità della proposta e la fattibilità del piano, come previsto dall'art. 47, comma 1, lett. a) CCII. Per quanto riguarda l'ammissibilità della proposta il tribunale dovrà verificare il rispetto del trattamento dei creditori privilegiati, la corretta formazione delle classi, lo stesso trattamento tra creditori della stessa classe, il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione e infine i requisiti richiesti per il concordato liquidatorio, ossia l'apporto di finanza esterna e il soddisfacimento dei creditori chirografari. Mentre la fattibilità del piano riguarda la capacità dello stesso di raggiungere gli obiettivi prefissati, e si vuole specificare che nel caso in cui il tribunale ritenesse *possibile*⁶² il raggiungimento degli obiettivi allora la procedura deve essere aperta. Quindi non è necessaria la certezza assoluta ma basta la possibilità, ciò si ricollega all'obiettivo principale di salvaguardare l'attività d'impresa.

In caso di concordato in continuità aziendale il tribunale dovrà verificare la ritualità della proposta e la non manifesta inidoneità del piano alla soddisfazione dei creditori e alla conservazione dei valori aziendali. Per quanto riguarda la ritualità della proposta il Tribunale dovrà controllare gli stessi contenuti previsti nel concordato liquidatorio, ad eccezione del rispetto dell'ordine delle cause di prelazione perché, nel caso di concordato in continuità, è una valutazione che il Tribunale dovrà fare soltanto in sede di omologazione e solo nel caso in cui una o più classi siano dissenzienti (art. 1112, comma 2 CCII). Per quanto riguarda la non manifesta inidoneità il Tribunale deve verificare che il piano sia in grado di soddisfare i creditori nei modi e nei tempi stabiliti dal piano e che non sia chiaramente inidoneo a raggiungere lo scopo di conservazione dei valori aziendali. Anche in questo caso basta che il Tribunale ritenga *possibile* il raggiungimento degli obiettivi e la procedura deve essere aperta.

Si ritiene opportuno ricordare che il Tribunale in nessuna tipologia di concordato è autorizzato a valutare la *convenienza* della proposta ai creditori, in quanto tale valutazione spetta soltanto ai creditori in sede di votazione.

⁶² Se il tribunale ritiene improbabile, ma possibile – Giacomo D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, pag. 121, Giappichelli, 2022

Infine il Tribunale, dopo aver svolto il proprio controllo, ha due possibilità ovvero o aprire la procedura, oppure dichiarare inammissibile la proposta di concordato e aprire la procedura di liquidazione giudiziale. In particolare nella seconda ipotesi, ossia quando il Tribunale accerti la mancanza dei presupposti e delle condizioni per l'apertura del concordato, sentiti il debitore e gli eventuali creditori che avessero proposto domanda di apertura di liquidazione giudiziale, dichiara inammissibile la proposta di concordato con decreto motivato⁶³, ai sensi dell'art. 47, comma 4 CCII. Viceversa, qualora il Tribunale accerti la sussistenza dei presupposti, dichiara con decreto l'apertura della procedura di concordato preventivo, e ai sensi dell'art. 47, comma 2 CCII, con il decreto di apertura il Tribunale provvede:

- Alla nomina il giudice delegato;
- Alla nomina o conferma del commissario giudiziale;
- Stabilisce, in relazione al numero dei creditori, l'entità del passivo e la necessità di assicurare la tempestività e l'efficacia della procedura, la data iniziale e finale per l'espressione del voto dei creditori, e fissa il termine per la comunicazione ai creditori;
- Fissa il termine perentorio, non superiore ai 15 giorni, entro cui il debitore deve depositare nella cancelleria del tribunale la somma pari al 50% delle spese che si presumono necessarie per la procedura, oppure la diversa somma minore non inferiore al 20% delle spese che sia stata determinata dal Tribunale stesso.⁶⁴.

Dopo una breve analisi sull'apertura della procedura di concordato preventivo si ritiene opportuno affrontare diversi temi connessi alla svolgimento della procedura.

II.5.1. Gli organi della procedura

Gli organi coinvolti sono: il Tribunale, il giudice delegato, il commissario giudiziale, e solo nel caso di concordato con cessione di beni, il liquidatore e il comitato dei creditori.

⁶³ Decreto in cui il Tribunale deve indicare le ragioni per cui ritiene inammissibile la proposta.

⁶⁴ D.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, art. 47, comma 2

Il Tribunale individuato come competente territorialmente, in sede di apertura della procedura ha il compito di nominare il giudice delegato e il commissario giudiziale. Inoltre, al tribunale sono assegnati poteri di autorizzazione e attraverso questi riesce ad avere una funzione amministrativa e gestoria del patrimonio del debitore, in quanto nel periodo intercorrente tra la data di deposito della domanda di accesso e l'omologazione della procedura, il Tribunale deve autorizzare gli atti di straordinaria amministrazione che siano richiesti dal debitore, inoltre ha il potere di autorizzare la sospensione o lo scioglimento di contratti pendenti e durante l'intera procedura il Tribunale deve autorizzare i finanziamenti prededucibili (art. 99 CCII) e il pagamento dei crediti pregressi (art. 100 CCII). In tutte queste ipotesi l'autorizzazione del Tribunale si basa su una valutazione di legittimità e di convenienza per i creditori.

Il Tribunale possiede anche poteri decisorii nell'ambito dei reclami contro i decreti del giudice delegato, e in questi casi è previsto che si debbano applicare le norme previste per la liquidazione giudiziale.

Il giudice delegato deve svolgere compiti di disciplina, ha poteri di controllo e di amministrazione. I compiti di disciplina attengono al corretto svolgimento della procedura e in particolare riguardano la fase della votazione (ad esempio all'art. 111 CCII è prevista la necessità che il giudice delegato fornisca una relazione al tribunale sull'esito delle votazioni⁶⁵) ed alla liquidazione dei beni.

I poteri di controllo del giudice delegato sono esercitati nei confronti dell'operato del commissario giudiziale, e consistono nel potere di proporre la revoca della sua carica al tribunale (art. 92 CCII e art. 134 CCII) o di decidere circa eventuali reclami contro gli atti (art. 92 CCII e art. 133 CCII). Infine i poteri di amministrazione e di gestione del patrimonio del debitore consistono nell'autorizzazione conferita da parte del giudice delegato al compimento di atti di straordinaria amministrazione da parte del debitore, ai sensi dell'art. 94 CCII, o nella possibilità di poter sospendere o sciogliere i contratti pendenti, ai sensi dell'art. 97 CCII.

Il commissario giudiziale viene nominato dal Tribunale con il decreto di apertura della procedura. Affinché un soggetto possa essere nominato commissario giudiziale è

⁶⁵ Giacomo D'Atorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, pag. 123, Giappichelli, 2022.

necessario che sia in possesso di determinati requisiti, è necessario infatti che sia iscritto all'albo dei soggetti incaricati dall'autorità giudiziaria delle funzioni di gestione e controllo nella procedura di cui al codice della crisi e dell'insolvenza (art. 356 CCII). I soggetti che possono essere iscritti a questo albo sono: a) i soggetti iscritti agli albi degli avvocati, dottori commercialisti, esperti contabili e consulenti del lavoro, b) gli studi di professionisti associati, c) coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società di capitali e che quindi siano stati in grado di dare prova delle proprie capacità imprenditoriali. Inoltre è necessario, ovviamente, che il commissario sia un soggetto indipendente dal debitore e di conseguenza l'art. 358, comma 2 CCII specifica che non possono essere nominati il coniuge, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, i parenti o gli affini entro il quarto grado, il convivente di fatto e infine chiunque possa essere in conflitto di interessi con la prosecuzione della procedura.

Il commissario deve svolgere poteri di vigilanza nei confronti del debitore, infatti ha il compito di vigilare sull'attività del debitore nel periodo compreso entro il termine concesso per il deposito della proposta e del piano (art. 44 CCII), sull'amministrazione dei beni e sull'esercizio dell'impresa per il periodo intercorrente la data di deposito della domanda e la data di omologazione della procedura (art. 94 CCII); inoltre ha il compito di controllare l'eventuale compimento di atti di frode (art. 106 CCII) e la corretta esecuzione del concordato preventivo (art. 118 CCII).

Altri poteri che sono assegnati al commissario sono i compiti informativi che possono essere rivolti a favore dei creditori e dei terzi, oppure a favore del giudice delegato, del tribunale e del pubblico ministero. Per quanto attiene al primo caso si possono riportare alcuni esempi, come il compito previsto all'art. 104 CCII che riguarda la convocazione dei creditori per il voto, la formulazione e l'invio della relazione sulle cause di dissesto e sulla proposta di concordato (art. 105 CCII)⁶⁶; inoltre qualora siano state presentate delle proposte concorrenti, il commissario ha il compito di formulare una relazione contenente una comparazione tra le diverse proposte depositate, e ha anche il compito di redigere l'inventario del patrimonio del debitore, come previsto dall'art. 102 CCII.

⁶⁶ Il legislatore ha previsto che debba essere depositata, alla cancelleria del Tribunale, almeno 45 giorni prima dell'inizio della fase di votazione e, perché i creditori possono esserne a conoscenza, è necessario inviarla ai creditori tramite posta elettronica certificata (PEC).

Tra gli esempi per la seconda tipologia di poteri si possono ricordare la comunicazione al pubblico ministero dei fatti che possono interessare ai fini delle indagini preliminari in sede penale (art. 92 CCII), o l'informativa al tribunale del compimento di atti di frode da parte del debitore (art. 106 CCII) o comunicazioni sulle inerzie del debitore nel realizzare la proposta omologata (art. 118 CCII).

Infine, come già detto, in caso di concordato preventivo non si ha spossessamento del debitore per cui ad esso rimangono i poteri gestori, ma vi è un'eccezione che prevede che i poteri gestori e di amministrazione del patrimonio del debitore debbano essere assegnati al commissario giudiziale, ed è il caso in cui il debitore non stia provvedendo a ottemperare ai compiti previsti dalla proposta.

Gli ultimi due organi di cui parlare in caso di concordato preventivo possono essere presenti soltanto in ipotesi particolari, infatti il liquidatore e il comitato dei creditori vengono nominati soltanto se il concordato prevede la cessione dei beni.

Il liquidatore viene nominato dal tribunale con la sentenza di omologazione e ha il compito di liquidare l'attivo e di ripartire quanto ottenuto tra i creditori. In questo caso il liquidatore può prevedere la vendita, il conferimento o l'incasso dei crediti ecc., ossia tutto ciò che è necessario ma sempre nei limiti previsti dalla legge. Anche il comitato dei creditori viene nominato con la sentenza di omologazione, e svolge delle funzioni di vigilanza sull'attività del liquidatore, esprimendo pareri nei casi previsti dalla legge in tal senso, o quando richiesto dal giudice delegato o dal tribunale.

II.5.2. Gli effetti dell'apertura della procedura

L'apertura della procedura produce effetti nei confronti del debitore, dei creditori e dei contratti pendenti.

In particolare, l'apertura della procedura produce effetti molto simili a quelli già visti con il deposito della domanda di accesso. Infatti, nei confronti del debitore, l'apertura della procedura comporta il c.d. *spossessamento attenuato*, per cui il debitore mantiene l'amministrazione del patrimonio e la gestione dell'impresa, ma è controllato dal commissario giudiziale.

Come per quanto attiene alla domanda di accesso è necessario distinguere tra atti di ordinaria amministrazione e atti di straordinaria amministrazione⁶⁷. Gli atti di ordinaria amministrazione possono essere normalmente compiuti, mentre per gli atti di straordinaria amministrazione è richiesta l'autorizzazione dal giudice delegato, come previsto dall'art. 94 CCII.

Il giudice delegato, sentito il parere del commissario giudiziale, autorizza l'atto di straordinaria amministrazione soltanto se è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori (art. 94, comma 3).

Inoltre la differenza concreta tra atti di ordinaria amministrazione e atti di straordinaria amministrazione può essere difficile da individuare, e per tale ragione il legislatore all'art. 94, comma 4 ha previsto che il tribunale nel decreto di apertura, o con decreto successivo, possa indicare un valore al di sotto del quale non è necessaria l'autorizzazione.

Le conseguenze di atti straordinari compiuti dal debitore senza autorizzazione sono le stesse di quelle previste con la domanda, ovvero in tali casi gli atti sono ritenuti inefficaci, mentre nel caso in cui gli atti siano stati legalmente compiuti dal debitore, i crediti che ne sono sorti sono considerati esigibili e trattati come crediti prededucibili.

Gli effetti prodotti dell'apertura della procedura nei confronti dei creditori sono gli stessi che si producono con la domanda, quindi i creditori non possono agire individualmente. Ma è opportuno specificare che l'apertura della procedura produce degli effetti sui crediti. All'art. 96 CCII è posto un rinvio alle norme della liquidazione giudiziale ovvero gli artt. 153-162 CCII. In particolare, con l'apertura della procedura, i crediti si considerano scaduti dalla data di domanda di accesso (art. 154 CCII); con la domanda di accesso è prevista, per i creditori chirografari, la sospensione della maturazione degli interessi, mentre continuano a maturare per i creditori privilegiati (art. 154 CCII); il creditore che sia anche debitore all'apertura della procedura può decidere di

⁶⁷ L'art. 94, comma 2 CCII indica, a titolo esemplificativo, una serie di atti per cui è necessaria l'autorizzazione: i compromessi, le alienazioni di beni immobili e di partecipazioni societarie di controllo, i mutui, le fideiussioni, le concessioni di ipoteche e di pegno, le accettazioni di eredità, le transazioni, la vendita o l'affitto d'azienda.

soddisfarsi per compensazione, con la condizione che il credito non deve essere prededucibile (art. 155 CCII); trovano collocazione nella procedura di concordato i crediti vantati nei confronti del debitore e di più coobbligati (artt. 160-162 CCII).

Infine anche per i contratti pendenti si hanno gli stessi effetti, ed è confermata la possibilità di sospensione o di scioglimento dei contratti. La differenza risiede nel fatto che ai sensi dell'art. 94, comma 5 CCII l'autorizzazione è concessa dal giudice delegato, mentre prima dell'apertura della domanda è concessa dal tribunale.

II.5.3. Proposte e offerte concorrenti

Il soddisfacimento dei creditori dipende dalla proposta presentata dal debitore. Il legislatore, per garantire la massimizzazione della soddisfazione, ha previsto la possibilità per i terzi di presentare proposte di concordato in concorrenza con quella presentata dal debitore e di presentare offerte concorrenti.

Quindi le proposte concorrenti sono delle proposte di concordato, presentate da terzi soggetti ai creditori e che sono in competizione con la proposta del debitore, mentre le offerte concorrenti vengono presentate da terzi e sono in competizione con le offerte irrevocabili di acquisto di beni che siano incluse nel piano di concordato.

Quindi le proposte riguardano la procedura di concordato comprendendo quindi attivo e passivo, mentre le offerte riguardano singoli beni da acquistare.

Le proposte concorrenti sono disciplinate dall'art. 90 CCII e possono essere presentati dai creditori e dai soci, in particolare i creditori che rappresentano almeno il 10% dei crediti⁶⁸ possono presentare proposta concorrente entro 30 giorni prima⁶⁹ della data stabilita per la votazione dei creditori, mentre per i soci possono presentare proposta concorrente se rappresentano almeno il 10% del capitale sociale.

Sono state fissate tali soglie percentuali in modo da evitare la partecipazione di creditori e soci di dimensioni minori che agiscono esclusivamente per vantaggi personali

⁶⁸ Per i creditori, nella soglia del 10%, non si considerano i crediti della società controllante della società debitrice, delle società da questa controllata o le società sottoposte a comune controllo.

⁶⁹ È stato previsto il termine di 30 giorni in modo tale che i creditori possano visionare la proposta concorrente.

senza perseguire l'obiettivo di presentare una proposta maggiormente funzionale al risanamento.

È previsto che le proposte debbano essere presentate da soggetti terzi e di conseguenza la proposta concorrente non può essere presentata dallo stesso debitore e neppure tramite persona interposta (coniuge, parenti o affini, conviventi di fatto ecc.).

Nel rispetto del principio secondo cui l'unico soggetto legittimato ad accedere alla procedura concordataria è il debitore, il legislatore ha previsto che i terzi, ovvero creditori e soci, possano presentare proposta concorrente solo dopo che il debitore ha presentato la sua proposta.

Vi è un caso particolare in cui non è possibile la presentazione di proposte concorrenti, che si verifica quando la proposta presentata dal debitore garantisce la soddisfazione di almeno il 30% dei creditori chirografari. Nel caso in cui il debitore abbia avviato la procedura di composizione negoziata la soglia si riduce al 20% dei creditori chirografari. Per l'inammissibilità di proposte concorrenti è necessaria l'attestazione da parte di un professionista indipendente, che dichiara che la formulazione della proposta garantisce la soddisfazione dei creditori per almeno il 30% (o 20%).

Tale soluzione evidenzia la funzione di *moral suasion*⁷⁰ assegnata alla procedura, finalizzata a penalizzare le proposte che danneggino eccessivamente i creditori. Infatti in questo modo, se il debitore presenta una proposta "ragionevole" per i creditori, non deve temere proposte concorrenti⁷¹.

Il contenuto della proposta concorrente e del conseguente piano è libero nella determinazione, ma deve rispettare i limiti previsti per ogni piano e proposta di concordato.⁷²

La proposta non deve essere per forza omogenea a quella del debitore, sia in termini di piano (il piano presentato dal debitore può prevedere il concordato preventivo in continuità aziendale, mentre il piano presentato dal terzo può indicare il concordato liquidatorio), che in termini di proposta (la proposta del debitore può prevedere il

⁷⁰ "Persuasione morale autorevole, che si propone di orientare scelte e comportamenti." (Definizione Treccani)

⁷¹ Giacomo D'Attorre, Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza, pag. 133, Giappichelli, 2022.

⁷² In particolare, se il debitore ha la forma societaria di S.p.A. o S.r.l. la proposta concorrente può prevedere un aumento di capitale sociale con esclusione del diritto di opzione.

pagamento in danaro di tutti i creditori, mentre la proposta presentata dal terzo può prevedere modalità diverse dal denaro per il soddisfacimento dei crediti).

La proposta concorrente, come quella del debitore, deve riportare come allegato anche la relazione di attestazione del professionista indipendente. Tale relazione però non deve comprendere la valutazione sulla veridicità dei dati aziendali, in quanto già contenuta nella relazione del debitore, ma deve contenere gli aspetti che non sono stati considerati dal debitore. Quindi possono esservi casi in cui la relazione viene completamente omessa qualora non vi siano elementi da riportare. Ma nel caso in cui la proposta concorrente sia decisamente diversa da quella presentata dal debitore allora sarà necessaria anche la relazione di attestazione.

Infine, se il tribunale ritiene ammissibile la proposta concorrente allora sarà sottoposta al voto in competizione con la proposta del debitore e saranno i creditori a decidere quale approvare.

In tale sede si ritiene importante citare l'art. 118, comma 5 CCII, il quale prevede che, in caso di ritardi e omissioni da parte del debitore, il soggetto che ha presentato la proposta approvato dai creditori possa denunciare al Tribunale la condotta del debitore. In particolare, è previsto che il soggetto terzo possa richiedere al Tribunale di revocare l'organo amministrativo e di attribuire i poteri al commissario in modo tale da dare esecuzione alla proposta. Inoltre, il Tribunale dovrà fissare la durata dell'incarico del commissario giudiziale attribuendogli i poteri necessari per l'esecuzione della proposta, come ad esempio il potere di convocazione dell'assemblea della società.

Le offerte concorrenti sono disciplinate dall'art. 91 CCII e si differenziano dalle proposte perché riguardano l'acquisto di singoli beni dietro il pagamento di un corrispettivo. Il legislatore ha previsto le offerte concorrenti per evitare che i trasferimenti di beni in sede concordataria avvenga senza una gara. Se all'esito della competizione prevalesse l'offerta concorrente allora il debitore sarà costretto a modificare il piano e la proposta di concordato. Infatti, nel caso in cui il concordato preventivo preveda un'offerta irrevocabile di acquisto in danaro o a titolo oneroso (dell'azienda, di un ramo d'azienda o di specifici beni) da parte di un soggetto già individuato, il Tribunale o il giudice delegato possono prevedere la pubblicità dell'offerta in modo tale da ottenere delle offerte

concorrenti. Nel caso in cui non pervengano delle offerte concorrenti significa che il mercato non è interessato e quindi il giudice delegato/tribunale proseguirà con l'offerta iniziale, viceversa se vi fosse interesse dal mercato allora il giudice delegato o il tribunale possono disporre, con decreto, l'apertura della procedura competitiva.

La gara può concludersi con la prevalenza dell'offerente originario per cui si procederà con le modalità e i tempi prefissati dal piano; mentre, se a prevalere sarà l'offerta del terzo, l'offerta iniziale perderà l'efficacia e il commissario dovrà riconoscere al soggetto originario il rimborso per le spese sostenute per la formulazione della stessa. Infine il debitore dovrà modificare il piano e la proposta.

II.5.4. Le modifiche del piano

Il piano e la proposta, nel corso della procedura di concordato preventivo, potrebbero essere modificati dal debitore.

La proposta può essere modificata su ciò che offre ai creditori, in particolare, può subire modifiche sull'ammontare, sulle modalità o sulle tempistiche. Oppure eventualmente può modificarsi solo il piano per quanto riguarda le attività previste per il reperimento delle risorse finanziarie. Infine, possono modificarsi entrambi, ovvero sia il piano sia la proposta.

Tale facoltà di modifica del piano e della proposta è riconosciuta al debitore ma anche al soggetto terzo che ha presentato proposta concorrente.

L'eventuale modifica, tuttavia, può essere realizzata nei limiti previsti dalla legge e in particolare si tratta di un limite temporale, previsto all'art. 90, comma 8 CCII per cui è possibile modificare il piano o la proposta fino a 20 giorni prima della votazione dei creditori e inoltre comporta diverse conseguenze.

La prima conseguenza che si individua riguarda la relazione di attestazione del professionista indipendente in quanto, modificando la proposta o il piano, diventa necessaria una nuova relazione poiché la precedente, non essendo aggiornata, non è più utile.

La seconda conseguenza riguarda il controllo del tribunale, infatti in caso di modifiche, il tribunale dovrà compiere una nuova verifica. Tale controllo varia in base

alle modifiche apportate, ovvero più o meno intenso a seconda che tali modifiche siano superficiali o sostanziali, e sarà particolarmente attento nel caso in cui le modifiche comportino il passaggio da una tipologia di concordato all'altra (ad esempio da un concordato in continuità aziendale ad un concordato liquidatorio), in quanto i requisiti di ammissibilità differiscono e, nel caso in cui il tribunale ritenga che non vengono più rispettati, sarà aperta la procedura di revoca del concordato (art. 106 CCII).

La terza conseguenza riguarda il commissario giudiziale: nel caso in cui abbia già mandato la relazione ai creditori, sarà tenuto a scrivere e a comunicare a quest'ultimi una relazione integrativa contenente i temi che sono stati modificati.

Nel caso di un piano di gruppo è necessario chiedersi se siano possibili proposte concorrenti, la risposta può essere positiva nel caso in cui il terzo decida di presentare una proposta di gruppo.

Si pongono due tipi di problema: il primo è rappresentato dalla soglia del 10% dei creditori, in quanto il minimo andrebbe calcolato sull'ammontare dei crediti di tutte le imprese del gruppo sottoposte a concordato. Il secondo problema riguarda la direzione unitaria, anche se può essere facilmente superato, dal momento che il sistema italiano considera la direzione di fatto sull'assetto partecipativo non soffermandosi sull'aspetto formale.

II.6. Il voto nel concordato

Per quanto attiene al voto nel concordato preventivo di gruppo è necessario ribadire il principio di separazione tra masse attive e passive, perché la proposta concordataria presentata dal debitore deve essere approvata dai creditori di ogni singola impresa, quindi la fase di votazione non avviene complessivamente a livello di gruppo ma ogni azienda prevede la votazione per propri i creditori. Quindi l'analisi del voto non si discosta da quella generale per la singola impresa.

La votazione nel concordato preventivo è composta da due fasi, in ordine temporale la prima fase è quella preparatoria nella quale i creditori vengono informati, e avviene il confronto tra i soggetti interessati. La seconda fase è quella di voto in cui i creditori

esprimono il proprio voto e in cui avviene il conteggio per verificare il raggiungimento delle maggioranze.

Si ritiene necessario specificare che entrambe le fasi si svolgono con la trasmissione di atti e documenti scritti tra il commissario e le parti interessate, e non tramite un'assemblea fisica o telematica dei creditori, come invece avviene per le assemblee delle società.

L'art. 107, comma 3 CCII prevede che la fase preparatoria ha inizio con la formulazione di una relazione in cui il commissario giudiziale espone le proprie opinioni riguardo alla proposta del debitore e alle eventuali proposte concorrenti, allega l'elenco dei creditori ammessi al voto con indicazione dell'ammontare di partecipazione di ognuno. Tale relazione deve essere inviata ai creditori, al debitore e a tutti i soggetti interessati entro 15 giorni prima della data iniziale fissata per il voto. Quindi tale relazione ha una funzione informativa.

A tale proposito l'art. 107, comma 4 CCII prevede che il debitore, i terzi che hanno presentato proposta concorrente, i creditori, i coobbligati, i fideiussori possano formulare osservazioni e contestazioni tramite PEC, almeno 10 giorni prima della data iniziale per il voto. Infatti ciascun creditore ha la possibilità di comunicare le motivazioni per cui ritiene inammissibile o non conveniente la proposta presentata dal debitore, e allo stesso modo il debitore ha modo di motivare le ragioni per cui ritiene non ammissibili le proposte concorrenti.

Dopo aver esaminato le osservazioni e le contestazioni, come previsto dall'art. 107, comma 6 CCII, il commissario giudiziale formula la relazione definitiva da inviare, almeno 7 giorni prima della data iniziale per il voto, al debitore, ai creditori e agli altri soggetti interessati.

Nella procedura di concordato preventivo, a differenza della liquidazione giudiziale, non è previsto l'accertamento del passivo⁷³, ma è comunque necessario accertare l'ammontare e il rango dei singoli crediti, per questa ragione viene previsto l'elenco dei creditori ammessi al voto, che viene formulato dal commissario giudiziale.

⁷³ Fase in cui si procede a verificare quali creditori hanno diritto di partecipare al concorso, per quale importo e con quale rango.

In particolare tale elenco deve essere inoltrato ai creditori entro 15 giorni prima della data iniziale per il voto, e nel caso in cui vi siano osservazioni o contestazioni dovrà essere rivisto e comunque comunicato entro 7 giorni dalla data iniziale per il voto. Però il soggetto che deve decidere sull'ammissione o esclusione (in caso di contestazione per l'esclusione di un creditore) dei creditori è il giudice delegato, il quale dovrà adottare un formale provvedimento, ed è necessario formulare un nuovo elenco di creditori ammessi al voto che servirà per il conteggio dei voti e per questo motivo deve essere comunicato, almeno 2 giorni prima dalla data iniziale per il voto, al debitore, ai creditori e a tutti i soggetti interessati (art. 107, comma 7 CCII). Di conseguenza l'elenco presentato dal commissario rappresenta una sorta di "proposta".

L'art. 108, comma 2 CCII precisa che i creditori esclusi hanno diritto di opposizione ma soltanto nel caso in cui "*la loro ammissione avrebbe avuto influenza sulla formazione delle maggioranze*". Quindi il creditore deve dimostrare che con la sua ammissione alla votazione e il suo voto contrario non si sarebbero raggiunte le maggioranze necessarie, ovvero il debitore deve provare la c.d. *prova di resistenza*⁷⁴. Tale previsione è valida anche per i creditori che sono stati ammessi parzialmente.

È necessario specificare che le scelte prese dal giudice delegato per l'ammissione o l'esclusione dei crediti hanno effetti soltanto ai fini della votazione e del calcolo delle maggioranze, di conseguenza non è vi è nessun accertamento successivo da parte del giudice.

La disciplina appena analizzata è prevista allo stesso modo per i soci legittimati al voto (art. 120-*bis*, comma 3 CCII).

Le modalità di voto sono indicate all'art. 107, commi 1 e 8 CCII secondo il quale il voto dei creditori deve essere inviato al commissario giudiziale con posta elettronica certificata (PEC), ovvero deve essere espresso in maniera telematica, ogni voto che sia espresso con modalità differenti si ritiene inefficace. Per l'espressione del voto il Tribunale, con il decreto di apertura della procedura, fissa una data iniziale e una data finale e, ogni voto espresso in data precedente a quella iniziale o espresso in data successiva a quella finale sarà ritenuto inefficace.

⁷⁴ Giacomo D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Giappichelli, pag. 141, 2022

Per quanto riguarda i creditori si applica il principio del c.d. *silenzio-dissenso* per cui i creditori che non comunicano il proprio voto si ritengono contrari alla risposta, quindi se il creditore è favorevole alla proposta è necessario che esprima il proprio voto. Viceversa, per i soci vale il principio del c.d. *silenzio-assenso*, di conseguenza il socio che non ha espresso il voto entro il termine viene considerato favorevole alla proposta (art. 120-*bis*, comma 3 CCII).

Ai fini della legittimazione al voto è necessario distinguere tra le varie categorie in quanto i creditori chirografari sono sempre legittimati al voto. Viceversa per i creditori privilegiati la regola generale prevede che non siano ammessi, il motivo risiede nel fatto che questa tipologia di creditori vota tendenzialmente in modo positivo sulla proposta che prevede l'integrale pagamento, nonostante ciò sono previste alcune eccezioni:

- Il creditore che rinuncia integralmente o parzialmente al diritto di prelazione è ammesso al voto. Nel caso di rinuncia totale il creditore ha diritto di partecipare alla fase di votazione per l'intero ammontare del credito, mentre nel caso di rinuncia parziale da parte del creditore la legittimazione sarà limitata alla parte alla quale ha rinunciato.
- Il creditore per cui la proposta non prevede l'integrale soddisfazione, in tale ipotesi è necessario distinguere tra le tipologie di concordato. Nel caso di concordato in continuità aziendale è previsto che i creditori privilegiati non partecipano al voto se la proposta concordataria ne prevede l'integrale soddisfazione, il pagamento in danaro ed entro 180 giorni dall'omologazione (limite che si riduce a 30 giorni per i crediti da lavoro (art. 2751-*bis*) ex art. 109, comma 5 CCII). Nel caso in cui uno di questi requisiti non sia rispettato allora i crediti partecipano alla votazione per l'intero importo del proprio credito, con suddivisione in 2 classi tra la parte inclusa nella prelazione e la parte incapiente che viene compresa in un'altra classe.

Nel concordato liquidatorio è previsto, dall'art. 109, comma 3 CCII, che i creditori privilegiati partecipino al voto se la proposta non ne prevede l'integrale pagamento, ma in coerenza con le previsioni dei concordati in continuità aziendale, si ritiene che il creditore vada ammesso al voto se la proposta ne prevede la soddisfazione in modalità diverse dal danaro, se prevede il pagamento in un momento successivo ai 180 giorni e se il pagamento avviene parzialmente in danaro. Quindi, anche in questo

caso, il creditore privilegiato non è ammesso al voto soltanto se la proposta garantisce la soddisfazione totale del creditore, in denaro ed entro il limite dei 180 (30 giorni). In assenza di queste condizioni è previsto che il creditore partecipi al voto per l'intero importo del credito.

I creditori postergati sono ammessi al voto in ogni tipologia di concordato preventivo.

L'art. 109, comma 6 CCII prevede dei casi di esclusioni dal voto che si basano sulle caratteristiche soggettive del creditore, per cui sono esclusi dal voto il coniuge o il convivente di fatto, oppure la parte di unione civile, i parenti o affini del debitore entro il quarto grado, la società che controlla la società debitrice, le società da questa controllate e quelle sottoposte al comune controllo. In questo modo si vuole evitare che la votazione sulla proposta sia inficiata da vincoli familiari o di controllo. Infine, sono esclusi dal voto i creditori che si trovino in conflitto di interessi. Un creditore si può trovare in conflitto di interessi quando abbia un scopo da raggiungere con il concordato non condiviso con gli altri creditori.

L'art. 109, comma 1 CCII specifica che nel caso di concordato liquidatorio è necessario che voti a favore della proposta concordataria la maggioranza assoluta dei creditori ammessi al voto (50% + 1). Il calcolo per l'approvazione si basa sull'ammontare dei crediti ammessi al voto e ciò è giustificato dal fatto che, nella procedura concordataria, il creditore che presenta un ammontare più alto subisce un maggiore rischio e di conseguenza è ritenuto opportuno riconoscergli un maggiore potere nella fase di voto⁷⁵. A tale regola vi è un'eccezione, volta alla tutela dei soci di minoranza, ovvero nel caso in cui vi sia un creditore che rappresenta la maggioranza dei crediti ammessi al voto, il legislatore prevede che oltre alla maggioranza dei crediti vi sia anche la maggioranza per teste, in questo modo "l'unico creditore" non può imporre la propria volontà. Se invece nella proposta di concordato liquidatorio fosse prevista la suddivisione in classi dei creditori è richiesta una doppia maggioranza, per cui è necessario il voto favorevole dei creditori per ogni classe ed è necessario che votino a favore il maggior numero di classi.

⁷⁵ C.d. *principio di corrispondenza potere-rischio*, Giacomo D'Atorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Giappichelli, pag. 147, 2022

Nel caso di concordato in continuità aziendale, in cui è obbligatoria la suddivisione dei creditori in classi, la proposta concordataria si considera approvata se viene raggiunta l'unanimità delle classi, ovvero se tutte le classi votano a favore.

La classe si ritiene favorevole alla proposta se vota a favore la maggioranza assoluta (50% + 1) dei creditori ammessi; nel caso in cui non sia raggiunta la maggioranza è previsto un altro criterio, per cui la proposta è approvata quando votano i creditori che rappresentano almeno la metà del totale dei crediti della classe (quorum costitutivo) e votano a favore i due terzi dei creditori votanti (quorum deliberativo). Questo secondo criterio rappresenta una norma favorevole per il concordato in continuità aziendale e si ricollega all'obiettivo principale ovvero quello di raggiungere il risanamento dell'impresa e la continuità aziendale, in alternativa all'ipotesi di liquidazione.

Il legislatore, essendo consapevole della difficoltà di raggiungimento della maggioranza dei creditori all'interno delle classi e dell'unanimità delle stesse ha introdotto una regola subordinata, prevista all'art. 112, comma 2, lett. d) CCII, per cui è possibile che la proposta sia approvata anche senza l'unanimità delle classi ma solo con la maggioranza, però in questo caso è necessario che una classe sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione.

Infine si ha un'ultima regola che si applica nel caso in cui non sia raggiunta neanche la maggioranza. La regola prevede che basti il voto favorevole di una minoranza delle classi, a condizione che una di queste sia composta da creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione (art. 112, comma 2, lett. d) CCII).

Si ha un ultimo tema da trattare relativamente alla fase di voto ed è quello che riguarda la presenza di proposte concorrenti. Infatti, in entrambe le tipologie di concordato, se vi sono proposte concorrenti si ritiene approvata la proposta che ha ottenuto la maggioranza più elevata, in caso di parità tra le proposte prevale quella del debitore, mentre nel caso di parità tra proposte concorrenti prevale la proposta che è stata presentata per prima (art. 109, comma CCII). In tali casi è previsto che il giudice delegato rimetta al voto la proposta che ha ricevuto la maggioranza relativa, perché in ogni caso la proposta si ritiene approvata se si sono raggiunte le maggioranze previste dalle norme per

ogni tipologia di concordato. Quindi se si raggiungono le maggioranze richieste, si passa alla fase dell'omologazione, altrimenti la proposta viene rimessa al voto dei creditori.

Il commissario giudiziale, in entrambe le tipologie di concordato, ha il compito di calcolare le maggioranze e verificarne il raggiungimento. Dopo tale passaggio il commissario giudiziale deve formulare una relazione in cui deve riportare i voti favorevoli, contrari e astenuti dei creditori con indicazione nominativa dei votanti e l'ammontare per ogni creditore. Tale relazione deve essere depositata presso la cancelleria del tribunale. Viceversa, nel caso in cui non si siano raggiunte le maggioranze richieste il giudice delegato informa il Tribunale, il quale deve adottare un provvedimento di improcedibilità della procedura di concordato. I creditori devono ricevere un'ulteriore relazione da parte del commissario giudiziale, nell'ipotesi in cui tra l'approvazione e il giudizio di omologazione si fossero verificati dei fatti nuovi che avrebbero portato a una votazione diversa.

Infine, nel caso in cui la proposta non abbia raggiunto la maggioranza a causa del fatto che tra i creditori si individua l'amministrazione finanziaria⁷⁶ e questa non ha partecipato alla votazione, è comunque prevista l'omologazione del concordato se si ritiene che la mancanza del voto dell'amministrazione finanziaria risulti non essere determinante e se la proposta, secondo la relazione di un professionista indipendente, risulti essere conveniente rispetto all'ipotesi di liquidazione (art. 88 comma 2-bis CCII)⁷⁷.

Per quanto riguarda la votazione in ipotesi di concordato preventivo di gruppo, è necessaria l'approvazione di tutte le proposte delle imprese facenti parte del gruppo. Di conseguenza il concordato si ritiene non approvato se i creditori di una singola impresa non hanno approvato la proposta.

II.7. Le tipologie di trasferimenti infragruppo

Come già visto l'art. 285, comma 2 CCII ammette la possibilità che il piano o i piani prevedano operazioni contrattuali e organizzative, compresi i trasferimenti di risorse

⁷⁶ È composta dall'amministrazione finanziaria e dagli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie.

⁷⁷ È il c.d. *cram down* fiscale e previdenziale

infragruppo, con la condizione che un professionista indipendente attesti che tali operazioni sono funzionali alla continuità aziendale e che siano coerenti con il miglior soddisfacimento dei creditori, tenuto conto dei vantaggi compensativi a favore di ciascuna.

Quindi i trasferimenti di risorse infragruppo possono essere realizzati tramite delle operazioni contrattuali, possono avvenire anche a condizioni non di mercato, ma anche attraverso operazioni riorganizzative societarie. In particolare possono avvenire sia a titolo di finanziamenti infragruppo, sia tramite l'attribuzione ai creditori di imprese terze ma pur sempre appartenenti al gruppo, la stessa cosa può accadere nel caso di flussi eccedenti, che derivano dalla continuazione dell'attività, che invece di essere assegnati ai soci sono assegnati a creditori di altre imprese. Quest'ultima ipotesi può risultare realizzabile anche in base alla regola della *relative priority rule* in base al valore eccedente il valore di liquidazione.

Inoltre, il trasferimento di risorse inteso nella procedura di concordato di gruppo potrebbe essere giustificato dall'interesse di "compensare" la situazione della società che riceve le risorse rispetto ad operazioni realizzate in passato che hanno comportato effetti negativi alla stessa società. Allo stesso modo si deve tenere conto che il trasferimento potrebbe derivare da una società del gruppo che però non è stata compresa nella procedura, ad esempio perché *in bonis* o perché estera, che subirebbe uno svantaggio dalla disgregazione del gruppo.

I trasferimenti di risorse infragruppo sono una previsione del legislatore a favore del gruppo di imprese, purché non vi sia pregiudizio per i creditori⁷⁸.

II.8. L'omologazione

Per l'omologazione del concordato preventivo di gruppo si mantiene l'unitarietà della procedura, di conseguenza al giudizio di omologazione si applicheranno le norme previste per il concordato preventivo atomistico, sia nel caso di concordato liquidatorio che in caso di concordato in continuità.

⁷⁸ Massimo Fabiani, *Un affresco sulle nuove "milestones" del concordato preventivo*, Diritto della crisi, 2022

Successivamente alla votazione vi è la fase di omologazione nella quale il Tribunale deve effettuare un'ulteriore controllo sul piano, sulla proposta e sulla procedura. Tale controllo è volto a tutelare gli interessi dei soggetti coinvolti nella procedura (creditori dissenzienti, soggetti interessati e debitore).

Il Tribunale, come previsto dall'art. 48, comma 1 CCII, fissa l'udienza per la comparizione del commissario giudiziale e delle parti. Il provvedimento del Tribunale deve essere depositato presso il registro delle imprese dove il debitore ha la sede legale, se differente dalla sede effettiva deve essere depositato anche presso la Camera di Commercio del luogo in cui è stata aperta la procedura. La finalità è quella della trasparenza e la partecipazione all'omologazione di tutti i soggetti interessati dalla procedura.

L'art. 48, comma 2 CCII prevede che i creditori dissenzienti possono proporre opposizione entro il termine di almeno dieci giorni prima dell'udienza.

In qualità di organo della procedura il commissario giudiziale deve depositare il proprio parere motivato almeno cinque giorni dell'udienza.

Per quanto riguarda il controllo che deve effettuare il Tribunale, il legislatore richiede la verifica di:

- a) La regolarità della procedura, che consiste nel controllare che la procedura si sia svolta nel rispetto delle norme che disciplinano lo svolgimento dal deposito della domanda all'omologazione;
- b) L'esito della votazione, per cui è richiesto un riesame della votazione delle maggioranze e delle decisioni del giudice delegato per quanto riguarda l'ammissione dei creditori al voto;
- c) L'ammissibilità della proposta, che consiste nel controllare che la proposta sia stata redatta nel rispetto delle norme ossia che rispetti l'ordine delle cause di prelazione e che non vi sia pregiudizio per i creditori;
- d) La corretta formazione delle classi, per cui si deve accertare che la suddivisione dei creditori in classi sia avvenuta sulla base della c.d. *doppia omogeneità* (interessi economici e posizione giuridica);

- e) La parità di trattamento dei creditori all'interno di ciascuna classe, ossia il Tribunale deve verificare che vi sia il rispetto della *par condicio creditorum* tra i creditori appartenenti alla stessa classe.

Inoltre nel caso di concordato liquidatorio il Tribunale deve verificare la fattibilità del piano ovvero la non manifesta inattitudine a raggiungere gli obiettivi indicati (art. 112, comma 1, lett. g) CCII), mentre nel caso di concordato in continuità deve verificare l'unanimità delle classi, e che il piano presenti prospettive ragionevoli per impedire o superare l'insolvenza e che ipotetici nuovi finanziamenti siano funzionali all'attuazione del piano e che non pregiudichino i creditori (art. 112. Comma 1, lett. f) CCII).

Nel caso in cui l'approvazione sia avvenuta con la regola subordinata, ovvero con la maggioranza delle classi e non con l'unanimità, il Tribunale deve verificare anche: il rispetto della *absolute priority rule* nella distribuzione del valore di liquidazione; che il valore eccedente quello di liquidazione sia distribuito in modo che i creditori dissenzienti ricevano un trattamento pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole delle classi di rango inferiore; che nessun creditore riceva una somma superiore rispetto all'importo del proprio credito.

La proposta è approvata dalla maggioranza, ma il Tribunale deve verificare la sussistenza di una classe che sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione, altrimenti, se la proposta è stata approvata con la minoranza delle classi, si deve verificare che la classe composta da creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando le cause di prelazione anche sul valore eccedente abbia votato a favore della proposta.

Nel caso in cui un creditore⁷⁹ abbia posto opposizione all'omologazione il tribunale deve verificare la convenienza della proposta, e nel caso in cui ritenga che il creditore opponente, secondo la proposta e il piano, sia soddisfatto in misura maggiore rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale allora il Tribunale omologa il concordato.

⁷⁹ Nel concordato liquidatorio i creditori legittimati a proporre opposizione sono i creditori dissenzienti che appartengono a una classe dissenziente, altrimenti, nel caso in cui non vi fosse la suddivisione in classi, sono i creditori che rappresentano almeno il 20%v dei crediti ammessi. Nel concordato in continuità aziendale la possibilità di proporre opposizione è riservata a ogni creditore dissenziente.

Tale valutazione deve essere effettuata in ipotesi di *cram down* fiscale e previdenziale, ma soltanto per il trattamento offerto all'amministrazione.

Infine se tutte le verifiche svolte dal Tribunale hanno esito positivo allora vi è l'omologazione del concordato, altrimenti, nel caso in cui anche una sola delle verifiche abbia esito negativo, il concordato non viene omologato. La sentenza di omologazione che chiude la procedura di concordato preventivo deve essere emessa entro 12 mesi dalla presentazione della domanda di accesso (art. 113 CCII).

Successivamente la sentenza deve essere iscritta al Registro delle imprese e comunicata alle parti. Nel caso in cui il concordato non venisse omologato, la sentenza può già contenere la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale, nel caso in cui sia stata richiesta dai soggetti legittimati e sussistano i presupposti.

L'omologazione del concordato presenta effetti nei confronti del debitore e dei creditori.

Il concordato omologato è vincolante per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di accesso (art. 11 CCII), e una volta che questi siano stati soddisfatti in conformità alla proposta sono ritenute estinte le obbligazioni che il debitore aveva nei loro confronti, quindi si realizza la liberatoria del debitore. Tale effetto esdebitatorio si realizza anche nei confronti dei creditori dissenzienti rispetto alla proposta di concordato, o che non sono stati compresi nell'elenco dei creditori ammessi al voto; l'effetto non si verifica nei confronti dei crediti posteriori⁸⁰, in quanto non sono destinatari della proposta di concordato e di conseguenza non ne subiscono gli effetti.

Inoltre tale effetto non si attua nei confronti dei coobbligati e fideiussori del debitore, infatti tale tipologia di soggetti può richiedere il soddisfacimento dell'intero debito.

Per il debitore, oltre all'effetto esdebitatorio, si annulla il c.d. *spossamento attenuato* quindi il debitore acquisisce di nuovo il potere di amministrazione dell'impresa.

L'omologazione comporta la separazione del patrimonio in due parti, una parte è destinata al soddisfacimento dei creditori anteriori a cui i creditori posteriori non hanno

⁸⁰ Si intendono i crediti sorti tra la domanda di accesso e l'omologazione o che sono sorti successivamente all'omologazione del concordato.

accesso; mentre la seconda parte del patrimonio è destinata esclusivamente ai creditori posteriori. Si deve specificare che tale suddivisione non è possibile nel caso di concordato preventivo in continuità diretta.

Un ultimo effetto che si ritiene di dover ricordare è previsto all'art. 166, comma 3, lett. e) CCII per cui gli atti, i pagamenti e le garanzie sui beni del debitore che siano stati realizzati per l'esecuzione del concordato preventivo sono esclusi da revocatoria.

II.9. L'esecuzione, la risoluzione e l'annullamento

Nel caso di concordato preventivo di gruppo anche le fasi di esecuzione, risoluzione e annullamento influenzano l'intera procedura, come previsto dall'art. 286, comma 8 CCII. In particolare se le cause di risoluzione o annullamento riguardano tutte le imprese del gruppo allora vi sarà la risoluzione o annullamento dell'intera procedura, viceversa nel caso in cui i presupposti riguardassero solo alcune imprese appartenenti al gruppo che non influenzano l'attuazione dell'intera procedura del gruppo allora non vi sarà la risoluzione/annullamento, l'esecuzione continua anche nei confronti delle imprese per le quali si sono accertati i presupposti; mentre nel caso in cui i presupposti di alcune imprese dovessero influenzare l'intera esecuzione del piano allora vi sarà la risoluzione o annullamento dell'intera procedura.

L'esecuzione

Successivamente all'omologazione del concordato preventivo avranno seguito gli adempimenti previsti dalla sentenza. L'esecuzione del concordato è disciplinata dall'art. 118 CCII, il quale prevede che in tale sede il commissario giudiziale dovrà formulare un rapporto che riepiloga l'esecuzione, con scadenza semestrale, che dovrà inviare ai creditori⁸¹, e al termine della procedura dovrà redigere un rapporto riepilogativo finale.

In particolare nel concordato preventivo in continuità il debitore deve proseguire l'attività d'impresa come previsto dal piano e dalla proposta. Mentre nel concordato liquidatorio il liquidatore dovrà provvedere all'alienazione del patrimonio del debitore al fine di soddisfare i creditori secondo le modalità indicate dal piano e dalla proposta di concordato.

⁸¹ Art. 118, comma 1 CCII.

In entrambe le tipologie di concordato è necessario effettuare degli accantonamenti, che servono per separare le somme spettanti ai creditori contestati, condizionati o irreperibili, e al momento della loro creazione, è anche necessario stabilire le modalità di svincolo di tali accantonamenti⁸².

Nel caso in cui il debitore non provveda al compimento degli obblighi previsti per dare esecuzione al concordato, o ne ritardasse l'adempimento, il commissario giudiziale deve riferirlo al Tribunale il quale può attribuire i poteri di esecuzione allo stesso commissario giudiziale⁸³, in modo tale che non si crei pregiudizio per i creditori. Allo stesso modo il creditore che ha presentato la proposta concorrente, poi omologata, può comunicare le omissioni o i ritardi del debitore al Tribunale, il quale può prevedere l'attribuzione dei poteri al commissario giudiziale o, altrimenti, se si tratta di società, revocare l'organo amministrativo della società e nominare un amministratore giudiziario⁸⁴. In quest'ultima ipotesi ovviamente il Tribunale dovrà indicare la durata dell'incarico e attribuire al soggetto il potere di compiere atti funzionali all'esecuzione del concordato⁸⁵.

Successivamente al compimento da parte del debitore di tutti gli adempimenti previsti dal concordato, e una volta che il commissario giudiziale abbia depositato il rapporto riepilogativo finale, il giudice delegato, con decreto, accerta l'avvenuta esecuzione del concordato e dichiara la cessazione degli effetti dello stesso.

La risoluzione

L'art. 119 CCII tratta dell'ipotesi di risoluzione del concordato e il presupposto è la presenza di un inadempimento di non scarsa importanza.

Per verificare se l'inadempimento è di rilevante importanza si devono valutare gli effetti in relazione all'intera proposta di concordato nel suo complesso, e non in base alla posizione del singolo creditore che ha denunciato l'inadempimento. In particolare,

⁸² Art. 112, comma 2 CCII.

⁸³ Art. 118, comma 4 CCII.

⁸⁴ Art. 118, comma 5 CCII.

⁸⁵ Se la proposta di concordato prevede l'aumento di capitale sociale o altre delibere che devono essere approvate dall'assemblea dei soci, il Tribunale attribuisce all'amministratore giudiziario il potere di convocazione dell'assemblea e di esercizio del diritto di voto del socio o dei soci di maggioranza (art. 188, comma 6 CCII).

l'inadempimento si verifica quando il debitore non compie tutto ciò che aveva promesso ai creditori, ad esempio si può verificare nel caso in cui il debitore paghi soltanto il 20% dei creditori chirografari mentre nella proposta si era impegnato a pagarne il 40%.

Il legislatore ha previsto che il cambiamento nella tipologia di concordato in fase di esecuzione abbia come sanzione la risoluzione, in quanto le regole e i presupposti sono differenti.

L'art. 119, comma 3 CCII prevede un limite alla risoluzione in quanto non è possibile proporre risoluzione quando si tratti di concordati con assuntore, poiché il debitore è stato interamente liberato e di conseguenza è ormai estraneo all'adempimento del concordato. In questi casi l'inadempimento può essere attribuito solo all'assuntore.

Nel caso di risoluzione del concordato si estinguono gli effetti della procedura nei confronti dei creditori e nei confronti del debitore, quindi si estingue l'effetto esdebitatorio e il credito ritorna a esistere. Ma vi è l'esclusione per gli atti che siano stati effettuati durante la procedura e in esecuzione del concordato e, successivamente alla risoluzione si svolgerà la procedura di liquidazione giudiziale, e in quest'ultima sede i creditori potranno richiedere la soddisfazione del credito che non è stato soddisfatto con il concordato.

La presenza di inadempimento può essere denunciata entro e non oltre un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dal concordato, quindi fino a quando non termini la procedura di concordato non è possibile chiederne la risoluzione. Nell'ipotesi in cui si sia realizzato l'inadempimento e sia scaduto il termine per la presentazione della risoluzione allora il creditore insoddisfatto può agire individualmente contro il debitore.

I soggetti legittimati a richiedere la risoluzione sono ogni singolo creditore e l'amministratore giudiziale ma solo su richiesta di un creditore.

L'annullamento

L'art. 120 riguarda l'ipotesi di annullamento del concordato preventivo che può essere richiesta soltanto nel caso in cui il debitore abbia compiuto azioni dolose volte ad incrementare in maniera fittizia il passivo o per dissimulare o sottrarre una parte consistente dell'attivo. Quindi il presupposto è che vi sia un vizio nella formazione del consenso, perché i creditori hanno votato su una situazione che non rappresentava la realtà

effettiva. L'annullamento può essere richiesto in un tempo che non superi i sei mesi dalla scoperta del dolo del debitore, e comunque non oltre i due anni dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dal concordato.

Anche nell'ipotesi di annullamento della procedura si estinguono gli effetti del concordato, ad esclusione degli atti legalmente compiuti dal debitore e dagli organi della procedura dopo l'omologazione e prima dell'annullamento. Il procedimento e i soggetti legittimati a proporre l'annullamento sono i medesimi di quelli previsti per la risoluzione.

In entrambi i casi di risoluzione o di annullamento l'ipotesi dell'apertura della liquidazione giudiziale è possibile ma non è una conseguenza automatica, in quanto perché venga aperta tale procedura è necessario che ne facciano richiesta i creditori o il pubblico ministero e inoltre il Tribunale deve accertare la sussistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi.

II.10. Concordato di gruppo internazionale

Le procedure di insolvenza transfrontaliere all'interno dell'Unione Europea sono disciplinate dal Regolamento Ue 848/2015 che ha l'obiettivo di introdurre una disciplina applicabile direttamente in tutti gli Stati membri.

In particolare il Regolamento si applica alle procedure concorsuali che siano pubbliche volte alla ristrutturazione, salvataggio o liquidazione dell'impresa tra cui anche il concordato preventivo.

Nel caso di gruppo internazionale la disciplina si basa sulla individuazione di una procedura principale e di eventuali procedure secondarie. La prima deve essere aperta nello Stato membro in cui è situato il centro degli interessi principali (COMI) del debitore. Il COMI è inteso come *il luogo in cui il debitore gestisce i suoi interessi in modo abituale e riconoscibile dai terzi* (Art. 2, comma 1, lettera *m*) CCII). È previsto il riconoscimento automatico da parte degli altri Stati membri della procedura principale, ad esclusione del caso in cui l'apertura possa compromettere l'ordine pubblico, in particolari i principi fondamentali o i diritti e le libertà personali previste costituzionalmente. In conseguenza all'automatico riconoscimento la procedura principale produce gli effetti previsti dalla legge dello Stato di apertura in ogni altro Stato membro, e tali effetti sono disciplinati

dalle norme dello Stato in cui è aperta la procedura principale. In particolare la legge dello Stato membro di apertura deve definire i debitori che possono essere assoggettati alle procedure, i beni del patrimonio, i poteri dei debitori nella procedura, gli effetti sui contratti pendenti nei quali una parte è costituita dai debitori, le disposizioni riguardanti la verifica e la legittimazione dei creditori, gli effetti della chiusura della procedura.

L'art. 11 CCII prevede che il giudice italiano riconosca la domanda di apertura di una procedura per la regolazione della crisi o dell'insolvenza quando il debitore ha il centro degli interessi principali o una dipendenza in Italia.

Se il debitore possiede una dipendenza nel territorio di un altro Stato membro, ad esempio la presenza di un'impresa, è ammessa l'apertura di procedure secondarie, ma gli effetti di tali procedure sono limitati esclusivamente ai beni del debitore presenti sul territorio dell'altro Stato.

In sintesi, la procedura principale ha effetti su tutti i beni del debitore, anche su quelli situati in altri Stati, mentre le procedure secondarie hanno una portata limitata destinata soltanto ai beni presenti sul territorio degli altri Stati in cui si sono aperte procedure secondarie.

In conclusione, la disciplina sul concordato preventivo di un gruppo internazionale rimane invariata rispetto a quella prevista per il gruppo domestico, ma è necessario che l'apertura principale si compia in Italia perché in questo modo si applicano le regole del Codice della crisi che sono state analizzate in questo capitolo. Viceversa se la procedura principale venisse aperta in un altro Stato membro dell'Ue si dovranno essere applicate le norme del paese di apertura, con le conseguenti possibili differenze. Tra gli obiettivi dell'Unione Europea vi è quello di realizzare un'omogeneità nelle discipline dei singoli Stati membri, in modo tale da semplificare anche la gestione di gruppi internazionali.

III. IL CONCORDATO PREVENTIVO DEL GRUPPO “BETA” S.p.A. SUCCESSIVO ALL’INTRODUZIONE DEL CCII

Per proseguire nell’analisi della procedura di concordato preventivo di gruppo si ritiene opportuno affrontare un caso ipotetico e successivo all’introduzione del Codice della Crisi. In particolare si ipotizzeranno le ragioni che possono aver portato alla crisi di gruppo, anche tramite l’analisi, sempre fittizia, di una situazione economico-patrimoniale di gruppo per l’arco temporale 2015-2020.

Infine si immagina quali potrebbero essere gli effetti e i risvolti derivanti dalla omologazione o meno della procedura di concordato.

III.1. La struttura del gruppo

Si immagina che il gruppo Beta abbia come società holding Beta S.p.A.

Si suppone che la società sia leader nel mercato automotive italiano quindi delle attrezzature per autofficine, in particolare nella produzione di attrezzature per gommisti, attrezzature per garage, compressori elettrici portatili e compressori silenziosi e senza olio e della loro commercializzazione sul mercato.

Per realizzare la propria attività Beta S.p.A. ha acquisito più società, tra cui la società Gamma S.r.l., specializzata nella produzione di attrezzature per auto officine e officine meccaniche (gonfia gomme, spurgo freni, nebulizzatori, vasche lavaggio e pompe pneumatiche per olio). Si ipotizza sia posseduta per il 100% dalla capogruppo.

La società Delta S.r.l. commercia all’ingrosso il materiale elettrico per impianti ad uso industriale, e anch’essa è posseduta al 100%.

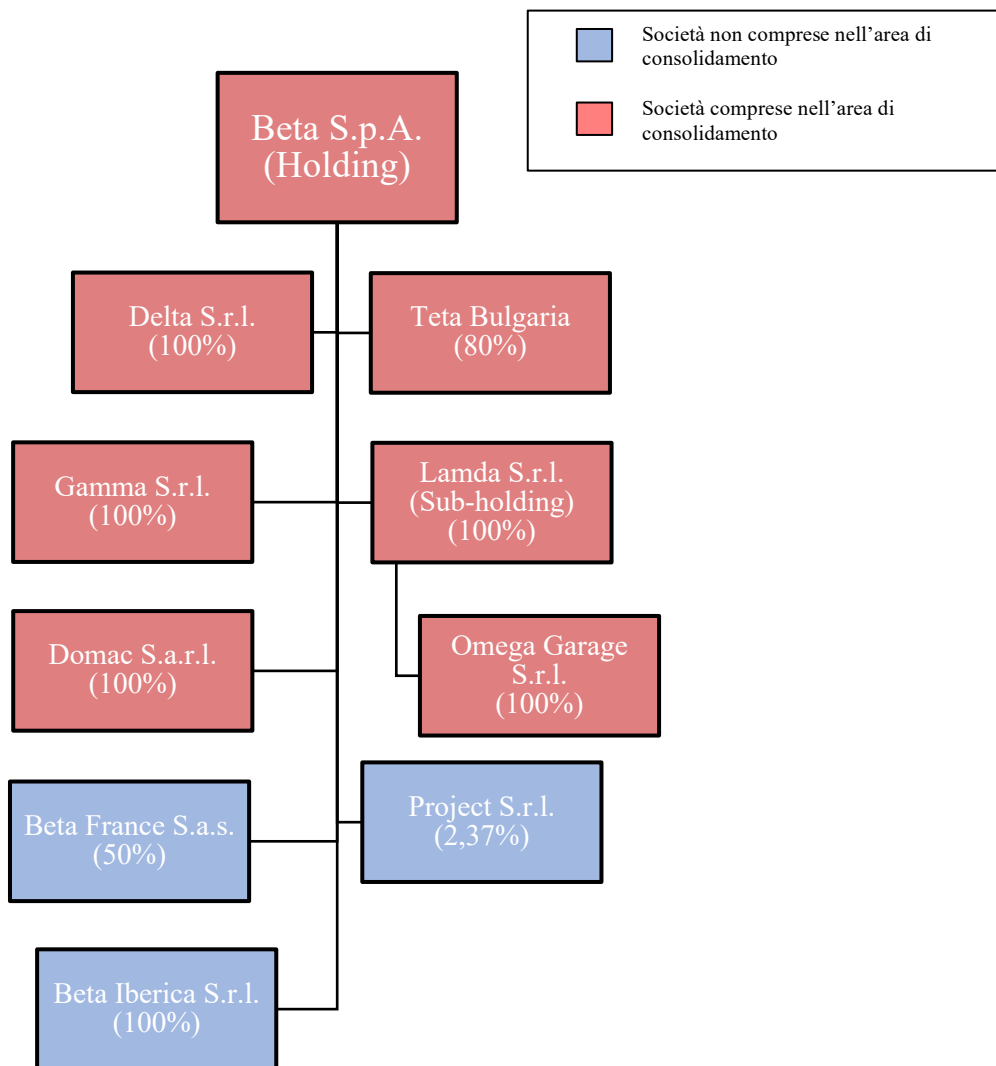
Teta Bulgaria si occupa della produzione di auto attrezzature e fornisce servizi di installazione, manutenzione, riparazione, supervisione tecnica di attrezzature tecniche e sistemi informativi in Bulgaria (la quota di possesso è pari a 80%).

Lamda S.r.l. ha la funzione di società sub-holding, di conseguenza non svolge una funzione di produzione o di commercio dei prodotti ma svolge un’attività di direzione e coordinamento delle attività del Gruppo in Inghilterra.

Inoltre, il gruppo detiene anche il 100% di Lamda che a sua volta possiede il 100% di Omega Garage S.r.l. che commercializza i macchinari, gli impianti e le attrezzature

che sono prodotti dal gruppo, quest'ultima è posseduta indirettamente e totalmente è dal gruppo.

Fig. 3.1: Struttura del gruppo



Si ipotizza che Beta S.p.A. nel dicembre del 2020 presentasse un capitale sociale pari a 3.000.000 di euro, suddiviso in 3.000.000 di azioni di valore nominale unitario pari a 1 euro.

Per quanto riguarda l'azionariato della società Holding dal 2017 le azioni sono possedute interamente da un unico socio ovvero da una società appartenente a un gruppo di investimento, in particolare investe in imprese di medie dimensioni e fornisce finanziamenti azionari e cerca posizioni di minoranza e maggioranza delle società in

portafoglio. Quindi tale società possiede il 100% del capitale sociale di Beta S.p.A. e di conseguenza ne è proprietaria.

Il fatturato del gruppo dell'ultimo esercizio, ovvero 2020, si ipotizza che ammonti a 65 milioni di euro; mentre l'utile ha un ammontare pari a 2 milioni di euro.

III.2. La situazione economico-patrimoniale 2015-2020 e la crisi

Gli anni che si è deciso di considerare per analizzare la situazione societaria sono 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020.

Aspetti importanti da considerare nel corso dell'analisi è sicuramente l'acquisizione di Beta S.p.A. da parte del Fondo di investimento, avvenuta nel 2017; e l'emissione avvenuta nel 2018, da parte della Capogruppo, di un minibond⁸⁶. In particolare, tale operazione ha l'obiettivo di ottimizzare lo sviluppo e l'espansione nei mercati esteri. Ciò si ricollega anche all'acquisizione del gruppo da parte del fondo.

Per quanto riguarda l'analisi della situazione reddituale si possono visionare dei margini intermedi:

Tab. 3.1: Analisi della situazione reddituale

<i>Margini migl. Euro</i>	2015	2016	2017	2018	2019	2020
<i>Margine Operativo</i>	6.434	7.227	7.979	9.610	10.081	9.533
<i>Lordo (Mol)</i>	(8%)	(10%)	(12%)	(12%)	(14%)	(14%)
<i>Risultato operativo</i>	4.925	4.417	4.952	6.029	6.772	6.261
	(6%)	(6%)	(7%)	(8%)	(9%)	(9%)
<i>Ebit</i>	5.132	3.745	3.515	4.540	6.125	5.595
	(7%)	(5%)	(5%)	(6%)	(8%)	(8%)

⁸⁶ Termine usato per indicare le obbligazioni emesse da S.r.l. o da S.p.A. che non sono quotate in borsa. Sono previsti dei requisiti ovvero che la società realizzi un fatturato superiore a 2 milioni di euro e che impieghi almeno 10 dipendenti.

Per quanto riguarda il Mol (Ebitda), questo deve essere calcolato come utile lordo/ricavo lordo. Come si evince dalla tabella il Mol nel corso degli esercizi è complessivamente aumentato fino al 2019 e questo significa che il gruppo ha guadagnato di più sul venduto e che in questo arco temporale è stata in salute. Si è subito una leggera riduzione nell'esercizio 2020 e si ipotizza che tale contrazione sia stata causata dalla Pandemia da Covid-19.

Il risultato operativo complessivamente si è mantenuto costante fino al 2017, infatti successivamente è aumentato, fino ad arrivare al 2020 in cui anch'esso, come il Mol, ha subito una riduzione. Tale margine è dato dalla differenza tra le macroclassi A e B del Conto Economico e permette di evidenziare la capacità dell'azienda di coprire i costi sostenuti. Il fatto che sia aumentato nel corso degli anni è positivo perché implica che l'impresa è stata in grado di rispettare il principio di continuità aziendale e migliorare la propria attività.

Per quanto riguarda l'Ebit (*Earnings Before Interest and Taxes*) è un indice di redditività che si calcola come Ebitda – ammortamenti e accantonamenti. Tale margine indica la redditività operativa e rappresenta la capacità di guadagnare dell'impresa dall'attività caratteristica. Quindi il fatto che l'Ebit si sia ridotto dal 2015 al 2017 è un segnale negativo perché significa che la capogruppo ha ridotto la propria redditività. Successivamente ha subito un incremento notevole, ma fino al 2019 perché nel 2020 si è verificata di nuovo una riduzione.

Per quanto riguarda l'analisi della situazione finanziaria del gruppo si possono guardare gli indicatori sulla solidità patrimoniale e in particolare sulla composizione delle fonti di finanziamento:

Tab. 3.2: Analisi della situazione finanziaria

Indicatori sulla composizione delle fonti di finanziamento 2015 2016 2017 2018 2019 2020

<i>Quoziente di indebitamento complessivo</i> ⁸⁷	3,6	3,4	3,7	3,3	2,5	2,2
---	-----	-----	-----	-----	-----	-----

⁸⁷ (Passività consolidate ovvero debiti a medio lungo termine + passività correnti) /Mezzi propri

Dall'analisi della tabella si evince che nel corso degli anni 2015, 2016 e 2017 tale indice si è mantenuto complessivamente costante in quanto ha mantenuto un valore compreso tra 3 e 4. Dal 2018 il rapporto ha iniziato a ridursi e ciò si riconduce, in ipotesi, ad un aumento dei mezzi propri, che a sua volta deriva da un aumento di capitale sociale e di riserve del Gruppo, e contemporaneamente da una riduzione delle passività correnti. Questo significa che l'azienda negli anni 2019 e 2020 ha ridotto la propria domanda di debito. È coerente se si ricorda che nel 2018 è avvenuta l'acquisizione della società da parte del fondo di investimento e per realizzare l'operazione vi è stato un aumento di capitale. Nonostante ciò, il valore dell'indicatore rimane comunque elevato e può significare che molta parte dell'attività è finanziata tramite debito e non con il Patrimonio Netto.

Inoltre è utile vedere anche gli indici di liquidità che permettono di studiare la capacità dell'impresa di mantenere l'equilibrio nel breve periodo:

Tab. 3.3: Indici di liquidità

<i>Indicatori di solvibilità</i>	2015	2016	2017	2018	2019	2020
<i>Indice di tesoreria</i> ⁸⁸	-25.333 (0,6)	-22.485 (0,6)	-16.100 (0,6)	-15.837 (0,7)	-9.313 (0,8)	4.321 (1,1)
<i>Indice di disponibilità</i> ⁸⁹	7.732 (1,1)	6.143 (1,1)	11.618 (1,2)	16.431 (1,3)	21.265 (1,4)	35.455 (1,8)

Dal 2015 al 2019 l'indice di tesoreria è inferiore a 1 e ciò può indicare una difficoltà dell'azienda che si può trovare in uno stato di insolvibilità. Mentre nel 2020 l'indice diventa pari a 1,1 e ciò implica che l'impresa si trova in una situazione ottimale perché è in grado di adempiere alle obbligazioni di breve periodo con le liquidità disponibili.

Per quanto riguarda l'indice di disponibilità i valori ottimali sono quelli compresi tra 1,5 e 2 e si è ipotizzato che nel corso degli anni il gruppo Beta abbia sperimentato un aumento dell'indicatore ma che comunque abbia sempre dimostrato, come indicato dai valori nella tabella sopra riportata, di essere in grado di estinguere i debiti a breve scadenza con le attività correnti.

⁸⁸ (Liquidità differite + Liquidità immediate) / Passività correnti

⁸⁹ Attivo corrente / Passività correnti

Per verificare l'andamento dell'azienda si può guardare la voce "Ricavi delle vendite e delle prestazioni" ovvero i ricavi realizzati dall'impresa nel corso dell'anno.

La tabella 3.4 riepiloga i risultati del gruppo per il periodo 2015-2020:

Tab. 3.4: I ricavi

<i>migl. Euro</i>	2015	2016	2017	2018	2019	2020
<i>Ricavi delle vendite e delle prestazioni</i>	77.000	70.000	71.000	72.000	74.000	65.000

Come si evince dalla tabella 3.4 i ricavi delle vendite del gruppo si sono modificati nel corso degli anni, sia in aumento che in diminuzione, ma non si sono discostati dalla media rimanendo sommariamente costanti. L'eccezione è rappresentata dall'esercizio 2020 che vede una riduzione dei ricavi di circa 10.000 euro rispetto all'esercizio precedente. La ragione viene ricondotta alla contrazione del mercato derivante dall'effetto della pandemia da Covid-19, con conseguente riduzione del volume d'affari e rallentamento della circolazione delle merci, sulla base dell'ipotesi che il settore di riferimento del gruppo sia l'automotive.

Un'altra grandezza che permette di comprendere l'andamento dell'attività del gruppo è il risultato d'esercizio. Per quanto riguarda Beta S.p.A., tra il 2015 e il 2020, ha sperimentato una crescita esponenziale del proprio risultato d'esercizio. L'andamento è riportato nella tabella seguente:

Tab. 3.5: Utile

<i>Euro</i>	2015	2016	2017	2018	2019	2020
<i>Utile</i>	180.000	70.000	450.000	1.100.000	2.000.000	2.200.000

Si è deciso di ipotizzare che il gruppo nel 2021 abbia deciso di fare ricorso alla procedura di concordato preventivo. Per comprendere le ragioni per cui il gruppo ha assunto tale scelta si è deciso di osservare anche l'andamento dei crediti e dei debiti del gruppo:

Tab. 3.6: I crediti e i debiti del gruppo

<i>Migl. Euro</i>	2015	2016	2017	2018	2019	2020
<i>Crediti</i>	34.000	29.000	29.000	31.000	40.000	44.000
<i>Debiti</i>	65.000	60.000	60.000	62.000	64.000	70.000

Per quanto riguarda i crediti, si osserva che nel periodo preso in analisi sono aumentanti circa ogni anno, un comportamento simile si individua per i debiti, i quali dal 2017 hanno ricominciato a crescere.

Gli andamenti di crediti e debiti possono presupporre un probabile problema di liquidità in quanto l'aumento dei crediti implica che i soggetti debitori dell'impresa non rimborsano i propri crediti nel breve termine, e quindi il gruppo non ottiene la liquidità necessaria per rimborsare le obbligazioni a breve (ad esempio i fornitori), e per ottenere la liquidità necessaria il gruppo può rivolgersi al mercato del debito con un conseguente aumento dell'ammontare dei debiti. Nel caso di Beta S.p.A. sembra essersi verificato tale meccanismo. A tale riguardo si è deciso di considerare il c.d. indice di rotazione dei crediti che viene inteso come la velocità di ritorno in forma liquida dei crediti derivanti dalle vendite. Si calcola come il rapporto tra fatturato e crediti commerciali, si è deciso di verificarlo per gli anni 2016 e 2020:

Tab. 3.7: Indice di rotazione

	2016	2020
<i>Indice di rotazione dei crediti derivanti dalle vendite</i>	$77.000.000/21.000.000$ $= 3,67 \cong 4$	$65.000.000/33.000.000$ $= 1,97 \cong 2$

Il risultato della tabella 3.7 dimostra che l'impresa nel corso dei quattro anni ha peggiorato il tasso di rotazione, in particolare nel 2016 la dilazione di pagamento prevista per i crediti era circa pari a $360/4 = 90$ giorni, tale scadenza è coerente con la dilazione di pagamento prevista per i debiti verso i fornitori che può avvenire nei 30, 60, 90 giorni successivi alla data di emissione della fattura. Viceversa, nel 2020 il tasso di rotazione ottenuto è pari a 2 e questo significa che la dilazione di pagamento prevista per i crediti vantati dal gruppo è pari a $360/2 = 180$ giorni, con tale dilazione il gruppo non è in grado di ripagare i debiti a breve termine.

Quindi i crediti commerciali sono aumentati nel corso degli anni e ciò ha causato un problema di liquidità all'interno del gruppo. Però è necessario conoscere la ragione per cui i crediti sono aumentati ovvero se ciò derivi dal fatto che i debitori del gruppo non hanno rimborsato, oppure perché il gruppo ha effettivamente aumentato le dilazioni di pagamento.

In particolare, si immagina che le svalutazioni dei crediti commerciali nel 2016 siano pari a 330.000 euro, mentre che nel 2020 i crediti insoluti presentino un ammontare pari a 470.000. In entrambi i casi rispetto all'ammontare complessivo di crediti le svalutazioni sono molto basse, quindi si può ipotizzare che il gruppo non abbia svalutato volontariamente una parte di crediti per migliorare la situazione contabile dell'impresa.

Altro elemento che si ritiene importante da considerare è l'ammontare delle rimanenze in magazzino, in particolare è interessante il tasso di obsolescenza di quest'ultime, perché se restano comprese nel magazzino per un consistente periodo di tempo allora significa che i prodotti in magazzino sono difficili da vendere e in questi casi sarà necessario svalutare il magazzino.

Data l'attività svolta dal gruppo si ritiene che le rimanenze abbiano un tasso di obsolescenza considerevole in quanto il mercato in cui opera il gruppo è sottoposto a notevoli cambiamenti e innovazioni, quindi sono prodotti che devono essere rivisti velocemente nel tempo. In particolare, si ipotizza che le rimanenze di prodotti finiti e materie prime nel 2016 siano pari a 20.000.000 euro, mentre che nel 2020 siano pari a 27.000.000 euro. Quindi grandi quantità di prodotti sono stoccate in magazzino dal 2015 e si ipotizza che potrebbe essere necessaria una svalutazione che il gruppo ha deciso di non fare, probabilmente con l'obiettivo di migliorare la presentazione in bilancio della situazione.

Un indice utilizzato per verificare la capacità del gruppo di rimborsare i debiti contratti è il DSCR (*Debt Service Coverage Ratio*) e si calcola come il rapporto tra il flussi di cassa derivanti dall'attività operativa (voce A del Rendiconto finanziario) e gli impegni finanziari assunti (voce C del Rendiconto finanziario). Si è deciso di effettuare il confronto tra gli anni 2016 e il 2020:

Tab. 3.8: Debt Service Coverage Ratio

	2016	2020
<i>DSCR</i>	$5.000.000 / 2.300.000 = 2,17$	$(-3.000.000) / 8.000.000 = - 0,375 \cong - 0,4$

In particolare, quando tale indice è maggiore di 1 significa che l'impresa si trova in salute in quanto il cash flow operativo è in grado di rimborsare gli impegni finanziari e di conseguenza vi è l'assenza di una ragionevole presunzione dello stato di crisi e nel 2016 il gruppo presentava un indice pari a 2 quindi non era in una situazione di crisi. Viceversa, nel 2020 il gruppo presenta un flusso di cassa dell'attività operativa⁹⁰ negativo e un indice pari a -0,4 quindi è inferiore a 1 e negativo e ciò rappresenta l'incapacità dell'impresa di far fronte ai debiti con i flussi di cassa generati e di conseguenza si è in presenza di una ragionevole presunzione dello stato di crisi del gruppo.

Un altro indicatore che può essere utile per l'analisi è l'indice del margine di struttura, mostra il grado di copertura delle attività immobilizzate attraverso i mezzi propri ed è dato dal rapporto tra il Patrimonio netto e le immobilizzazioni materiali. La tabella seguente riporta l'indice di struttura di Beta S.p.A. per gli anni 2016 e 2020:

Tab 3.9: Indice di struttura

	2016	2020
<i>Indice di struttura</i>	$17.000.000/5.000.000 = 3,4$	$30.000.000/5.000.000 = 6$

Solitamente se l'indice assume un valore maggiore di 1 allora il giudizio sulla solidità patrimoniale dell'impresa è positivo. Tuttavia, se si effettua l'analisi tramite il c.d. margine di struttura secondario⁹¹, il quale considera anche i debiti a medio lungo termine, si ottiene:

⁹⁰ Voce A del rendiconto finanziario.

⁹¹ Margine di struttura secondario = (Patrimonio netto + debiti a medio lungo termine) – immobilizzazioni materiali.

Tab. 3.10: Margine di struttura secondario

	2016	2020
<i>Margine di struttura secondario</i>	$(17.000.000+4.000.000)/5.000.000$ = 4,2	$(30.000.000+17.000.000)/5.000.000$ = 9,4

Come si evince dalla tabella sopra i risultati sono sempre positivi e inoltre si può notare che nel 2016 e nel 2020 l'ammontare di debiti a medio lungo termine è coerente con il valore delle immobilizzazioni materiali, di conseguenza gran parte di queste immobilizzazioni sono state finanziate tramite debito.

Per comprendere la posizione finanziaria di Beta S.p.A. si è deciso di calcolare la Posizione finanziaria netta (Pfn) che si calcola come la differenza tra le disponibilità liquide e il totale dei debiti finanziari. È un indicatore che segnala la capacità o incapacità dell'impresa di coprire le attività operative tramite la cassa. In base al valore che si ottiene si è in grado di valutare il livello di indebitamento, la struttura patrimoniale e la capacità di rimborso del debito.

Formula della Posizione finanziaria netta (Pfn)

Disponibilità liquide + Crediti finanziari a breve termine – Debiti finanziari a breve termine + Crediti finanziari a medio lungo termine – Debiti finanziari a medio lungo termine

Per verificare l'andamento dell'attività del gruppo si è deciso di calcolare la posizione finanziaria netta per gli anni 2016 e 2020:

Tab. 3.11: La posizione finanziaria netta nel 2016 e nel 2020

	2016	2020
<i>Pfn</i>	$1.000.000 + 2.500.000 + 500.000 - 30.000.000$ $- 4.000.000 - 400.000 = -30.400.000$	$6.000.000 + 4.000.000 + 2.000.000 - 28.000.000$ $- 15.000.000 = -31.000.000$

Come emerge dalla tabella la posizione finanziaria netta di Beta S.p.A. è sempre stata negativa, ciò significa che le disponibilità liquide sono inferiori e insufficienti a

coprire l'indebitamento finanziario; infatti, in riferimento al 2020 le disponibilità liquide sono pari a 6 milioni di euro, ciononostante non sono abbastanza rispetto all'indebitamento. Tuttavia, considerando le percentuali di Margine operativo lordo rispetto al fatturato emerge che per il 2016 il Mol è pari al 10% del fatturato e nel 2020 è pari al 14% dei ricavi, ciò è coerente con una posizione finanziaria netta negativa perché il gruppo è in grado di sostenerla grazie al Mol.

Come già detto in precedenza si ritiene necessario tenere in considerazione l'entrata del Fondo di investimento nell'azionariato di Beta S.p.A. In particolare, nel 2017 il Fondo ha acquisito il 100% dell'azionariato diventando l'unico proprietario e inoltre si ipotizza abbia realizzato un aumento di capitale. Data la particolare posizione del gruppo per cui continua a produrre valore aumentando il proprio fatturato pur presentando una crisi di liquidità, si ipotizza pertanto che il fondo di investimento abbia realizzato l'operazione a fini speculativi.

Ciò si può spiegare facendo un'ipotesi esemplificativa. Il fondo può aver deciso di acquisire il 100% dei Beta S.p.A. con lo scopo di accedere alla procedura di concordato preventivo. In particolare, si ipotizza che il fondo abbia investito 5 milioni di euro (aumento di capitale) e che il gruppo presenti nel 2020 un Patrimonio Netto pari a 30 milioni circa. Se il concordato prevede che il rimborso dei creditori debba avvenire per il 40%, significa che il restante 60% appartiene al Fondo. Quindi il 60% di 30 milioni è pari a 18 milioni, e di conseguenza il fondo ha realizzato un vantaggio dall'operazione in quanto investendo 5 milioni e ricevendone 18 a seguito della procedura può introitare 13 milioni di euro.

In conclusione, nonostante alcuni degli indici analizzati mostrino risultati opposti e di conseguenza confusi si ritiene che le origini della crisi del gruppo si possano individuare in un problema di liquidità derivante dal difficile rimborso dei crediti e dal rischio di obsolescenza dei prodotti presenti in magazzino. Tale problema si è aggravato con la contrazione del mercato automotive generata dalla situazione emergenziale da Covid-19.

In particolare, al momento dell'acquisizione (2017) Beta S.p.A. realizzava circa 70 milioni di euro di fatturato, mentre nel 2020 i ricavi si sono ridotti e inoltre, come già

detto in precedenza Beta presentava debiti per circa 70 milioni di euro. Ciò giustifica l'ipotesi di ricorso nell'anno successivo alla procedura di concordato preventivo da parte del gruppo.

III.3. Il concordato preventivo

Si ipotizza che il gruppo Beta abbia deciso di fare ricorso alla procedura di concordato preventivo a causa di un mancato pagamento della quota capitale ed interessi del minibond emesso nel 2018. Il gruppo ha deciso di fare ricorso al concordato preventivo con l'obiettivo di tutelare la continuità aziendale, il miglior soddisfacimento dei creditori e il mantenimento dei livelli occupazionali.

Si può ipotizzare che le società hanno proceduto al deposito di una domanda di concordato di gruppo con riserva⁹² in base alle norme del CCII presso il Tribunale.

Successivamente la procedura prevede che il Tribunale accolga il ricorso presentato dalle società e confermi le misure protettive e cautelari, che si suppone per un periodo di tempo pari a 90 giorni dalla data di pubblicazione della domanda nel Registro delle imprese. Inoltre, il Tribunale deve definire il termine entro cui le società devono presentare il piano, la proposta e la documentazione prevista all'art. 39⁹³, commi 1 e 2, CCII. Inoltre, è possibile che nella medesima sede il Tribunale nomini gli organi della procedura ovvero il Giudice Delegato e i Commissari Giudiziali.

Il Tribunale in conseguenza ad alcuni profili (non si conoscono) evidenziati dallo

⁹² Non è stata analizzata nel precedente capitolo. È una soluzione prevista dal legislatore in modo tale che il debitore possa beneficiare della protezione che deriva dal deposito della domanda; però, in questo caso particolare, non è richiesta la sussistenza del piano, della relazione di attestazione e della proposta. In sintesi, si consente al debitore di presentare una domanda di accesso al concordato priva degli allegati richiesti normalmente però è previsto che debba presentare i bilanci degli ultimi tre esercizi oppure, per le imprese che non sono tenute alla redazione del bilancio, le dichiarazioni dei redditi e le dichiarazioni IRAP dei tre esercizi precedenti, e inoltre è richiesto l'elenco dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di privilegio.

In tale ipotesi particolare è previsto che il Tribunale debba fissare un termine entro cui il debitore debba depositare la proposta di concordato con il piano, l'attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità economica e la restante documentazione richiesta. Tale termine ha una durata compresa tra 30 e 60 giorni, è possibile prorogarla di altri 60 giorni su richiesta del debitore ma è necessaria la sussistenza di giustificati motivi.

Gli effetti previsti per il concordato preventivo con riserva restano invariati rispetto agli effetti che produce il concordato preventivo con regolare domanda di accesso. (Giacomo D'Atorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, pag. 117, Giappichelli 2022.

⁹³ "Obblighi del debitore che chiede l'accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o a una procedura di insolvenza"

stesso può prevedere un termine per il gruppo per produrre documenti, fornire eventuali chiarimenti e implementare la proposta e il piano di concordato. Si ipotizza che tale termine sia stato rispettato dalle società coinvolte nella procedura concordataria che infatti hanno depositato presso il Tribunale la proposta ai creditori e il piano concordatario modificato.

Successivamente sarà il Tribunale, con le sue valutazioni, a decidere se omologare o meno la domanda di concordato preventivo presentato dal Gruppo. Dall'analisi svolta in precedenza si ritiene che vi siano i presupposti per il risanamento dell'impresa, ma la decisione è rimessa al Tribunale che potrà decidere anche di non omologare il concordato.

Nel caso di omologazione, verrà portato avanti quanto previsto dal piano concordatario per il risanamento, con la conseguente prosecuzione dell'attività.

Infatti, le alternative individuabili nei documenti della procedura saranno volte a recuperare la liquidità necessaria per garantire il risanamento; tra queste è possibile individuare la richiesta di pagamento dei crediti, la rinegoziazione degli accordi con i fornitori e infine reperire finanziamenti esterni.

Viceversa, nel caso di rigetto della domanda di concordato preventivo il Tribunale dovrà aprire la procedura di liquidazione giudiziale, il che comporta la liquidazione dell'attivo del gruppo ai fini del soddisfacimento dei creditori con conseguente interruzione dell'attività.

CONCLUSIONI

Per giungere ad una conclusione si può affermare che per poter valutare la situazione di un gruppo di imprese e le prospettive di risanamento è necessario individuare le ragioni che hanno portato a un disallineamento nell'attività, ciò si può realizzare effettuando un'analisi dell'andamento della società negli esercizi precedenti a quello in cui è emersa la problematica. Tale aspetto assume maggior valore se si considera la crisi pandemica in quanto si tratta di un fenomeno eccezionale e poco prevedibile e per questo motivo ha avuto un impatto sull'intera economia mondiale. Infatti il gruppo ipotizzato si è supposto in un settore fortemente colpito dalla pandemia. Vi è stata una riduzione della produzione perché uno dei maggiori produttori nel settore automotive è la Cina, e in secondo luogo tale settore è stato impattato dalla domanda che si è ridotta drasticamente perché molti consumatori hanno deciso di rinviare l'acquisto di auto. Nonostante l'attività del gruppo non si concentri sulla produzione di auto ma sulla produzione di auto attrezzature è stato comunque impattato dagli stessi effetti.

Pertanto lo scopo principale di questo elaborato è stata l'analisi della procedura di concordato preventivo di gruppo, in particolare conoscere l'evoluzione di tale disciplina, comprendere le necessità che hanno portato alla sua introduzione e quali sono le norme e i procedimenti che la compongono. Per approfondire il tema non solo da un punto di vista teorico ma anche pratico si è deciso di immaginare la situazione di un gruppo in crisi.

Si è cercato di sviluppare un'analisi delle ipotetiche cause della crisi del gruppo e delle soluzioni possibili per il suo risanamento, giungendo alla conclusione che il motivo della crisi del Gruppo Beta risieda in una crisi di liquidità in quanto il gruppo ha subito un problema di tipo patrimoniale. Infatti dall'analisi svolta è emersa l'incapacità del gruppo di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni. Nonostante ciò si può affermare che la crisi sia sanabile e reversibile in quanto, come dimostrato dall'analisi di bilancio, può presentare prospettive di recupero.

La procedura per raggiungere il risanamento patrimoniale ed economico del gruppo deve definire:

un progetto di budget e di conto economico con EBIT positivo in grado di sostenere

i cicli produttivi e commerciali eventualmente oggetto di ristrutturazione.

Quantificare a livello patrimoniale le svalutazioni necessarie per rendere coerenti i crediti esigibili e il magazzino utilizzabile definendo quindi i volumi del credito inesigibile e del magazzino obsoleto.

Il conseguente abbattimento patrimoniale potrà essere compensato da una percentuale “haircut” dei crediti e da una ricapitalizzazione che consenta al gruppo di avere la liquidità sufficiente necessaria a gestire il capitale circolante ed eventuali nuovi investimenti che possano contribuire al rilancio dell’attività, in quanto il gruppo nell’immediato non avrà probabilmente accesso a nuove linee di credito da parte del ceto bancario che avrà subito una perdita patrimoniale.

Pertanto si ritiene che in presenza di tali condizioni, il concordato preventivo possa rappresentare la procedura in grado di evitare la liquidazione giudiziale del gruppo, contenendo quindi tutti i pesanti effetti negativi che quest’ultima produce, sia da un punto di vista sociale che economico.

Bibliografia

Abriani, N., 2022. La disciplina dei gruppi di imprese nel Codice della crisi e dell'insolvenza. *Diritto della Crisi*.

Ambrosini, S., 2022. Concordato preventivo e soggetti protetti nel Codice della Crisi dopo la Direttiva Insolvency: i creditori e i lavoratori. *Ristrutturazioni Aziendali*, p. 7.

Banca d'Italia, 2018. *Schema di decreto legislativo recante Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155*. [Online].

Callegari, M., 2022. Frammenti di disciplina dei gruppi nel Codice della crisi alla luce del decreto correttivo e dello schema di decreto Insolvency. *Ristrutturazioni aziendali*.

D'Attorre, G., 2022. *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*. II a cura di Torino: Giappichelli.

Fabiani, M., 2022. *Un affresco sulle nuove "milestones" del concordato preventivo*. *Diritto della Crisi*.

Fabiani, M., 2023. *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*. s.l.:La tribuna.

Faucegna, G., 2022. *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*. Torino: Giappichelli.

Gambardella, G., 2023. Composizione negoziata: percorso ed epiloghi. *Diritto della Crisi*.

Pani, F., 2023. Appunti sulle tipologie di concordato preventivo nel nuovo Codice della Crisi. *Ristrutturazioni Aziendali*.

Quattrocchio, L. M., 2016. L'insolvenza dei gruppi. *Diritto ed Economia dell'impresa*.

Valli, V., 2008. *L'Europa e l'economia mondiale, trasformazioni e prospettive*. Roma : Carocci editore.

Vanetti, C. B., 2022. Concordato di gruppo e supersocietà di fatto (alla luce del Codice della crisi). *Ristrutturazioni aziendali*.

Vietti, M., 2022. Codice della crisi e direttiva Insolvency. *Altalex*.

Sitografia

Andrea, R., 2015. *Unipd.* [Online] Available at: https://thesis.unipd.it/retrieve/b87cff29-678c-49cd-abc4-bfd3577d3216/Rigon_Andrea.pdf

Fagotto, A. F., s.d. *diritto bancario.* [Online] Available at: <https://www.dirittobancario.it/art/la-rilevanza-dei-gruppi-di-imprese-alla-luce-del-nuovo-codice-della-crisi-e-dell-insolvenza/>

Giappichelli, s.d. *Gli strumenti di soluzione delle crisi di impresa.* [Online] Available at: <https://www.giappichelli.it/media/catalog/product/excerpt/9788834819425.pdf>

Grassi, L., 2018. *Altalex.* [Online] Available at: <https://www.altalex.com/documents/news/2018/07/02/il-gruppo-di-imprese-nelle-procedure-concorsuali>

Imberti, L., 2023. *lavorodirittieuropa.it.* [Online] Available at: <https://www.lavorodirittieuropa.it/dottrina/principi-e-fonti/1220-la-tutela-degli-interessi-dei-lavoratori-nel-concordato-preventivo-ultima-edizione>

ISTAT, 2015. *istat.it.* [Online] Available at: <https://www.istat.it/it/files/2015/02/Distretti-industriali.pdf>

ISTAT, 2015. *istat.it.* [Online] Available at: <https://www.istat.it/it/files/2015/10/I-distretti-industriali-2011.pdf>

ISTAT, 2018. *istat.* [Online] Available at: https://www.istat.it/it/files//2020/10/REPORT_CONTI-ECONOMICI-IMPRESA_2018.pdf

Quattrocchio, L. M., 2016. *Diritto economia impresa.* [Online] Available at: <https://www.dirittoeconomiaimpresa.it/insolvenza-dei-gruppi>

Racugno, G., 2020. *Diritto fallimentare.* [Online] Available at: https://www.dirittofallimentaresocieta.it/Article/Archive/index_html?ida=248&idn=19&idi=-1&idu=-1

Terni, T., 2014. *ilcaso.it.* [Online] Available at: <https://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/9917.pdf>

Terni, T. d., 2010. *ilcaso.it.* [Online] Available at: [Tribunale Terni, 30 dicembre 2010 in www.ilcaso.it](https://www.ilcaso.it)