

Eugenio Barcellona
(Novembre 2013)

V CONVEGNO ANNUALE DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI
UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

"L'IMPRESA E IL DIRITTO COMMERCIALE: INNOVAZIONE, CREAZIONE DI VALORE,
SALVAGUARDIA DEL VALORE NELLA CRISI"

Roma, 21-22 febbraio 2014

EUGENIO BARCELLONA

Concordato con continuità aziendale: quale il *quid* dell'istituto?

SOMMARIO: 1. Le modifiche normative. - 2. I problemi interpretativi: quale il *quid* del CCA? - 3. Raffronto fra l'art. 160, LF e l'art. 186-*bis*, LF. - 3.1. Il concordato "generico". - 3.2. Il concordato con continuità aziendale. - 4. Necessità di una interpretazione funzionale: rilevanza della disciplina applicabile. - 5. Gli orientamenti della dottrina circa l'elemento discrezionale della fattispecie alla luce di una interpretazione funzionale. - 6. Taluni rilievi critici rispetto agli orientamenti dottrinali. - 7. Possibile ipotesi "minimalista": la disciplina del CCA come disciplina "opzionale" e non di applicazione necessaria. - 8. Ipotesi di ricostruzione sistematica: rilevanza del profilo teleologico. - 9. Conclusioni.

1. Le modifiche normative.

Grazie al decreto-sviluppo «concordato con continuità aziendale» non è più espressione dei pratici per designare una particolare forma di concordato preventivo, ma ha acquisito dignità normativa. Esiste ora una norma (art. 186-*bis*, LF) che reca la dizione «concordato con continuità aziendale» nella sua rubrica ed esiste una ulteriore norma (art. 182-*quinquies*, comma 4°, LF) che si occupa di «disposizioni in tema di continuità aziendale nel concordato preventivo». Esiste, insomma, una definizione della «fattispecie» e una disciplina speciale ad essa applicabile.

Nell'attuale sistema del diritto concorsuale abbiamo, dunque, due diverse figure di concordato preventivo: il concordato *tout court* o senza ulteriori specificazioni, che è quello di cui agli artt. 160 e seguenti (d'ora innanzi, anche "CO"), e poi il «concordato con continuità aziendale», che è

Concordato con continuità aziendale: quale il quid dell'istituto?
(bozza preliminare)

quello “nuovo” di cui ai nuovi articoli 186-*bis* e 182-*quinquies* LF (d’ora innanzi, anche “CCA”).

2. I problemi interpretativi: quale il *quid* del CCA?

Sulle prime si potrebbe pensare che il legislatore del 2012 abbia contribuito a far chiarezza e a risolvere problemi che la pratica aveva sollevato. In realtà – complice anche la cattiva qualità redazionale cui il legislatore ci va sempre più abituando – l’intervento legislativo crea più problemi interpretativi di quanti ne risolveva.

Fra i tanti quello che pare più urgente è il seguente: qual è il preciso rapporto fra la fattispecie e la disciplina del «concordato ordinario» – quello di cui agli artt. 160 e segg. della legge fallimentare – e la fattispecie e la disciplina del «concordato con continuità» – quello di cui alle norme citate –? A quali condizioni si rientra nell’una o nell’altra fattispecie? In una parola: qual è il *quid* in senso tecnico-giuridico del concordato con continuità?

Il problema può essere rappresentato in termini metaforico-geometrici:

- (i) si potrebbe ipotizzare che il CCA sia null’altro che una *species* del più ampio *genus* concordatario, un cerchio più piccolo contenuto nel cerchio più grande. L’art. 160 LF – concordato ordinario – sarebbe il cerchio più grande, mentre l’art. 186-*bis* LF – concordato con continuità – quello più piccolo¹
- (ii) si potrebbe, di contro, ipotizzare che CCA *ex art. 186 bis* LF e CO *ex art. 160* e segg. siano due *species* di pari dignità, posta l’una accanto all’altra: muovendo da questa prospettiva, il concordato

¹ In questo senso: A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi e delle imprese. Le procedure concorsuali. Appendice di aggiornamento in relazione al d.l. n. 83/2012, conv. dalla l. n. 134/2012*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 19, il quale ritiene che il Legislatore abbia voluto creare una figura particolare all’interno del *genus* concordatario.

Concordato con continuità aziendale: quale il quid dell’istituto?
(bozza preliminare)

ordinario *ex art.* 160 e segg. LF coprirebbe le sole ipotesi di concordato liquidatorio, mentre il concordato con continuità aziendale le ipotesi di continuità dell'impresa. Ogni concordato rientrerebbe, dunque, per definizione, in una delle due figure: se liquidatorio, esso sarebbe soggetto alle regole di cui all'art. 160 LF; se non-liquidatorio, alle regole degli artt. 186-*bis* e 182-*quinquies* LF.

Questo è, dunque, il problema: cerchi concentrici (rapporto *genus a species*) o cerchi di pari dimensioni l'uno accanto all'altro?

Ovviamente, il problema della ricostruzione sistematica non assolve soltanto a interrogativi di estetica geometrica. La posta in gioco è molto più alta: a seconda che si opti per «cerchi concentrici (rapporto fra *genus* e *species*)» o «cerchi di pari dimensioni (due *species* di un più ampio *genus*)», si è poi in grado di rispondere a questi interrogativi: si applica anche al CCA la disciplina del concordato ordinario? Dipende l'applicazione della disciplina del CCA dall'opzione del debitore in crisi o dalla oggettiva conformazione della fattispecie? Si applica la disciplina dell'uno o dell'altro nel caso di piano concordatario che preveda affitto e poi cessione?

3. Raffronto fra l'art. 160, LF e l'art. 186-*bis*, LF.

La lettura comparata delle due norme definitorie non sembra consentire una facile demarcazione dei due istituti.

3.1. Il concordato "generico".

Quanto al concordato ordinario, i tratti tipologici essenziali della proposta che l'imprenditore in crisi sottopone alla valutazione di merito del ceto creditorio sono i seguenti: (i) ristrutturazione dei debiti e (ii) soddisfazione dei creditori in qualsivoglia forma. Nel concordato -

Concordato con continuità aziendale: quale il quid dell'istituto?
(bozza preliminare)

potremmo dire – è in realtà presente una doppia componente pattizia: per un verso c'è un contratto dalla forte valenza privatistica e ben visibile fra imprenditore (*equityholder*) e creditori (*debtholder*); ma per altro verso, c'è anche un “contratto”, meno visibile e di fatto imposto dalla legge, fra gli stessi creditori. La disciplina concordataria trasforma, invero, creditori che prima non si conoscevano e che prima curavano atomisticamente i propri individuali interessi, in membri di una sorta di una corporazione obbligatoria che delibera a maggioranza secondo una logica non individuale ma collettiva.

Quello che ci interessa notare – ai nostri fini – è che il concordato *tout court* è definito in termini talmente ampi da essere certamente compatibili con qualsivoglia tipo di concordato: si può dare «ristrutturazione dei debiti» e «soddisfazione dei creditori in qualsiasi forma» sia in un concordato liquidatorio, che in un concordato in continuità; sia laddove la liquidazione sia operata in blocco, sia laddove sia operata in modo assolutamente atomistico; sia laddove la continuità comporti la sopravvivenza dell'impresa nelle stesse mani del proponente (debitore in crisi), sia laddove la continuità postuli invece il passaggio di mano. Altrimenti detto: la formulazione dell'art. 160 LF rende il concordato ordinario compatibile *tanto* con la finalità liquidatoria, quanto con quella continuativa (anzi, se si tiene conto della matrice anglosassone della dizione “ristrutturazione dei debiti”, ben si potrebbe dire che la definizione di concordato generico evochi un “naturale” contesto di continuità aziendale: *debt restructuring is a process that allows a private or public company – or a sovereign entity – facing cash flow problems and financial distress, to reduce and renegotiate its delinquent debts in order to improve or restore liquidity and rehabilitate so that it can continue its operations*).

Tutto questo non deve affatto stupire, dal momento che, prima che fossero introdotte le norme che *expressis verbis* fanno riferimento al CCA,

Concordato con continuità aziendale: quale il quid dell'istituto?
(bozza preliminare)

nessuno dubitava che anche un concordato ordinario potesse essere strutturato secondo forme che preservassero la continuità dell'impresa.

Ritenere, dunque, che l'art. 160 LF che disciplina il concordato ordinario o di *default* debba ritenersi applicabile solo e soltanto a ciò che fuoriesce dal concordato in continuità e cioè ai soli concordati puramente liquidatori, appare piuttosto arbitrario.

3.2. *Il concordato con continuità aziendale.*

Spostiamo ora lo sguardo alla definizione del concordato in continuità contenuta nell'art. 186-*bis* LF.

Vi si dice che si ha CCA allorché la proposta concordataria preveda una di queste tre ipotesi: (i) prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore; (ii) cessione dell'azienda in esercizio²; (iii) conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società conferitaria anche di nuova costituzione³. Vi si dice, inoltre, che il CCA è compatibile con la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa e cioè con una componente "liquidatoria" in senso proprio.

La norma non rivela una gran fattura redazionale. Anche il conferimento è una cessione, sicché la sua menzione parrebbe ultronea. Peraltro, costituisce una forma di cessione anche quella della operata mediante scissione di società, che invece non viene menzionata. In realtà,

² A. NIGRO - D. VATTERMOLI, cit. (nt. 1), p. 20, precisa che, in questo caso, perché si abbia concordato con continuità aziendale, non è sufficiente che il piano preveda la cessione dei complessi produttivi a terzi verso un corrispettivo in denaro da distribuire ai creditori concorrenti, poiché in tal caso ci si troverebbe di fronte ad un mero concordato liquidatorio; bensì, è necessario che la prosecuzione della attività di impresa da parte del cessionario sia tramite necessario per la realizzazione del piano e l'esatta esecuzione delle obbligazioni concordatarie.

³ R. ARGENZIO, *Il concordato preventivo in continuità aziendale*, in *Bilancio e reddito di impresa*, IPSOA, Milano, 2013, pp. 54 ss., fa derivare da tali condizioni una nozione estensiva di concordato in continuità, la quale ricomprende tutte le ipotesi in cui venga proposto un piano che non preveda la completa dismissione del patrimonio e la cessazione dell'attività.

Concordato con continuità aziendale: quale il quid dell'istituto?
(bozza preliminare)

sembrerebbe più coerente semplificare la norma, riducendo le tre ipotesi a soltanto due: (i) prosecuzione dell'attività di impresa da parte dello stesso proponente; (ii) cessione dell'azienda in esercizio in qualunque forma operata (sia mediante vendita sia mediante operazione straordinaria sul capitale).

Anche in tal caso, la genericità della definizione è tale da indurre a ritenere che se non la totalità, quanto meno la quasi-totalità dei concordati sia suscettibile di essere ricondotta alla figura del CCA⁴. Probabilmente, vi resterebbe fuori soltanto il caso-limite di un concordato non solo liquidatorio, ma anche liquidatorio in modo *integralmente atomistico*. Basterebbe, infatti, che il piano preveda la "monetizzazione" in blocco di almeno una parte del complesso aziendale (ramo, o addirittura "rametto") perché diventi sostenibile che, "allora", si rientri comunque nella fattispecie di CCA. Se poi si andasse ancora oltre - ma forse qui esagereremmo - e se constatassimo che persino nel concordato liquidatorio in forma puramente atomistica, a rigor di legge, il debitore prosegue comunque l'attività di impresa nel corso della procedura, allora, per definizione, non vi sarebbe concordato ordinario che non fosse anche al tempo stesso concordato in continuità.

Insomma, una rapida lettura delle due norme - quella sul concordato ordinario, quella sul concordato in continuità - ci porta, *per un verso*, ad escludere recisamente che si tratti di due cerchi posti l'uno accanto all'altro (il concordato ordinario può sicuramente declinarsi in forma di concordato in continuità), ma, *per altro verso*, a ritenere addirittura che i due cerchi, se non del tutto coincidenti, siano quanto meno coincidenti in larghissima parte.

⁴ Sulla ampiezza e genericità della nozione di cui all'art. 186-bis L.Fall., si veda M. ARATO, *Il concordato con continuità aziendale*, in www.ilfallimentarista.it, (edita on-line da) Giuffrè, 3.08.2012, pp. 1 ss.

Concordato con continuità aziendale: quale il quid dell'istituto?
(bozza preliminare)

Da qui nascono i problemi interpretativi segnalati in esordio. Cosa distingue il concordato con continuità aziendale dal concordato ordinario? Esiste un tratto discretivo della fattispecie?

4. Necessità di una interpretazione funzionale: rilevanza della disciplina applicabile.

L'interpretazione delle due «fattispecie» - ed il tentativo di poter disporre di un più sicuro criterio per distinguere l'una dall'altra - non può che passare attraverso una interpretazione funzionale⁵. Se ci si limita ad interrogare le «definizioni» normative, il processo interpretativo non può che risultare arbitrario, poiché viziato da concettualismo o ontologismo. Solo mettendo insieme definizione della fattispecie e disciplina corrispondente, ci incamminiamo nella retta via. L'unico parametro ermeneutico sensato, dinanzi a fattispecie definitorie, è quello di comprendere la fattispecie in ragione della disciplina ad essa applicabile.

Qual è allora - dobbiamo - chiederci la disciplina che la ricorrenza della fattispecie CCA rende applicabile?

È piuttosto unanime fra i commentatori⁶ la scomposizione della disciplina del CCA in due "tronconi": (i) disciplina di favore e (ii) disciplina imperativa.

La disciplina di favore⁷, in via di estrema sintesi è la seguente: (i) possibilità di moratoria dei prelatizi; (ii) tutela della "continuità

⁵ Una ricostruzione funzionale della riforma del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti a seguito del c.d. "Decreto Sviluppo" è stata operata da G. TERRANOVA, *Il concordato "con continuità aziendale" e i costi della intermediazione giuridica*, in *Il Diritto Fallimentare*, CEDAM, Padova, 2013, pp. 33 ss.

⁶ Tra tutti: C. BIANCO, *Brevi riflessioni economiche sul concordato preventivo in continuità*, in *www.ilfallimentarista.it*, (edita on-line da) Giuffrè, 19.12.2012, p. 9; F. LAMANNA, *E' opportuno che il Tribunale specifichi la natura del concordato con continuità aziendale quando pronuncia il decreto di ammissione*, in *www.ilfallimentarista.it*, (edita on-line da) Giuffrè, 11.02.2013, p. 1;

⁷ F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, in *www.ilfallimentarista.it*, (edita on-line da) Giuffrè, 26.11.2012, p. 17, precisa che il concordato con continuità aziendale

Concordato con continuità aziendale: quale il quid dell'istituto?
(bozza preliminare)

contrattuale” anche nei confronti della PA; (iii) possibilità di un trattamento preferenziale per i fornitori strategici:

- Solo il CCA, non il concordato ordinario, può prevedere quella particolare moratoria infraannuale per i creditori prelatizi (art. 186 *bis*, comma 3°, LF);
- Solo il CCA, non il concordato ordinario, può godere di una particolare protezione dei contratti pendenti (clausole di risoluzione automatica sono inefficaci)⁸ e, in particolare, dei contratti pendenti con la PA, nonché della *chance* di poter partecipare a gare pubbliche anche sotto forma di RTI (art. 186 *bis*, commi 4° e 5°, LF);
- Solo il CCA, non il concordato normale, può consentire, ricorrendone certi presupposti, il pagamento immediato dei fornitori strategici (art. 182-*quinquies*, comma 4°, LF).

La disciplina imperativa, sempre in via di estrema sintesi, è la seguente: (i) maggiore analiticità del piano concordatario; (ii) *opinion* dell’esperto circa la convenienza del piano in continuità per i creditori:

- il piano concordatario in caso di CCA non deve contenere soltanto tutti gli elementi “ordinari” richiesti per qualsivoglia concordato, ma altresì (comma 2, a) una “*analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell’attività di impresa, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura*”: in una parola un *business and financial plan* dell’attività imprenditoriale che continua)⁹;

non è legalmente configurabile in caso di pre-concordato, quindi i benefici di cui all’art. 186-*bis* L. Fall. non saranno subito applicabili.

⁸ A. NIGRO – D. VATTERMOLI, cit. (nt. 1), p. 22, il quale mette in evidenza la *voluntas legis* di rendere ancora più stabile il rapporto negoziale attraverso l’inefficacia delle clausole di risoluzione automatica.

⁹ R. ARGENZIO, cit. (nt. 3), pp. 54 ss., la quale precisa che tutte le specifiche condizioni a cui la legge subordina la configurabilità di un concordato in continuità aziendale

Concordato con continuità aziendale: quale il quid dell’istituto?

(bozza preliminare)

- il piano concordatario in caso di CCA non deve semplicemente essere “attestato” quanto alla sua fattibilità (ciò che vale per tutti i piani concordatari), ma deve altresì essere “valutato” quanto alla miglior rispondenza all’interesse dei creditori. Differenza questa di notevolissima portata: nel concordato generico, l’attestatore deve solo dire se il programma concordatario “tiene”, ma non ha alcun dovere di, né titolo per, pronunciarsi sulla sua convenienza; nel concordato con continuità, invece, l’attestatore acquista una veste, per così dire, consulenziale/assistenziale. Egli deve “aiutare” i creditori a decidere per il proprio meglio¹⁰.

5. *Gli orientamenti della dottrina circa l’elemento discrezionale della fattispecie alla luce di una interpretazione funzionale.*

presuppongono che il piano sia già esistente nella sua forma definitiva; dunque senza il deposito di un piano definito non sarà mai configurabile un concordato in continuità aziendale.

¹⁰ M. VITIELLO, *Brevi (e scettiche) considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale*, in *www.ilfallimentarista.it*, (edita on-line da) Giuffrè, 21.01.2013, p. 3, ritiene che la valutazione del miglior soddisfacimento dei creditori non possa essere eseguita sulla base di parametri diversi da quelli della percentuale finale offerta ai creditori (ad esempio, la tempistica di pagamento, l’esistenza di migliori garanzie di riuscita del piano e la conservazione di un cliente per il creditore-fornitore). Sul punto si veda Tribunale di Roma, 6 maggio 2013, in *www.ilfallimentarista.it*, (edita on-line da) Giuffrè, 3.09.2013, il quale, in relazione alla fase ammissiva della debitrice alla procedura, sui poteri del Tribunale in tale fase, ha statuito che: “Il Tribunale, nella fase di ammissione d’un debitore ad un concordato preventivo con continuità aziendale, deve valutare se la prosecuzione della attività d’impresa sia effettivamente funzionale a garantire la più ampia soddisfazione dei crediti concorsuali, verificando la completezza del piano, in termini di sviluppo di una analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi nel periodo di riferimento, e l’eshaustività della attestazione, in termini non solo di affermazione della veridicità dei dati aziendali, ma anche di accertamento, con puntualità e coerenza logica nella prospettiva della massimizzazione dei ricavi a beneficio del ceto creditorio, della preferenza della prosecuzione dell’esercizio aziendale rispetto alla prosecuzione”. R. AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e requisiti di ammissibilità*, nota a Tribunale di Firenze, 19 marzo 2013, in *www.ilfallimentarista.it*, (edita on-line da) Giuffrè, 6.09.2013, p. 9, afferma che il giudizio del Tribunale sulla fattibilità del piano concordatario deve spingersi sino all’esame approfondito della documentazione alla base del piano e della proposta, per riscontrarne la giuridica coerenza e la veridicità.

Concordato con continuità aziendale: quale il quid dell’istituto?
(bozza preliminare)

Muovendo da una dichiarata applicazione del canone ermeneutico funzionale, si sono registrati in dottrina diversi orientamenti diretti ad identificare il *quid* del concordato in continuità:

- 1) per taluni, la disciplina del CCA troverebbe la sua ratio nella circostanza che vi sia la “*continuazione in qualche forma dell’attività di impresa*” (Arato, Lamanna)¹¹;
- 2) per altri, il *quid* del CCA starebbe non nella semplice circostanza che l’attività continui, ma nella circostanza che la continuazione sia “*rilevante*” per i creditori (Stanghellini)¹²;
- 3) per altri ancora, esso starebbe nell’essere la prosecuzione dell’attività di impresa “*strumento necessario per l’esecuzione delle obbligazioni concordatarie*” (Nigro-Vattermoli)¹³;
- 4) per altri infine, nella “*centralità*” della prosecuzione dell’attività di impresa (Tombari)¹⁴.

Quanto alla giurisprudenza, si segnalano due decreti fiorentini (19 e 27 marzo 2003¹⁵) che hanno reso un insegnamento piuttosto ovvio e

¹¹ In tal senso si vedano: M. ARATO, cit. (nt. 4), p. 3 e F. LAMANNA, cit. (nt. 3), p. 1, il quale, in tale scritto, precisa che la continuazione della attività di impresa è elemento connaturato al concordato con continuità fallimentare, nonché determinante della venuta ad esistenza dello stesso; allo stesso tempo, però, secondo l’Autore, perchè si abbia concordato con continuità aziendale in senso proprio, è necessario che ricorrano anche gli altri requisiti formali di cui all’art. 186-*bis* ai fini del godimento dei benefici previsti per la figura tipizzata.

¹² L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il Fallimento*, IPSOA, Milano, 2013, pp. 1222 ss.; in particolare, sul punto, l’Autore afferma che la scelta di applicare la procedura del concordato in continuità aziendale non dipende da un’opzione del debitore, bensì è una conseguenza del fatto che la continuità aziendale in una delle tre forme descritte dall’art. 186-*bis* è parte della operazione concordataria che egli si propone di attuare.

¹³ Si veda: A. NIGRO – D. VATTERMOLI, cit. (nt. 1), pp. 19 ss.

¹⁴ Si è espresso in questo senso U. TOMBARI, *Alcune riflessioni sulle fattispecie del concordato con continuità*, in *www.ilfallimentarista.it*, (edito on-line da Giuffrè), 19.07.2013, p. 3.

¹⁵ Tribunale di Firenze, 6.03.2013, in *www.ilfallimentarista.it*, (edita on-line da Giuffrè, 6-09-2013, il quale si è così espresso in merito all’affitto di azienda: “*Risulta applicabile la disciplina dettata dall’art. 186-bis L. Fall. ed i relativi benefici anche all’ipotesi di piano concordatario che preveda la prosecuzione dell’attività di impresa tramite l’affitto d’azienda, dovendosi rintracciare la prevista “cessione della azienda in esercizio” allorquando, essendo stato*

Concordato con continuità aziendale: quale il quid dell’istituto?

(bozza preliminare)

certamente unanimemente condiviso in dottrina: come che sia, non è certo l'elemento soggettivo - cioè la persistenza in capo allo stesso debitore proponente - a discriminare un concordato in continuità da un concordato ordinario.

Posto, dunque, che non si può dubitare che l'elemento discrezionale debba essere *oggettivo* e non *soggettivo*, circa, poi, la precisa identificazione dell'elemento *oggettivo*, sebbene nessuno degli indirizzi dottrinali sopra rammentati risulti macroscopicamente non condivisibile, nessuno risulta però davvero soddisfacente.

6. *Taluni rilievi critici rispetto gli orientamenti dottrinali.*

Il motivo per cui gli orientamenti non sono granché convincenti è duplice.

Per un verso, tutti quegli elementi discretivi della fattispecie CCA *versus* CO non sembrano davvero cogliere nel segno, scontrandosi contro un dato testuale.

Si badi bene al seguente dato importante: (i) anche nel corso di un concordato ordinario - cfr. art. 167, LF - il debitore conserva l'amministrazione dei beni e - attenzione - l'esercizio della impresa; (ii) anche nel corso del concordato ordinario - sempre art. 167 LF - il debitore può compiere sia atti di ordinaria amministrazione (sotto la vigilanza del commissario), sia atti di straordinaria amministrazione (sia pure con l'autorizzazione scritta del giudice delegato).

In buona sostanza: se ci limitiamo a guardare - almeno stando alle apparenze - al dato testuale, il debitore continua nell'esercizio dell'impresa anche nel concordato ordinario; il regime degli atti di

già attuato l'affitto d'azienda, si altresì prevista la cessione di azienda al medesimo affittuario, che in tal senso si è impegnato sottoscrivendo la proposta di acquisto."

Concordato con continuità aziendale: quale il quid dell'istituto?
(bozza preliminare)

ordinaria e straordinaria amministrazione non muta fra concordato ordinario e concordato in continuità -.

Per altro verso, gli indirizzi dottrinali non sono interamente persuasivi, perché - a dispetto del dichiarato parametro funzionale - non spiegano quale sia il nesso fra il presunto *quid* del CCA e la disciplina applicabile. Insomma: posto che anche in qualsivoglia concordato, anche quello ordinario ex 160 LF, il debitore continua ad esercitare l'impresa; posto che in qualsivoglia concordato, il debitore può compiere atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, perché la legge nel concordato ordinario si "accontenta" di un piano privo di specifico *business plan* e non pretende la "*opinion*" dell'esperto sulla convenienza per i creditori, mentre nel concordato in continuità pretende l'uno e l'altra? Se davvero la maggiore analiticità del piano e l'*opinion* circa la rispondenza all'interesse dei creditori fosse da porre in relazione alla continuazione dell'impresa e al compimento di atti rilevanti, allora quegli stessi requisiti dovrebbero essere richiesti anche laddove, pur trattandosi di un concordato ordinario, il debitore voglia ad esempio compiere un atto di gestione straordinaria. Ma non è così. E quindi la legge continua a risultare poco chiara nella sua logica.

7. *Possibile ipotesi "minimalista": la disciplina del CCA come disciplina "opzionale" e non di applicazione necessaria.*

Abbiamo notato come anche il concordato ordinario contempra la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore in pendenza di procedura, nonché la possibilità che egli compia atti di ordinaria e straordinaria amministrazione.

Questo parrebbe mandare "in tilt" tutte le distinzioni fondate sulla "*continuazione dell'impresa*", sulla "*rilevanza per i creditori*" o ancora sulla "*centralità della continuazione*". Tutte queste cose, in un modo o nell'altro,

Concordato con continuità aziendale: quale il quid dell'istituto?
(bozza preliminare)

possono darsi – almeno apparentemente – in ogni concordato, anche ordinario. Non si capisce più la differenza fra le fattispecie e fra le discipline.

Una possibile ipotesi di ricostruzione potrebbe essere la seguente: il CCA non differisce dal concordato ordinario per una qualche caratteristica ontologica (sotto il profilo strutturale, le due figure sono, almeno in larghissima parte, coincidenti), piuttosto, il legislatore ha dettato una certa disciplina di favore – moratoria dei prelatizi, continuità contrattuale e pagamento anticipato dei fornitori strategici – la quale diviene accessibile al debitore proponente solo a condizione che egli si sottoponga a quella disciplina imperativa – maggiore analiticità del piano, attestazione dell'esperto – (la disciplina del CCA non sarebbe, dunque, di “applicazione necessaria”, bensì istitutiva di un mero regime “opzionale”).

In buona sostanza, posto che tutti i concordati, nessuno escluso, contengono in sé un elemento di continuità imprenditoriale (si rammenti quanto disposto dall'art. 167 LF), il proponente avrebbe due strade:

- se fosse interessato ad avere accesso a talune di quelle discipline di favore, egli dovrebbe altresì uniformarsi a quella disciplina prescrittiva (oneri rispetto alla facoltà, ovvero «costo» *versus* «beneficio»);
- se invece non fosse interessato a nessuna di quelle discipline, egli potrebbe restare sul binario del concordato ordinario, il che gli darebbe comunque la possibilità di “continuare l'esercizio dell'impresa”, ma in “regime ordinario” (art. 160, LF) e non invece di favore (art. 186-*bis*, LF).

In questa prospettiva, il concordato in continuità altro non sarebbe che un *package* di disciplina di favore per acquisire il quale il proponente dovrebbe sostenere il “costo” di una disciplina aggravata (maggiore analiticità del piano, *opinion* sull'interesse creditorio).

Concordato con continuità aziendale: quale il quid dell'istituto?
(bozza preliminare)

In realtà, nemmeno questa lettura è soddisfacente.

Essa avrebbe senso se la disciplina imperativa – analiticità del piano e *opinion* professionale sulla convenienza – si mostrasse davvero funzionale alla disciplina di favore – moratoria dei creditori prelatizi, continuità contrattuale, pagamento dei fornitori privilegiati –.

Ma non sembra proprio sia così. Quanto alla moratoria infraannuale dei creditori prelatizi, basti considerare che alcuni autorevoli commentatori la ritengono applicabile anche al concordato ordinario (dove, per definizione, il piano non è “rafforzato” e dove non è richiesta l’*opinion* professionale sulla convenienza). Quanto al pagamento dei fornitori privilegiati, molti autorevoli commentatori (ritenevano *ante* riforma, e tuttora) ritengono che lo stesso risultato sia perseguibile anche in sede di concordato ordinario *sub specie* di atto straordinario soggetto alla autorizzazione del giudice delegato *ex art. 167, LF*¹⁶. Quanto alla continuità contrattuale, vi sono autori che ritengono che le clausole di risoluzione automatica dei contratti siano inefficaci anche con riguardo al concordato ordinario¹⁷.

Insomma, fra la disciplina di favore e la disciplina imperativa non sembra esservi alcun nesso che consenta di leggere la seconda come il necessario “prezzo” che l’imprenditore in crisi debba pagare per conseguire l’applicabilità del “regime di favore” connesso alla prima.

8. *Ipotesi di ricostruzione sistematica: rilevanza del profilo teleologico.*

Esiste tuttavia un’altra possibilità di ricostruzione sistematica che, probabilmente, potrebbe consentire di tracciare una linea più scientificamente sensata fra il concordato ordinario *ex art. 160 LF* e il concordato con continuità aziendale *ex 186-bis, LF*.

¹⁶ M. VITIELLO, cit. (nt. 10), p. 3.

¹⁷ *contra*: A. NIGRO – D. VATTERMOLI, cit. (nt. 1), p. 22.

Concordato con continuità aziendale: quale il quid dell’istituto?
(bozza preliminare)

È vero – abbiamo detto – tutti i concordati, quali che essi siano, sono strutturalmente potenzialmente continuativi: gestione ordinaria e gestione straordinaria dell'impresa sono pur sempre possibili del tutto a prescindere dalla circostanza che si rientri nello "speciale" CCA. Anzi: possiamo osservare, ci si sarebbe aspettato che, proprio a fronte di un concordato che trova nella continuazione dell'impresa il suo *quid*, le regole di gestione nel corso della procedura sarebbero state differenti. Ed invece, per quel che mi risulta, tutto è eguale: il debitore in crisi che proponga il concordato – tanto "generico", quanto in "continuità" – continua a gestire l'azienda e continua, addirittura, sebbene con l'ombrello protettivo della sorveglianza degli organi della procedura, a poter compiere anche atti di straordinaria amministrazione (art. 167, LF).

Eppure – ecco la possibile linea discrezionale – ben potrebbe dirsi che altro è una continuazione dell'impresa che, fino all'esecuzione del concordato e, quindi, fino al passaggio di consegne, comporta per definizione il mutamento strutturale dello "scopo" dell'impresa che non è più quello di lucro, bensì quello di liquidazione (sia pure con una "manutenzione gestoria" nel tempo interinale), altro è una continuazione dell'impresa che, anche nel periodo interinale, non comporta affatto mutamento dello "scopo", il quale continua ad essere (almeno in *parte qua*) *scopo di lucro*.

Attenzione: dire che solo nel concordato in continuità in senso proprio si dia persistenza di scopo di lucro e dire, quindi, che nel concordato generico, al contrario, lo scopo diventa comunque liquidatorio, non è una mera esercitazione definitoria: ciò sta a significare che, solo nel contesto di un CCA, è possibile che il debitore in crisi legittimamente compia operazioni che comportano l'assunzione di nuovo rischio (per usare la terminologia societaria – art. 2279 c.c. – : "*nuove operazioni*"; per usare quella fallimentare – art. 104 LF – : "*esercizio provvisorio dell'impresa*")

Concordato con continuità aziendale: quale il quid dell'istituto?
(bozza preliminare)

in senso precipuamente imprenditoriale); mentre in un concordato generico, potranno, sì, essere compiuti atti di ordinaria amministrazione; potranno, se autorizzati, essere compiuti atti di straordinaria amministrazione, ma - in ogni caso (ecco il "punto") - né gli uni né gli altri potranno avere uno scopo diverso da quello meramente conservativo (leggasi: divieto assoluto di assunzione di nuove operazioni/nuova assunzione di rischio di impresa).

Vero è, dunque, che, apparentemente, il regime della gestione dell'impresa in concordato è la stessa - concordato generico e concordato in continuità - ma in realtà - questa l'ipotesi di lavoro - la differenza specifica sta qui: nel primo caso (concordato *ex art. 160, LF*), la gestione può avere come scopo legittimo solo quello conservativo (=divieto di nuove operazioni, divieto di assunzione di rischio); nel secondo caso (concordato *ex art. 186-bis, LF*), la gestione potrà avere anche uno scopo imprenditoriale (=possibilità, dietro autorizzazione, di nuove operazioni anche implicanti nuove assunzioni di rischio)¹⁸.

Se alla luce di queste considerazioni, torniamo alla disciplina che abbiamo detto "imperativa" dettata dall'art. 186-bis, LF - (i) maggiore analiticità del piano (*business/financial plan*), (ii) non mera attestazione di fattibilità tecnica, ma "valutazione di consulenza" -, la sua logica non potrà che apparire ben più evidente e sistematicamente fondata:

- se tutti i concordati - CO o CCA - espongono i creditori al rischio della generica "continuità" della gestione (gestione "conservativa"), soltanto il CCA espone i creditori al rischio

¹⁸ P. VELLA, *Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzioni nel nuovo concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, IPSOA, Milano, 2013, p. 674, ha precisato sul punto che i concordati con continuità aziendale dovrebbero essere strumenti finalizzati a risollevare una economia asfittica, indirizzandosi a quegli imprenditori che, non essendo riusciti a trovare un accordo con i propri debitori, vogliono comunque rimanere sul mercato, allestendo un piano di continuazione della attività con ogni riflesso positivo anche a livello occupazionale.

Concordato con continuità aziendale: quale il quid dell'istituto?
(bozza preliminare)

specifico di una continuità *risk-oriented* e *profit-driven* (gestione “imprenditoriale”): ed è proprio rispetto a questo *rischio specifico* che si comprende perché il “generico” filtro dell’autorizzazione giudiziale (tribunale o giudice delegato) dell’atto di straordinaria amministrazione di cui all’art. 167, LF risulta del tutto insufficiente; e si comprende altresì l’accentuazione dell’onere di *disclosure* richiesto a favore dei creditori (costoro, proprio per il “rischio” di nuove operazioni, diventano *in parte qua* “investitori” o, se si vuole, dei *quasi-equity holders*);

- proprio perché – solo e soltanto nel contesto di un CCA – ai creditori si chiede un *expertise* non semplicemente “creditoria” (=liquidazione dei cespiti in funzione di minimizzazione delle perdite), bensì per così dire “para-azionaria” o “para-imprenditoriale” (un’*expertise* connessa al rischio di impresa che, per definizione, i creditori non hanno, limitandosi a valutare la solvibilità del debitore, non la profittevolezza attesa del *business*), si comprende l’ampliamento, non solo e non tanto quantitativo, ma piuttosto essenzialmente *qualitativo*, dell’attestazione dell’esperto: la valutazione professionale di convenienza *ex art. 186-bis*, LF supplisce alla strutturale carenza “imprenditoriale” del ceto creditorio, assicurandolo che anche le «nuove assunzioni di rischio imprenditoriali» e, dunque, le *chances* di utili possono, in fin dei conti, risultare vantaggiose per i creditori.

Si comprende – in altre parole – che laddove la valutazione di convenienza richiesta ai creditori riguardi una moneta concordataria che ingloba solo e soltanto l’attualizzazione di prognosi fondate su liquidazione (anche in blocco, ma pur sempre “liquidazione” in quanto

Concordato con continuità aziendale: quale il quid dell’istituto?
(bozza preliminare)

retta dallo “scopo di liquidazione” e non dallo “scopo di impresa”), l’attestatore si limiti ad effettuare una valutazione di fattibilità, senza compiere alcuna valutazione di merito; laddove al contrario quella stessa valutazione riguarda una moneta concordataria che ingloba altresì e almeno in parte “profitto atteso” (=nuove operazioni, nuove assunzioni di rischio imprenditoriali), allora, il creditore ha bisogno dell’ausilio aggiuntivo di una “consulenza d’affari” circa la ragionevolezza di quello che è, in ultima istanza, un vero e proprio “investimento”¹⁹.

Se questa ricostruzione è sensata può allora ribadirsi, con maggiore fondamento sistematico, che vero è che il regime di gestione dell’impresa concordataria è analogo nel concordato generico e nel CCA (gestione ordinaria più o meno libera; gestione straordinaria soggetta ad autorizzazione), ma gli atti astrattamente autorizzabili sono, a monte, radicalmente differenti: gli atti corrispondenti a «nuove operazioni» sono autorizzabili solo nel contesto di una CCA, dal momento che in un contesto di concordato ordinario quegli atti non solo non possono essere compiuti, ma non possono neanche essere autorizzati essendo estranei all’area di applicazione dell’istituto.

9. Conclusioni.

Se quanto abbiamo fin qui osservato ha un qualche fondamento, può allora dirsi che il vero tratto scriminante fra concordato generico e concordato con continuità aziendale sta proprio qui: non nella semplice continuazione oggettiva della gestione (che si dà sempre: nell’uno e nell’altro tipo di concordato), ma nella diversa prospettiva della

¹⁹ L. ABETE, *Il pagamento dei debiti anteriori nel concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, IPSOA, 2013, p. 1115, sul punto attribuisce all’esperto l’onere di eseguire un giudizio prognostico circa la strumentalità delle prestazioni di beni e servizi ai fini della prosecuzione della attività di impresa e ai fini della ottimale soddisfazione dei creditori, cioè ai fini della sussistenza dell’astratta causalità socio-economica del contratto di concordato con continuità aziendale.

Concordato con continuità aziendale: quale il quid dell’istituto?
(bozza preliminare)

continuazione: meramente «conservativa» nel CO, potenzialmente «lucrativa» (*risk-oriented*) nel CCA.

È questo tratto scriminante che spiega la diversità di disciplina cd. “imperativa”: (i) maggiore analiticità del piano, (ii) parere *ad hoc* dell’esperto.

Pertanto: la scelta del CCA non dipende tanto o soltanto dalle tre discipline di favore – a) moratoria dei prelatizi, b) continuità contrattuale, c) pagamento anticipato dei fornitori strategici (tutti aspetti tutto sommato scarsamente rilevanti) –, quanto dalla circostanza, questa, sì, decisiva, che il debitore in crisi intenda essere posto in condizione, anche in pendenza di procedura, non semplicemente di continuare la gestione, *ma di continuarla a scopo di lucro e con conseguente assunzione di rischio di impresa*. Ciò che – attesa la presenza della crisi – non è più decisione del “solo” imprenditore, giacché ci vuole il consenso “informato” (leggasi: piano analitico di costi e ricavi) dei creditori, nonché l’ausilio di un’*expertise* di un professionista che, in tal caso, funge quasi da “banchiere d’affari” dei creditori.

Da quanto sopra consegue che:

- (i) se un debitore in crisi insta per il concordato generico, la prosecuzione di una attività di impresa *risk-oriented* deve essere preclusa *tout court* (a nulla rilevando una autorizzazione giudiziale che sarebbe comunque illegittima);
- (ii) se un debitore intende proseguire nell’attività di impresa *risk-oriented*, allora, egli deve optare per il CCA, anche in quei casi nei quali egli sia disinteressato alla disciplina di favore;
- (iii) La linea discretiva fra CO e CCA non sta, dunque, tanto nell’aspirazione a quei tre principi di favore di cui all’art. 186-*bis*, LF e 186-*quinquies*, LF (moratoria, continuità contrattuale, pagamento anticipato fornitori strategici: tutti aspetti che, tutto *Concordato con continuità aziendale: quale il quid dell’istituto?*
(bozza preliminare)

sommato, potrebbero non essere affatto decisivi per un CCA); non sta tanto - parimenti - nella mera circostanza fattuale che la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa possa continuare anche in pendenza di concordato (il che è possibile, in sé e per sé, anche in un concordato generico); non sta tanto - ancora - nella mera circostanza fattuale che, post operazioni concordatarie, l'impresa possa restare integra nelle stesse mani del debitore o nelle mani di un terzo (di nuovo: il che è possibile nell'uno e nell'altro scenario); ebbene: la linea discretiva sta, in realtà, nella propensione dell'impresa (solo e soltanto nel CCA) ad assumere nuove posizioni di rischio suscettibili di incidere sulla posizione dei creditori.