

## IL CONCORDATO PREVENTIVO CON AFFITTO D'AZIENDA RIENTRA, DUNQUE, NEL PERIMETRO APPLICATIVO DELL'ART. 186-BIS

di STEFANO AMBROSINI

Sommario: 1. Cenni al dibattito sulla c.d. continuità indiretta nel concordato preventivo. – 2. La soluzione adottata dalla Suprema Corte: principio di diritto e sviluppo argomentativo. – 3. La continuità indiretta nella riforma.

### 1. Cenni al dibattito sulla c.d. continuità indiretta nel concordato preventivo.

Relativamente alla natura – liquidatoria o con continuità aziendale – del concordato preventivo basato sull'affitto di azienda o di un ramo di essa è in corso da diversi anni una serrata disputa tanto in dottrina quanto in giurisprudenza.

Secondo una corrente di pensiero (a cui chi scrive non ha mai ritenuto di aderire), “continuità aziendale e affitto d'azienda si pongono in un rapporto di reciproca esclusione: dove vi è continuità non può esservi affitto d'azienda; dove vi è affitto d'azienda non può esservi continuità”<sup>1</sup>.

Depongono invero in senso contrario al predetto assunto sia la lettera della legge – là dove si parla di “cessione dell'azienda in esercizio” (nulla essendovi in tale espressione che autorizzi a escludere l'affitto) – sia la *ratio* della stessa, che risulta

---

<sup>1</sup> Così DI MARZIO, *Affitto d'azienda e concordato in continuità*, in *ilfallimentarista.it*, 2013, p. 4; nello stesso senso GALLETTI, *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto d'azienda*, *ivi*, 2012, p. 3; LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il decreto sviluppo*, Milano, 2012, p. 58; VITIELLO, *Brevi e scettiche considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale*, *ivi*, 2013, p. 2.

improntata, in modo sufficientemente perspicuo, a una nozione di continuità aziendale in senso oggettivo, vale a dire indipendentemente dal soggetto – il debitore o un terzo – che conduce l'azienda al momento del deposito della domanda di concordato.

A ciò si aggiunga che (i) non tutto l'art. 186-*bis* – della cui integrale applicabilità all'ipotesi di continuità indiretta giustamente si dubita – deve considerarsi ad applicazione necessaria, ma, nel caso di affitto, nei soli limiti di compatibilità con esso; (ii) il rischio d'impresa grava pur sempre (anche) sul debitore, ancorché concedente l'azienda in affitto, non foss'altro che in virtù delle vicende che possono riguardare il contratto di affitto stesso, a cominciare dai possibili inadempimenti dell'affittuario (d'altronde, non par dubbio che l'andamento dell'attività d'impresa continui a incidere, seppur indirettamente, sulla fattibilità del piano); (iii) l'art. 160, u. c., dichiara espressamente inapplicabile al concordato in continuità la soglia del 20% a beneficio dei chirografari: non avrebbe dunque senso precludere la soluzione concordataria imponendo il fallimento in quelle situazioni che, pur connotate dalla continuazione dell'attività d'impresa, vedono l'azienda già affittata a terzi, giacché la *ratio legis* consiste precisamente nel preferire il fallimento ogniqualvolta con la liquidazione del patrimonio aziendale (e non già con la prosecuzione dell'attività, sia pure ad opera di un terzo) non si assicuri il predetto livello di soddisfacimento

Non a caso, nelle “Linee guida” del più grande tribunale italiano si legge testualmente: “pur nella consapevolezza che non tutte le norme speciali che regolano il concordato in continuità siano applicabili anche al caso dell'affitto d'azienda, ritiene l'ufficio di prediligere – in linea con un chiaro *favor* del legislatore per questa tipologia concordataria, destinata, peraltro, nella prospettiva della c.d. riforma Rordorf a rimanere l'unica ipotesi di concordato preventivo – l'argomento secondo il quale, dal momento che l'affitto costituisce null'altro che lo strumento per mantenere l'azienda in vita, la continuità sussiste anche nel caso in cui la proposta di concordato provenga da una società che abbia concesso in affitto a terzi la propria azienda, ravvisandosi in entrambi i casi l'elemento qualificante della

presenza di un'azienda in esercizio"<sup>2</sup>.

## 2. La soluzione adottata dalla Suprema Corte: principio di diritto e sviluppo argomentativo.

In piena aderenza a quest'ultima tesi, da tempo propugnata in dottrina (fra i primi da chi scrive<sup>3</sup>) e progressivamente condivisa da larga parte della giurisprudenza di merito<sup>4</sup>, la Corte di Cassazione ha da ultimo sancito la riconducibilità sia dell'affitto "ponte", sia di quello "puro" (cioè non prodromico alla cessione), all'ambito applicativo dell'art. 186-*bis*<sup>5</sup>, con quanto ne consegue in termini, da un lato, di attestazione "rafforzata" dell'esperto, dall'altro (e soprattutto), di non operatività della soglia percentuale minima del 20% di cui all'u. c. dell'art. 160<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Tribunale fallimentare di Roma, *Linee guida interpretative in ordine a talune questioni controverse della procedura di concordato preventivo*, in *Ilfallimentarista.it*; nello stesso senso le *Linee guida interpretative su alcuni profili della L. 132/2015*, *ivi*, varate da un gruppo di giudici delegati appartenenti ad alcuni fra i più importanti tribunali fallimentari italiani (da Milano a Torino, da Monza a Bergamo, da Padova a Treviso, da Palermo a Catania, pur con l'assenza ad esempio di quelli di Napoli, Bari, Bologna e Firenze).

<sup>3</sup> AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in *ilcaso.it*, 4 agosto 2013, p. 9. Nello stesso senso, fra gli altri, PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Fallimento*, 2013, p. 1101; ARATO, *Questioni controverse nel concordato preventivo con continuità aziendale: il conferimento e l'affitto d'azienda, il pagamento ultrannuale dei creditori privilegiati, l'uscita dalla procedura*, in *ilcaso.it.*, 9 agosto 2016, pp. 10-11.

<sup>4</sup> Fra le decisioni in tal senso v. Trib. Milano, 28 dicembre 2017, ric. Waste Italia SpA, inedito; Trib. Rimini, 9 novembre 2017, in *ilcaso.it*; Trib. Alessandria, 18 gennaio 2016, *ivi*; Trib. Udine, 5 maggio 2016, *ivi*; Trib. Roma, 24 marzo 2015, *ivi*; Trib. Bolzano, 10 marzo 2015, *ivi*; Trib. Reggio Emilia, 21 ottobre 2014, *ivi*; Trib. Avezzano, 22 ottobre 2014, *ivi*; Trib. Vercelli, 13 agosto 2014, *ivi*; Trib. Cassino, 31 luglio 2014, *ivi*; Trib. Mantova, 19 settembre 2013, *ivi*; Trib. Monza, 11 giugno 2013, *ivi*; fra quelle in senso contrario cfr. Trib. Como, 29 aprile 2016, *ivi*; Trib. Firenze, 1° gennaio 2016, *ivi*; Trib. Ravenna, 22 ottobre 2014, *ivi*; Trib. Busto Arsizio, 1° ottobre 2014, *ivi*.

<sup>5</sup> Il contributo dottrinale più recente dove la questione è impostata in questi termini è quello di AMBROSINI, *Concordato preventivo con continuità aziendale: problemi aperti in tema di perimetro applicativo e di miglior soddisfacimento dei creditori*, in *ilcaso.it*, 25 aprile 2018, pp. 2-4 (che riprende, in parte, il precedente saggio *Il nuovo concordato preventivo alla luce della «miniriforma»*, in *Dir. fall.*, 2015, I, pp. 359 ss.).

<sup>6</sup> Sul punto cfr., in luogo di altri, SANDULLI, *La rilevanza del livello di soddisfazione dei creditori (le percentuali concordatarie)*, in SANDULLI-D'ATTORRE

Il principio di diritto opportunamente affermato dai giudici di legittimità è il seguente: “Il concordato con continuità aziendale disciplinato dall’art. 186-*bis* l. fall. è configurabile anche quando l’azienda sia già stata affittata o sia destinata ad esserlo, rivelandosi affatto indifferente la circostanza che, al momento dell’ammissione alla suddetta procedura concorsuale o del deposito della relativa domanda, l’azienda sia esercitata dal debitore o, come nell’ipotesi dell’affitto della stessa, da un terzo, in quanto il contratto d’affitto – recante, o meno, l’obbligo dell’affittuario di procedere, poi, all’acquisto dell’azienda (rispettivamente, affitto cd. ponte oppure cd. puro) – può costituire uno strumento per giungere alla cessione o al conferimento dell’azienda senza il rischio della perdita dei suoi valori intrinseci, primo tra tutti l’avviamento, che un suo arresto, anche momentaneo, rischierebbe di produrre in modo irreversibile”.

A tale conclusione la sentenza giunge attraverso un percorso argomentativo che si lascia apprezzare per coerenza e linearità.

Premesse alcune considerazioni di carattere generale sul concordato preventivo con continuità aziendale (dichiaratamente desunte dai contributi dottrinali in materia)<sup>7</sup>, la Corte rileva come il legislatore del 2012 abbia “inteso favorire la prosecuzione dell’attività d’impresa in senso tanto soggettivo quanto oggettivo (basti soltanto pensare alla compiuta disciplina sui contratti in corso di esecuzione o alla puntuale regolamentazione dei finanziamenti)”<sup>8</sup>, precisando

---

(a cura di), *La nuova mini-riforma della legge fallimentare*, Torino, 2016, pp. 102-103.

<sup>7</sup> L’inquadramento della fattispecie è attinto in particolare (e per lo più *verbatim*) da BOZZA, *Affitto e vendita dell’azienda quali strumenti di risanamento dell’impresa*, in *Fallimento*, 2017, pp. 1023 e ss.

<sup>8</sup> Riprendendo testualmente un efficace spunto dottrinale (CASA, *Il voto dei creditori privilegiati nel concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2013, 1378 ss.), la Cassazione osserva che “quella della “continuità aziendale” è stipulazione definitiva contemporaneamente opaca e duttile, che va intimamente collegata al rapporto materiale e giuridico che il debitore intende mantenere con la propria azienda durante, in vista ed ai fini del risanamento. Si potrà, allora, fare riferimento ad una continuità in senso più marcato (“forte”), ove il piano concordatario preveda il pagamento dei creditori attraverso la prosecuzione dell’attività d’impresa da parte del debitore, oppure in senso meno evidente (“debole”), ove il risanamento venga attuato attraverso una serie di attività strumentali alla cessione dell’azienda in esercizio, come l’affitto d’azienda (eventualmente, ma non necessariamente, accompagnato da una proposta irrevocabile d’acquisto ad un prezzo

correttamente che ciò su cui l'attenzione della legge "ha mostrato di appuntarsi è la "azienda in esercizio", indipendentemente dalla circostanza che essa sia condotta dal debitore, o da soggetti diversi. Di qui, fra l'altro, la riconducibilità dell'affitto di azienda stipulato anteriormente al deposito della domanda nel perimetro applicativo dell'art. 186-bis (fattispecie che va sotto il nome di continuità indiretta)"<sup>9</sup>.

In ordine, poi, al momento di stipulazione del contratto d'affitto d'azienda, la decisione di cui trattasi afferma, convincentemente, come risulti "affatto indifferente la circostanza che, al momento della ammissione al concordato o del deposito della domanda, l'azienda sia esercitata dal debitore o, come nel caso dell'affitto della stessa, da un terzo, in quanto, in ogni caso, il contratto d'affitto costituisce un semplice strumento per giungere alla cessione o al conferimento dell'azienda senza il rischio della perdita dei valori intrinseci, primo tra tutti l'avviamento, che un suo arresto, anche momentaneo, produrrebbe in modo irreversibile"<sup>10</sup>.

Con riferimento, inoltre, al rilievo dottrinale circa la non persistente "pienezza" della qualità d'imprenditore in capo al debitore che abbia concesso in affitto l'azienda prima del deposito della domanda<sup>11</sup>, la Corte, superando l'obiezione (in verità non decisiva), rileva giustamente che "l'imprenditore che affitta la sua azienda conserva ancora una serie di obblighi giuridici, come il divieto di concorrenza ex art. 2557 cod. civ. e la tutela dei segni distintivi, i quali non fanno venire meno la sua natura di imprenditore commerciale a prescindere dal venir meno del suo rapporto materiale con l'azienda".

Ed invero, come da tempo osservato, appare "incontestabile

---

garantito); tanto più "debole" sarà la continuità quanto più probabile e prossima sarà la perdita di contatto dell'imprenditore con la propria azienda".

<sup>9</sup> L'assunto riproduce *verbatim* il corrispondente passo del saggio *Concordato preventivo con continuità aziendale: problemi aperti in tema di perimetro applicativo e di miglior soddisfacimento dei creditori*, cit., p. 2.

<sup>10</sup> Per l'opposta tesi dell'impossibilità di applicare l'art. 186-bis all'affitto d'azienda ove stipulato prima del deposito della domanda di concordato v. invece STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2013, pp. 1222 e ss.

<sup>11</sup> Cfr. FABIANI, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca al codice civile*, Bologna, 2014, p. 194, secondo il quale "il debitore, pur se non perde la qualifica di imprenditore si trasforma in «imprenditore quiescente» perché solo al momento della cessazione del contratto di affitto riprenderà, a pieno, il suo ruolo".

che il rischio d'impresa continui a gravare, seppur indirettamente, sul soggetto in concordato e che l'andamento dell'attività incida, in ultima analisi, sulla fattibilità del piano"<sup>12</sup>. Non a caso la Suprema Corte statuisce in proposito che, "ogni qualvolta la prosecuzione dell'attività di impresa da parte dell'affittuario (a prescindere dal momento della stipulazione del contratto di affitto) sia rilevante ai fini del piano, e cioè influenzi la soddisfazione dei creditori concorsuali, il concordato preventivo dovrà essere qualificato con continuità aziendale"<sup>13</sup>.

Quanto all'ipotesi in cui l'affitto non sia strutturato in chiave prodromica alla cessione ma risulti, per così dire, "fine a se stesso", la Cassazione, facendo propria (testualmente) una recente opinione dottrinale sul punto<sup>14</sup>, afferma: "Discorso analogo vale, *mutatis mutandis*, per il cd. affitto puro, quello, cioè, che non risulti prodromico alla cessione dell'azienda, ma alla sua semplice dislocazione in capo all'affittuario, con successiva retrocessione, durante la fase esecutiva del piano o al termine di essa, al debitore. Non ha infatti senso annettere natura liquidatoria a tale fattispecie, nella quale il piano consente il ritorno *in bonis* dell'imprenditore addossando temporaneamente a terzi gli oneri ed i rischi connessi alla conduzione dell'attività, senza che vi sia, tendenzialmente, alcuna dismissione di cespiti aziendali (salva l'ipotesi di alienazione di beni non funzionali alla "riperimetrata" continuità, espressamente contemplata dall'art. 186-*bis* l. fall.)".

### 3. La continuità indiretta nella riforma.

Volendo infine accennare alle prospettive *de jure condendo*, va detto che la legge delega n. 155 del 19 ottobre 2017, con una

---

<sup>12</sup> AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, cit., p. 9.

<sup>13</sup> L'assunto riproduce in modo testuale quanto osservato al riguardo da ARATO, *Questioni controverse nel concordato preventivo con continuità aziendale: il conferimento e l'affitto d'azienda, il pagamento ultrannuale dei creditori privilegiati, l'uscita dalla procedura*, cit., p. 10.

<sup>14</sup> Si tratta nuovamente del saggio *Concordato preventivo con continuità aziendale: problemi aperti in tema di perimetro applicativo e di miglior soddisfacimento dei creditori*, cit., pp. 4-5.

scelta da salutare anch'essa con favore, aveva anticipato la soluzione oggi accolta dalla Cassazione (e di ciò la sentenza di cui trattasi dà atto), stabilendo, nell'ambito dei principi generali (e precisamente all'art. 2, 1° c., lett. g), la necessità di “dare priorità di trattazione, fatti salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche tramite un diverso imprenditore (...)”. In sede di emendamenti parlamentari al testo della delega varato dal Governo, si era altresì individuato, fra i principi e i criteri direttivi in materia di concordato preventivo, quello di: “integrare la disciplina del concordato con continuità aziendale, prevedendo (...) che tale disciplina si applichi anche nei casi in cui l'azienda sia oggetto di contratto di affitto, anche se stipulato anteriormente alla domanda di concordato” all'art. 6, 1° c., lett. i).

La legge in parola ha pertanto vincolato il legislatore delegato alla necessità di ricomprendere nel perimetro applicativo dell'art. 186-*bis* la fattispecie della continuità indiretta.

Nello schema di decreto legislativo delegato recante il “Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza” (nella versione diffusa a novembre 2018) si prevede, al riguardo, che “la continuità può essere diretta in capo all'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato, ovvero indiretta, in caso sia prevista la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, affitto, stipulato anche anteriormente alla presentazione del ricorso, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, o a qualunque altro titolo, ed è previsto dal contratto o dal titolo il mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per i successivi due anni” (così l'art. 84, 2° c.).

L'impostazione adottata dal decreto delegato suscita tuttavia qualche perplessità, sia dal punto di vista della “contaminazione” della fattispecie con aspetti occupazionali più acconci, a ben vedere, alla disciplina dell'amministrazione straordinaria che non a quella del concordato preventivo, sia sotto il profilo del rispetto della legge delega, dal momento che l'art. 6, 1° comma, lett. i), n. 3, è imperniato sul presupposto dell'*identità di disciplina* fra continuità diretta e indiretta, con

ciò sembrando escludere disposizioni di “sfavore” (in termini di oneri supplementari) per quest’ultima, com’è, invece, chiaramente quella sul livello minimo di lavoratori (subordinati o – come parrebbe – non necessariamente tali?) da mantenere o riassumere.

Senza dire del possibile, ulteriore, profilo di incostituzionalità – di là dal dirimente contrasto con la legge delega – in ordine alla dubbia ragionevolezza di una siffatta disparità di trattamento fra continuità diretta e indiretta, tanto più – si ripete – al cospetto di un quadro che, dalla *ratio* sottesa alle indicazioni del legislatore delegante alla posizione da ultimo assunta dalla Suprema Corte, è caratterizzato dal principio della medesima disciplina delle due fattispecie e, come tale, verosimilmente idoneo a limitare la discrezionalità del legislatore delegato sul punto in questione.