



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

---

Dipartimento di Economia e Management

Corso di Laurea Magistrale in  
Economia e legislazione d'impresa

Tesi di Ricerca

**L'AFFITTO D'AZIENDA NEL CONCORDATO  
PREVENTIVO CON CONTINUITÀ AZIENDALE**

Relatore:  
Prof. Luca Mandrioli

Laureanda:  
Jessica Alberti

Anno Accademico 2013 - 2014



A tutti coloro che mi vogliono bene



La parola crisi, scritta in cinese, è composta di due caratteri.  
Uno rappresenta il pericolo e l'altro rappresenta l'opportunità.  
*(John Fitzgerald Kennedy, Discorso a Indianapolis, 1959)*



## INDICE

<b>INTRODUZIONE.....</b>	<b>9</b>
<b>CAPITOLO I: IL CONCORDATO PREVENTIVO CON CONTINUITÀ AZIENDALE: UNO SGUARDO D'INSIEME.....</b>	<b>11</b>
1.1. La crisi e la via del risanamento .....	11
1.2. Il concetto di “continuità aziendale” .....	16
1.3. La tutela del ceto creditorio .....	19
1.3.1. Il contenuto del piano “rafforzato” .....	20
1.3.2. L’attestazione “aggravata” del professionista .....	22
1.4. La componente premiale per il debitore concordatario .....	27
1.4.1. La moratoria annuale dei crediti privilegiati .....	27
1.4.2. La continuità dei contratti in corso di esecuzione .....	31
1.4.2.1. (Segue) L’inefficacia dei patti contrari .....	31
1.4.2.2. (Segue) I contratti pubblici e con la Pubblica Amministrazione .....	32
1.4.3. La partecipazione alle procedure di assegnazione dei contratti pubblici .....	35
1.4.4. Il pagamento dei creditori essenziali e strategici .....	38
1.5. Il perimetro normativo della continuità .....	40
1.5.1. Le diverse fattispecie previste dalla norma .....	40
1.5.2. Il mancato richiamo al contratto di affitto d’azienda.....	45
<b>CAPITOLO II: L’AFFITTO DI AZIENDA FINE A SE STESSO.....</b>	<b>49</b>
2.1. La mancata applicazione delle disposizioni del concordato preventivo con continuità aziendale all’affitto d’azienda.....	49
2.1.1. (Segue) L’interpretazione letterale della norma .....	50
2.1.2. (Segue) Il trasferimento del rischio imprenditoriale e l’estensione dell’apparato documentale .....	51
2.1.3. (Segue) L’incompatibilità delle agevolazioni specifiche in presenza di trasferimento aziendale .....	56
2.2. La tesi che propende per l’applicabilità dell’art.186 bis l.f. all’affitto d’azienda	57
2.2.1. (Segue) La preminenza dell’elemento oggettivo della prosecuzione dell’attività di impresa.....	58
2.2.2. (Segue) Il rischio imprenditoriale “permanente” e la questione relativa ai requisiti formali del piano .....	62

2.2.3. ( <i>Segue</i> ) L'applicazione delle norme di <i>favor</i> per la continuità aziendale .....	66
<b>CAPITOLO III: L'AFFITTO D'AZIENDA C.D. "PONTE" .....</b>	<b>69</b>
3.1. Le varie configurazioni del contratto di affitto.....	69
3.1.1. La <i>ratio</i> dell'istituto dell'affitto - ponte .....	71
3.1.2. ( <i>Segue</i> ) La determinazione dei canoni di affitto e del prezzo di vendita .....	73
3.1.3. ( <i>Segue</i> ) Il profilo di durata del contratto di affitto .....	75
3.2. L'inclusione dell'affitto - ponte nel perimetro della "continuità aziendale" .....	76
3.2.1. Gli aspetti condivisi a favore della compatibilità.....	76
3.2.1. Le principali questioni Interpretative .....	79
3.2.1.1. Il necessario esperimento di procedure competitive.....	79
3.2.1.2. Il momento di intervento del terzo affittuario.....	80
<b>CAPITOLO IV: L'AFFITTO D'AZIENDA NELLA CONTINUITÀ AZIENDALE: PROBLEMATICHE OPERATIVE .....</b>	<b>83</b>
4.1. L'affitto previsto dal piano concordatario .....	83
4.2. Il concordato c.d. "preconfezionato" "chiuso" .....	84
4.2.1. La sopravvivenza dell'impresa da parte del debitore .....	87
4.2.2. La previsione contenuta nel piano concordatario.....	89
4.2.3. La perdita della qualifica imprenditoriale .....	90
4.3. L'affitto e il concordato c.d. "prenotativo" con continuità.....	95
4.3.1. La contrattualizzazione in fase di riserva .....	95
4.3.2. Il concordato c.d. "prenotativo" con continuità aziendale .....	97
4.4. La stipula del contratto di affitto d'azienda tra il decreto di ammissione e l'omologa.....	103
<b>CAPITOLO V: LA RETROCESSIONE DELL'AZIENDA AFFITTATA.....</b>	<b>105</b>
5.1. La retrocessione "traumatica" dell'azienda.....	105
5.1.1. Retrocessione depauperata e i crediti prededucibili .....	109
5.1.2. Successione nei contratti e rapporti svantaggiosi .....	114
5.1.3. La disciplina degli artt. 2560 e 2112 c.c.....	123
5.2. Le conseguenze giuridiche nell'ipotesi di fallimento di uno dei due contraenti	127
<b>CONCLUSIONI .....</b>	<b>133</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>139</b>

## INTRODUZIONE

La principale novità del Decreto Sviluppo d.l.83/2012<sup>1</sup>, così come convertito con modificazioni dalla legge 134/2012<sup>2</sup>, è rappresentata dalla tipizzazione della figura del “concordato preventivo con continuità aziendale” ai sensi del nuovo art. 182 quinquies quarto comma e 186 bis l.f., fattispecie da tempo conosciuta soltanto alla prassi e resa possibile dall’ampia libertà riconosciuta al debitore ai sensi dell’art. 160 primo comma l.f. Il legislatore nel 2012 interviene quindi con l’obiettivo di ampliare le possibilità di risanamento delle imprese in crisi evitando che l’attuale periodo di recessione comporti il fallimento anche di quelle per le quali sarebbe ipotizzabile un recupero. Vengono pertanto dettate specifiche regole sul funzionamento dell’impresa in concordato. *In primis* vengono introdotte disposizioni volte a dare accoglienza a disagi tipici del “vecchio” concordato di risanamento che reclamavano una soluzione, tra cui la disciplina relativa ai contratti in corso di esecuzione (art. 169 bis l.f), la disapplicazione delle norme societarie in presenza di riduzione del capitale sociale (art. 182 sexies l.f.), l’ampliamento della possibilità di ottenere risorse finanziarie anche in corso di procedura (art. 182 quinquies commi primo-terzo l.f.), la possibilità di presentare domanda di concordato con riserva della presentazione del piano e proposta concordataria (art. 161 comma sesto e seguenti l.f.); si tratta di disposizioni che seppur non presuppongono la continuità aziendale ne sono comunque funzionali. Con specifico riferimento al concordato preventivo con continuità aziendale vengono poi introdotte non solo norme volte a favorire la prosecuzione dell’attività di impresa ma, al contempo, anche un appesantimento della procedura. Tra le agevolazioni specifiche connesse alla “continuità aziendale” si richiama la possibilità di prevedere la moratoria annuale per il pagamento dei creditori privilegiati, l’inefficacia di clausole risolutive e la prosecuzione dei contratti anche con riferimento a quelli pubblici, la possibilità di partecipare a procedure di assegnazione degli stessi nonché il diritto al pagamento dei creditori essenziali e strategici anteriori. Tuttavia, il perseguimento dell’obiettivo della continuità richiede

---

<sup>1</sup> Decreto legge n.83 del 22 giugno 2012 n.83 rubricato “*Misure urgenti per la crescita del Paese*”, in [www.normattiva.it](http://www.normattiva.it).

<sup>2</sup> Legge n. 134 del 7 agosto 2012, “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, recante misure urgenti per la crescita del Paese*”, in [www.normattiva.it](http://www.normattiva.it).

di garantire una tutela al ceto creditorio, un “miglior soddisfacimento dei creditori”, attraverso un apparato documentale “rafforzato” a fronte di una procedura basata sulla prosecuzione dell’attività imprenditoriale che presenta una rischiosità intrinseca maggiore rispetto ad un concordato liquidatorio.

Il presente elaborato si pone l’obiettivo di analizzare le possibilità offerte dal contratto di affitto come strumento, sempre più utilizzato, per garantire la continuità aziendale in situazioni di crisi di impresa. In particolare si affronta il “caso controverso” circa la riconducibilità di detta fattispecie alla nuova tipologia concordataria con le conseguenti implicazioni di ordine pratico che ne derivano. L’odierna disciplina del concordato con continuità declina infatti la continuità tanto in senso soggettivo che oggettivo, mediante la cessione o il conferimento di azienda in esercizio, non contemplando espressamente l’ipotesi dell’affitto seppure propedeutico ad una successiva cessione. Il che ha posto problematiche al centro di un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Ai fini di un corretto inquadramento della questione, nella parte iniziale di questa mia tesi, presenterò brevemente le caratteristiche principali della nuova procedura concorsuale a partire dalla definizione del concetto di “continuità aziendale”, alla componente prudenziale<sup>3</sup>, premiale<sup>4</sup>, fino a porre l’attenzione sulla perimetrazione della fattispecie. Passando così alla trattazione del tema centrale della compatibilità dell’affitto alla fattispecie della “continuità aziendale” esaminerò i principali indirizzi interpretativi che si sono succeduti nel tempo e le ragioni, a favore e contro, rispettivamente sostenute. Nello sviluppare detta analisi particolare attenzione sarà dedicata alle variabili tramite cui lo stesso contratto si può configurare, in particolare alla fattispecie dell’affitto - ponte e ai diversi momenti in cui l’intervento del terzo può venire a manifestarsi.

Nella parte finale del mio elaborato cercherò di proporre una sintesi critica delle conclusioni personalmente raggiunte, indicando eventuali interventi normativi auspicabili.

---

<sup>3</sup> Così come definita da F. PASQUARIELLO, *Il concordato preventivo con continuità*, in *Le nuove leggi civili commentate*, fasc.5/2013, p.1149, con riferimento agli strumenti di tutela per il ceto creditorio.

<sup>4</sup> Vd F. PASQUARIELLO, *Il concordato preventivo con continuità*, op.cit., p.1156, relativamente alle agevolazioni specifiche previste ai sensi dell’art. 186 bis l.f.

# CAPITOLO I

## IL CONCORDATO PREVENTIVO CON CONTINUITÀ AZIENDALE: UNO SGUARDO D'INSIEME

### 1.1. La crisi e la via del risanamento

Nell'ultimo decennio il diritto fallimentare è venuto a qualificarsi come un cantiere di riforme frammentarie, succedutesi con periodicità quasi annuale, e funzionali allo sviluppo e alla crescita economica. Nel tempo la legge fallimentare strutturata inizialmente in ottica prettamente liquidatoria, in quanto volta all'estromissione dal mercato, ha iniziato a orientarsi verso finalità di risanamento delle imprese in difficoltà e di mantenimento dell'attività produttiva.

Nella prassi precedente alla riforma del Decreto Sviluppo avrebbe potuto considerarsi concordato con continuità aziendale (o meglio di risanamento) quello in cui di fatto l'attività di impresa proseguiva in virtù dell'ampio contenuto che potevano presentare i piani di concordato ai sensi dell'art 160 l.f. secondo cui il piano deve prevedere *“la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti in qualsiasi forma”*. Tuttavia, sebbene la riforma introdotta a partire dal 2005 avesse liberato la proposta concordataria dai ferrei vincoli su cui giaceva lo strumento, disponendo che il debitore fosse libero di adottare qualunque forma di soddisfacimento dei debitori, la prassi formatasi successivamente aveva evidenziato alcune misure *“impeditive della continuità”* stessa e la netta prevalenza di concordati liquidatori<sup>5</sup>. A fronte di questa situazione e delle esigenze di una più celere regolazione e superamento della crisi di impresa il legislatore del Decreto Sviluppo ha previsto una serie di misure innovative che, seppure non applicabili esclusivamente al concordato con continuità aziendale, sono efficaci per favorire la prosecuzione dell'attività di impresa.

Innanzitutto, con il Decreto Sviluppo è stato introdotto l'articolo 182 sexies l.f. che ha disposto la disapplicazione delle norme di diritto societario in tema di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale e degli obblighi

---

<sup>5</sup> Vd. indagine OCI. A. PALETTA, *Tempestiva emersione dello stato di crisi e qualità dei piani di concordato: prime evidenze empiriche*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc.9/2013, pp.1037ss.

di ricapitalizzazione o trasformazione, salva l'applicazione dell'art. 2486 c.c. per cui al verificarsi di una causa di scioglimento gli amministratori conservano il potere di gestire la società ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale. La paralisi sopra esposta trova applicazione per tutto il periodo che va dal deposito del ricorso sino all'omologazione. Lo scopo è quello di consentire al debitore di riavviare i meccanismi aziendali e procurarsi le risorse necessarie al ripristino del capitale richiesto anche mediante falcidia concordataria, cessione o conferimento conseguente all'omologa. Viceversa l'obbligo di immediata applicazione alle disposizioni civilistiche intralcerebbe l'accesso alla procedura<sup>6</sup>.

Sempre al fine di agevolare la prosecuzione dell'attività d'impresa sono state introdotte norme tese a favorire l'acquisizione di risorse finanziarie, non solo in fase di esecuzione o in funzione della presentazione della domanda di concordato ex art. 182 quater l.f. Con il novellato art. 182 quinquies primi commi è stata prevista la possibilità di richiedere finanziamenti c.d. interinali anche in corso di procedura purché sottoposti al vaglio del Tribunale, previa eventuale assunzione di sommarie informazioni e attestazione della funzionalità al migliore soddisfacimento dei creditori da parte di professionista abilitato. Detti finanziamenti, individuabili anche solamente per tipologia ed entità, saranno assistiti dal trattamento in prededuzione di cui all'art. 111 l.f.. Viene così bilanciato il maggior rischio a carico della parte erogante che opera con un imprenditore in procedura con la necessità di recepimento di risorse necessarie per la prosecuzione dell'attività di impresa. Si tratta di norma fondamentale che consente di agevolare la prosecuzione dell'attività, frenando l'emorragia di cassa e le difficoltà di accesso al credito che normalmente caratterizzano le imprese in crisi e ne impedirebbero il risanamento<sup>7</sup>.

In merito ai contratti in corso di esecuzione al momento della presentazione della domanda di concordato preventivo il legislatore della riforma è intervenuto colmando una lacuna che aveva spesso ostacolato la procedura stessa; in mancanza di disciplina specifica e in presenza di continuazione dell'attività di impresa si

---

<sup>6</sup> Vd. A. DIMUNDO, *La sospensione dell'obbligo di ridurre il capitale sociale per perdite rilevanti nelle procedure alternative al fallimento*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc.9/2013, pp.1157ss.

<sup>7</sup> Per un'analisi approfondita dei finanziamenti in ambito concordatario si veda L. BALESTRA, *I finanziamenti all'impresa in crisi nel c.d. Decreto Sviluppo*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc.12/2012, pp.1401ss.; G. SANDRINI, *I finanziamenti nel concordato preventivo: schemi di sintesi*, 28.06.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).

deduceva infatti la prosecuzione automatica dei rapporti pendenti con l'obbligo di far fronte alle obbligazioni ancora ineseguite. Con l'introduzione dell'art. 169 bis l.f. il legislatore ha previsto che *“Il debitore nel ricorso di cui all'articolo 161 può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso. Su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta. In tali casi, il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento. Tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato. Lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta. Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai rapporti di lavoro subordinato nonché ai contratti di cui agli articoli 72,ottavo comma, 72-ter e 80, primo comma”*. La disposizione deve essere letta nella prospettiva di consentire all'imprenditore di riorganizzare i processi di *business*, riconfigurando le modalità di impiego di risorse e dunque le nuove condizioni di efficienza economica a partire dalla revisione dei contratti in essere; si consente quindi al debitore di svincolarsi da contratti considerati troppo onerosi in funzione della prosecuzione dell'attività<sup>8</sup>.

Infine, ma non per importanza, ai fini di soddisfare l'esigenza di una più celere emersione della crisi e incentivare i terzi a non abbandonare il debitore è stata prevista la possibilità di presentare domanda di concordato preventivo o di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti riservandosi di presentare il piano, la proposta e tutta la documentazione prescritta dall'art. 161 l.f. in un termine successivo fissato dal Tribunale tra sessanta e centoventi giorni, prorogabile esclusivamente in presenza di giustificati motivi di ulteriori sessanta, mutuando il modello della *reorganization* statunitense. Si parla dell'istituto definito dalla prassi come preconcordato, concordato prenotativo, “con riserva” o concordato “in bianco”. Dal momento della presentazione del ricorso si producono gli effetti protettivi di cui all'art. 168 l.f. ossia il blocco delle azioni esecutive e cautelari (c.d. *automatic stay*)

---

<sup>8</sup> Per un'analisi approfondita si veda: P.F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, 11 marzo 2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *In fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc.3/2013, pp.261ss.

oltre all'inefficacia delle iscrizioni ipotecarie giudiziali nei novanta giorni precedenti la pubblicazione del ricorso. La domanda di concordato consente di promuovere la stabilità dei rapporti e generare fiducia sulle successive iniziative e appare pertanto un fondamentale strumento a favore della continuità aziendale<sup>9</sup>.

Affianco a dette disposizioni di speciale favore per la prosecuzione dell'attività imprenditoriale che meriti in qualche modo di essere salvaguardata, la principale novità del Decreto Sviluppo è rappresentata dall'introduzione della disciplina specifica del concordato preventivo con continuità aziendale: artt. 186 bis e 182 quinquies comma quarto l.f. Pur non derogando alla predetta ampia libertà dell'imprenditore, la figura del concordato con continuità aziendale è stata quindi recentemente formalizzata e tipizzata con l'entrata in vigore del titolo III del Decreto Sviluppo recante "Misure urgenti per la crescita del Paese". L'intervento è volto a rimediare all'inidoneità delle procedure concorsuali alla grave recessione economica e all'emergenza in cui si sono trovate varie imprese italiane con l'obiettivo di "incentivare l'impresa a denunciare per tempo la propria situazione di crisi, piuttosto che quella di assoggettarla a misure di controllo esterno che la rilevino"<sup>10</sup>. Preme evidenziare sin da subito come il suddetto decreto di "urgenza" individua il *dies a quo* di efficacia delle nuove disposizioni nel trentesimo giorno dell'entrata in vigore della legge di conversione, ossia dall'11 settembre 2012. La scelta di intervenire mediante una decretazione di urgenza e poi posporre a una *vacatio legis* l'applicazione della normativa ha destato non pochi dubbi costituzionali nei confronti dell' art. 77 Cost<sup>11</sup>. A ciò si aggiunga che, in sede di conversione del decreto legge, è stato abrogato parte del comma primo in cui si faceva esplicito rinvio agli artt. 160 ss l.f. in quanto compatibili. La soppressione di tale inciso non pare chiara; la disciplina specifica del concordato con continuità non può infatti prescindere dalle disposizioni generali, non avrebbe un sufficiente grado di completezza<sup>12</sup>. Detto istituto

---

<sup>9</sup> Cfr. E. GAI, *Il concordato e le c.d. autorizzazioni speciali*, 06.02.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).

<sup>10</sup> Ragioni evidenziate nella relazione al disegno di legge di conversione n.5312 Camera dei Deputati.

<sup>11</sup> Cfr. F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il 'Decreto sviluppo'*, in *Il Civilista*, n. speciale, 3/2012, pp.83-85.

<sup>12</sup> Da una lettura dell'emendamento pare che detta soppressione fosse connessa alla necessità di dare maggiore autonomia alla disciplina della continuità aziendale, autonomia che comunque non contrasterebbe con la disciplina generale recante condizioni di ammissibilità ecc. Pare si volersi evitare che il rinvio rendesse l'articolo riferibile solo al concordato mentre la disciplina della continuità aziendale riguarda anche l'accordo di ristrutturazione dei debiti. L'applicazione al

caratterizzato dalla possibilità per un'impresa in crisi di proseguire l'attività nonostante la situazione di difficoltà finisce per riproporre sotto una diversa forma giuridica la possibilità di continuazione in regime di moratoria che era propria dell'amministrazione controllata e presentando inoltre non poche affinità con la disciplina dell'amministrazione straordinaria delle imprese in crisi. La prosecuzione dell'attività di impresa potrebbe consentire determinati vantaggi in presenza di aziende o rami di essere che meritino di essere salvaguardate. L'azienda potrebbe usufruire dei benefici connessi alle perdite fiscali garantendo maggiori flussi al servizio del debito; la prosecuzione potrebbe garantire la realizzazione di determinate attività che altrimenti andrebbero perse; il completamento di commesse; oltre ad evitare il rischio di restrizioni di credito o di incorrere in penali contrattuali e richieste di risarcimento<sup>13</sup>. La prosecuzione di una determinata attività potrebbe altresì essere funzionale alla continuazione di servizi connessi<sup>14</sup>. Tuttavia, la scelta dell'imprenditore non sembra discrezionale, bensì deve essere compatibile con le condizioni di mercato sia interne che esterne: è necessario verificare che vi siano aree di attività che consentano di ipotizzare un rendimento economico compatibile con il rischio di insuccesso e soddisfacente dal punto di vista quantitativo, analisi effettuata avendo a riferimento il mercato e i *competitors*.

Non sono nemmeno mancate le critiche all'istituto a partire dalla difficoltà per il ceto creditorio di accettare che un soggetto insolvente destini parte delle proprie risorse alla continuazione dell'attività piuttosto che al soddisfacimento delle proprie obbligazioni. Questo *modus operandi* deve essere inteso quale possibilità di proporre ai creditori un migliore soddisfacimento in ragione del fatto che una parte di risorse vengono lasciate a disposizione dell'attività di impresa al fine di consentire un ritorno economico maggiore di quello di cui potrebbero beneficiare in ottica di liquidazione immediata. A ciò si affianca il potenziale effetto distorsivo derivante da anomalie in termini di concorrenza in un mercato ove si trovano a competere imprenditori tenuti ad adempiere integralmente le proprie obbligazioni con

---

concordato con continuità degli artt.160ss è ora indiscussa. F. PASQUARIELLO, *Il concordato preventivo con continuità*, op.cit, p.1140.

<sup>13</sup> Sebbene l'art.169 bis abbia chiarito la natura del credito derivante dagli oneri nascenti dall'interruzione dei contratti come concorsuale permane il rischio che il cliente compensi il proprio debito con il credito da risarcimento.

<sup>14</sup> Ad esempio Tribunale di Bolzano decr. 27/02/2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

imprenditori che godono di speciali benefici volti a favorire il risanamento<sup>15</sup>. La problematica non costituisce però oggetto del presente elaborato.

## **1.2. Il concetto di “continuità aziendale”**

Il concetto base della norma in oggetto è quello di continuità aziendale, nozione presente nell'art. 33 del Decreto Sviluppo rubricato “Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale” e richiamata nella disciplina concordataria ex artt. 186 bis e 182 quinquies l.f. Detto concetto merita un approfondimento critico.

Prima della riforma del 2012 la continuità era ravvisata solo nelle ipotesi di continuazione di fatto dell'attività da parte dello stesso imprenditore in crisi, cosiddetta continuità soggettiva; viceversa l'ipotesi di trasferimento era ricondotto al *genus* del concordato per *cessio bonorum*. La nuova disciplina presenta invece alcune affinità con quella dell'amministrazione straordinaria riconoscendo la continuità aziendale tanto in senso soggettivo che oggettivo. Con l'introduzione del concordato con continuità si assiste quindi ad uno spostamento di prospettiva: dalla meritevolezza dell'imprenditore alla meritevolezza del complesso industriale. Lo stato di insolvenza o crisi potrebbe riguardare la condizione dell'imprenditore e non investire necessariamente l'esercizio dell'impresa nel suo intero o per parte di essa, la quale, a determinate condizioni, potrebbe avere ancora una sua ragione economica che in quanto tale merita di essere salvaguardata. La continuazione può infatti avvenire ad opera dell'imprenditore originario ovvero di terzi tramite il trasferimento dell' “azienda in esercizio”: l'essere in esercizio diviene requisito di ammissibilità del concordato. Si pone quindi il problema di stabilire quando un'azienda o un ramo di essa possa definirsi tale. Analoga nozione è contenuta nell'art. 63 d.lgs. 270/99, rubricato “Nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza” e assunto dal legislatore della riforma come prototipo per la conservazione d'impresa.

Innanzitutto deve escludersi che la locuzione si riferisca alla continuità aziendale, c.d. *going concern*, concetto tradizionalmente utilizzato dal legislatore in materia contabile e sottoposto all'attenzione dei redattori del bilancio nonché degli organi di

---

<sup>15</sup> A. LOLLI, *Il concordato con continuità aziendale mediante l'intervento di terzi nel processo di risanamento: alcune considerazioni*, in *Contratto e impresa*, fasc.4-5/2013, pp.1088-1091.

controllo. Secondo quanto stabilito dal codice civile (ex 2423 bis comma 1 n.1), dai principi contabili nazionali (OIC 5) e internazionali (IAS 1 n.23-24), il redattore del bilancio deve legittimamente adottare come parametro di riferimento i “valori d’uso” dei beni se ritiene che la società abbia prospettive di prosecuzione dell’attività di impresa nei dodici mesi successivi alla data di riferimento del bilancio. Ai predetti fini, la qualificazione dell’azienda come entità in funzionamento viene stabilita avendo a riguardo specifici parametri indicatori individuati nel documento 570 della Commissione paritetica per il principio di revisione sulla continuità aziendale<sup>16</sup>. In caso contrario, il venir meno delle prospettive di continuazione comporterebbe il passaggio a criteri di liquidazione a prescindere dalla formale messa in liquidazione della società ai sensi dell’OIC 5. Il concetto di continuità aziendale utilizzato in ambito concordatario rappresenta solamente un “simulacro”<sup>17</sup> della continuità prevista dai principi contabili. Nella disciplina del concordato con continuità si prevede infatti la continuazione dell’attività d’impresa a prescindere dalla fiducia del mercato, dalla regola del ricapitalizza-liquida, si assiste alla sospensione delle cause di scioglimento e si prevedono una serie di altri incentivi. Per quanto riguarda i criteri di redazione del bilancio, la presentazione di domanda di concordato caratterizzata da intento risanatorio non può essere ritenuta sufficiente al ripristino del “*going concern*” contabile. Il principio contabile n.6 chiarisce che in caso di concordato preventivo la data di ristrutturazione coincide con la data di omologazione da parte del Tribunale, disponendo successivamente che nelle ipotesi di prosecuzione dell’attività condizionata all’omologazione del concordato con continuità gli amministratori possono comunque redigere il bilancio in un’ottica di *going concern* ma sono tenuti ad illustrare nella nota integrativa i motivi della propria scelta in relazione al rischio del mancato perfezionamento dell’operazione. Il concetto di continuità utilizzato dal legislatore concordatario è molto più ampio e fa semplicemente riferimento alla “prosecuzione dell’attività di impresa” o alla

---

<sup>16</sup> Continuità aziendale - Documento n. 570 , in [www.cndcec.it](http://www.cndcec.it).

<sup>17</sup> Per richiamare la definizione di C. CINCOTTI – F. N. ARRICA, *Continuità aziendale, capitale e debito. La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo*, Paper al IV convegno organizzato da Orizzonti del Diritto Commerciale ‘Impresa e mercato fra liberalizzazioni e regole’ del 22-23.02.2013 Roma.

cessione o conferimento di “azienda in esercizio”<sup>18</sup>. Tant’è che anche qualora l’imprenditore si trovasse formalmente in liquidazione il concordato potrebbe essere qualificato comunque come “concordato con continuità aziendale” se si preveda la prosecuzione dell’attività di impresa. In quest’ultimo concetto va infatti ricompresa anche l’ipotesi di una prosecuzione temporalmente limitata destinata ad esempio al completamento di commesse, valorizzazione del magazzino, completamento contratti e finalizzata ad una migliore liquidazione<sup>19</sup>. In ambito concordatario l’attenzione deve essere posta non tanto sul concetto di *going concern* in senso stretto bensì sull’esercizio dell’azienda, non intesa quale entità in funzionamento valutata sulla base di specifici indicatori finanziari, gestionali o altri indicatori che sono del tutto incompatibili con lo stato dell’impresa che presenta domanda di concordato.

Inoltre occorre approfondire il concetto di azienda in esercizio. Mentre il codice civile conosce il concetto di azienda (2555c.c.) e di imprenditore (2082c.c.), la legge fallimentare ha riqualificato il concetto di “azienda in esercizio”. Si potrebbe perciò rilevare un’improprietà definitoria ove la norma parla di “continuità aziendale” sebbene l’azienda così come definita dal legislatore civilistico è costituita da “*un complesso di beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa*” (art. 2555 c.c.) che può tutt’al più essere gestita secondo criteri di continuità. La dottrina pare fare riferimento a un complesso unitario di beni, l’azienda, che non è più solo potenzialmente produttivo ma è attualmente in produzione; in cui perciò il requisito della produttività intesa come realtà oggettiva in atto è soddisfatto. Ciò induce a ritenere che il concetto a cui il legislatore si riferisce è quello di esercizio dell’attività di impresa ove l’azienda è solamente strumento e oggetto dell’attività economica organizzata dall’imprenditore (impresa) volta ad armonizzare l’interesse al soddisfacimento dei creditori e la conservazione del valore aziendale<sup>20</sup>. A sostegno di questa interpretazione anche la lett. b) del 186 bis: il professionista deve attestare che la continuità è funzionale al miglior soddisfacimento. Pertanto l’attestatore non deve

---

<sup>18</sup> Così anche D. GALLETTI, *Convegno Udine del 16 novembre 2012 ‘Il concordato in continuità e le nuove regole sui rapporti pendenti’* in <http://www.unijuris.it/node/1651>.

<sup>19</sup> L. VAROTTI, *Appunti veloci in tema di riforma della legge fallimentare del 2012*, 25.10.2012, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>20</sup> M. GHIRON, *L’imprenditore, l’impresa e l’azienda*, UTET, Torino, 1954, p.267. Se l’azienda viene identificata come un complesso organizzato di strumenti, personali e reali, e di rapporti nella sua oggettiva risultanza, l’impresa rappresenta lo stesso complesso in esercizio; così S. FERRARINI, *L’impresa di navigazione*, Giuffrè, Milano, 1945, pp.39-40.

analizzare solo il valore dei beni statisticamente intesi; bensì li deve analizzare anche in modo prospettico, l'esercizio dell'impresa deve poter condurre a utilità. Sarebbe stato pertanto più opportuno parlare di continuità dell'attività di impresa piuttosto che di continuità aziendale<sup>21</sup>.

Infine appare opportuno evidenziare la preferenza del termine utilizzato dal legislatore "con continuità" anziché quello ricorrente nella prassi "in continuità". L'obiettivo della conservazione dei valori organizzativi può infatti essere perseguito non solo in via diretta dall'imprenditore in crisi, bensì anche in via indiretta o mista (*vd. infra*). In tal caso la continuazione dell'attività da parte del terzo è solo uno degli obiettivi della procedura<sup>22</sup>.

### **1.3. La tutela del ceto creditorio**

Affinché si configuri l'istituto del concordato preventivo con continuità aziendale occorre che la prosecuzione dell'attività di impresa costituisca condizione fattuale necessaria secondo la perimetrazione prevista dall'art. 186 bis: "*Quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e) prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione, si applicano le disposizioni del presente articolo*". Detta condizione non appare comunque sufficiente. La norma richiede infatti un arricchimento della documentazione, ossia la necessaria presenza di:

- un piano contenente un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività di impresa, delle risorse finanziarie necessarie e relativa modalità di copertura;
- una relazione di un professionista che attesti la prosecuzione funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori.

La previsione di tali contenuti formali obbligatori e ulteriori rispetto a quanto sancito all'art. 161 l.f. risponde alla necessità di attenuare l'asimmetria informativa ai fini di una miglior tutela della massa dei creditori e quindi necessaria a fronteggiare l'aggravamento dei rischi legati alla proiezione della continuità aziendale.

---

<sup>21</sup> Crf. L. MANDRIOLI, *Sub art.63 d.lgs.270/1999, in Commentario breve alla legge fallimentare*, di A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, op.cit., pp.1818-1820.

<sup>22</sup> L. QUATTROCCHIO – R. RANALLI, *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione dei principi di best practise*, 4.12.2012, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).

Alla luce della necessaria presenza delle predette condizioni a tutela del ceto creditorio è condivisibile che, allorché l'attività di impresa prosegue senza il rispetto dei requisiti formali, ovvero si manchi un piano contenente una descrizione analitica di costi e ricavi, risorse finanziarie necessarie e modalità di copertura ovvero la relazione del professionista che attesti la funzionalità al migliore soddisfacimento dei creditori sia assente o inadeguata non si configura un concordato con continuità in senso proprio. In questo secondo caso si può parlare eventualmente di una continuità "di fatto" a cui resteranno estranei i benefici previsti per la figura tipizzata. Ivi il Tribunale, in presenza dei requisiti richiesti, dovrà comunque disporre l'ammissione al concordato specificando che non si tratta della fattispecie di cui all'art. 186 bis l.f.<sup>23</sup>.

### **1.3.1. Il contenuto del piano "rafforzato"**

Con ricorso, salvo il caso particolare del concordato con riserva, il debitore deve presentare un piano contenente una descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, ossia un programma di azioni tese alla realizzazione della proposta concordataria espresse sia in termini temporali che quantitativi. Nel concordato in continuità detto piano si "rafforza" come statuito dall'art. 186 bis comma secondo lett. a) *"il piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e), deve contenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura"*.

Caratteristica principale del piano è quindi l'analiticità; il tutto deve essere descritto in modo dettagliato affinché l'attestatore possa verificare la coerenza delle stime prognostiche e permettere ad amministratori e commissario giudiziale un monitoraggio sull'evoluzione nel tempo dell'attività ed eventuali scostamenti dal piano. Il piano dovrebbe perciò identificare anche delle c.d. *milestone*, intesi come obiettivi intermedi per la valutazione della fattibilità dello stesso nel tempo. Scopo principale è infatti quello di consentire agli organi della procedura e ai creditori di

---

<sup>23</sup> F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il 'Decreto sviluppo'*, op.cit., p. 58; R. AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e requisiti di ammissibilità*, 06.09.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), p.3. Diversamente il Tribunale di Firenze con decr. del 19.03.2013 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) ravvisata l'insussistenza dei requisiti formali di cui all'art.186bis l.f. ha dichiarato l'inammissibilità del concordato disponendo il seguente fallimento.

compiere le valutazioni di rispettiva competenza, soppesando con attenzione le risorse destinate alla prosecuzione dell'attività e quelle sottratte, in prima battuta, all'immediato soddisfacimento. Alla luce della riforma del Decreto Sviluppo assume rilevanza nel piano una sorta di *business plan* di matrice aziendalistica articolato mediante la rappresentazione di grandezze economiche, finanziarie e patrimoniali.

L'importanza di costi e ricavi evidenzia la necessità di porre attenzione alle grandezze economiche al fine di manifestare la capacità di ripristino delle condizioni di economicità. È irrilevante e assai frequente che, in una prima fase di ristrutturazione, si manifestino delle perdite dovute ai costi connessi che saranno presumibilmente controbilanciate dai successivi benefici. Il piano viene ad assumere le sembianze di un conto economico prospettico, punto di partenza per la pianificazione delle azioni industriali e organizzative volte al raggiungimento degli obiettivi prospettati.

Il piano deve essere altresì finanziario; muovendo dai costi e ricavi attesi si procede perciò a identificare i fabbisogni finanziari e le relative modalità di copertura. Infatti il risanamento della posizione debitoria e il riequilibrio della situazione finanziaria possono essere misurati solo in termini di flussi di cassa disponibili al servizio del debito. Specialmente in una fase iniziale della procedura potrebbero verificarsi tensioni finanziarie dovute alla difficoltà di incasso di crediti, alla riduzione affidamenti dai fornitori con contestuale necessità di pagamento "pronta cassa". Per quanto attiene alle risorse necessarie alla prosecuzione dell'attività, esse possono derivare da finanziamenti assunti ex art. 182 quater ovvero in corso di procedura ai sensi del novellato 182 quinquies l.f., purché un professionista attesti la loro funzionalità al migliore soddisfacimento dei creditori. Questi ultimi possono anche essere individuati solo per tipologia ed entità se non ancora oggetto di trattativa; in tal caso anche il piano non necessita della specificazione dei soggetti finanziatori purché siano identificate le forme di finanziamento e gli importi previsti. Pertanto tra i costi di cui sopra è necessario includere anche gli oneri finanziari relativi al rimborso del capitale sino al momento di cessione dell'azienda oppure in presenza di continuità diretta sino al soddisfacimento dei creditori concorsuali. La mancata stipula dell'accordo con il finanziatore potrebbe compromettere la fattibilità del piano.

Sebbene la norma non dica nulla al riguardo, sembra opportuno esporre anche le grandezze patrimoniali. Ciò è rilevante per la valutazione della sostenibilità del debito e del valore dell'impresa nel tempo, importante soprattutto ove la proposta concordataria preveda il soddisfacimento dei creditori mediante assegnazione di quote-azioni, ma anche nei casi di riduzione di capitale che avrebbero determinato in condizioni "normali" lo scioglimento della società<sup>24</sup>.

Il legislatore nulla afferma in ordine all'arco temporale in cui debba essere protratta l'analisi. Facendo genericamente riferimento alla prosecuzione dell'attività di impresa sembrerebbe proiettare l'analisi sino all'intera durata dell'esercizio programmato dell'attività. La norma, tuttavia, va valutata a seconda delle diverse forme in cui può esprimersi la continuità aziendale. Nell'ipotesi di prosecuzione diretta dell'attività l'analisi del piano si ritiene debba esser protratta sino al ritorno *in bonis* dell'impresa, al superamento della crisi che escluda la ricorrenza di una situazione di insolvenza anche prospettica e consenta il soddisfacimento dei creditori nei limiti e con le modalità previste. Occorre a questo punto chiedersi se, in ipotesi di risanamento indiretto mediante trasferimento dell'azienda a terzi, il piano debba comunque presentare detto contenuto "rafforzato" ovvero ne possa prescindere trattandosi di prosecuzione dell'attività di impresa che avviene per opera di un nuovo soggetto estraneo alla procedura e non sottoposto alla vigilanza degli organi della procedura. Si tratta di una questione delicata che verrà approfondita nel corso del proseguito anche in merito all'ipotesi di affitto d'azienda.

### **1.3.2. L'attestazione "aggravata" del professionista**

Il piano deve essere inoltre accompagnato dalla relazione di un professionista nominato dal debitore ma allo stesso tempo indipendente, iscritto nel registro dei revisori legali e in possesso dei requisiti per la nomina di curatore fallimentare ex art. 28 l.f., art. 67 comma terzo lett. d) e dell'art. 2399 c.c.<sup>25</sup>

Le attestazioni rappresentano un sistema di salvaguardia degli interessi dei creditori in tutte le fasi procedurali in particolare quanto maggiore è l'incertezza sulla gravità

---

<sup>24</sup> G. LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento Disciplina UE e transfrontaliera disciplina tributaria*, IPSOA, Milano, 2013, pp.2287-2293. Si veda anche P.P. PAPALETTO, *Sostenibilità e fattibilità dei 'piani di risanamento' nelle soluzioni negoziali della crisi d'impresa*, in *Crisi e risanamento*, fasc.0/2013, pp.37ss.

<sup>25</sup> F. SAVARDI, *I requisiti dell'attestatore alla luce della l.134/12 e della circolare dell'IRDCEC dell'11.02.13: focus sull'indipendenza*, 29 settembre 2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

della crisi e sulle cause che l'hanno determinata e le possibili strategie per la continuazione dell'attività di impresa. Il professionista attenua in questo modo le asimmetrie informative tra debitore inadempiente, creditori e organi della procedura ai fini di una consapevole formazione del consenso e di una riduzione di comportamenti opportunistici.

La relazione dell'attestatore dovrà pur sempre riguardare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano così come avviene per qualsiasi tipologia di concordato, avendo altresì a riferimento i *budgets* connessi alla prosecuzione dell'attività. Il giudizio di fattibilità del piano dovrà, in questo caso, estendersi non solo ai profili di mera esecuzione della proposta bensì cogliere anche la capacità del piano di traghettare l'azienda al di fuori della situazione di crisi. Alla base della predetta valutazione del professionista vi è la constatazione della veridicità dei dati aziendali che, pur in assenza di richiami da parte del legislatore, sembra doversi attuare avendo come parametro i principi dell'ISAE 3400 riferimento per i revisori in sede di verifica dei dati e dei piani previsionali<sup>26</sup>. L'attestazione deve infatti fondarsi su verifiche dirette dell'attestatore, specifiche e complete, e non va resa in senso negativo limitandosi a riscontri generici o approssimativi basati su dichiarazioni altrui<sup>27</sup>. Egli deve indicare le verifiche effettuate, la metodologia e i criteri seguiti per giungere all'attestazione di veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano<sup>28</sup>. Solo in questo modo il commissario giudiziale potrà valutare criticamente la documentazione prodotta ed elaborare una relazione idonea a rendere quanto meglio la realtà imprenditoriale in esame, fondamentale per il giudizio dei creditori.

La valutazione del professionista è ancora una volta influenzata dal piano e dalla forma di realizzazione della continuità. In presenza di continuità diretta il professionista dovrà estendere la propria indagine fino all'effettivo ripristino delle condizioni di equilibrio finanziario, escludendo la possibilità di insolvenza anche prospettica, e al soddisfacimento secondo quanto previsto dalla proposta concordataria. Anche in presenza di trasferimenti a soggetti terzi si ritiene che il

---

<sup>26</sup> A. PELLEGGATTA, *La gestione delle crisi d'impresa e il ricorso al concordato preventivo. Crisis management and key role of restructuring agreements*, in *Bancaria*, fasc.1/2013, p.87.

<sup>27</sup> 'Non ci sono elementi per escludere la fattibilità del piano'. Vd Tribunale di Terni, 28.01.2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>28</sup> Cfr. G. BERSANI, *Brevi note in tema di criteri di ammissibilità del concordato preventivo*, 05.12.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it); Tribunale di Padova decr. 20.12.2012 in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).

professionista debba effettuare un'analisi di sostenibilità economica e finanziaria per scongiurare eventuali fenomeni di insolvenza indotta sino al momento in cui è previsto l'incasso del prezzo di vendita ovvero anche oltre qualora la prosecuzione dell'attività da parte del soggetto terzo sia idonea ad incidere sul soddisfacimento dei creditori, ad esempio sulla realizzazione degli *assets* non trasferiti<sup>29</sup>.

All'art. 186 bis comma secondo lett. b) il legislatore richiede al professionista di esprimere un giudizio che si affianca a quello ordinario ed in particolare specifica che *“la relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori”*. L'attestatore deve rendere la dichiarazione che la soluzione sia funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori, locuzione ricorrente nell'intero intervento riformatore e richiesta in altre circostanze funzionali alla continuità aziendale (autorizzazione a contrarre finanziamenti interinali ex art.182 quinquies comma primo, pagamento debiti pregressi ex art. 182 quinquies comma quarto) nonché in presenza di modifiche sostanziali della proposta e del piano (art. 161 comma terzo l.f.). Seppure non espressamente richiamato in altre disposizioni si ritiene che detto criterio assuma la qualifica di una clausola generale, divenendo non solo criterio di valutazione ma anche fonte di obblighi giuridici che devono essere osservati da parte del debitore nel prospettare le varie richieste e rispettati dal giudice in fase di autorizzazione. Si parla ad esempio dell'autorizzazione di atti urgenti di straordinaria amministrazione (art.161 comma settimo l.f.), così come della disciplina dei rapporti pendenti (art.169 bis l.f.). In questo modo viene in un qualche modo soverchiato quello che sembrava l'obiettivo principe del legislatore, ossia la salvaguardia dell'impresa, ponendo l'accento sulla miglior soddisfazione del ceto creditorio<sup>30</sup>. Il concetto non è però di facile identificazione<sup>31</sup>.

Nello specifico, il concetto di “migliore” presuppone implicitamente un giudizio comparativo il cui primo termine è rappresentato dalla soluzione “con continuità” mentre la norma nulla dispone in merito al secondo termine di paragone. Parrebbe

---

<sup>29</sup> F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il 'Decreto sviluppo'*, op.cit., p.60.

<sup>30</sup> A differenza di quanto accade nell'amministrazione straordinaria, ove l'obiettivo principe è la conservazione dei complessi aziendali e la tutela dei livelli occupazionali.

<sup>31</sup> A. PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc.9/2013, pp.1099ss.

doversi fare riferimento all'ipotesi di interruzione dell'attività e di liquidazione mediante dismissione atomistica dei singoli beni, ovvero dell'azienda ormai "ferma" considerando non solo gli svantaggi ma anche eventuali vantaggi a favore dei creditori che nella fattispecie fallimentare potrebbero derivare dall'esperimento di azioni di responsabilità, azioni revocatorie nei limiti previsti, minori oneri processuali e così via. L'esperto deve svolgere il difficile compito di esprimere un giudizio sulla valutazione prognostica fatta dall'imprenditore circa i risultati attesi dalla prosecuzione dell'attività. Dal confronto con eventuali soluzioni liquidatorie dovrà emergere un giudizio di maggiore proficuità per il ceto creditorio, con ragionevole certezza che la prosecuzione dell'attività come prevista dal piano è idonea a ripristinare l'economicità della gestione e generare un plusvalore rispetto ai valori patrimoniali dell'azienda "ferma", producendo risorse finanziarie maggiori rispetto alle necessità della gestione corrente da destinare al servizio del concordato. La base di partenza per la valutazione dell'attestatore sarà sempre l'analisi dei risultati economici degli anni precedenti e del bilancio previsionale e quindi il contenuto del piano concordatario<sup>32</sup>.

Preme inoltre evidenziare come l'espressione letterale "miglior soddisfacimento dei creditori" si differenzia da quella di cui all'art. 160 comma primo che parla invece di "soddisfazione dei crediti". Il che pare che sia giustificato dalla volontà del legislatore di ancorare il giudizio di legittimità della proposta di concordato con continuità aziendale al solo presupposto che, in forza della continuità stessa, venga comunque promessa una qualche maggiore utilità ai creditori. La disposizione fa leva infatti sull'elemento soggettivo dei creditori e non su quello oggettivo dei crediti, ponendo rilievo a qualsiasi utilità anche esterna. Il presupposto della migliore soddisfazione potrebbe quindi essere rispettato anche qualora il concordato non offrisse una soddisfazione dei crediti in misura maggiore rispetto ad un'ipotesi liquidatoria purché ciò sia compensato da diverse utilità. Potrebbe infatti assumere rilevanza la possibilità di prosecuzione del rapporto di fornitura con l'imprenditore concordatario ai fini di consentire lo sbocco sul mercato di specifici prodotti, del completamento di commesse o altre attività in corso. Un creditore potrebbe altresì preferire un concordato seppur con una minima soddisfazione pur di non incorrere in

---

<sup>32</sup> G. LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento Disciplina UE e transfrontaliera disciplina tributaria*, op.cit., pp.2297-2300.

fallimento ed eventuale successiva revocatoria. Si tratta quindi di utilità difficilmente oggettivizzabili dal punto di vista economico ma che devono essere tutte evidenziate opportunamente dall'attestatore in un'ottica di completezza informativa. Cosa sia migliore e cosa si intenda per migliore è una scelta che riguarda i creditori i quali, consapevoli del realizzo ottenibile in sede di liquidazione, potrebbero anche optare per una soluzione con continuità che prospetti un soddisfacimento inferiore<sup>33</sup>. Il miglior soddisfacimento dei creditori può essere visto come un obiettivo a cui tende la procedura ma appare pretenzioso ritenere che questo fine sia oggetto di attestazione stante la mancanza di una piena tangibilità. Sarebbe quindi più opportuno parlare di attestazione di “non sconvenienza” della proposta rispetto ad ipotesi di discontinuità.

Al proposito, funge da contraltare alla migliore soddisfazione dei creditori la possibilità del Tribunale di revocare il concordato ai sensi dell'art. 186 bis ultimo comma in presenza di cessazione dell'attività ovvero manifesta dannosità per i creditori<sup>34</sup>. Le condizioni di accesso e uscita dalla procedura paiono quindi non combaciare perfettamente, richiamando un concetto più simile alla “non sconvenienza”<sup>35</sup>.

Infine è importante evidenziare il ruolo particolarmente difficoltoso del professionista alla luce dell'introduzione del reato di cui all'art. 236 bis l.f: “Falso in attestazioni e relazioni”. La nuova norma prevede sanzioni di carattere penale ove il professionista esponga informazioni false, oppure ometta di riferirne di rilevanti. La responsabilità del professionista è resa ancora più ardua in presenza di un concordato con continuità aziendale in quanto si richiede anche una valutazione prognostica sul miglior soddisfacimento del ceto creditorio rispetto alle alternative di tipo

---

<sup>33</sup> G. LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento Disciplina UE e transfrontaliera disciplina tributaria*, op.cit., pp.2295-2296; L. QUATTROCCHIO – R. RANALLI, *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione dei principi di best practise*, op.cit.

<sup>34</sup> Il rinvio all'art.173 e non anche al 179 l.f. sembra escludere da questo controllo il ceto creditorio, pur essendo il soggetto direttamente colpito dal dannoso protrarsi dell'attività di impresa. Il controllo è qui rimesso al rapporto processuale tra commissario giudiziale e Tribunale. L'art.179 prevede che ove mutino le condizioni di fattibilità del piano dopo l'approvazione del concordato, il commissario giudiziale ne dà avviso ai creditori i quali potranno modificare il voto in sede di omologazione. Non sarà facile, e in ciò si attende un intervento della giurisprudenza, distinguere tra dannosità manifesta da consentire al Tribunale di sostituirsi alla volontà dei creditori, da quelle meno gravi la cui valutazione resterà affidata a questi ultimi.

<sup>35</sup> Cfr. A. BIANCO – M.C. PUGLISI, *L'applicabilità dell'art.186-bis, ultimo comma, ai concordati preventivi in continuità aziendale: analisi di un caso concreto*, 04.03.2014, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).

liquidatorio. Alla luce di ciò gli asseveratori pretenderanno un innalzamento della soglia di probabilità nella realizzazione del piano<sup>36</sup>.

#### **1.4. La componente premiale per il debitore concordatario**

Il legislatore detta poi particolari tutele, sia patrimoniali che gestionali, in tutti i casi in cui l'imprenditore voglia affrontare il recupero della propria azienda.

La disciplina del concordato con continuità beneficia di agevolazioni generali riconosciute a favore di ogni forma di concordato le quali facilitano il ricorso alla continuità aziendale, seppur non la presuppongano (vd. par.1), a cui si affiancano speciali benefici previsti dall'art. 186 bis e, in parte, anche dall'art. 182 quinquies comma quarto: moratoria annuale per il pagamento di creditori prelatizi, inefficacia di preesistenti clausole contrattuali risolutive, possibilità di proseguire i contratti con la Pubblica Amministrazione e di partecipare a gare per la concessione di appalti pubblici, possibilità di essere autorizzati ad effettuare pagamenti di crediti anteriori per prestazioni essenziali. Al fine di consentire una pacifica applicazione di tali benefici è quindi opportuno che il Tribunale, ove ne ravvisi i presupposti, dichiari espressamente nel provvedimento di ammissione che si tratta di concordato preventivo con continuità aziendale<sup>37</sup>.

##### **1.4.1. La moratoria annuale dei crediti privilegiati**

Regola generale, contenuta all'art. 160 l.f., prevede che i creditori assistiti da diritto di prelazione non debbano subire ritardi nel soddisfacimento dei loro crediti, salvo i tempi necessari per la loro liquidazione. Tuttavia, nel tempo, i creditori privilegiati hanno visto scalfire il principio della loro immediata soddisfazione. Dapprima con l'art. 160 comma secondo l.f. che ha previsto, quantomeno per i privilegiati speciali, la possibilità di una loro soddisfazione non integrale purché in misura non inferiore a quella realizzabile sul ricavato in caso di liquidazione e avuto riguardo alla collocazione preferenziale.

Il legislatore della riforma si è spinto oltre stabilendo all'art. 186 bis comma secondo lett. c) che *“il piano può prevedere, fermo quanto disposto dall'articolo 160, secondo comma, una moratoria fino a un anno dall'omologazione per il pagamento dei*

---

<sup>36</sup> Vd. P.G. DEMARCHI ALBENGO, *La fattispecie incriminatrice di cui al nuovo articolo 236-bis della legge fall.*; *la responsabilità penale dell'attestatore*, 10 novembre 2012, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>37</sup> Vd. nota n. 22.

*creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. In tal caso, i creditori muniti di cause di prelazione di cui al periodo precedente non hanno diritto al voto”.*

La regolamentazione non è tra le più felici e ha condotto a diversi dibattiti.

La *ratio* della norma a favore della continuità consente al debitore di finanziarsi per un limitato periodo (un anno) senza dover sostenere l'esborso necessario al pagamento dei creditori con prelazione configurando così una forma di autofinanziamento. La moratoria annuale opera a partire dal deposito del decreto di omologazione<sup>38</sup>. Il richiamo della disposizione al suddetto art. 160 comma secondo vuol evidenziare come, nel caso di incapienza del bene su cui grava la prelazione e che comporta il degrado di parte di credito a chirografario, la dilazione possa comunque trovare applicazione per la parte rimasta garantita.

Entrando nel dettaglio, la disposizione distingue il trattamento tra creditori titolari di diritti di prelazione su beni oggetto di liquidazione da quelli che vantano detti diritti su beni non oggetto di liquidazione. Il piano può infatti prevedere la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa escludendo in tal caso l'applicazione della norma in esame. Il pagamento dei creditori titolari di prelazione sui beni destinati ad essere liquidati dovrà avvenire immediatamente dopo la riscossione del prezzo di alienazione del bene; costoro possono quindi essere soddisfatti con tempi maggiori di un anno se ritenuti tempi necessari alla liquidazione stessa. Diversamente avviene per i creditori titolari di prelazione sui beni non oggetto a liquidazione; essi possono legittimamente essere pagati con dilazione di un anno a decorrere dall'omologa, in denaro e con aggiunta di interessi di cui agli artt. 54-55 l.f.<sup>39</sup>, applicabili anche in ambito concordatario in virtù del rinvio dell'art.169 l.f.<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Immediatamente esecutivo ex art.180 l.f.

<sup>39</sup> Sebbene la norma richiami solamente l'art.55 l.f. Taluni ritengono che il mancato richiamo dell'art.54 l.f., il quale prevede che i creditori garantiti da ipoteca, pegno o privilegio hanno diritto di concorrere anche nelle ripartizioni che si eseguono prima della distribuzione del prezzo dei beni vincolati a loro garanzia, comporti che i crediti muniti di privilegio speciale dovrebbero essere posti dai crediti muniti di privilegio generale; vd. M. CATALDO, *Partecipazione dei creditori privilegiati al voto nel concordato preventivo*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc.4/2014, pp.59ss.

<sup>40</sup> Contra M. VITIELLO, *Brevi (e scettiche) considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale*, 21.01.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), secondo cui la norma consentirebbe una moratoria senza interessi né diritto di voto in quanto il legislatore non avrebbe espressamente avallato l'orientamento ante riforma che proponeva di ritenere ammissibile un pagamento ritardato salva corresponsione di interessi o attribuzione del diritto di voto per la parte di credito degradata a chirografo a causa della mancata corresponsione di interessi.

Il termine moratoria implica, infatti, una dilazione del pagamento del credito in linea capitale e una sospensione del pagamento di interessi. Ci si è chiesti al proposito se ciò comporti anche la loro non decorrenza. Senza dubbio il decorso degli interessi di mora si arresta non potendosi considerare il debitore inadempiente; analogamente avviene per gli interessi convenzionali e qualsiasi altra penale attribuita a titolo risarcitorio come effetto di inesatto adempimento. Differentemente invece non può sostenersi per gli interessi compensativi, finalizzati a riequilibrare il vantaggio che il debitore trae dalla dilazione del pagamento. Per questi si ritiene che il pagamento si sospenda ma non la decorrenza<sup>41</sup>. Va altresì evidenziato l'utilizzo da parte del legislatore del termine "pagamento", concetto più circoscritto rispetto a quello di "soddisfazione" richiamato nel 160 l.f. e comprendente qualsiasi modalità soddisfacente quale la conversione dei crediti in capitale di rischio o altre *datio in solutum*. Sembrerebbe pertanto che la dilazione possa essere proposta solamente se il pagamento venisse effettuato in denaro e non quando sia prevista una soddisfazione con altri mezzi, riconoscendosi in tal caso al creditore con prelazione il cui soddisfacimento viene dilazionato il diritto di voto. A ciò si aggiunga che i creditori soggetti a moratoria non sono *ex legge* ammessi al voto in quanto l'espressione "in tal caso", contenuta nell'ultimo periodo del comma secondo dell'articolo in commento, sarebbe riferibile all'intera disposizione<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il 'Decreto sviluppo'*, op.cit., p.62; R. AMATORE – L. JEANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, Giuffrè editore, 2013, p.294. Così anche S. AMBROSINI, Convegno Casamassima (BA) del 7-8 giugno 2013, *'Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti: i risultati di una ricerca'* in [http://www.osservatorio-oci.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=102&Itemid=268](http://www.osservatorio-oci.org/index.php?option=com_content&view=article&id=102&Itemid=268) il quale rafforza detta affermazione alla luce dell'art.1282c.c. Interessi nelle obbligazioni pecuniarie. *1.I crediti liquidi ed esigibili di somme di danaro producono interessi di pieno diritto, salvo che la legge o il titolo stabiliscano diversamente. 2.Salvo patto contrario, i crediti per fitti e pigioni non producono interessi se non dalla costituzione in mora. 3.Se il credito ha per oggetto rimborso di spese fatte per cose da restituire, non decorrono interessi per il periodo di tempo in cui chi ha fatto le spese abbia goduto della cosa senza corrispettivo e senza essere tenuto a render conto del godimento.*; norma derogabile sole ove vi sia una disposizione ad hoc.

<sup>42</sup> Il mancato diritto di voto sarebbe inoltre controbilanciato dalla corresponsione di interessi compensativi. Diversamente secondo altri studiosi l'espressione sarebbe riferibile solo all'ultimo inciso 'salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione' con il conseguente necessario riconoscimento del diritto di voto ai privilegiati dilazionati, salvo che i beni non vengano liquidati. L. VAROTTI, *Appunti veloci in tema di riforma della legge fallimentare del 2012*, op.cit., p.14; A. PENTA, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci ed ombre*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, fasc.5/2012, p.681; F. PASQUARIELLO, *Il concordato preventivo con continuità*, op.cit., p.1156. A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, Padova, 2013, p.1329. Ne potrebbe inoltre sorgere un problema di costituzionalità a fronte della disparità di trattamento tra privilegiati e chirografari, i quali a loro volta potrebbe essere soddisfatti integralmente ed in modo dilazionato seppur con diritto di voto. R.

Ulteriori questioni sorgono con riferimento al *quantum* e al tempo di pagamento. In merito al primo quesito sembra<sup>43</sup> doversi rispettare l'ordine delle cause legittime di prelazione ogni qual volta le risorse destinate al soddisfacimento del ceto creditorio provengano dal patrimonio del debitore o vi transitano sotto forma di apporto del terzo. Perciò solamente nella fattispecie di finanza esterna parrebbe possibile derogare all'ordine statuito. Con riferimento alla tempistica di pagamento ci si è chiesti se il termine di un anno dall'omologa costituisca o meno il tempo massimo consentito per la dilazione. Occorre a tal proposito distinguere tra privilegiati generali e speciali sebbene la norma faccia genericamente riferimento ai “*creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca*”. La disciplina per i creditori muniti di privilegio generale pare differenziarsi da quella ivi prospettata. In presenza di liquidazione entro l'anno di beni su cui i creditori vantano privilegi generali deve ritenersi inevitabile una dilazione, seppur apparentemente contrastante con la lettera della legge. Beni mobili vengono infatti liquidati “giornalmente” e il loro necessario soddisfacimento immediato non avrebbe senso. La regola della moratoria annuale trova allora applicazione nei confronti dei creditori con prelazione speciale il cui bene non è destinato ad essere liquidato ma anche verso i creditori aventi privilegio generale su beni destinati ad essere liquidati. La locuzione “in tal caso” lascerebbe poi intendere la possibilità di una dilazione ultrannuale salvo riconoscimento del diritto di voto. Ciò pare possibile per i soli creditori con prelazione speciale il cui bene non viene liquidato; non anche per i privilegiati generali i quali dovranno in ogni caso essere soddisfatti entro l'anno a fronte del fatto che il patrimonio posto a loro garanzia viene continuamente utilizzato da chi esercita l'impresa<sup>44</sup>. Il voto dei creditori privilegiati speciali dilazionati, ossia pagati al momento della liquidazione ma eseguita in tempi maggiori rispetto a quelli tecnicamente necessari, ovvero soggetti a moratoria ultrannuale qualora il bene non sia sottoposto a liquidazione come deve pesare? L'ammissione al voto dovrebbe essere commisurata al pregiudizio che il creditore subisce, la cui determinazione è però incerta. Dottrina maggioritaria ritiene che non essendovi un criterio quantitativo a cui ancorare il voto

---

AMATORE – L. JEANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, op.cit., p.294, F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il 'Decreto sviluppo'*, op.cit., p.62.

<sup>43</sup> Cass. sent. n. 9373 del 8.6.12 in [www.iusimpresa.com](http://www.iusimpresa.com).

<sup>44</sup> Così M. ARATO, *Il concordato con continuità aziendale*, 03.08.2012, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it); contra F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il 'Decreto sviluppo'*, op.cit, p. 63.

del creditore privilegiato soddisfatto con ritardo questo debba essere riconosciuto per l'intera somma, indipendentemente dai giorni di ritardo<sup>45</sup>.

#### **1.4.2. La continuità dei contratti in corso di esecuzione**

La disciplina dei contratti in corso di esecuzione contenuta all'art. 169 bis l.f. viene ulteriormente ampliata dall'art. 186 bis comma terzo al fine principale di agevolare la prosecuzione dell'attività. *“fermo quanto previsto nell'articolo 169-bis, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura. Sono inefficaci eventuali patti contrari. L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'articolo 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni”*.

La prosecuzione dei rapporti pendenti potrebbe essere considerata un effetto naturale ricavabile implicitamente dall'art. 169 bis in cui si autorizza allo scioglimento unilaterale o alla sospensione dei rapporti in corso. Ciò che caratterizza propriamente la disciplina del concordato con continuità è l'espressa previsione di inefficacia di eventuali patti contrari che trova in particolar modo ragione di esistere con riferimento alla volontà di stabilizzare i contratti stipulati con la controparte pubblica.

##### **1.4.2.1. (Segue) L'inefficacia dei patti contrari**

Mediante la previsione di inefficacia di eventuali patti contrari alla prosecuzione dei contratti in corso di esecuzione, il legislatore attribuisce certezza ad un'interpretazione dominante già prima della riforma: l'indifferenza sulla sorte dei contratti dell'ingresso nella procedura di concordato di una delle parti. Il legislatore qui si è spinto oltre stabilendo non solo che l'ingresso in procedura non è causa di risoluzione dei contratti, ma ha altresì statuito l'inefficacia di ogni clausola che

---

<sup>45</sup> S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, 4 agosto 2013, *Crisi d'impresa e fallimento*, pp.14-15.

prevede la risoluzione del contratto per l'apertura della procedura<sup>46</sup>. Rimane salva ovviamente la possibilità del debitore, previa autorizzazione del Tribunale o del giudice delegato, di richiedere lo scioglimento ovvero la sospensione del contratto, ex art. 169 bis. Il terzo contraente è quindi obbligato ad attendere le decisioni del debitore non potendosi sciogliere dal contratto in quando non solo la procedura non è causa di risoluzione del contratto, ma sono inefficaci anche eventuali clausole contrattuali contrarie.

In base al disposto normativo la continuità contrattuale opera anche nelle fattispecie di continuità indiretta relativamente ai contratti che vengono trasferiti al soggetto terzo. L'inefficacia di patti contrari si estende anche alla clausole inserite in contratti stipulati tra l'impresa proponente e soggetti terzi relativi all'azienda da trasferire in sede di concordato. Sono quindi inefficaci le clausole che prevedono l'intrasferibilità del contratto unitamente all'azienda oppure che ne facciano dipendere la risoluzione. L'art. 2558 comma secondo c.c. stabilisce inoltre la possibilità per il terzo contraente di recedere dal contratto entro tre mesi dalla notizia del trasferimento in presenza giusta causa. La disposizione appare applicabile anche al concordato con continuità. L'inefficacia di clausole risolutive infatti trova applicazione istantanea, il suo effetto si consuma al deposito della domanda. Non coinvolge quindi le ipotesi di risoluzione o recesso relative al periodo successivo, tra cui il recesso del terzo per giusta causa che non può essere ostacolato dall'art. 186 bis<sup>47</sup>. Analogamente, la disposizione in oggetto non si applica qualora il terzo abbia già promosso azione di risoluzione precedentemente alla domanda di concordato, atteso che la risoluzione retroagisce alla data della domanda e prescinde dall'assoggettamento alla procedura.

Va infine evidenziato come l'inefficacia di patti contrari non tutela i concordati senza continuità; tali procedure restano soggette allo scioglimento automatico dei contratti.

#### **1.4.2.2. (Segue) I contratti pubblici e con la Pubblica Amministrazione**

La vera novità riguarda l'applicazione della norma anche ai contratti in corso di esecuzione stipulati con la Pubblica Amministrazione. L'inciso dedicato

---

<sup>46</sup> Medesima inefficacia previsti ai sensi dell'art. 72 co.6 l.f. relativa alle clausole risolutive espresse condizionate al fallimento di una delle parti per cui “Sono inefficaci le clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento”, la decisione viene rimessa al curatore.

<sup>47</sup> L. QUATTROCCHIO – R. RANALLI, *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione dei principi di best practise*, op.cit., p. 10.

specificatamente a detti contratti pare presupporre il loro automatico scioglimento in presenza di concordati senza continuità. Una prima lettura escluderebbe inoltre la continuità contrattuale ai contratti per cui è ancora in corso la procedura di assegnazione, nonostante gli effetti non siano differenti alla luce di quanto disposto nei commi successivi.

Nel comma in esame il legislatore utilizza termini differenti. Inizialmente fa riferimento all'inoperatività della risoluzione per i contratti stipulati con le Pubbliche Amministrazioni mentre, nel periodo seguente, parla di continuazione dei contratti pubblici salva attestazione specifica. Non si comprende quindi se il legislatore abbia voluto disciplinare diversamente i contratti stipulati con la Pubblica Amministrazione, che proseguono come tutti gli altri contratti in corso di esecuzione, dai contratti pubblici, che non esauriscono il novero dei contratti stipulabili con la Pubblica Amministrazione e per i quali invece pare richiedere una documentazione suppletiva. La nozione di contratto pubblico è contenuta all'art. 1 d.lgs.163/2006 "codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture in attuazione delle direttive 2004/17CE e 2004/18CE"<sup>48</sup>. Sono definiti contratti pubblici "*contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori, dai soggetti aggiudicatori*". Si tratta quindi di contratti a prestazioni corrispettive, a titolo oneroso, che hanno per oggetto una prestazione di lavoro, servizio o forniture con una qualche rilevanza pubblicistica relativa alla natura della prestazione o al suo destinatario. Parti del contratto sono l'appaltatore che presenta natura giuridica pubblica ovvero è incaricato di gestire compiti di rilevanza pubblica ed operatori imprenditoriali<sup>49</sup>. Dottrina maggioritaria ritiene che il legislatore della riforma abbia voluto fare riferimento a tutte le tipologie di contratti stipulabili con le Pubbliche Amministrazioni, utilizzando i termini come sinonimici<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> D.lgs. n.163 del 12/04/2006 rubricato "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE", in [www.normattiva.it](http://www.normattiva.it), di seguito codice dei contratti pubblici o c.c.p.

<sup>49</sup> Non ricomprendendo i contratti associativi, i contratti c.d. attivi e alcune tipologie di contratti passivi.

<sup>50</sup> Cfr. F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il 'Decreto sviluppo'*, op.cit., p.68.

Ai fini della loro prosecuzione è necessario che il professionista nominato dal debitore attesti, nella relazione, la conformità della continuazione dei contratti al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Per quanto riguarda il requisito della conformità è opportuno che il piano espliciti quali contratti pubblici intende proseguire nonché i relativi effetti in termini di costi e ricavi che ne derivano. È infatti necessario che il contratto sia funzionale alla realizzazione del piano in quanto non sarebbe altrimenti giustificabile un aggravio del passivo. In tal modo inoltre la stessa Amministrazione diviene consapevole delle risorse a disposizione dell'imprenditore e della capacità di dare esecuzione a quanto stabilito. Quanto alla ragionevole capacità di adempimento, essa presuppone una verifica in termini di adeguatezza attuale e prospettica delle risorse chiave, umane, tecniche e finanziarie, necessarie per l'adempimento del contratto e del mantenimento dei requisiti per la partecipazione a procedure di assegnazione dei contratti pubblici (v. *infra*). Non devono infatti manifestarsi situazioni prospettiche incompatibili con il regolare adempimento del contratto e tali da dar luogo a eventuali inadempimenti legittimanti risoluzione. In assenza di attestazione i contratti saranno sottoposti a scioglimento, riprendendo vigore l'art. 140 c.c.p..

Il legislatore riconosce inoltre il beneficio della continuità contrattuale in presenza dei requisiti di legge, anche alla società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami di azienda a cui i contratti siano trasferiti. In ambito di un risanamento indiretto, il professionista dovrà esaminare il piano concordatario del soggetto terzo la cui attività esercitata deve essere compatibile con il contratto pubblico. I soggetti terzi dovranno inoltre possedere tutti i requisiti richiesti per legge ex c.c.p. per l'affidamento dell'appalto in quanto il trasferimento dell'azienda e dei relativi contratti non realizza la successione nei requisiti necessari a darne esecuzione, se non espressamente previsto come avviene nella disciplina dell'amministrazione straordinaria.

Infine giova ricordare che il Tribunale, prima dell'ammissione alla procedura concorsuale, o il giudice delegato, dopo l'ammissione, possono autorizzare il debitore a sospendere il contratto pendente oppure a scioglierlo se ritenuto non funzionale alla prosecuzione dell'attività. Ciò avviene anche con riguardo ai contratti con la Pubblica Amministrazione. Il piano di risanamento deve infatti garantire un sufficiente flusso di risorse per poter adempiere alla proposta concordataria e

pertanto la valutazione deve prendere in considerazione anche la convenienza di tutti i contratti in essere.

### **1.4.3. La partecipazione alle procedure di assegnazione dei contratti pubblici**

Ai commi quarto, quinto e sesto il legislatore deroga alla disciplina generale dei contratti pubblici ammettendo, a determinate condizioni, la partecipazione dell'impresa in concordato a procedure di assegnazione e favorendo la conservazione dell'azienda ai fini di una migliore alienazione.

L'art. 38 del Codice dei Contratti Pubblici nel dettare i requisiti generali per la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici identificava nello *“stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo”* oppure qualora fosse *“in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni”* una causa di esclusione. Inoltre, con particolare riferimento ai lavori pubblici, il mancato possesso dei requisiti di ammissione alle procedure di affidamento avrebbe determinato ai sensi dell'art 40 c.c.p. la decadenza dell'attestazione SOA (società organismo di attestazione) necessaria per eseguire i contratti di appalto. Infine l'art. 140 c.c.p. prevedeva che, nei casi sopra prospettati, l'appaltante potesse interpellare i soggetti seguenti in graduatoria per la stipula di un nuovo contratto per il completamento dei lavori. Giurisprudenza consolidata aveva altresì affermato la necessità del mantenimento dei requisiti richiesti non solo al momento della partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica bensì anche per tutta la durata dell'appalto<sup>51</sup>.

Già nel 2011 l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici si era espressa con il comunicato n. 68<sup>52</sup> evidenziando le discrasie esistenti tra la il Codice dei Contratti Pubblici e le esigenze di risanamento aziendale, rilevando la possibilità di interpretare la norma come *“volta a salvaguardare la continuazione dell'impresa, evitando di incidere sui rapporti contrattuali in essere o sul mantenimento del possesso della qualificazione ante procedura in regime di solidità aziendale”*. Le osservazioni dell'Autorità di Vigilanza sono quindi state recepite dal legislatore della riforma con il novellato art. 186 bis l.f. che ha introdotto una disciplina volta a

---

<sup>51</sup> Cons.Stato, Ad.Plen., 7 aprile 2011, n.4, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>52</sup> Comunicato n.68 del 29.11.2011 in <http://www.autoritalavoripubblici.it>.

consentire la continuità dei rapporti contrattuali nonché la possibilità di partecipazione a procedure ad evidenza pubblica. L'art. 38 c.c.p., come modificato dal Decreto Sviluppo, tuttora identifica l'accesso alla procedura di concordato come causa ostativa alla partecipazione a gare pubbliche, fatta però eccezione per il caso di cui all'art. 186 bis l.f. Detta modifica ha inciso di conseguenza sul successivo art. 40 c.c.p. relativo al conseguimento e mantenimento delle attestazioni di qualificazione; la nuova disposizione concordataria evita il venire meno dei requisiti soggettivi richiesti e la decadenza della qualificazione rilasciata da una SOA. Non è stato invece modificato l'art. 140 c.c.p. che tuttora identifica il concordato preventivo come elemento che consente alle stazioni appaltanti di interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla procedura di assegnazione, allo scopo di stipulare un nuovo contratto. Le soluzioni sono contrastanti solo all'apparenza in quanto la possibilità di concludere un nuovo contratto è vincolata dalla sopravvivenza del contratto in capo alla società in concordato ai sensi del comma terzo art. 186 bis l.f.

Alla luce di quanto sopra le imprese ammesse a concordato con continuità, a seguito del decreto di ammissione<sup>53</sup>, possono partecipare alle predette procedure ma solamente in presenza di determinate condizioni. Ai sensi del quinto comma art.186 bis l.f. *“L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara: a) una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto; b) la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si è impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la*

---

<sup>53</sup> Con Decreto Destinazione Italia d.l. n.145 del 23 dicembre 2013 rubricato *“Interventi urgenti di avvio del piano “Destinazione Italia”, per il contenimento delle tariffe elettriche e del gas ((...)), per l'internazionalizzazione, lo sviluppo e la digitalizzazione delle imprese, nonché misure per la realizzazione di opere pubbliche ed EXPO 2015”* entrato in vigore con l. n. 9 del 21 febbraio 2014 è stato introdotto un nuovo comma che sancisce che *‘Successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal Tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina, provvede il Tribunale’*, in [www.normattiva.it](http://www.normattiva.it). Vd. G. B. NARDECCHIA, *Le correzioni alla disciplina del concordato preventivo, Le novità del decreto Destinazione Italia*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc.4/2014, pp. 388ss.

*durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto. Si applica l'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*". In primo luogo si richiede che in occasione della gara venga presentata una relazione di un professionista attestante la conformità al piano del contratto pubblico per cui si concorre, che deve essere quindi riconducibile all'attività oggetto di continuazione, e la presumibile capacità di adempimento; documentazione autonoma rispetto a quella richiesta dal comma terzo. A ciò si aggiunge quanto stabilito alla lettera b); ivi il legislatore introduce un'ulteriore forma di tutela nei confronti della Pubblica Amministrazione a garanzia dell'esecuzione del contratto e non prevista nelle ipotesi di mera prosecuzione. Si tratta della dichiarazione di un imprenditore in possesso dei requisiti richiesti per l'affidamento che si impegna sia nei confronti del concorrente a mettere a disposizione le risorse per l'adempimento del contratto, sia verso la Pubblica Amministrazione a subentrare qualora il concorrente non sia in grado di adempiere. Si tratta di una sorta di avvalimento ex art. 49 c.c.p., anzi, di portata ancora più ampia in quanto non richiama solo la messa a disposizione di risorse bensì anche un impegno a subentrare durante la gara o in corso di esecuzione ove l'imprenditore non sia in grado di dare regolare esecuzione al contratto<sup>54</sup>.

Infine, il comma sesto prevede la possibilità di concorrere anche in raggruppamento temporaneo di imprese: *"Fermo quanto previsto dal comma precedente, l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale. In tal caso la dichiarazione di cui al quarto comma, lettera b), può provenire anche da un operatore facente parte del raggruppamento"*. L'impresa concordataria pertanto deve rivestire la qualità di mandante; ciò risponde all'esigenza individuata all'art. 37 comma secondo c.c.p. di assicurare l'esecuzione del contratto pubblico da parte di un altro soggetto anche quando l'impresa proponente fallisca nel corso o

---

<sup>54</sup> Può essere paragonato all'art.129 co.3 c.c.p., ossia alla garanzia globale di esecuzione obbligatoria per tutti gli appalti aventi ad oggetto la progettazione esecutiva di lavori di importo superiore a 75 milioni di euro.

dopo la gara. In queste circostanze infatti la dichiarazione di cui alla lett. b) verrà fornita da un'impresa appartenente al raggruppamento<sup>55</sup>.

#### **1.4.4. Il pagamento dei creditori essenziali e strategici**

Nella logica incentivante la continuità aziendale va considerata la possibilità di pagare i creditori concorsuali “strategici” anche al di fuori di ogni riparto e in deroga alla *par conditio creditorum*. L’art. 182 quinquies comma quarto l.f sancisce che “*il debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, può chiedere al Tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, se un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. L'attestazione del professionista non è necessaria per pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori*”<sup>56</sup>. La norma è volta a favorire la prosecuzione dell’attività di impresa in crisi che si trova spesso pregiudicata dall’impossibilità di acquisire beni e servizi essenziali a fronte di fornitori strategici e spesso insostituibili che, prima di procedere a nuove prestazioni, richiedono il pagamento dei crediti pregressi.

Già prima del Decreto Sviluppo nei confronti di questi fornitori, definiti strategici, si poteva procedere alla formazione di apposite classi con previsione di un migliore trattamento rispetto ad altri creditori con identica posizione giuridica ma differenti interessi economici. Nulla impediva che venisse previsto per detta classe perfino un soddisfacimento integrale, ma a condizione che venissero integralmente soddisfatti tutti i creditori privilegiati. Detta possibilità poteva considerarsi ammessa anche alla luce dell’art. 167 l.f., previa autorizzazione del giudice delegato in quanto qualificabile come atto di straordinaria amministrazione.

---

<sup>55</sup> Cfr. G. P. MACAGNO, *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, 20 gennaio 2014, in *Crisi d’impresa e fallimento*, pp.11-12.

<sup>56</sup> Per una disamina dell’istituto L. ABETE, *IL pagamento dei debiti anteriori nel concordato preventivo*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc. 9/2013, pp. 1108ss.

Con la novellata disposizione si prevede la possibilità di procedere al pagamento anticipato delle sole prestazioni essenziali alla prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori e nel periodo che intercorre tra la presentazione del ricorso, anche con riserva, e il decreto di ammissione. A fronte di questo beneficio la norma introduce inoltre un severo regime di controlli.

L'autorizzazione deve essere rilasciata dal Tribunale previa eventuale assunzione di sommarie informazioni e previa attestazione di un professionista in cui si specifichi l'essenzialità di dette prestazioni per la prosecuzione dell'attività e la loro funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori. Le circostanze che devono sussistere ai fini dell'autorizzazione in esame sono quindi le seguenti: funzionalità del pagamento all'acquisizione di prestazioni da un determinato fornitore che vanta crediti per prestazioni esaurite anteriormente alla domanda di concordato e il quale si rifiuta di eseguire ulteriori prestazioni se non venga soddisfatto delle precedenti; essenzialità della prestazione al mantenimento della continuità aziendale tanto in senso oggettivo che soggettivo, non essendo reperibile un fornitore alternativo in tempi e/o con modalità compatibili con la continuità; funzionalità al migliore soddisfacimento dei creditori<sup>57</sup>. La logica è quella di garantire, in via immediata, la prosecuzione dell'attività di impresa e in tal modo una migliore soddisfazione anche degli altri creditori.

Il pagamento, da effettuarsi tra la data di presentazione del ricorso e il decreto di ammissione, può essere integrale consentendo quindi una violazione della *par conditio creditorum* e una trasformazione di crediti chirografari in prededucibili<sup>58</sup>.

Il tutto purché ne derivi un vantaggio collettivo: una migliore soddisfazione<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Vd. Tribunale di Modena decr. 29.05.2013 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>58</sup> Così A. PATTI, *Il pagamento di debiti anteriori ex art.182 quiquies, comma 4, l.fall. in favore dell'affittuario in continuità aziendale, Il contratto di affitto d'azienda nel concordato preventivo con continuità*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc.2/2014, p. 198. Altri ritengono che il pagamento in misura superiore al quantum previsto dal piano debba avvenire con rispetto ai creditori privilegiati. La possibilità di pagare anticipatamente un creditore chirografario è condizionata alla presenza di fondate certezze di pagare integralmente i creditori privilegiati, salvo intervento di finanza esterna. Così D. FINARDI – G. SANDRINI, *La deroga alla par conditio creditorum nel concordato in continuità aziendale: il pagamento di debiti pregressi*, 9 ottobre 2013, in *Crisi di impresa e fallimento*, pp.1ss. Altri ancora ritengono che l'autorizzazione possa riguardare solo il tempo di soddisfacimento, dovendo sempre essere soddisfatti nella misura prevista da piano e proposta concordataria. R. AMATORE – L. JEANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, op.cit., p.301; F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il 'Decreto sviluppo'*, op.cit., p.66, Plenum del Tribunale di Milano 20.09.12.

L'attestazione del professionista non è richiesta nel caso il cui il debitore chieda di essere autorizzato a eseguire il pagamento con risorse finanziarie apportate senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori<sup>60</sup>. Rimane necessaria l'autorizzazione dell'organo giudiziale basata sulle sole informazioni fornite dall'imprenditore concordatario. L'autorizzazione non è affatto richiesta qualora il pagamento venga effettuato direttamente dal terzo senza che le risorse transitino dal patrimonio del debitore<sup>61</sup>.

Successivamente all'emissione del decreto di cui all'art. 163 l.f. la questione rientra nuovamente nell'ambito delle competenze del giudice delegato ex art.167 l.f., qualificandosi l'eventuale pagamento come atto di straordinaria amministrazione.

## **1.5. Il perimetro normativo della continuità**

### **1.5.1. Le diverse fattispecie previste dalla norma**

Passiamo ora la tema centrare del mio elaborato. La norma in esame richiede di essere analizzata alla luce delle diverse forme tramite cui si esplicita la continuità aziendale. Il legislatore infatti, nel delineare l'ambito di applicazione della normativa, ricomprende nell'art. 186 bis l.f. ipotesi di continuità sia diretta che indiretta.

La forma della continuità diretta, ossia "*la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore*" stesso è definita anche risanamento con continuità imprenditoriale o soggettiva. In tale fattispecie, il soddisfacimento dei creditori ha luogo mediante risorse rappresentate da denaro o valori come *debt/equity swap* generati dalla prosecuzione dell'attività per opera dell'imprenditore in crisi. Una seconda forma di continuità, quella che a noi interessa, viene identificata nella continuità indiretta la quale può realizzarsi *ex lege* mediante "*la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione*" (art. 186 bis comma primo); in questi casi si parla anche di risanamento con discontinuità imprenditoriale o con continuità oggettiva. L'elemento comune delle due forme di continuità è quindi rappresentato

---

<sup>59</sup> C. SANTINELLO, *Concordato preventivo – Il punto sulle recenti modifiche di legge*, in [www.ildiritto24-ilsole24ore.com](http://www.ildiritto24-ilsole24ore.com).

<sup>60</sup> Sono considerati finanziamenti postergati quelli eseguiti dai soci ex 2467c.c. o dalle società capogruppo ex 2497quinquies c.c.

<sup>61</sup> G. TERRANOVA, *Il concordato 'con continuità aziendale' e i costi dell'intermediazione giuridica*, *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, fasc.1/2013, p.65, nota 65.

dalla necessità di una prosecuzione dell'attività di impresa che, nella maggioranza dei casi, viene realizzata mediante la separazione dell'azienda dall'imprenditore titolare con cessione dell'azienda a terzi ovvero il suo conferimento in una o più società anche di nuova costituzione (c.d. newCo). Precedentemente alla riforma del Decreto Sviluppo tali fattispecie di risanamento indiretto venivano genericamente ricondotte al *genus* del concordato liquidatorio<sup>62</sup>. Si tratta infatti di casi in cui l'imprenditore si spoglia dell'attività di impresa e provvede al soddisfacimento dei creditori *in primis* con il ricavato dalla vendita dell'azienda o di partecipazioni. Dette operazioni si rendevano possibili in quanto l'obiettivo della ristrutturazione dei debiti e della soddisfazione dei creditori era perseguibile con qualsiasi tipo di operazione in virtù del criterio di ampia libertà dell'imprenditore nella formulazione del piano ex art. 160 comma primo.

Entrando ora brevemente nel merito delle due forme di continuità indiretta, si pone all'attenzione il fatto che, mentre il conferimento può attuarsi solo in una o più società, la cessione non deve necessariamente effettuarsi a favore di società ma l'acquirente può essere qualsiasi imprenditore, anche individuale.

Inoltre, mentre nel caso del conferimento pare non esservi dubbio alcuno in merito all'incidenza della gestione successiva, maggiori perplessità sorgono con riferimento alla cessione d'azienda. Essa può avvenire mediante pagamento dilazionato del prezzo e non garantito, ovvero mediante pagamento immediato e/o garantito. Mentre nel primo caso il soddisfacimento dei creditori è in gran parte condizionato dalla capacità del cessionario di far fronte alle obbligazioni assunte; nel secondo il soddisfacimento è per lo più svincolato dall'efficace prosecuzione dell'attività di impresa in capo al terzo. Si tratta di una questione che ha comportato il sorgere di vari dibattiti che saranno ripresi anche nel presente elaborato. Seppur a prima vista pare condivisibile l'opinione di coloro che ritengono irrilevante la gestione dell'impresa a seguito della cessione, si tratta di una valutazione non condivisibile in modo aprioristico: la prosecuzione dell'attività da parte della cessionaria può incidere indirettamente sulla fattibilità del piano. Un esempio scolastico è quello relativo alla liquidazione di *assets* non trasferiti: l'imprenditore in crisi potrebbe

---

<sup>62</sup> Si veda per esempio M.T. QUARANTA, *Relazione al Convegno di Cesereto (AL) del 29.11.2013 'Novità in materia societaria ed operazioni straordinarie nell'ambito delle procedure concorsuali'*; F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il 'Decreto sviluppo'*, op.cit, p. 58.

infatti decidere di non trasferire al cessionario posizioni creditorie inerenti acconti su commesse con la conseguenza che, in tal caso, le capacità di incasso/recuperabilità dei crediti sono strettamente connesse al completamento della commessa da parte del cessionario. Ciò a conferma del fatto che risulta fondamentale estendere la valutazione del piano e l'attestazione del professionista oltre l'incasso del prezzo di cessione, sino al completamento della commessa da cui dipende l'incasso dei crediti. Mentre quindi, di primo acchito, pare non rilevante la futura sorte dell'azienda a seguito della fuoriuscita dal perimetro concordatario, ciò è condivisibile solamente allorquando all'atto della cessione si realizzi la contestuale riscossione del corrispettivo e le sorti della gestione successiva dell'azienda non influiscono in alcun modo sulla procedura. Si tratta però di ipotesi poco frequenti. Pertanto, dottrina maggioritaria ritiene che in tutti gli altri casi la gestione futura dell'azienda abbia rilievo come elemento informativo essenziale sia ai fini del giudizio di fattibilità del piano sottoposto al controllo immediato del Tribunale e successivamente del commissario giudiziale, sia ai fini della valutazione della convenienza del concordato per il ceto creditorio<sup>63</sup>.

Per quanto attiene al conferimento, questo può essere effettuato nei confronti di una società preesistente, controllata o di nuova costituzione. In questa fattispecie, il soddisfacimento dei creditori può avvenire mediante flussi distribuiti sotto forma di dividendi o riparti dalla società conferitaria, tramite l'assegnazione di quote della conferitaria ai creditori ovvero mediante attribuzione agli stessi del ricavato dalla vendita della partecipazione; fondamentale è la capacità della conferitaria di "creare valore". Ciò pone indubbiamente in capo al professionista il compito di svolgere, nel periodo di durata del piano, una verifica di sostenibilità economico-finanziaria della conferitaria, per scongiurare eventuali fenomeni di insolvenza indotta<sup>64</sup>.

Con riferimento alle norme di favore introdotte ex art. 186 bis l.f. si nota che, come espressamente evidenziato dal legislatore, del particolare *favor* per la continuità contrattuale possono beneficiare anche le società cessionarie d'azienda o di rami di essa nonché società conferitarie cui i contratti pendenti siano trasferiti. Analogamente non è preclusa la possibilità di partecipazione a procedure di

---

<sup>63</sup> Cfr. G. LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento Disciplina UE e transfrontaliera disciplina tributaria*, op.cit., p. 2287ss.

<sup>64</sup> Vedi F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il 'Decreto sviluppo'*, op.cit., p.60.

assegnazione di contratti, anche in raggruppamento temporaneo d'impresa. Per agevolare tali trasferimenti è altresì prevista la purgazione di ipoteche con provvedimento del giudice delegato. Infatti, nella parte finale del comma terzo, il legislatore si preoccupa della cancellazione delle trascrizioni e iscrizioni relative ai beni compresi nelle aziende cedute o conferite da effettuarsi all'atto del trasferimento da parte del giudice delegato. La collocazione della norma è alquanto incongrua a fronte del fatto che l'obiettivo di incentivare i trasferimenti appare meritevole di tutela in ogni tipologia di concordato. Si tratta di una deroga all'art. 108 comma secondo in materia di liquidazioni fallimentari di beni registrati, richiamato in ambito concordatario dall'art. 182 e secondo cui la cancellazione può avvenire solo dietro pagamento integrale del prezzo. Ivi invece il trasferimento aziendale non è sottoposto ad alcuna condizione, né al soddisfacimento dei creditori garantiti, né al loro consenso o alla riscossione del prezzo; i beni vengono trasferiti liberi da ipoteche, pignoramenti e sequestri in quanto sarà la procedura stessa a realizzare il soddisfacimento del terzo<sup>65</sup>.

Nel delineare il perimetro di applicazione del concordato con continuità occorre altresì evidenziare la possibilità di qualificare come tale anche il concordato il cui piano preveda la liquidazione beni non funzionali: *“Il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa”* (art. 186 bis comma primo). Il legislatore quindi, mediante detta disposizione, ricomprende nella categoria del concordato con continuità fattispecie in cui l'attività prosegue mediante il mantenimento in “esercizio” di parte soltanto dell'attivo, ove la restante parte viene invece liquidata atomisticamente. Questo tipo di procedura viene comunemente definita come concordato “misto”. Ciò permette, con la liquidazione di beni non funzionali, di liberare risorse finanziarie integrando una forma indiretta di autofinanziamento. Sul punto occorre brevemente chiarire il concetto di funzionalità. *In primis* l'interrogativo che ci si pone è se essa debba essere analizzata relativamente all'attività esercitata dal debitore al momento della presentazione della domanda ovvero alle prospettive di esercizio dell'attività di impresa, come ritengo condivisibile alla luce dell'obiettivo di favorire la continuità aziendale<sup>66</sup>. Ulteriore elemento da chiarire riguarda la relazione con il concetto di disponibilità. Autorevole

---

<sup>65</sup> F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il 'Decreto sviluppo'*, op.cit., p.64

<sup>66</sup> Così F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il 'Decreto sviluppo'*, op.cit., p.60.

dottrina sostiene che, anche in presenza di vendita di beni funzionali all'esercizio dell'attività di impresa qualora vi sia la congiunta garanzia della disponibilità del bene ceduto, ad esempio mediante contratti di leasing, si possa ritenere comunque configurabile il concordato con continuità<sup>67</sup>. Rimane infine da analizzare quali siano gli effetti di una liquidazione atomistica di beni ritenuti funzionali all'esercizio d'impresa. Dal momento della liquidazione di beni funzionali che debbano necessariamente essere accorpati all'azienda, il Tribunale potrebbe intervenire imponendo il predetto accorpamento e/o sanzionando la sua mancanza; ancora, la loro dismissione potrebbe influire negativamente sul giudizio di fattibilità del piano; infine, secondo condivisibile dottrina, in tali ipotesi non sarebbe configurabile il concordato con continuità e, di conseguenza, l'applicazione dei relativi benefici<sup>68</sup>. In conclusione preme evidenziare la questione relativa alla disciplina applicabile ai concordati c.d. "misti". Nel dubbio, oggi sembra essersi consolidato il criterio della prevalenza o dell'assorbimento secondo cui occorre verificare nel caso concreto se le liquidazioni previste e ulteriori rispetto a cessione o conferimento di azienda in esercizio siano o meno prevalenti quantitativamente e qualitativamente rispetto al valore dell'azienda che prosegue in esercizio<sup>69</sup>. Significativo è il provvedimento del Tribunale di Mantova<sup>70</sup> che ha accolto la richiesta del ricorrente facendo rientrare la domanda di concordato nella fattispecie della continuità aziendale evidenziando che, oltre alla stipula di un contratto di affitto seguito dalla *"cessione dell'azienda in esercizio, le ulteriori attività previste riguardano unicamente la vendita del magazzino, il recupero di crediti e l'acquisizione di royalties"*, attività che non possono portare a qualificare il concordato come liquidatorio in quanto non prevalenti rispetto al valore dell'azienda che permane in esercizio, anche se per

---

<sup>67</sup> Si veda ad esempio F. CASA, *Controversie teoriche e discussioni pratiche sull'art.186bis l.fall., in Il voto dei creditori privilegiati nel concordato con continuità aziendale*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc.11/2013, p.1384ss.

<sup>68</sup> Così anche F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il 'Decreto sviluppo'*, op.cit., p.57ss.

<sup>69</sup> Parlano della teoria della prevalenza o dell'assorbimento D. FINARDI e G. SANDRINI, *La deroga alla par conditio creditorum nel concordato in continuità aziendale: il pagamento di debiti pregressi*, op.cit., p.10; S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, op.cit., p.5; A. LOLLI, *Il concordato con continuità aziendale mediante l'intervento di terzi nel processo di risanamento: alcune considerazioni*, op.cit., p.1097; G. P. MACAGNO, *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, op.cit., p. 5; M.T. QUARANTA, *Relazione al Convegno di Cesereto (AL) del 29.11.2013 'Novità in materia societaria ed operazioni straordinarie nell'ambito delle procedure concorsuali'*. Così anche la giurisprudenza del Tribunale di Mantova decr.19.09.2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) ripreso nel decreto del Tribunale di Ravenna, 29.10.2013, *ibidem*.

<sup>70</sup> Tribunale di Mantova decr.19.09.2013, *cit*.

mezzo di cessione a terzi. Nel caso di specie il Tribunale ha concluso con la richiesta di integrazione della documentazione prevista ai sensi dell'art. 186 bis l.f. L'inclusione nel perimetro della continuità non impedisce comunque di applicare, in quanto compatibili, le modalità di vendita di cui all'art. 182 l.f. in relazione alla dismissione atomistica di beni non strumentali.

### **1.5.2. Il mancato richiamo al contratto di affitto d'azienda**

Sulla base di quanto sopra esposto, il tessuto normativo non contempla espressamente la fattispecie dell'affitto d'azienda all'interno del concordato preventivo con continuità. Sin dal momento della sua emissione, la norma ha perciò suscitato un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa l'ambito applicativo dell'art. 186 bis l.f.; non a caso è stata definita, da uno dei principali esponenti della materia, una vera e propria "*crux interpretum*"<sup>71</sup>.

Il contratto di affitto d'azienda rappresenta infatti uno dei principali strumenti tramite cui poter realizzare la circolazione aziendale. Si tratta di un contratto consensuale, sinallagmatico, ad esecuzione continuata e periodica, per il quale il codice civile non detta una disciplina organica ma, con l'art. 2562 c.c., si limita a rinviare all'art. 2561 c.c. in materia di usufrutto. L'affitto non necessariamente deve riguardare l'intero complesso aziendale, potendo anche prevedere il trasferimento di alcuni dei beni che lo compongono purché vi sia l'attitudine all'esercizio dell'attività di impresa, "*anche mediante successiva integrazione dell'affittuario*"<sup>72</sup>. La Suprema Corte<sup>73</sup> ha infatti ribadito come sia sufficiente la potenziale produttività del complesso di beni trasferiti per configurare la fattispecie dell'affitto.

La soluzione dell'affitto è dettata solitamente dalla necessità di un intervento immediato, volto a garantire la continuità dell'attività di impresa o di rami di essa in capo ad un soggetto terzo, tentando così di contrastare i potenziali effetti pregiudizievoli derivanti da situazioni di crisi aziendale. Infatti, pur in situazioni di crisi, qualora l'impresa goda di una posizione di credito sul mercato potrebbe essere ragionevole proseguire nell'esercizio dell'attività d'impresa in quanto i vantaggi che

---

<sup>71</sup> S. AMBROSINI, Convegno Casamassima (BA) del 7-8 giugno 2013, '*Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti: i risultati di una ricerca*' in [http://www.osservatorio-oci.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=102&Itemid=268](http://www.osservatorio-oci.org/index.php?option=com_content&view=article&id=102&Itemid=268).

<sup>72</sup> Cass. sent. n. 23496 del 17.12.2004 in [www.dirittoitalia.it](http://www.dirittoitalia.it).

<sup>73</sup> Cass. sent. n. 9012 del 16.04.2009 in [www.ratioiuris.it](http://www.ratioiuris.it).

ne derivano potrebbero essere notevoli oltre a consentire di salvare posti di lavoro ed evitare di trascinare altre imprese nella crisi a fronte di un effetto domino<sup>74</sup>. Lo strumento dell'affitto consente la separazione sostanziale delle sorti dell'azienda o del ramo oggetto del negozio giuridico dalle vicende del soggetto concedente: il soggetto terzo prosegue nello svolgimento dell'attività di impresa senza dover rispondere delle passività pregresse facenti capo al concedente, a differenza di quanto avviene con la cessione d'azienda per la quale la legge prevede, in via generale, un inderogabile regime di responsabilità solidale in capo all'acquirente per i debiti aziendali, ex art. 2560c.c.<sup>75</sup> In un momento di crisi dell'imprenditore proprietario dell'azienda potrebbe essere difficile avere accesso al mercato del credito, così come alle dilazioni commerciali mediamente offerte dai fornitori del settore. A tal proposito vantaggiosa potrebbe essere la possibilità di coinvolgere un soggetto terzo che consentirebbe l'accesso al credito ovvero, nel caso in cui la società conduttrice sia già operativa e dotata di affidamenti adeguati, la capacità di assorbire il fabbisogno che si genererebbe per effetto della nuova attività recepita. Con le parole del Tribunale di Bolzano, l'affitto permetterebbe di consentendo di *“fare cassa e dare respiro ad una azienda di per sé sana, ma in evidente crisi di liquidità”*<sup>76</sup>. Tra i principali vantaggi che questo contratto consente di conseguire si ha il trasferimento di gran parte del rischio di impresa sull'affittante, sostituendo una *“redditività aleatoria”* con una *“per lo più certa”* e rappresentata dai canoni di affitto. Il rischio comunque può essere considerato arginato ma non completamente evitato; fattori di rischio che residuano possono essere individuati dalla possibile insolvenza del debitore, dalla cattiva gestione e conseguente retrocessione dell'azienda in stato di aggravata crisi. L'affitto garantisce altresì l'unitarietà del complesso aziendale e

---

<sup>74</sup> Così M. CAFFI, *L'affitto d'azienda nell'amministrazione controllata e nel concordato preventivo*, in AA.VV. (a cura di G. SCHIANO DI PEPE), *Crisi d'impresa e salvaguardia dell'azienda*, Padova, 1995, p.147ss; D. DI SALVO LAMANNA, *Problematiche civilistiche e fiscali dell'affitto e dell'acquisto di azienda in crisi*, in [www.rivista.ssef.it](http://www.rivista.ssef.it); P. RIVA, *Le operazioni straordinarie che caratterizzano la 'continuità indiretta' ex art.186bis lf: conferimento, cessione e affitto d'azienda*, in *Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma*, Commissione Gestione crisi di Impresa e procedure concorsuali, quaderno n.43, p.14.

<sup>75</sup> Ciò non avviene in ambito concorsuale in virtù di espresse previsioni legislative. La disapplicazione dell'art.2560c.c. per le cessioni d'azienda avvenute in fase di liquidazione dell'attivo fallimentare ovvero in esecuzione di un concordato è prevista ex art.105 co.4 lf, richiamato anche dall'art.182lf. In mancanza di detta disposizione la cessione si rivelerebbe impossibile e nessuno sarebbe disposto all'acquisto di un'azienda indebitata. Si veda L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc.10/2013, p.1237ss.

<sup>76</sup> Tribunale di Bolzano decr.27.02.2013, cit.

una tutela contro il rischio di disgregazione dell'azienda conseguente all'esercizio di azioni esecutive da parte dei creditori<sup>77</sup>. In particolare, gli stessi *stakeholders* ne trarrebbero vantaggio. I lavoratori potrebbero godere della prosecuzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'affittuario, soggetto economicamente più "sano" nonché della possibilità di riscuotere più rapidamente i crediti che vanno a maturare. I fornitori potrebbero arginare i danni che, nella maggior parte dei casi di crisi aziendale, sono costretti a subire; trattasi solitamente di conseguenze negative derivanti dall'eventuale inadempimento e/o mancato recupero integrale del credito a cui si affianca la difficoltà di trovare un mercato di sbocco per i propri prodotti. Il trasferimento del contratto al nuovo affittuario consentirebbe loro di limitare le perdite e proseguire il rapporto di fornitura. Lo stesso affittuario potrebbe giovare dell'avviamento aziendale, ove vi siano, ad esempio, elementi immateriali che presentino ancora un certo interesse nei confronti di soggetti terzi<sup>78</sup>. In caso di cessazione dell'attività aziendale potrebbero altresì scattare penali sui contratti in corso, oppure svanire delle opportunità di affari importati. Infine, in un contesto di crisi, la sottoscrizione di un tale contratto potrebbe essere propedeutica ad una successiva cessione consentendo al potenziale acquirente di essere immesso sin da subito nel godimento dell'azienda, testando così la redditività e valutando i rischi connessi all'eventuale acquisto. Quanto sopra non può che essere incentivante anche nell'ambito di una procedura concorsuale alternativa al fallimento; trattandosi di una sorta di "esercizio provvisorio" in vista del ritorno *in bonis* della stessa impresa o del suo trasferimento.

L'affitto d'azienda, nonostante la sua ampia e riconosciuta utilizzazione<sup>79</sup>, ha trovato però pieno riconoscimento legislativo limitatamente all'ambito fallimentare<sup>80</sup> sia come rapporto giuridico preesistente ex art. 79 l.f., sia come modalità di liquidazione

---

<sup>77</sup> La titolarità dell'azienda rimane in capo al concedente, con la conseguenza che i creditori possono procedere al pignoramento dei beni concessi in affitto e alla successiva vendita all'asta. Ove però il contratto di affitto abbia data anteriore al pignoramento è opponibile all'aggiudicatario che acquisirà i beni gravati dal diritto di godimento dell'affittuario sino a scadenza del contratto.

<sup>78</sup> A titolo esemplificativo il know how aziendale potrebbe essere un elemento appetibile. Esso è rappresentato dall'insieme di informazioni sul processo produttivo, metodi di distribuzione, tecniche di produzione ecc. che rendono distinguibile l'azienda dai competitors; tutelabile in base al divieto di concorrenza ex art.2557cc, del quale è prevista l'applicazione anche alle ipotesi di affitto d'azienda.

<sup>79</sup> Già precedentemente alla riforma del 2006 era uno strumento utilizzato in ambito fallimentare; così anche in ambito concordatario.

<sup>80</sup> D.lgs. n. 5 del 9.01.2006 rubricato "Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80", in [www.normattiva.it](http://www.normattiva.it).

dell'attivo fallimentare. A tal proposito, nel nuovo impianto normativo degli artt.104-104 bis e 105 l.f., l'affitto si pone come strumento di conservazione della funzionalità dell'azienda alternativo rispetto all'esercizio provvisorio da parte dello stesso curatore e finalizzato a una più proficua vendita dell'azienda o di parti di essa<sup>81</sup>. L'intervento in ambito fallimentare è comunque tardato a pervenire; solo a fronte di svariate discussioni il legislatore si è preoccupato di disciplinare espressamente l'istituto introducendo specifiche misure a tutela della procedura che spaziano dalla funzionalità dell'affitto ad una più proficua vendita dell'azienda o di parti di essa compatibile con le esigenze di liquidazione, alla scelta dell'affittuario sino a clausole contrattuali specifiche da includere nel contratto<sup>82</sup>.

Diversamente non è tuttora avvenuto nell'ambito della recente disciplina del concordato con continuità aziendale; ciò potrebbe essere dovuto ad una specifica volontà del legislatore di escludere l'affitto d'azienda dall'applicazione del 186 bis l.f. ovvero, *a contrariis*, dalla sua ritenuta implicità. L'unica certezza, sino ad oggi, sono le inevitabili discussioni al riguardo.

---

<sup>81</sup> Mentre l'esercizio provvisorio per mano del curatore comporta la necessità di soddisfare i crediti successivamente sorti in prededuzione, ex art. 111 l.f.; nell'affitto d'azienda le responsabilità ricadono su di un soggetto terzo.

<sup>82</sup> In merito al primo aspetto, la scelta dell'affittuario è effettuata dal curatore fallimentare a norma dell' art. 107 l.f. e deve pertanto avvenire con adeguate forme di pubblicità in modo da assicurare la massima partecipazione degli interessati, mediante esperimento di procedure competitive. Il contratto deve inoltre prevedere specifiche clausole a tutela della garanzia del ceto creditorio. Si tratta di clausole legali inderogabili contenute all'art.104bis lf. Tra queste il diritto del curatore di procedere a ispezioni dell'azienda, prestazione di idonee garanzie per le obbligazioni dell'affittuario derivanti dal contratto e dalla legge ad esempio per attenuare il rischio della mancata percezione dei canoni di affitto, depauperamento dei valori aziendali etc.; diritto di recesso da parte del curatore, sentito il comitato dei creditori, con la corresponsione di un giusto indennizzo ex art.111lf.

In ambito concordatario si potrebbe ritenere che la mancanza di criteri legislativi sia compensata da maggiori livelli di verifica in fase di procedura: attestatore, commissario giudiziale e creditori in sede di adunanza. Così P. RIVA, *Le operazioni straordinarie che caratterizzano la 'continuità indiretta' ex art.186bis lf: conferimento, cessione e affitto d'azienda*, op.cit., p.20.

## CAPITOLO II

### L'AFFITTO DI AZIENDA FINE A SE STESSO

Nel presente capitolo mi soffermerò ad analizzare i due principali indirizzi interpretativi e le rispettive ragioni fornite da dottrina e giurisprudenza in merito alla questione relativa alla riconducibilità o meno della prosecuzione dell'attività di impresa per mezzo dell'affitto d'azienda alla nuova disciplina dell'art. 186 bis l.f., sollevando le principali problematiche che saranno poi esaminate nel proseguito.

#### **2.1. La mancata applicazione delle disposizioni del concordato preventivo con continuità aziendale all'affitto d'azienda**

Nel primo periodo dall'entrata in vigore del Decreto Sviluppo autorevole dottrina<sup>83</sup> si è sin da subito pronunciata a sostegno della tesi dell'incompatibilità dell'affitto con il concordato con continuità alla luce delle diverse considerazioni di seguito esposte. Analogamente i Tribunali si sono espressi in modo pressoché unanime sull'esclusione dell'affitto dalla fattispecie del concordato con continuità. Il collegio che, più di altri, ha assunto posizioni nette a sostegno dell'incompatibilità dell'affitto con la continuità aziendale è il Tribunale di Terni<sup>84</sup>. Esso ha, in più riprese, ribadito la sua idea sulla base di diversi assunti, assumendo nel tempo una posizione molto netta e ben argomentata.

---

<sup>83</sup> A favore di questa tesi si sono espressi D. GALLETTI, *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto d'azienda*, 03.10.2012, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it); Id., Convegno Udine del 16 novembre 2012 'Il concordato in continuità e le nuove regole sui rapporti pendenti' in <http://www.unijuris.it/node/1651>; D. FICO, *Domanda di concordato con riserva, affitto d'azienda e concordato in continuità*, 06.08.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), p.2; S. ZENATI, *Il concordato con continuità aziendale: requisiti del piano e oggetto della relazione di attestazione*, 23.10.2013, ibidem, pp.1-2; F. DI MARZIO, *Affitto d'azienda e concordato in continuità*, 15.11.2013, ibidem, p.2; F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il 'Decreto Sviluppo'*, op.cit., p.58; R. AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e requisiti di ammissibilità*, op.cit, p.4; F. PASQUARIELLO, *Il concordato preventivo con continuità*, op.cit., p.1136ss; F. CASA, *Controversie teoriche e discussioni pratiche sull'art.186bis l.fall., in Il voto dei creditori privilegiati nel concordato con continuità aziendale*, op.cit, p.1382; L. QUAGLIOTTI, *L'incerta perimetrazione del concordato in continuità*, Trascrizione della relazione al convegno: 'L'impresa recuperata-a soluzione delle crisi di impresa dopo il decreto sviluppo 2012' giovedì 28 marzo 2013 ore 9.00- Centro Studi- I Cappuccini-Via Calenzano,38-San Miniato (PI); R. AMATORE – L. JEANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, op.cit., p.278; L. D'ORAZIO, *Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa: concordato preventivo; piano attestato di risanamento, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale; concordato fallimentare e concordato stragiudiziale ; composizione della crisi di sovraindebitamento*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, p.83ss.

<sup>84</sup> Tribunale di Terni, 28.01.2013, cit.; Id. decr.12.02.2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Id. decr.02.04.2013, ibidem; così anche Tribunale di Milano decr. del 28.11.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).

### 2.1.1. (Segue) L'interpretazione letterale della norma

In primo luogo i sostenitori di questa tesi hanno posto l'attenzione su di un'interpretazione di tipo letterale. Il legislatore, nel definire il perimetro di applicazione della norma considera due differenti ipotesi tramite cui è possibile perseguire la continuità "indiretta" dell'attività di impresa: cessione e conferimento di azienda in esercizio. Secondo il brocardo latino "*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*" l'elenco del legislatore della riforma sarebbe da ritenersi tassativo: il legislatore ha detto esattamente ciò che intendeva dire, ciò che non ha detto evidentemente non intendeva dirlo poiché se l'avesse voluto lo avrebbe detto. Analogamente, lo stesso comma terzo dell'articolo in esame, nel disciplinare la continuità contrattuale richiama la sola cessionaria o conferitaria d'azienda e non anche l'eventuale affittuario. Testuali le parole del legislatore "*di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti*". Di conseguenza, la disciplina del concordato con continuità sarebbe considerata applicabile alle sole ipotesi casisticamente individuate dalla norma, eliminando in tal modo qualsiasi perplessità circa una volontà estensiva alla fattispecie dell'affitto<sup>85</sup>.

Approcciando il problema dal punto di vista terminologico la presente dottrina ritiene che la soluzione non possa essere differente. Altro elemento che avvalora l'ipotesi della incompatibilità è il significato attribuito al concetto di "cessione" che, per i più, rinvia ad ogni trasferimento del diritto di proprietà del complesso aziendale a soggetti terzi, ipotesi che effettivamente si realizza mediante cessione e conferimento: entrambe si configurano come fattispecie di tipo traslativo a cui pare estremamente difficoltoso ricondurre l'ipotesi dell'affitto, anche qualora propedeutico a una successiva cessione<sup>86</sup>. Analogamente, il sopra menzionato

---

<sup>85</sup> Così F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il 'Decreto Sviluppo'*, op.cit., p.58; R. AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e requisiti di ammissibilità*, op.cit., p.3; L. D'ORAZIO, *Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa: concordato preventivo ; piano attestato di risanamento, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale ; concordato fallimentare e concordato stragiudiziale ; composizione della crisi di sovraindebitamento*, op.cit., p.83; F. CASA, *Controversie teoriche e discussioni pratiche sull'art.186bis l.fall.*, in *Il voto dei creditori privilegiati nel concordato con continuità aziendale*, op.cit., p.1380.

<sup>86</sup> In questi termini D. GALLETTI, *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto d'azienda*, op.cit., p.1; così anche D. FICO, *Domanda di concordato con riserva, affitto d'azienda e concordato in continuità*, op.cit., p.2; F. CASA, *Controversie teoriche e discussioni pratiche sull'art.186bis l.fall.*, in *Il voto dei creditori privilegiati nel concordato con continuità aziendale*, op.cit. p. 1380.

Tribunale di Terni, concentrandosi sull'interpretazione letterale della normativa, con provvedimento del 28 gennaio 2013 ha sancito che *“laddove il legislatore ha fatto riferimento alla <cessione di azienda in esercizio> sembra aver chiaramente escluso la distinta ipotesi dell'affitto di azienda”*<sup>87</sup>. Con un successivo decreto ha ribadito che l'art. 186 bis l.f. risulta circoscritto *“alle sole tre ipotesi di prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del debitore, cessione dell'azienda in esercizio e suo conferimento in una società anche di nuova costituzione, con esclusione invece dell'affitto d'azienda, pur se previsto in funzione della successiva cessione di azienda”*<sup>88</sup>.

I fautori di questa tesi ritengono non sia nemmeno possibile invocare un'interpretazione estensiva di tipo analogico che condurrebbe all'inclusione della fattispecie dell'affitto, in quanto si tratterebbe di interpretazioni eccezionali che prevedono “aggravi di forma” rispetto alla disciplina generale<sup>89</sup>. Oltre a ciò, lo stesso legislatore nel disciplinare l'affitto endofallimentare ha distinto nettamente la fattispecie dell'affitto d'azienda da quella della vendita della stessa, evidenziando un'altra volta la differenziazione di fattispecie che non può essere ignorata nemmeno in sede concorsuale<sup>90</sup>.

### **2.1.2. (Segue) Il trasferimento del rischio imprenditoriale e l'estensione dell'apparato documentale**

Ulteriore elemento, a mio avviso il principale, invocato a supporto dell'incompatibilità dell'affitto con la fattispecie del concordato con continuità è la rilevante questione relativa al rischio imprenditoriale<sup>91</sup>.

---

<sup>87</sup> Tribunale di Terni decr. del 28.01.2013, cit.

<sup>88</sup> Tribunale di Terni, decr. 12.02.2013, cit. Così confermato anche con decreto dello stesso Tribunale del 02.04.2013; Tribunale di Ravenna decr. 29.10.2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Tribunale di Milano decr. 28.11.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).

<sup>89</sup> Così nel delineare la tesi opposta R. BORSARI e E. ZOCCA, *Affitto d'azienda come strumento negoziale per gestire la crisi di impresa*, in *Rivista delle operazioni straordinarie*, fasc.7/2013, p.6.

<sup>90</sup> L. D'ORAZIO, *Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa: concordato preventivo; piano attestato di risanamento, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale; concordato fallimentare e concordato stragiudiziale; composizione della crisi di sovraindebitamento*, op.cit, p.83.

<sup>91</sup> Vedi F. DI MARZIO, *Affitto d'azienda e concordato in continuità*, op.cit; risposta di Zucchetti SG del 15.11.2012 al quesito ‘Concordato preventivo con continuità aziendale’, in [www.fallcoweb.it](http://www.fallcoweb.it); D. FICO, *Domanda di concordato con riserva, affitto d'azienda e concordato in continuità*, op.cit., p.2; F. PASQUARIELLO, *Il concordato preventivo con continuità*, op.cit, p. 1137; L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, op.cit., p.1229; S. PACCHI, *Flash sul concordato preventivo in continuità*, 26.08.2013, in [www.ipsoa.it](http://www.ipsoa.it); D. GALLETTI, *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto d'azienda*, op.cit., p.1.

A sostegno di detta valutazione, la dottrina evidenzia come principale conseguenza della continuazione dell'attività aziendale la presenza di un rischio gravante sui soci - prestatori di *equity* e sui creditori ossia i prestatori di capitale di debito. Il concordato con continuità è infatti caratterizzato da una intrinseca maggiore rischiosità insita nella prosecuzione dell'attività di impresa. A fondamento della novellata disciplina di favore di cui all'art. 186 bis l.f. vi è infatti il rischio che il "*compendio esercitato si svalorizzi (...) e che i creditori subiscano gli effetti dell'assunzione di passività in prededuzione, a fronte dell'eventuale incapacità dei flussi della gestione caratteristica di estinguere le nuove passività di funzionamento contratte*"<sup>92</sup> a seguito della prosecuzione dell'attività. A fronte di detta rischiosità si ricollega e si giustifica la necessità di un apparato documentale rafforzato e del controllo da parte degli organi della procedura col fine ultimo di assicurare una maggiore tutela ai creditori<sup>93</sup>.

Taluni richiamano l'istituto dell'affitto endofallimentare in cui si può notare come il legislatore si sia preoccupato di disciplinare le modalità di contrattualizzazione senza nulla disporre in merito alla tutela dei creditori contro il rischio di impresa derivante dalla potenziale *mala gestio* dell'affittuario. L'unica disposizione al riguardo è volta a massimizzare la tutela del ceto creditorio in presenza di retrocessione aziendale, statuendo che, in detta fattispecie, il fallimento non sopporterà eventuali responsabilità per debiti nel frattempo maturati<sup>94</sup>. La *ratio* della disposizione viene considerata la seguente: mentre nell'esercizio provvisorio da parte del curatore il rischio d'impresa continua a gravare sul ceto creditorio, con l'affitto d'azienda viene traslato sull'affittuario salvo che per quanto concerne la riscossione dei canoni. Analogamente avverrebbe in ambito concorsuale<sup>95</sup>.

Alla luce delle considerazioni predette, i sostenitori di questa tesi ritengono che la disciplina di cui all'art. 186 bis l.f. non sia applicabile in presenza di aziende affittate a soggetti terzi, "*ove il rischio descritto incombe direttamente sull'affittuario e non*

---

<sup>92</sup> Così D. GALLETTI, *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto d'azienda*, op.cit.

<sup>93</sup> Similmente avviene per l'esercizio provvisorio endofallimentare subordinato a gravi ragioni di convenienza, autorizzato solo se la cessazione dell'attività provoca un danno grave e purché non arrechi pregiudizio alle ragioni dei creditori, ex art.104 l.f. Mentre però nel fallimento è il curatore fallimentare che esercita attività di impresa, nel concordato la gestione permane in capo allo stesso imprenditore, seppur sorvegliato in quanto al compimento di atti di straordinaria amministrazione dagli organi della procedura. La situazione risulta pertanto più complicata.

<sup>94</sup> Si rinvia all'art.104bis l.f.

<sup>95</sup> F. DI MARZIO, *Affitto d'azienda e concordato in continuità*, op.cit., p.2.

*sul debitore*”<sup>96</sup>. Sulla base delle osservazioni di cui sopra, i creditori concorsuali supporteranno il rischio d’impresa solo fino al momento in cui l’azienda è condotta dall’imprenditore in concordato. Pertanto, qualora il contratto di affitto sia stipulato prima dell’apertura della procedura il rischio di impresa non graverà mai sui creditori, se stipulato nel corso della procedura stessa i creditori sarebbero sottoposti a rischio solo sino al momento della stipula<sup>97</sup>.

Anche la giurisprudenza di merito ha posto l’attenzione sulla natura delle disposizioni in esame rivolte non tanto a favore della continuità, quanto piuttosto alla tutela contro i rischi che la stessa comporta nei confronti del ceto creditorio “*sia in termini di flussi in entrata (che vanno oltre la semplice riscossione dei canoni), sia per l’incremento delle passività in prededuzione (che invece non si generano nell’affitto d’azienda, anche se a canone variabile)*”<sup>98</sup>. Con specifico riferimento al rischio imprenditoriale, in modo analogo si sono espressi anche altri Tribunali, quale il Tribunale di Ravenna, il quale ha sancito che “*le disposizioni speciali in tema di continuità aziendale si giustificano in quanto la debitrice prospetti la permanenza di un rischio di impresa su cui i creditori sono chiamati ad esprimere il proprio voto*”, mentre diversamente avviene “*laddove la continuazione dell’attività è in capo ad un soggetto giuridico diverso (...), si dovrà eventualmente discutere della solvibilità dell’affittuario o delle garanzie da questa prestate (o meno) ma all’interno di uno schema concordatario e casuale meramente liquidatorio*”<sup>99</sup>. Il tutto viene sostenuto con particolare convinzione quantomeno in presenza di canoni fissi/predeterminati, qualora si ritenga che il principale onere per l’affittante sia la riscossione degli stessi. Alla base dell’esclusione dell’affitto dal campo di applicazione del concordato con continuità aziendale anche un ragionamento consequenziale fondato sul contenuto specifico della documentazione prevista dalla normativa in materia di continuità, ritenuta poco comprensibile e conciliabile in presenza di affitto d’azienda. La constatazione è strettamente connessa alle precedenti valutazioni in tema di rischiosità, al connubio continuazione-rischio che induce il legislatore a richiedere un *quid pluris* a tutela dei creditori. La necessità di un apparato documentale rafforzato

---

<sup>96</sup> D. GALLETTI, *La strana vicenda del concordato in continuità e dell’affitto d’azienda*, op.cit.

<sup>97</sup> F. DI MARZIO, *Affitto d’azienda e concordato in continuità*, op.cit., p.2

<sup>98</sup> Tribunale di Terni decr.02.04.2013, cit.

<sup>99</sup> Tribunale Ravenna decr.29.10.2013, cit.

si giustifica in ragione della permanenza di un rischio di impresa sul ceto creditorio che è chiamato ad esprimere il proprio voto in sede di adunanza o nei venti giorni successivi (art. 178 l.f.), rischio che parrebbe non sussistere in presenza di trasferimento all'affittuario, in particolare ove siano previsti canoni fissi. La valutazione è basata sul presupposto per cui “*non avrebbe senso imporre un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura*”<sup>100</sup> laddove le condizioni di rischio attengono all'attività svolta dall'affittuario senza effetti sul ceto creditorio. Sarà infatti la società affittuaria a godere dei ricavi e sostenere i costi dell'azienda, beneficiando degli utili realizzati e sopportando eventuali perdite. La società affittante rileverà solamente i canoni di affitto ed eventualmente il prezzo di cessione senza doversi preoccupare della variabilità dei ricavi attesi, dell'incremento dei costi e delle coperture finanziarie. In sostanza si sostiene che l'affittuaria possa disinteressarsi della gestione dell'azienda concessa in affitto<sup>101</sup>.

A ciò si aggiunga che, in caso contrario, risulterebbe particolarmente difficoltoso riferire il *budget* alla gestione dell'affittuario, i cui dati contabili ed aziendali l'attestatore non sarebbe nemmeno tenuto a verificare<sup>102</sup>. Ne deriverebbero inoltre la mancanza di norme che disciplinano il controllo sull'andamento della gestione da parte del soggetto terzo sulla base del presunto piano e di specifici strumenti di reazione contro eventuali inadempimenti apparendo inadeguati sia lo strumento della risoluzione ex art. 186 l.f.<sup>103</sup> sia della revoca della continuità, come da ultimo comma dell'articolo in oggetto.

In linea con gli esiti predetti, l'orientamento che si fonda sull'equazione tra continuità aziendale e prosecuzione dell'attività di impresa da parte dello stesso soggetto debitore. In tale ottica le indicazioni e le attestazioni di cui all'art. 186 bis

---

<sup>100</sup> Tribunale di Terni decr. del 28.01.2013, cit.

<sup>101</sup> Cfr. F. CASA, *Controversie teoriche e discussioni pratiche sull'art.186bis l.fall.*, in *Il voto dei creditori privilegiati nel concordato con continuità aziendale*, op.cit; S. ZENATI, *Il concordato con continuità aziendale: requisiti del piano e oggetto della relazione di attestazione*, op.cit.

<sup>102</sup> D. GALLETTI, *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto d'azienda*, op.cit. Verso tale orientamento anche S. ZENATI, *Il concordato con continuità aziendale: requisiti del piano e oggetto della relazione di attestazione*, op.cit; F. PASQUARIELLO, *Il concordato preventivo con continuità*, op.cit, p.1136.

<sup>103</sup> Come evidenziato da F. PASQUARIELLO la risoluzione del concordato (fallimentare) non poteva dipendere dall'inadempimento del terzo assunto che avesse liberato il fallito, ai sensi dell'abrogato art. 137 l.f.

troverebbero una specifica allocazione temporale in quanto andrebbero riferite al solo periodo nel quale l'esercizio dell'impresa permane in capo all'imprenditore in crisi, in vista di un eventuale trasferimento a terzi<sup>104</sup>.

In merito all'apparato documentale anche la giurisprudenza ha più volte sostenuto l'imprescindibilità dagli obblighi informativi di cui all'art. 186 bis in presenza di prosecuzione dell'attività di impresa. Analogamente a precedenti pronunce dello stesso ufficio<sup>105</sup>, il Tribunale di Terni con decreto del 02.04.2013 ha ribadito come *“non solo in forza di un'interpretazione letterale”, bensì “anche e soprattutto teleologica, la necessità che il piano preveda <un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura> e che il professionista attesti <che la prosecuzione dell'attività di impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori> non risulta conciliabile con il caso in cui il rischio d'impresa non gravi sul debitore, ma sia traslato sull'affittuario”*. A sostegno di quanto predetto la sopra citata giurisprudenza di merito evidenzia come *“nell'affitto d'azienda il vero soggetto che <prosegue> l'attività di impresa è l'affittuario, sebbene ciò non comporti la cessazione dell'attività da parte dell'affittante, il quale, oltre ai marginali adempimenti per il suo mantenimento in vita quale soggetto imprenditoriale, si limita sostanzialmente a percepire i canoni pattuiti; ed è su di essi – non sul risultato imprenditoriale dell'affittuario - che i creditori fanno affidamento, per cui in sede di fattibilità va semmai risposta una particolare attenzione alla solvibilità dell'affittante”<sup>106</sup>*. Il Tribunale solleva l'unico suo dubbio in presenza di canoni variabili parametrati all'andamento dell'attività dell'affittuario; infatti precisa che *“tutt'al più”, solo in questa situazione, “l'alea della gestione dell'affittuario ricade indirettamente sul ceto creditorio, perciò dischiudendo la necessità che il piano e l'attestazione del professionista si conformino alle prescrizioni dell'art. 186 bis lf”*.

---

<sup>104</sup> L. QUAGLIOTTI, *L'incerta perimetrazione del concordato in continuità*, op.cit.; M. VITIELLO, *Brevi (e scettiche) considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale*, op.cit., p.2.

<sup>105</sup> Tribunale di Terni decr. del 28.01.2013, cit.; Tribunale di Terni, 12.02.2013, cit.

<sup>106</sup> Tribunale di Terni, 02.04.2013, cit.

### **2.1.3. (Segue) L'incompatibilità delle agevolazioni specifiche in presenza di trasferimento aziendale**

Milita a favore di detta tesi anche la valutazione inerente l'applicabilità delle agevolazioni specifiche previste per consentire la continuazione dell'attività di impresa. Esse, come tali, non possono essere applicate al di fuori del perimetro del concordato con continuità in presenza di prosecuzione dell'attività da parte di un soggetto terzo estraneo alla procedura. Sono infatti considerate come delle agevolazioni che trovano fondamento solo per le fattispecie normativamente previste e fino al momento in cui sia il debitore a proseguire nell'impresa<sup>107</sup>.

La considerazione è incentrata sulla finalità delle norme di favore: volte a consentire la conservazione dell'azienda e non a incentivare l'investimento di parti terze<sup>108</sup>. Pertanto, secondo queste teoriche, non avrebbe ragione di esistere la maggior parte della disciplina speciale agevolativa qualora l'attività d'impresa venisse esercitata da un terzo. Dal momento della consegna in godimento all'affittuario i creditori sono garantiti dalla solvibilità dello stesso e non direttamente dalla continuità dell'attività dell'impresa<sup>109</sup>. Nello specifico, per mezzo del contratto di affitto, l'azienda viene "restituita al mercato" e condotta dall'affittuario; appare quindi assente la ragione per cui ritenere applicabili le agevolazioni connesse alla continuità a un soggetto estraneo rispetto alla procedura. In caso contrario si altererebbero le condizioni di concorrenza del mercato attribuendo a soggetti terzi degli indebiti vantaggi di cui altri soggetti che operano sul mercato ad analoghe condizioni non potrebbero beneficiare.

Ulteriore conferma è rappresentata dal fatto che lo stesso soggetto affittuario non sarebbe nemmeno interessato ad avvantaggiarsi delle specifiche norme agevolative previste per gli imprenditori in procedura<sup>110</sup>. Analogo discorso potrebbe valere in

---

<sup>107</sup> Cfr. S. PACCHI, *Flash sul concordato preventivo in continuità*, op.cit.; L. QUAGLIOTTI, *L'incerta perimetrazione del concordato in continuità*, op.cit.

<sup>108</sup> F. PASQUARIELLO, *Il concordato preventivo con continuità*, op.cit., p.1136.

<sup>109</sup> Ma questo ragionamento riferito ad un contratto di affitto, pare potersi estendere anche alla fattispecie della cessione, benché espressamente contemplata dalla normativa.

<sup>110</sup> Vedi F. DI MARZIO, *Affitto d'azienda e concordato in continuità*, op.cit., p.2; Così anche L. D'ORAZIO, *Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa: concordato preventivo; piano attestato di risanamento, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale; concordato fallimentare e concordato stragiudiziale; composizione della crisi di sovraindebitamento*, op. cit., p. 83; F. CASA, *Controversie teoriche e discussioni pratiche sull'art.186bis l.fall.*, in *Il voto dei creditori privilegiati nel concordato con continuità aziendale*, op.cit., p.1382.

senso opposto; l'imprenditore in procedura difficilmente è interessato all'applicazione di agevolazioni specifiche ove essere interessano un'azienda che egli personalmente non conduce più. In particolar modo, a titolo esemplificativo, la stessa disciplina inerente la continuità contrattuale e avvertita come necessaria in sede di prosecuzione dell'attività da parte dell'imprenditore in crisi sarà percepita con scarso interesse dall'imprenditore che affitti l'azienda e in misura ancora maggiore da colui che avesse conseguentemente cessato l'attività, sebbene in quest'ultimo caso sia espressamente contemplata dall'art. 186 bis comma terzo l.f.<sup>111</sup>. Trova difficile giustificazione anche il pagamento anticipato di creditori essenziali e strategici per la continuità aziendale, ex 182 quinquies quarto comma, posto in essere dalla società in concordato a favore dell'affittuaria; eventuali problemi potrebbero eventualmente porsi qualora il predetto creditore si rifiutasse di proseguire il rapporto di fornitura con il soggetto terzo. In tali ipotesi, secondo questa prima interpretazione, non vi sarebbero comunque ragioni per ricondurre il debito ad una soddisfazione preferenziale da parte del concordatario. Peraltro non occorrerebbe l'attestazione del professionista ove le risorse finanziarie provenissero da soggetti terzi senza obbligo di restituzione ovvero con obbligo postergato alla soddisfazione dei creditori e quindi senza maturazione di predeuzioni. È ritenuto analogamente complicato giustificare l'erogazione di finanziamenti interinali predeucibili qualora l'attività che ne garantisce il rimborso e su cui si dovrebbe esprimere l'attestatore è svolta da soggetto diverso<sup>112</sup>.

In sintesi, il debitore non può divenire tramite per consentire al terzo di beneficiarsi della disciplina di favore del concordato con continuità.

## **2.2. La tesi che propende per l'applicabilità dell'art. 186 bis l.f. all'affitto d'azienda**

Nel tempo si sono sviluppate nuove tesi che non condividono le argomentazioni di coloro i quali escludono tassativamente la compatibilità dell'affitto di azienda con il concordato con continuità<sup>113</sup>. Dal punto di vista giurisprudenziale, al provvedimento

---

<sup>111</sup> F. CASA, *Controversie teoriche e discussioni pratiche sull'art.186bis l.fall.*, op.cit., p.1382.

<sup>112</sup> Cfr. D. GALLETTI, *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto d'azienda*, op.cit.

<sup>113</sup> Non escludono *ipso iure* la compatibilità dell'affitto con il concordato in continuità A. LOLLI, *Il concordato con continuità aziendale mediante l'intervento di terzi nel processo di risanamento: alcune considerazioni*, op.cit, p1086ss; L. VAROTTI, *Appunti veloci in tema di riforma della legge*

apripista del Tribunale di Bolzano<sup>114</sup> il quale ha assunto posizione estensiva al massimo in merito alla riconducibilità dell'affitto al paradigma della continuità aziendale hanno fatto seguito pronunce di altri collegi: taluni hanno abbracciato l'orientamento bolzanino; altri, la maggioranza, si sono indirizzati verso una nuova posizione orientata all'inclusione del solo affitto destinato ad una successiva cessione o conferimento nei confronti di soggetti terzi: il cosiddetto affitto - ponte (*vd. cap. III*).

### **2.2.1. (Segue) La preminenza dell'elemento oggettivo della prosecuzione dell'attività di impresa**

Dottrina e giurisprudenza, sulla base dell'interpretazione legislativa precedentemente esposta, avevano inizialmente escluso la possibilità di configurare un concordato con continuità in presenza di un contratto di affitto. Nel tempo questa tesi è stata superata a favore di altre interpretazioni che trovano principale fondamento nell'elemento oggettivo della prosecuzione dell'attività di impresa. L'interpretazione letterale viene così in qualche modo scavalcata dall'elemento oggettivo della continuazione dell'esercizio dell'impresa a prescindere dal soggetto che la conduce. La disciplina pare infatti essere imperniata attorno alla "continuità aziendale", intesa quale continuità dell'attività di impresa, e non alla "continuità imprenditoriale", ossia in capo allo stesso soggetto imprenditore. Ciò che rileva è che l'azienda sia in esercizio, indipendente dalla sua conduzione da parte del debitore o di soggetti terzi. Secondo questa dottrina il concordato con continuità aziendale trova fondamento nel legame esistente tra la prosecuzione dell'attività di impresa e il

---

*fallimentare del 2012*, op.cit.; R. BORSARI- E. ZOCCA, *Affitto d'azienda come strumento negoziale per gestire la crisi d'impresa*, op.cit, p.6ss; M.T. QUARANTA, Relazione al Convegno di Cesereto (AL) del 29.11.2013 'Novità in materia societaria ed operazioni straordinarie nell'ambito delle procedure concorsuali', p. 4; P. RIVA, *Le operazioni straordinarie che caratterizzano la 'continuità indiretta' ex art.186bis lf: conferimento, cessione e affitto d'azienda*, op.cit., p.19ss; C. BIANCO, *Il concordato preventivo in continuità*, in *Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma*, Commissione Gestione crisi di Impresa e procedure concorsuali, quaderno n.43, p.64; A. PATTI, *Il pagamento di debiti anteriori ex art.182 quinquies, comma 4, l.fall. in favore dell'affittuario in continuità aziendale*, in *Il contratto di affitto d'azienda nel concordato preventivo con continuità*, op.cit., 191ss; S. PACCHI, *Discorso del Convegno di Rovereto del 22-24.02.2013, Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti: un bilancio delle riforme*, in [http://www.osservatorio-oci.org/?option=com\\_content&view=article&id=87:la-galleria-video-del-iv-seminario-nazionale-oci-per-i-magistrati-che-si-occupano-della-materia-concorsuale-concordato-preventivo-e-accordi-di-ristrutturazione-dei-debiti-un-bilancio-delle-riforme&catid=22:gallerie-video&Itemid=241&videoid=ZK6C4tK2hW0](http://www.osservatorio-oci.org/?option=com_content&view=article&id=87:la-galleria-video-del-iv-seminario-nazionale-oci-per-i-magistrati-che-si-occupano-della-materia-concorsuale-concordato-preventivo-e-accordi-di-ristrutturazione-dei-debiti-un-bilancio-delle-riforme&catid=22:gallerie-video&Itemid=241&videoid=ZK6C4tK2hW0); L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, op.cit, p.1229.

<sup>114</sup> Tribunale di Bolzano decr.27.02.2013, cit.

soddisfacimento dei creditori e non vi sono perciò motivi che ostacolano l'applicazione della disciplina in esame a forme diverse da quelle espressamente previste dal legislatore. Viceversa, qualora si sostenesse un'applicazione della norma alle sole fattispecie casisticamente individuate dal legislatore della riforma l'unico effetto sarebbe quello della non applicazione della disciplina di cui all'art. 186 bis l.f., permanendo però la possibilità di presentare una proposta concordataria che preveda questo tipo di intervento ma, paradossalmente, non estendendovi le cautele introdotte dall'art. 186 bis l.f.<sup>115-116</sup>. Così si sono espressi anche diversi collegi che, seppur talvolta sostenendo la tesi dell'affitto - ponte, hanno ribadito come ciò che rileva è che l'azienda sia in esercizio tanto al momento dell'ammissione quanto all'atto del successivo trasferimento, indipendentemente dal soggetto che la conduce. Ponendo l'accento sul carattere oggettivo e non soggettivo della continuità, codesti Tribunali parevano implicitamente risolvere la questione dell'affitto d'azienda<sup>117</sup>. Così i giudici fiorentini<sup>118</sup>, a più riprese, hanno evidenziato come il concordato con continuità sia caratterizzato *“dall'elemento oggettivo della prosecuzione della attività di impresa, essendo del tutto irrilevante il soggetto che tale continuazione garantisce, se il debitore, o imprenditore/società diversa”*. In particolare, il collegio ha dichiarato l'inammissibilità della proposta di concordato preventivo avanzata dalla società proponente che, pur in presenza di un contratto di affitto in essere, ha qualificato il concordato come liquidatorio e considerato gli introiti dell'affitto prudenzialmente come sopravvenienze attive, omettendo la documentazione di cui all'art. 186 bis l.f. Il collegio invece, dal canto suo, ha ribadito trattarsi proprio della fattispecie di concordato con continuità, la cui domanda deve quindi essere integrata dei requisiti formali richiesti dal 186 bis.

---

<sup>115</sup> Si è espressa a favore della prevalenza dell'elemento oggettivo la dottrina identificata in nota n.58. Cfr. A. LOLLI, *Il concordato con continuità aziendale mediante l'intervento di terzi nel processo di risanamento: alcune considerazioni*, op.cit., p.1095.

<sup>116</sup> Si parlerebbe quindi di concordato preventivo ordinario o meglio di concordato con continuità solo 'di fatto' a cui sono estranei i benefici di cui alla figura tipizzata. In questi termini R. AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e requisiti di ammissibilità*, op.cit.; R. AMATORE e L. JEANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, op.cit., p.277; così anche F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il 'Decreto sviluppo'*, op.cit., p.58; F. PASQUARIELLO, *Il concordato preventivo con continuità*, op.cit., p.1139-1140 ; S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, op.cit., p.9.

<sup>117</sup> Così Tribunale di Cuneo 29.10.2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Tribunale di Firenze decr.19.03.2013, cit, sulla base delle cui valutazioni sembra marginale la finalizzazione dell'affitto alla cessione.

<sup>118</sup> Tribunale di Firenze decr.27.03.2013, cit.

Milita a favore di questa tesi anche un argomento prettamente letterale. Nello stabilire il campo di applicazione della disciplina il legislatore non distingue tra attività esercitata direttamente o indirettamente dal soggetto debitore. Pertanto, nell'ipotesi dell'affitto, l'attività di impresa prosegue in capo al soggetto concordatario il quale avrà dei ricavi rappresentati dal canone di affitto, fisso o variabile, e dei costi connessi in via esclusiva o parziale alla gestione del contratto. Detta fattispecie sarebbe perciò riconducibile alla prima tipologia di concordato con continuità: con “*prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore*”<sup>119</sup>.

Peraltro, seppure a distanza di parecchi anni e svariate discussioni, l'affitto ha avuto formale riconoscimento ed è stato espressamente regolamentato nell'ambito endofallimentare, considerandolo strumento utile che il curatore deve valutare ai fini dell'identificazione della scelta migliore in vista della liquidazione dell'attivo. Non si comprende quindi il motivo della sua esclusione dal concordato<sup>120</sup>.

Altri ancora prendono atto di come il *gap* legislativo possa essere colmato anche ricorrendo alla legislazione speciale. Si richiama al proposito l'art. 3 comma quarto della l. n.223/1991<sup>121</sup> in cui si prevede la prelazione a favore dell'imprenditore che, a titolo di affitto, abbia assunto la gestione anche parziale di un'impresa assoggetta a procedure concorsuali nel caso in cui venga successivamente disposta la relativa vendita. La disposizione in esame sembra aprire uno spiraglio alla possibilità dell'affitto per le aziende assoggettate a procedure concorsuali<sup>122</sup>.

Infine, i sostenitori di questa tesi ritengono che l'estensione in via analogica della disciplina di cui all'art. 186 bis l.f. a fattispecie non espressamente previste sia legittima ove ricorrono le medesime esigenze di tutela e la stessa *ratio* perseguita dal legislatore: favorire il risanamento diretto o indiretto dell'azienda e attraverso l'esercizio della stessa il “miglior” soddisfacimento dei creditori concorsuali. In ragione di tale obiettivo ogni negozio giuridico prodromico o funzionale al risanamento, tra cui è possibile ricomprendere anche l'affitto d'azienda, non ha

---

<sup>119</sup> R. BORSARI e E. ZOCCA, *Affitto d'azienda come strumento negoziale per gestire la crisi di impresa*, op.cit., p.6. Vd. anche Tribunale di Bolzano decr. 27/02.2013, cit.

<sup>120</sup> C.B. VANETTI, *Il pre-concordato e le nuove opzioni per l'impresa in crisi*, 31.5.2013, in [www.studiocataldi.it](http://www.studiocataldi.it).

<sup>121</sup> L. n.223 del 23 luglio 1991 rubricata ‘Norme in materia di cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità europea, avviamento al lavoro ed altre disposizioni in materia di mercato del lavoro’.

<sup>122</sup> D. DI SALVO LAMANNA, *Problematiche civilistiche e fiscali dell'affitto e dell'acquisto di azienda in crisi*, op.cit., p.3.

ragione di essere escluso dalla disciplina della continuità. Così anche il Tribunale bolzanino<sup>123</sup> ha ritenuto che l'affitto d'azienda *“non possa essere escluso a priori dall'art.186bis lf, dovendo valutare caso per caso la situazione specifica, potendo l'affitto ben essere uno strumento utile per fare cassa e dare quindi respiro ad un'azienda di per sé sana, ma in evidente crisi di liquidità”* e considerando come *“la nuova disciplina in materia di concordato sia nata proprio dall'esigenza di rendere lo strumento concordatario il più flessibile e versatile possibile”*<sup>124</sup>. Quindi, il Tribunale, nel caso specifico, ha autorizzato la società alla stipula di un contratto di affitto considerandolo *“atto finalizzato a tutelare il patrimonio aziendale e quindi gli interessi dei creditori”*.

A tal proposito un'osservazione curiosa è quella sollevata da Dott. Sandrini<sup>125</sup>, il quale ha evidenziato le analogie presenti tra lo strumento dell'affitto di azienda, non espressamente richiamato dalla disposizione in esame e il conferimento di azienda in esercizio, ipotesi espressamente contemplata. In particolare, mediante l'operazione di conferimento l'imprenditore in crisi conferisce a terzi l'azienda in esercizio ottenendo come corrispettivo una partecipazione al capitale della conferitaria, la quale proseguirà l'attività di impresa beneficiando di utili e subendo le eventuali perdite che ne derivano. La conferente rimane soggetta al rischio relativo alla gestione della conferitaria e potrà beneficiare delle risorse derivanti dalla stessa attraverso il flusso di dividendi distribuiti. Pertanto il soddisfacimento dei creditori concorsuali avverrà per mezzo dei dividendi distribuiti dalla conferitaria, della liquidazione di beni non inclusi nel conferimento, dell'incasso di crediti ovvero mediante la successiva cessione a terzi della partecipazione. Similmente avviene ricorrendo allo strumento dell'affitto d'azienda. In tal caso permane in capo al debitore il rischio di insolvenza dell'affittuaria, di una cattiva gestione e di una eventuale retrocessione dell'azienda in condizioni di aggravata crisi. I creditori concorsuali saranno soddisfatti attraverso l'incasso dei canoni di affitto, parametrati o meno all'andamento dell'attività dell'affittuaria, alla liquidazione di beni non

---

<sup>123</sup> Tribunale di Bolzano decr.27.02.2013,cit.

<sup>124</sup> Così si sono espresse anche le Sez.Unite con sent. 1521 del 23.01.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).

<sup>125</sup> G. SANDRINI, *L'affitto d'azienda e il concordato preventivo con continuità aziendale*, 6.11.2012, in [www.unijuris.it](http://www.unijuris.it).

oggetto del contratto, all'incasso di crediti non trasferiti e infine mediante un'eventuale cessione del complesso aziendale a terzi.

### **2.2.2. (Segue) Il rischio imprenditoriale “permanente” e la questione relativa ai requisiti formali del piano**

I sostenitori della compatibilità dell'affitto con la fattispecie del concordato con continuità non ritengono condivisibile l'opinione di coloro che riconducono all'affitto il totale trasferimento del rischio di impresa in capo all'imprenditore affittuario. Difatti, l'affittante a seguito della concessione in godimento dell'impresa a soggetti terzi rimane esposto a svariati rischi. Con le stesse parole i giudici cuneesi per cui “*appare incontestabile 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>126</sup>. Tra tutti si ha il rischio di inadempimento dell'affittuario rispetto all'obbligazione del pagamento dei canoni e dell'eventuale prezzo di cessione. Un ulteriore profilo di rischio è quello rappresentato da una possibile *mala gestio* dell'affittuario, il cui operato incide sulla valutazione degli *assets* sia materiali che *intangibles*, con la conseguenza di una probabile riduzione del valore dell'avviamento e quindi del valore dell'azienda al momento della cessazione del contratto. Non deve inoltre essere trascurata la successione dell'affittante nei rapporti pendenti non aventi carattere personale ai sensi del 2558 c.c., così come la responsabilità in solido per i debiti maturati nei confronti dei lavoratori ex art. 2112 c.c.<sup>127</sup>. Oltre a ciò permane un rischio imprenditoriale ineludibile ogni qualvolta sia previsto un canone di locazione variabile in funzione della redditività aziendale; in tale situazione infatti la variabilità dei flussi finanziari attesi determina il permanere in capo all'affittante di una componente di rischio<sup>128</sup>. Così i giudici bolzanini ritengono che permanga un rischio in capo al debitore “*in quanto lo stesso prosegue l'attività*” a differenza di quanto accade “*nella cessione dell'azienda in esercizio, ove il rischio passa completamente al cessionario*”<sup>129</sup>. Ponendo come elemento fondamentale la prosecuzione

---

<sup>126</sup> Tribunale di Cuneo, 29.10.2013, cit.

<sup>127</sup> L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, op.cit., p.1229.

<sup>128</sup> R. BORSARI e E. ZOCCA, *Affitto d'azienda come strumento negoziale per gestire la crisi di impresa*, op.cit., p.6; vedi anche Tribunale di Firenze, decr.27.03.2013, cit.

<sup>129</sup> Tribunale di Bolzano decr.27.02.2013, cit.

dell'attività da parte del debitore e quindi la riconduzione in capo allo stesso delle obbligazioni addotte in contratto, a parere di detto collegio, si può ravvisare la permanenza in capo allo stesso concedente del fatidico rischio imprenditoriale identificabile nel raffronto costi-ricavi.

Alla medesima conclusione giungono anche coloro che, mediante un ragionamento *a contrariis*, ritengono che l'elemento fondamentale non sia da rintracciare nel soggetto su cui va a gravare il rischio d'impresa, in quanto non si comprenderebbe altrimenti la ragione dell'inclusione nel concordato con continuità delle fattispecie che prevedono la cessione dell'azienda, soprattutto nei casi in cui essa avviene a prezzo fisso e/o con garanzia fideiussoria bancaria per l'intero ammontare con "*traslazione integrale del rischio*"<sup>130</sup>.

Per quanto sopra evidenziato, qualora si ricomprenda la fattispecie dell'affitto nella disciplina di cui all'art. 186 bis l.f., quest'ultimo richiede che il piano industriale contenga anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, delle risorse finanziarie necessarie e relativa copertura nonché la presenza della relazione di un professionista che attesti la funzionalità della prosecuzione dell'attività al miglior soddisfacimento dei creditori. Difatti, ai fini dell'applicazione della fattispecie del concordato con continuità, il legislatore introduce specifici requisiti formali necessari a ridurre l'asimmetria informativa a favore del ceto creditorio. Lo stesso collegio bolzanino evidenzia come "*la mera prosecuzione dell'attività non costituisce di per sé condizione sufficiente ad integrare la fattispecie, per la quale l'art.186bis richiede specifici requisiti*" (vd.par.1.3.) al ricorrere dei quali l'imprenditore potrà avvalersi dei benefici previsti (vd. par.1.4.). Si tratta quindi di valutare come vada declinata tale disposizione nell'ipotesi in esame di affitto di azienda.

Mentre nessun dubbio sembra sorgere con riferimento al soggetto concedente e all'esigenza che il piano, a lui riferito, contenga un'analitica indicazione dei costi e ricavi attesi dal contratto di affitto e da eventuali altri rami d'azienda non oggetto del contratto, maggiori perplessità sorgono in merito al soggetto affittuario. A tal

---

<sup>130</sup> A. LOLLI, *Il concordato con continuità aziendale mediante l'intervento di terzi nel processo di risanamento: alcune considerazioni*, op.cit, p.1095; M.T. QUARANTA, *Relazione al Convegno di Cesereto (AL) del 29.11.2013 'Novità in materia societaria ed operazioni straordinarie nell'ambito delle procedure concorsuali'*.

proposito occorre chiedersi se dette valutazioni vadano verificate solamente in rapporto alla solvibilità dell'affittuario, su cui non sembra sussistere dubbio alcuno, ovvero anche con riguardo all'andamento prospettico dell'attività imprenditoriale da lui condotta.

Secondo un primo orientamento<sup>131</sup>, la risposta deve essere ricercata nel contenuto dello stesso contratto, che potrebbe prevedere un canone fisso e/o variabile in funzione dell'andamento dell'attività svolta. Nel primo caso, tali adempimenti in capo al debitore non pongono particolari problemi; costi e ricavi sono contrattualmente prestabiliti e quindi facilmente stimabili *ex ante*. Per quanto attiene al soggetto affittuario, secondo questa prima interpretazione, l'attestatore si potrebbe limitare a verificarne la sola solvibilità, che sia tale da garantire l'adempimento puntuale dell'obbligazione: canoni di affitto ed eventuale prezzo di cessione. Taluni giungono<sup>132</sup>, *in extrema ratio*, a sostenere che detta valutazione non debba nemmeno essere integrata ove le obbligazioni dell'affittuario siano garantite con modalità che permettono di ritenere certa la soddisfazione dei creditori, ad esempio mediante concessione di garanzie. Tuttavia, una valutazione così ridotta potrebbe essere eventualmente accettata solo in presenza di trasferimento definitivo dell'azienda con immediata riscossione del corrispettivo e ininfluenza della gestione del terzo sul soddisfacimento dei creditori; ipotesi però residuale. Pertanto, secondo dette teoriche, l'analisi di sostenibilità del piano in capo al soggetto terzo dovrà protrarsi quantomeno sino al momento dell'eventuale cessione dell'azienda ed incasso del corrispettivo<sup>133</sup>. Alla base di questa considerazione il timore che, in caso contrario, vengano ignorate le conseguenze negative in capo ai creditori concorsuali che potrebbero derivare in presenza di insolvenza e/o retrocessione dell'azienda affittata all'imprenditore originario. Sempre secondo questo primo orientamento dottrinale la

---

<sup>131</sup> Così R. BORSARI e E. ZOCCA, *Affitto d'azienda come strumento negoziale per gestire la crisi di impresa*, op.cit, p.7; L. CIPOLLA, *Il concordato con continuità aziendale*, 28.11.2013, in <http://iusletter.com/wp-content/uploads/28.11.2013-concordato-in-biancoLC.pdf>; G. COVINO e L. JEANTET, *Il concordato con continuità aziendale: compatibilità con l'affitto d'azienda e durata pluriennale del piano*, 14.11.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it); C. BIANCO, *Il concordato preventivo in continuità, in IL nuovo concordato preventivo a seguito della riforma*, op.cit., p.67. Vedi anche Tribunale di Bolzano decr.27.02.2013, cit.

<sup>132</sup> Cfr. G. COVINO e L. JEANTET, *Il concordato con continuità aziendale: compatibilità con l'affitto d'azienda e durata pluriennale del piano*, op.cit. Argomento ripreso anche da R. BORSARI e E. ZOCCA, *Affitto d'azienda come strumento negoziale per gestire la crisi di impresa*, op.cit, p.8. Così anche Tribunale di Firenze decr.19.03.2013, cit.

<sup>133</sup> Nel caso di affitto propedeutico ad una successiva cessione.

valutazione è differente in presenza di un canone variabile funzionale all'esercizio dell'attività di impresa da parte del terzo affittuario. Al riguardo, per consentire un esame sulla fattibilità del piano e la funzionalità al miglior soddisfacimento dei creditori, sarà infatti necessario valutare anche l'andamento prospettico dell'attività concessa in godimento. Ciò è dovuto al fatto che la gestione dell'affittuario ricade indirettamente sul ceto creditorio sia dal punto di vista dei flussi finanziari in entrata che per i rischi connessi alla gestione del terzo.

Un secondo orientamento<sup>134</sup> rimarca l'applicazione necessaria del disposto di cui all'articolo in esame e sostiene che, in virtù di una maggiore garanzia dei creditori, in ogni caso l'attestatore debba esporre analiticamente i ricavi ed i costi imputabili all'azienda affittata e attesi dal soggetto terzo, nonché le risorse finanziarie reperibili da quest'ultimo. Così analogamente l'attestazione della funzionalità al miglior soddisfacimento dei creditori deve rendere conto di possibili responsabilità debitorie solidali, rappresentando vantaggi e rischi della continuità in capo all'affittuario soprattutto con riferimento alla conservazione dell'azienda affittata e di impatto sul prezzo di un'eventuale futura cessione. L'obiettivo ultimo è quello di valutare se le risorse derivanti dalla continuità siano idonee a garantire il corretto pagamento dei canoni e dell'eventuale prezzo di cessione. La necessità di un piano "rafforzato" e dell'attestazione di cui all'art. 186 bis l.f. sono confermati anche dal collegio fiorentino che si esprime *a contrariis* valutando le conseguenze che seguirebbero da un loro mancato riscontro. Testualmente "*quando l'attività svolta dall'affittuario comporti l'insorgenza di debiti relativi al rapporto di lavoro, essi verranno retrocessi solidalmente alla procedura verosimilmente in prededuzione*"; "*si attua successione dell'affittante nei rapporti pendenti non aventi carattere personale*" (...) da qui "*la necessità che il piano preveda anche la analisi dei costi e dei ricavi relativi alla azienda affittata o ceduta e che tale analisi sia attestata, consente di controllare il piano stesso e eventualmente disporre chiarimenti ed integrazioni al fine di evitare l'insorgenza di ipotesi marcatamente dannose per la procedura e per i creditori concorsuali*"<sup>135</sup>. Il tutto ovviamente non senza evidenziarne le difficoltà operative. Il professionista in genere non è in grado di poter accedere a dati contabili

---

<sup>134</sup> Così ad esempio si è espresso L. VAROTTI, *Appunti veloci in tema di riforma della legge fallimentare del 2012*, op.cit, p.8; Tribunale di Mantova sent. 37 del 08.04.2014.

<sup>135</sup> Tribunale di Firenze decr.27.03.2013, cit.

e alle informazioni detenute dall'affittuario, salvo che quest'ultimo collabori spontaneamente con l'attestatore, e pertanto, non sarà nemmeno in grado di fornire una “*analitica indicazione*” dei costi, dei ricavi, delle risorse finanziarie<sup>136</sup>.

Allo stesso esito giungono coloro che si oppongono alla considerazione di chi ritiene che il trasferimento di gran parte del rischio imprenditoriale sul soggetto affittuario comporti il venir meno degli obblighi informativi previsti. Sulla base di questo ragionamento non si comprenderebbe il motivo per cui il concordato con cessione di azienda venga qualificato come concordato con continuità<sup>137</sup>.

Quello sommariamente descritto rappresenta un dibattito che rimane tuttora irrisolto.

### **2.2.3. (Segue) L'applicazione delle norme di *favor* per la continuità aziendale**

A discapito della compatibilità dell'affitto con il perimetro della continuità aziendale abbiamo precedentemente sollevato la difficoltà di applicazione dei benefici connessi alla continuità di cui sembrerebbero giovare soggetti diversi dall'imprenditore concordatario. Si fa riferimento alla continuità contrattuale (art. 186 bis comma terzo), la disciplina dei contratti pubblici (art. 186 bis comma terzo e quarto), la possibilità di moratoria (art. 186 bis comma secondo lett. c.) e il pagamento di creditori essenziali e strategici anteriori (art. 182 quinquies comma quarto).

Il problema sembra porsi negli stessi termini anche per le ipotesi di cessione e conferimento d'azienda, viceversa espressamente contemplate dal legislatore. Pare quindi, secondo una prima disamina, che la volontà del legislatore della riforma sia quella di includere nel perimetro della continuità anche la fattispecie dell'affitto d'azienda e, in particolar modo, prevedendo l'applicabilità dei benefici prospettati solamente all'imprenditore in crisi e sino al momento in cui affitto, cessione o conferimento vengano perfezionati, assumendo quindi rilevanza il momento in cui l'affitto diviene efficace<sup>138</sup>.

---

<sup>136</sup> Così L. VAROTTI, *Appunti veloci in tema di riforma della legge fallimentare del 2012*, op.cit. Vdi anche Tribunale di Mantova sent.37 del 08.04.2014, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>137</sup> M.T. QUARANTA, Relazione al Convegno di Cesereto (AL) del 29.11.2013 '*Novità in materia societaria ed operazioni straordinarie nell'ambito delle procedure concorsuali*'.

<sup>138</sup> Così C.B. VANETTI, *Il pre-concordato e le nuove opzioni per l'impresa in crisi*, op. cit., p.8; si veda capitolo IV.

Altra parte della dottrina<sup>139</sup>, sulla base dell'assunto per cui lo scopo della disciplina è quello di favorire la prosecuzione dell'attività di impresa, sostiene che il regime premiale sia comunque applicabile anche in presenza di continuità aziendale perseguita *medio tempore* mediante affitto d'azienda. Pertanto appare opportuno promuovere l'esercizio d'impresa da parte dell'affittuario avvalendosi del supporto di quei rapporti vantaggiosi e funzionali a una migliore soddisfazione nell'interesse dei creditori (art. 169 bis e 186 bis comma terzo l.f.). La disciplina della continuità contrattuale, riferita anche ai rapporti pubblici, nonché la partecipazione a procedure ad evidenza pubblica nel rispetto delle condizioni stabilite sono inoltre espressamente estese anche alle società cessionarie o conferitarie di aziende in esercizio, non comprendendo il motivo per cui ne dovrebbe rimanere escluso il soggetto affittuario. Il migliore soddisfacimento dei creditori potrebbe ben avvenire anche tramite un differimento del pagamento di creditori privilegiati mediante moratoria annuale permettendo nel frattempo all'affittante di recuperare risorse. Si tratta quindi di agevolazioni che paiono compatibili anche con una continuità dell'attività di impresa realizzata tramite affitto d'azienda.

Maggiori perplessità sorgono con riferimento al pagamento dei creditori strategici anteriori alla domanda di concordato. È richiesta una specifica autorizzazione da parte del Tribunale accompagnata da un'attestazione di un professionista che certifichi l'essenzialità delle prestazioni di beni e servizi alla prosecuzione dell'attività di impresa e in funzione di una migliore soddisfazione dei creditori: particolari finalità e cautele dettate a sostegno di una deroga alla *par conditio creditorum*<sup>140</sup>. La disposizione sembra fare riferimento alla necessità di concludere nuovi contratti con controparti fornitrici di beni e servizi ritenuti essenziali per la

---

<sup>139</sup> A. PATTI, *Il pagamento di debiti anteriori ex art.182 quinquies, comma 4, l.fall. in favore dell'affittuario in continuità aziendale*, in *Il contratto di affitto d'azienda nel concordato preventivo con continuità*, op. cit., p. 198.

<sup>140</sup> Secondo taluni il pagamento di fornitori strategici anteriori consente una trasformazione di crediti concorsuali in prededucibili, si veda A. PATTI, *Il pagamento di debiti anteriori ex art.182 quinquies, comma 4, l.fall. in favore dell'affittuario in continuità aziendale*, op.cit., p.198. Contra D. FINARDI e G. SANDRINI, *La deroga alla par conditio creditorum nel concordato in continuità aziendale: il pagamento di debiti pregressi*, op.cit., p.14 e Tribunale Milano plenum del 20.09.2012, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), secondo cui i creditori chirografari strategici possono essere privilegiati solo in un'ottica temporale pur sempre in coerenza quantitativa con quanto previsto dalla proposta e dal piano.

continuità aziendale, creditrici di corrispettivi per prestazioni già esaurite<sup>141</sup>. Il pagamento di creditori strategici da parte del soggetto concordatario finirebbe per agevolare l'affittuario, soggetto temporalmente garante della continuità e in relazione al quale gli stessi fornitori saranno considerati altrettanto strategici. Costoro infatti potrebbero rifiutarsi di fornire l'affittuario aggravando il dissesto dell'impresa di cui potrebbero risentire indirettamente i creditori concorsuali. Detta autorizzazione si giustifica proprio in un'ottica di finanziamento dell'impresa in vista di una sua ricollocazione competitiva sul mercato<sup>142</sup>.

In base a quanto prospettato pare doversi concludere a favore della volontà del legislatore di includere tra i concordati con continuità anche l'affitto d'azienda.

---

<sup>141</sup> La disposizione in tal senso sembra non riferirsi a rapporti pendenti, specificatamente disciplinati ex art.169bis e 186bis co.3 che prevede la regola generale della loro prosecuzione, salva la possibilità del debitore di scioglimento o sospensione del rapporto.

<sup>142</sup> A. PATTI, *Il pagamento di debiti anteriori ex art.182 quinquies, comma 4, l.fall. in favore dell'affittuario in continuità aziendale*, op.cit., p.200.

## **CAPITOLO III**

### **L’AFFITTO D’AZIENDA C.D. “PONTE”**

Le due contrapposte interpretazioni di cui sopra non considerano le molteplici variabili che possono riguardare un contratto di affitto d’azienda, in particolare: i diversi momenti in cui il contratto può essere sottoscritto ed esplicitare i propri effetti nonché l’eventuale incorporazione di obblighi di acquisto. Ci concentriamo ora brevemente su questo secondo aspetto, passando poi alla trattazione della questione temporale.

Dottrina e giurisprudenza maggioritaria ritengono infatti necessario distinguere tra la fattispecie dell’affitto d’azienda “puro” - “fine a se stesso”, in relazione al quale ho delineato le due principali tesi contrapposte in merito alla riconducibilità nel perimetro della continuità aziendale, da quello prodromico ad un successivo trasferimento aziendale.

#### **3.1. Le varie configurazioni del contratto di affitto**

Nella prassi il trasferimento dell’attività aziendale viene realizzato nella forma dell’affitto d’azienda seguita in un secondo momento dalla cessione della stessa in esecuzione di accordi stipulati contestualmente al contratto. In particolare l’impegno all’acquisto da parte del terzo può assumere diverse forme. Tra le principali si può avere la:

- proposta irrevocabile di acquisto tramite cui l’affittuaria si obbliga irrevocabilmente, ora per allora, ad acquistare l’azienda o un ramo di essa (art. 1329 c.c.). Solitamente l’affittuario terzo sottoscrive una proposta irrevocabile di acquisto indicante il prezzo offerto, il termine di validità dell’offerta (data certa o lasso di tempo successivo all’omologa) e la condizione sospensiva legata all’approvazione del concordato e alla sua omologa.
- È possibile inoltre prevedere un’opzione di vendita in favore del concedente oppure opzione di acquisto da parte del terzo (art. 1331 c.c.). L’opzione nasce da un precedente accordo tramite cui le parti convengono che una di esse formuli la proposta, considerata irrevocabile, mentre l’altra è libera di accettarla o meno nel termine stabilito.

- Le parti potrebbero altresì prevedere un diritto di prelazione, riconoscendo ad un terzo una via preferenziale di acquisto in presenza di trasferimento del bene affittato<sup>143</sup>. Il prelazionario si potrebbe trovare a dover supportare anche eventuali conseguenze negative rappresentate dalla possibile proposizione di offerte migliorative. Il giudice delegato che procede alla vendita, può, sulla base di un'offerta in aumento disporre la sospensione della vendita stessa ai sensi del 108 terzo comma, richiamato dall'art. 182 l.f. salvo non sia stato diversamente disposto, anche dopo l'aggiudicazione o l'esercizio del diritto di prelazione da parte dell'affittuario e sino all'emissione del decreto di trasferimento. Il presupposto è inerente l'ottimizzazione della vendita in funzione del miglior soddisfacimento possibile delle ragioni creditorie, da verificarsi non solo alla stregua di pure comparazione aritmetica ma anche di ogni altra circostanza relativa all'adempimento degli obblighi.
- Infine tra le modalità più diffuse si ha il contratto preliminare di cessione di azienda: Il vantaggio del preliminare è quello di esser trascrivibile, art. 2645bis c.c. In tal caso l'omologazione costituisce una semplice condizione sospensiva del preliminare.

Alla luce delle varie fattispecie il liquidatore potrà trovarsi ad affrontare diverse modalità per procedere alla vendita del complesso aziendale. Ove infatti le parti non lo abbiano previsto sarà lo stesso Tribunale a determinare le modalità di liquidazione nel rispetto delle limitazioni conseguenti al privilegiato aspetto privatistico. Il liquidatore, che qualora non indicato dal debitore nel piano concordatario verrà nominato con decreto di omologa, sarà tenuto ad effettuare la cessione a seconda di quanto stabilito nel piano concordatario, come si desume dalla proposizione di apertura del 182 l.f. “*se il concordato ... non dispone diversamente*”. Potrebbe quindi limitarsi a constatare il verificarsi della condizione sospensiva dell'efficacia di una cessione già stipulata e condizionata all'omologa, accertandosi che il cessionario proceda con gli adempimenti necessari; attivarsi affinché il promissario acquirente sottoscriva l'atto di cessione davanti ad un notaio e versi il saldo ovvero procedere

---

<sup>143</sup> Espressamente contemplato in ambito fallimentare ai sensi dell'art. 104 bis l.f, prelazione convenzionale, e art. 3 l. 223/2006, prelazione legale.

alla vendita con l'autorizzazione del comitato dei creditori e previo o meno esperimento di una procedura competitiva.

Si tratta in ogni caso di accordi che possono liberamente intervenire tra le parti e compatibili con la disciplina del concordato "ordinario" ormai lasciato alla libera modellazione dell'imprenditore, salva l'approvazione vincolante del ceto creditorio. Rimane da chiarire però se, a seconda della configurazione del contratto, questo sia riconducibile alla fattispecie del concordato con continuità.

### **3.1.1. La *ratio* dell'istituto dell'affitto - ponte**

Passiamo ora ad esaminare brevemente la *ratio* che sta alla base dell'opzione per questa operazione ponte. L'affitto - ponte si pone infatti come strumento sempre più consolidato per evitare soluzioni di continuità. Sia in caso di cessione che di conferimento con successiva cessione di quote, il transito attraverso un periodo in cui l'azienda viene concessa in affitto è pressoché ineludibile. Le ragioni sono principalmente le seguenti.

Innanzitutto lo strumento dell'affitto d'azienda consente di fruire dell'esonero da responsabilità patrimoniale che solamente l'acquisto dalla procedura garantisce<sup>144</sup>. La questione è direttamente connessa alla possibilità di procedere alla cessione o conferimento di azienda in esercizio in pendenza di procedura. Ai sensi dell'art. 186 bis ultimo comma l.f. si identifica la cessazione dell'attività in pendenza di procedura come causa di revoca dall'ammissione al concordato, salva eventuale possibilità di modifica della proposta concordataria. Nonostante ciò non si esclude che vendita e conferimento possano ritenersi possibili anche prima dell'omologazione o dell'ammissione al concordato qualora siano nell'interesse dei creditori e vengano autorizzati dagli organi della procedura<sup>145</sup>. Una possibile obiezione discende dal dubbio se alle vendite e conferimenti dell'azienda effettuati in pendenza di procedura trovino applicazioni le disposizioni di cui all'art. 2560 secondo comma c.c. per cui

---

<sup>144</sup> Cfr. C. CERADINI, *Concordato preventivo e affitto di azienda*, in *Crisi e risanamento*, fasc.0/2013, p. 42; F. FIMMANO, *Contratti d'impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità*, *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2/14, p.3. Non mancano opinioni contrarie, vd. cap.V.

<sup>145</sup> Nella fase che precede il decreto di ammissione al concordato con continuità, la vendita o il conferimento possono essere autorizzati dal Tribunale in presenza di l'urgenza, ex 161 co. 7 l.f. Nella fase che segue l'ammissione al concordato il giudice delegato può autorizzare l'eventuale cessione o conferimento qualora trattasi di atti di straordinaria amministrazione, ex art. 167 co.2 l.f., ed effettuate le verifiche del caso. È opportuno quindi che accerti che dette operazioni siano nell'interesse dei creditori e che avvengano al migliore prezzo possibile stabilito mediante procedure competitive.

“nel trasferimento di un'azienda commerciale risponde dei debiti suddetti anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori”. Difatti l'art. 105 comma quarto l.f., nel disciplinare la vendita dell'azienda, di rami, di beni e rapporti in blocco, prevede che qualora operazioni di cessione aziendale si verificano in fase di liquidazione dell'attivo fallimentare non trova applicazione la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'azienda ceduta, in deroga al summenzionato art. 2560 c.c. Analogamente tale responsabilità non opera qualora dette operazioni venissero poste in essere in esecuzione del concordato, ossia *post* decreto di omologazione, in virtù del rinvio operato dall'art. 182 al 105 l.f. In caso contrario infatti la cessione si rivelerebbe impossibile in quanto difficilmente acquirente o società conferitaria sarebbero disposti ad accollarsi *ex lege* debiti di ammontare rilevante, oltre al fatto che si determinerebbe una disparità di trattamento dei creditori<sup>146</sup>. D'altro canto però la necessità di garantire la prosecuzione dell'attività aziendale e contemporaneamente l'esonero da responsabilità solidale si scontra con i “lunghi” tempi richiesti per giungere all'omologa che potrebbero nel frattempo compromettere l'operatività dell'azienda. Unico e valido strumento che consente di trasferire temporaneamente la gestione dell'azienda a terzi, garantendo costoro contro eventuali passività pregresse e in attesa della successiva cessione, è la sottoscrizione di un contratto di affitto. Si tratta di uno strumento a cui, salvo rare critiche, non trova applicazione la disposizione dell' art. 2560 c.c. e che è divenuto, pertanto, oramai quasi imprescindibile<sup>147</sup>.

A ciò si aggiunga come sempre più spesso la prassi mostra attenzione al cosiddetto “affitto - ponte” in quanto idoneo a garantire la continuità aziendale nella fase di

---

<sup>146</sup> In quanto alcuni saranno soddisfatti integralmente altri no. Ciò è determinato dal fatto che l'acquirente dedurrà del prezzo di acquisizione quanto dovrà corrispondere ai creditori verso cui assume responsabilità, con danno ai residui.

<sup>147</sup> Non mancano comunque opinioni dottrinali che escludono l'operatività della norma in esame, 2560 c.c., anche in pendenza di cessione in fase di procedura sostenendo che l'autorizzazione del giudice abbia un effetto di liberazione. A ciò si aggiunga che all'art. 182 l.f. primo comma, a differenza dei commi secondo e terzo, non è contenuto un espresso rinvio alla figura del liquidatore; anche gli artt. 106, 107 e 108 l.f. trovano applicazione anche prima dell'omologa; inoltre il nuovo concordato funge da vecchia amministrazione controllata in cui si poteva ben vendere un'azienda anche il giorno successivo all'ammissione alla procedura. Perciò se si vuole perseguire un'ipotesi conservativa sembra possibile poter procedere senza attendere l'omologa adempiendo al piano di ristrutturazione ed escludendo la responsabilità di cui al 2560c.c. e dell'art. 14 d.lgs.472/1997 in virtù della paralisi di cui alla risoluzione 112/E del 12.07.2009 dell'Agenzia delle Entrate. Vd. L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, op.cit., p.1237; C. CERADINI, *Concordato preventivo e affitto di azienda*, op.cit., p.42.

procedura ed eventualmente anche antecedentemente alla stessa, attribuendo inoltre maggiore solidità alla proposta di concordato a fronte di un vincolante impegno di acquisto. L'impegno del terzo all'acquisto, rafforzato anche da ulteriori garanzie personali per il caso dell'inadempimento, permette ai creditori di riporre maggiore affidamento sul valore di realizzo dell'azienda accrescendo così le *chance* di approvazione della proposta concordataria. Tale schema viene utilizzato sia nel caso in cui il potenziale acquirente sia un soggetto terzo, sia che si tratti di una società costituita *ad hoc* dall'imprenditore titolare dell'azienda in crisi. Ovviamente pare opportuno sottolineare il maggiore rischio che ne potrebbe derivare a fronte di possibili operazioni fraudolente a danno dei creditori e di conseguenza la maggiore cautela che deve essere prestata.

### **3.1.2. (Segue) La determinazione dei canoni di affitto e del prezzo di vendita**

Il concordato con continuità aziendale cerca di conciliare due principali interessi, che devono essere adeguatamente bilanciati, rappresentati dalla salvaguardia dell'attività di impresa e dalla tutela dell'interesse dei creditori. La salvaguardia dell'impresa spesso richiede l'intervento di un soggetto terzo che provveda con una nuova iniezione di risorse; contestualmente il corrispettivo versato da detto soggetto disponibile ad investire nell'azienda in crisi rappresenta la componente destinata ai creditori, ma improduttiva per lo stesso. Pertanto nella determinazione dei canoni di affitto e del prezzo di cessione deve essere prestata particolare attenzione. Il terzo sarà disposto ad investire qualora risulti allo stesso conveniente, gli garantisca un ritorno di mercato; sulla base di queste valutazioni esso sarà disposto a pagare un prezzo scontato delle somme che dovrà destinare al risanamento dell'azienda.

I canoni di affitto e il prezzo devono essere adeguati in relazione al valore dell'azienda e alle capacità reddituali della stessa al fine di scongiurare un abuso dello strumento ai danni del ceto creditorio<sup>148</sup>. L'importo pattuito potrà essere fisso o variabile anche in funzione a parametri legati alla redditività aziendale. Nel caso in cui il prezzo di cessione non venga stabilito a priori, è quantomeno opportuno specificare dei criteri oggettivi di determinazione o fare riferimento a perizia da

---

<sup>148</sup> Tribunale di Terni decr.28.01.2013 cit; Id decr. 02.04.2013, cit.; cfr. M. LACCHINI, *La determinazione del canone congruo di affitto di azienda nel concordato preventivo*, 13.12.2013, in [www.ilfallimentatista.it](http://www.ilfallimentatista.it), p. 1ss.

redigersi da un terzo imparziale, evitando di cadere nella nullità del negozio per indeterminatezza dell'oggetto ex artt. 1346 – 1418 c.c. In ogni caso si richiede un complesso lavoro preparatorio che coinvolge professionalità differenti al fine di determinare i singoli elementi contrattuali, in modo da non ingenerare il dubbio nei soggetti poi chiamati a valutare il concordato che esso avvantaggi ingiustificatamente il terzo affittuario a danno della procedura. Le stime delle imprese coinvolte in procedure concorsuali presentano caratteristiche peculiari e problematiche di non facile soluzione. In particolare, si procede solitamente tenendo principalmente conto delle attività materiali oggetto di cessione in quanto facilmente identificabili e stimabili e dotate di una sostanziale tenuta di valore nel tempo; maggiormente difficoltosa è la valutazione degli *intangibles* in quanto soggetta ad una certa aleatorietà. Ai fini della determinazione del canone fisso si procede con il prodotto tra un tasso di rendimento atteso dal concedente e il valore dell'azienda affittata. La prima componente dovrà tenere in considerazione quella parte del rischio imprenditoriale che permane in capo al concedente a fronte di una possibile *mala gestio* da parte dell'affittuario. Per quantificare il rischio occorre incrementare il rendimento degli investimenti privi di rischio (*risk free*) di un premio per il rischio imprenditoriale (*risk premium*). In merito al valore dell'azienda in crisi, qualora essa risulta sanabile sarebbe opportuno avere a riferimento il capitale economico, viceversa occorrerà basarsi sui valori di liquidazione dei singoli beni. Tra i principali metodi di valutazione si hanno: metodo reddituale, patrimoniale semplice o complesso e metodi misti<sup>149</sup>. In presenza di un'operazione ponte viene sovente stabilita la corresponsione *medio tempore* di canoni di affitto da considerarsi in conto prezzo, in modo tale da garantire la continuità aziendale nell'attesa dell'autorizzazione a porre in essere il contratto definitivo. Si hanno in tal caso degli importanti impatti fiscali: detti canoni parrebbero infatti costituire per l'affittante dei ricavi imponibili negli esercizi in cui vengono percepiti, salvo incidere sulla riduzione della minor plusvalenza imponibile al momento della cessione<sup>150</sup>. La valutazione di ragionevolezza e congruità del canone e prezzo è sottoposta, *prima*

---

<sup>149</sup> Per un approfondimento M. LACCHINI, *La determinazione del canone congruo di affitto di azienda nel concordato preventivo*, op.cit.

<sup>150</sup> In merito alle problematiche fiscali che ne derivano si veda P.P. PAPALEO, *Brevi note fiscali sulle operazioni straordinarie nel concordato preventivo: il caso dell'affitto/cessione e del conferimento d'azienda*, in *Settima giornata del Master Breve 2012-2013 –Area approfondimento*.

*facie*, alla verifica da parte del professionista attestatore e successivamente del commissario giudiziale; ma la valutazione ultima rimane competenza del ceto creditorio.

### **3.1.3. (Segue) Il profilo di durata del contratto di affitto**

Ulteriore attenzione deve essere prestata all'impegno del terzo all'acquisto a seguito di intervenuta omologazione ed entro un termine massimo non superiore a quello di un'ordinaria liquidazione, pena la mancanza della causa concreta della domanda di concordato e la sua conseguente inammissibilità<sup>151</sup>. Ammessa momentaneamente la compatibilità dell'affitto - ponte nella prospettiva di cui al 186 bis l.f. occorre verificare se e a quali condizioni temporali possa ritenersi integrata la causa concreta della proposta concordataria con continuità. Occorre premettere che al Tribunale spetta un controllo di fattibilità giuridica sulla proposta di concordato e quindi sulla sussistenza del requisito causale del superamento dello stato di crisi e del pagamento di favore dei creditori di una pur minima percentuale entro un tempo contenuto. Viceversa non è possibile parlare di "soddisfazione dei creditori", condizione di ammissibilità della domanda<sup>152</sup>. Il profilo temporale appare connesso a valutazioni di convenienza e dunque di giudizio spettante in via esclusiva ai creditori. Nonostante ciò, la previsione di un tempo di pagamento irragionevolmente lungo, avendo a parametro quanto sancito dalla Legge Pinto<sup>153</sup>, ovvero la sostanziale mancanza di un termine minano la causa concreta di una proposta di concordato. Così depone anche l'art. 161 l.f. secondo cui il piano deve contenere anche "*la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta*". Pertanto il termine di pagamento se eccessivamente dilazionato o non chiaramente previsto deve essere scrutinato nell'ambito di verifica della fattibilità giuridica della domanda. Un piano che si conclude dopo molti anni senza che siano ancora esauriti i pagamenti non risulta ragionevolmente valutabile nemmeno a livello di attestazione sulla base di elaborazioni prognostiche. L'affidabilità dello stesso sarebbe affidata a speranze

---

<sup>151</sup> Il Tribunale di Monza con decreto dell'11.6.2013 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) ha escluso la configurazione di un concordato con continuità nell'ipotesi in cui la prosecuzione dell'attività sia prevista attraverso la concessione in affitto con clausola di rinnovo annuale e senza previsione alcuna di un obbligo irrevocabile di acquisto. Similmente il Tribunale di Patti decr.12.11.2013 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) ha abbracciato la tesi della necessità di un obbligo di acquisto entro un dato termine da parte dell'affittuario.

<sup>152</sup> Vd. Cass. sent.1521 del 23.01.2013 in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).

<sup>153</sup> L. n. 89 del 24.03.2001 rubricata "*Durata irragionevole del processo ed equa riparazione*", in [www.normattiva.it](http://www.normattiva.it).

inerenti il realizzarsi di una moltitudine di convergenze favorevoli<sup>154</sup>. A maggior ragione quindi sfuggirebbe a qualsiasi sindacato di convenienza conseguibile dai creditori<sup>155</sup>.

## **3.2. L'inclusione dell'affitto - ponte nel perimetro della "continuità aziendale"**

### **3.2.1. Gli aspetti condivisi a favore della compatibilità**

Secondo una terza interpretazione "ibrida" che si affianca a quelle delineate nel secondo capitolo e verso cui sembrano orientarsi dottrina e giurisprudenza<sup>156</sup> ritiene che, mentre pare doveroso escludere senza dubbio la possibilità di ricomprendere l'affitto "fine a se stesso" nel perimetro del concordato con continuità, differentemente avviene con riferimento all'affitto d'azienda o di ramo di azienda funzionante e propedeutico ad una successiva cessione o conferimento: trasferimento che deve essere previsto come obbligatorio per l'affittuario. È quanto viene comunemente definito "affitto - ponte". Ci si trova al cospetto di un impegno

---

<sup>154</sup> Tribunale di Monza, 11.06.2013, cit.

<sup>155</sup> Vd. M.A. RUSSO, *Concordato preventivo: inammissibilità per irragionevole durata della liquidazione*, 31.01.2014, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).

<sup>156</sup> Trattano il tema dell'affitto ponte A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, op.cit., p. 1328; G. LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento, Disciplina UE e transfrontaliera disciplina tributaria*, op.cit., p.2285; R. AMATORE – L. JEANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, op.cit., p.288; R. AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e requisiti di ammissibilità*, op.cit.; P. RIVA, *Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma*, op.cit., p.19; M. TAVERNINI, *Brevi considerazioni sulla praticabilità di alcune operazioni di finanza straordinaria in concordato preventivo: la fusione per incorporazione di società di scopo e la vendita di ramo di azienda*, *Rivista delle operazioni straordinarie*, fasc.10/2013; A. LOLLI, *Il concordato con continuità aziendale mediante l'intervento di terzi nel processo di risanamento: alcune considerazioni*, op.cit., p.1095ss; S. AMBROSINI, *Convegno Casamassima (BA) del 7-8 giugno 2013, 'Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti: i risultati di una ricerca'* in [http://www.osservatorio-oci.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=102&Itemid=268](http://www.osservatorio-oci.org/index.php?option=com_content&view=article&id=102&Itemid=268); Id., *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, op.cit., p.5ss; G. P. MACAGNO, *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, op.cit., p.5ss; F. MARELLI, *Concordato preventivo in continuità aziendale: l'ambito di applicazione della disciplina specifica (artt.186-bis e 182-quinquies l.fall)*, 23.09.2013, [www.lexology.com](http://www.lexology.com); C. CERADINI, *Concordato preventivo e affitto di azienda*, op.cit., p.42ss; Id. – E. CASCELLA, *L'utilizzo dell'affitto di azienda nelle operazioni di concordato preventivo*, in *Rivista delle operazioni straordinarie*, fasc.4/2012, p. 4ss; G. SANDRINI, *L'affitto d'azienda e il concordato preventivo con continuità aziendale*, op.cit.; L. DE SIMONE, *Convegno Reggio Emilia del 25.10.2013 'La ristrutturazione delle imprese in crisi nel nuovo concordato preventivo'*; B. CONCA, *Convegno di Mantova del 4-5.10.2013 'La continuità aziendale nel concordato preventivo'*; G. COVINO – L. JEANTET, *Il concordato con continuità aziendale: la compatibilità con l'affitto d'azienda e durata poliennale del piano*, op.cit.; M. ARATO, *Il concordato con continuità aziendale*, op.cit., p.4; U. TOMBARI, *Alcune riflessioni sulle fattispecie del concordato con continuità aziendale*, 19.07.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), p. 4. Tra la giurisprudenza che ha accolto la tesi dell'inclusione dell'affitto-ponte nel perimetro del concordato con continuità aziendale Tribunale di Reggio Emilia, decr. 19.12.2012, fornitomi da L. VAROTTI; Tribunale di Mantova decr.19.09.2013, cit.; Tribunale di Cuneo, 29.10.2013, cit.; Tribunale di Patti decr.12.11.2013, cit.; Tribunale di Monza decr.11.06.2013, cit.

irrevocabile all'acquisto da parte dell'affittuario, di un'obbligazione già assunta divenendo l'omologazione solamente una condizione di efficacia. A ragione di detta interpretazione deve essere esclusa dalla riconducibilità al concordato con continuità non solo la fattispecie del semplice affitto d'azienda come il tenore letterale dell'art. 186 bis lascerebbe intendere, bensì anche di quello propedeutico a una possibile cessione condizionata dall'esercizio del diritto di prelazione, opzione di acquisto o comunque senza che sia previsto alcun obbligo di acquisto da parte dell'affittuario. Si tratterebbe di condizioni *“troppo penalizzanti e poco rassicuranti per il ceto creditorio”*. Il patto di prelazione infatti, così come ammesso per l'affitto endofallimentare, prevede il riconoscimento all'affittuario di una prelazione convenzionale attribuendo a quest'ultimo, dopo esperimento di procedura competitiva, un termine entro cui manifestare la propria volontà di acquisizione. In tali ipotesi si attribuisce al soggetto terzo una via preferenziale di acquisto senza però alcun obbligo al riguardo<sup>157</sup>. Nel caso del preliminare sarebbe opportuno configurare un preliminare unilaterale. Un normale preliminare obbligherebbe infatti sia il terzo all'acquisto ma anche il debitore alla vendita così come pattuito impedendo alla procedura di approfittare di eventuali proposte migliorative.

Alla fattispecie dell'affitto-ponte, così come appena delineata, si ritiene applicabile la disciplina del concordato con continuità per espresso richiamo di cui al primo comma dell'art. 186 bis l.f., laddove si fa riferimento ad un *“piano che preveda la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio”*. Secondo questa dottrina la norma si riferisce espressamente alle ipotesi della cessione di azienda in esercizio o di un suo conferimento *“che deve essere già prevista come obbligatoria nella proposta di concordato, perché solo in tal caso di rientra nell'ipotesi della cessione d'azienda direttamente disciplinata dalla norma dell'articolo 186bis lf”*<sup>158</sup>, escludendo la configurabilità di un concordato con continuità aziendale qualora non sia certa la sorte delle prestazioni aziendali al termine del contratto. Se il trasferimento dell'azienda è visto come il risultato della prosecuzione dell'attività d'impresa volta al miglior soddisfacimento dei creditori, tale obiettivo pare poter essere perseguito anche tramite un'operazione ponte a ciò

---

<sup>157</sup> R. BORSARI – E. ZOCCA, *Affitto d'azienda come strumento negoziale per gestire la crisi d'impresa*, op.cit., p.7.

<sup>158</sup> Tribunale di Monza, 11.06.2013, cit.

finalizzata. Secondo i fautori di questa interpretazione con la locuzione “*cessione dell’azienda in esercizio*” ovvero “*conferimento dell’azienda in esercizio*” il legislatore ha inteso riferirsi al profilo oggettivo dell’esercizio dell’azienda. Perciò la disposizione sarebbe destinata a trovare applicazione in relazione a tutte le ipotesi di cessione o conferimento a prescindere dal soggetto che ha assicurato, nelle more, la continuazione dell’attività di impresa<sup>159</sup>. Ciò che rileva è quindi il fatto che l’azienda sia in esercizio, ad opera del debitore o di soggetto terzo, tanto al momento dell’ammissione al concordato quanto a quello del suo successivo trasferimento. Dalla disposizione in esame non risulta infatti in alcun modo preclusa la possibilità che cessione e conferimento siano preceduti da un contratto di affitto di azienda.

Appare inoltre incontestabile come il rischio d’impresa continui a gravare, seppur indirettamente, sul debitore concordatario. Di conseguenza, il piano concordatario basato su affitto e successivo trasferimento, ricompreso nel 186 bis, deve presentarsi come previsto dallo schema del concordato con continuità. La gestione futura dell’affittuario, nelle more della cessione ed eventualmente anche oltre, dovrebbe pertanto mantenere rilievo e costituire elemento informativo essenziale ai fini del giudizio di fattibilità e di convenienza del concordato con conseguente necessità che il piano e la collegata relazione attestativa contengano una verifica della sostenibilità del piano aziendale dell’affittuario quanto meno sino al momento in cui è prevista la cessione d’azienda e il conseguente incasso del corrispettivo. L’attestazione del professionista non può prescindere dalla valutazione dei vantaggi e rischi connessi alla continuità aziendale in capo all’affittuario, in termini di conservazione del valore dell’azienda affittata e di impatto sul prezzo di futura cessione nonché di responsabilità in solido dell’affittante in presenza di retrocessione d’azienda affittata. Ragionare diversamente significherebbe ignorare le conseguenze passive, anche prevedibili, che potrebbero gravare sui creditori concordatari in presenza di restituzione d’azienda per qualunque motivo anteriore alla sua cessione, all’imprenditore in crisi. Rischio che si presenta a maggior ragione qualora sia stabilito un canone variabile parametrato all’andamento dell’attività imprenditoriale dell’affittuario; in questo caso l’alea della gestione ricadrà indirettamente sul ceto creditorio tanto sotto il profilo dei flussi economici in entrata che per i rischi

---

<sup>159</sup> Fondamentale al proposito è il concetto di azienda in esercizio come delineato nel cap. I.

connessi alla gestione. Maggiori perplessità sorgono con riferimento alla necessità di estendere l'analisi al piano dell'affittuario ovvero se sia sufficiente limitarsi alla verifica della sua solvibilità.

### **3.2.1. Le principali questioni Interpretative**

#### **3.2.1.1. Il necessario esperimento di procedure competitive**

A proposito dell'orientamento di cui sopra, un *punctum dolens* riguarda l'applicazione in ambito concordatario di talune regole previste per l'affitto d'azienda endofallimentare che impongono specifiche autorizzazioni e il necessario svolgimento di procedure competitive, limitando così l'opportunità di acquisto da parte dell'affittuario e riconoscendo la mera possibilità di prevedere clausole di prelazione e non impegni od obblighi a suo favore<sup>160</sup>. Si discute quindi in merito all'efficacia della clausola che prevede la possibilità di pretendere l'acquisto ad un prezzo predeterminato.

Secondo una prima e restrittiva interpretazione<sup>161</sup> il futuro acquisto dell'azienda affittata deve essere necessariamente veicolato allo svolgimento di procedure competitive sia in virtù del richiamo dell'art. 182 quinto comma l.f. sia in quanto ragioni di ordine "pubblicistico" imporrebbero la scelta del massimo realizzo. Sulla base del primo elemento sarebbero applicabili le norme richiamate dall'art. 182 l.f. e in particolare le disposizioni di cui agli artt. 105 – 108 ter l.f., tra cui la necessità di salvaguardare sempre il principio dello svolgimento di procedura competitiva. Viceversa, la stipula di un contratto di affitto con contestuale preliminare di cessione consentirebbe di aggirare le norme che prevedono il necessario concorso a gare. A prescindere dall'applicabilità delle disposizioni in materia di liquidazione fallimentare, anche la stessa *ratio* della disciplina della "continuità aziendale" sembrerebbe propendere verso la loro applicazione. Difatti il necessario contemperamento dei principali interessi in gioco, alla preservazione delle strutture produttive e alla tutela del ceto creditorio, parrebbe richiedere l'esperimento di

---

<sup>160</sup> Orientamento che contrasterebbe proprio con la tesi dell'affitto-ponte.

<sup>161</sup> Verso questa direzione A. LOLLI, *Il concordato con continuità aziendale mediante l'intervento di terzi nel processo di risanamento: alcune considerazioni*, op.cit., p.1105; M.T. QUARANTA, Relazione al Convegno di Cesereto (AL) del 29.11.2013 'Novità in materia societaria ed operazioni straordinarie nell'ambito delle procedure concorsuali'; B. CONCA, Convegno di Mantova del 4-5.10.2012 'La continuità aziendale nel concordato preventivo'. Così anche Tribunale di Milano, 27.10.2011- Caso San Raffaele, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).

procedure competitive al fine di garantire la possibilità di spuntare il prezzo migliore in vista di una miglior soddisfazione dei creditori.

La tesi opposta e ormai prevalente non pone però dubbi al riguardo<sup>162</sup>. Si sostiene che le disposizioni in materia di cessione dei beni di cui all'art. 182 l.f. siano da considerarsi meramente suppletive, applicabili solo nel caso in cui la proposta concordataria non abbia diversamente regolato le modalità di liquidazione. Il rinvio alle disposizioni delle vendite in sede fallimentare è infatti operato con riserva: “*Si applicano gli articoli da 105 a 108-ter in quanto compatibili*”. Libertà confermata anche dall'art. 160 l.f. per cui “*l'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere: a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma*”. L'effetto è quindi quello di attribuire all'imprenditore in crisi un potere discrezionale di disporre in merito alla liquidazione, salva la necessità di dimostrarne la funzionalità al miglior soddisfacimento. Alla luce di quanto predetto si ritiene ammissibile l'introduzione di obblighi od opzioni di acquisto per l'affittuario che consentano di bypassare l'esperimento di procedure competitive. Ovviamente il tutto a condizione che la modalità di cessione pattuita sia funzionale all'interesse dei creditori, approvata dagli stessi oppure autorizzata dagli organi giudiziali ex art. 167 l.f.

### **3.2.1.2. Il momento di intervento del terzo affittuario**

Maggiori perplessità sono sorte in merito al momento di intervento del terzo affittuario nella conduzione dell'azienda o ramo di azienda affittato. Tra i sostenitori della tesi dell'inclusione dell'affitto - ponte nel perimetro della continuità aziendale è infatti opportuno distinguere opinioni divergenti. In particolar modo parte della dottrina e giurisprudenza ritiene di dover escludere la configurazione di un concordato preventivo con continuità aziendale in presenza di un contratto di affitto - ponte già pendente al momento del deposito del ricorso. I principali elementi ostativi che questi studiosi sollevano a supporto della loro tesi sono stati identificati nella perdita della qualifica imprenditoriale nonché nella necessità che sia il piano a prevedere la cessione dell'azienda e non un contratto precedentemente stipulato. Si

---

<sup>162</sup> Vd. Cass. sent. n. 134 del 20.01.2011, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

tratta di questioni che, a mio parere, possono essere facilmente superate, come cercherò di dimostrare nel capitolo seguente.



## **CAPITOLO IV**

### **L'AFFITTO D'AZIENDA NELLA CONTINUITÀ AZIENDALE: PROBLEMATICHE OPERATIVE**

La disciplina di cui all'art. 186 bis l.f. pone dei problemi interpretativi legati non solo alle forme di intervento da parte del soggetto terzo, bensì anche al momento in cui questo viene a realizzarsi. Il contratto di affitto o affitto - ponte potrebbe infatti essere stipulato prima della presentazione della domanda di concordato oppure in momenti diversi della procedura concorsuale ed essere soggetto ad *iter* differenti in merito alla sua approvazione. Esaminerò nel presente elaborato le singole ipotesi di intervento del terzo a seconda della loro collocazione temporale, evidenziando i controlli degli organi della procedura e risolvendo i dubbi sulla loro compatibilità con la disciplina del concordato preventivo con continuità aziendale<sup>163</sup>.

#### **4.1. L'affitto previsto dal piano concordatario**

Si tratta del caso classico e scolastico di contratto di affitto costituente elemento integrante del piano concordatario, sottoposto pertanto all'approvazione da parte del ceto creditorio e all'omologazione del Tribunale. In questa ipotesi non si produce alcun trasferimento se non a seguito dell'omologazione del piano. Sino a detto momento l'intervento dell'affittuario non può realizzarsi ed esplicare i suoi effetti. Che sorte è destinata a subire l'impresa in fase di procedura? L'impresa pare destinata a rimanere in esercizio per opera dello stesso debitore sino alla fase esecutiva in cui il contratto diverrà efficace. Alla luce delle osservazioni di cui al paragrafo 2.2., detta operazione pare riconducibile senza particolari difficoltà alla fattispecie del concordato con continuità aziendale dell'art. 186 bis l.f.

Il controllo da parte degli organi della procedura risulta quindi massimo. L'intervento del terzo viene previsto nel piano concordatario ed è sottoposto ad attestazione dell'esperto asseveratore, relazione del commissario giudiziale, all'approvazione dei creditori e degli organi della procedura. L'intervento è perciò parte di un progetto condiviso.

---

<sup>163</sup> Indistintamente tra affitto fine a se stesso e affitto ponte.

A tal proposito una questione di rilievo riguarda i terzi che abbiano contratti in corso di esecuzione con l'imprenditore in concordato. In merito, alcuni Tribunali<sup>164</sup> ritengono che senza il previo consenso scritto dei terzi alla sostituzione della controparte contrattuale non possa aver luogo la stipula del contratto appena menzionato e quindi il trasferimento aziendale; di conseguenza un eventuale dissenso di controparte impedirebbe il perseguimento della continuità contrattuale. Qualora si consolidasse l'orientamento giurisprudenziale appena richiamato diverrebbe problematico per il debitore raggiungere l'obiettivo del buon esito della procedura di concordato in quanto il perfezionamento del trasferimento sarebbe condizionato alla decisione favorevole di ognuna delle controparti. L'ostacolo del gradimento di terzi caratterizzerebbe inoltre non solo l'affitto d'azienda ma anche ipotesi di cessione e conferimento aziendale. Questa problematica può essere facilmente superata sulla base della regola generale dell'art. 2558 c.c. per cui, salvo diverso accordo, acquirente ed affittuario subentrano nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda che non abbiano carattere personale<sup>165</sup>. Rimane salva la facoltà di recedere entro tre mesi in presenza di giusta causa. Inoltre, dal momento che l'efficacia dell'affitto si esplica dopo la presentazione del ricorso, è possibile per il debitore richiedere nella domanda di concordato la sospensione o lo scioglimento dei singoli contratti pendenti riferibili all'azienda oggetto di successivo trasferimento ex art. 169 bis l.f. L'autorizzazione del Tribunale o del giudice delegato deve comunque intervenire prima dell'inizio dell'affitto, non potendo disporre dei contratti una volta che siano già transitati in capo all'affittuario, in virtù dell'art. 2558 c.c.

#### **4.2. Il concordato c.d. "preconfezionato" "chiuso"**

L'affitto è frequentemente utilizzato nella prassi come atto preliminare e preparatorio a una proposta di concordato. Qualora nella fase antecedente alla presentazione della domanda di concordato sia possibile individuare un terzo interessato all'azienda potrebbe essere infatti opportuno stipulare con lo stesso un contratto di affitto, accompagnato o meno da un obbligo di acquisto sottoposto alla condizione dell'omologa del concordato. Ciò garantirebbe una sorta di continuità aziendale sia nella fase antecedente che successiva all'apertura della procedura. Si parla, in questo

---

<sup>164</sup> Vd. Tribunale di Bolzano decr. 27.02.2013, cit.

<sup>165</sup> Vd. G. DI MARZIO, *Concordato con continuità aziendale ed affitto di azienda*, op.cit., p.2.

caso, di concordati cosiddetti “preconfezionati”<sup>166</sup> o “chiusi”<sup>167</sup>, in quanto piano e proposta sono predisposti in virtù di un contratto di affitto già in essere stipulato precedentemente alla domanda di concordato, eventualmente anche in fase di riserva. La fattispecie risulta problematica rispetto alla precedente (par. 4.1.) a fronte del minore grado di controllo da parte del Tribunale e del ceto creditorio. La scelta di procedere alla stipula del contratto e, conseguentemente, l’individuazione del soggetto terzo, la determinazione delle varie clausole e condizioni economiche vengono concordate anteriormente all’apertura della procedura e sono il frutto dell’accordo dello stesso imprenditore con il futuro affittuario. Gli organi della procedura intervengono *ex post*. Il Tribunale può condizionare in senso negativo la procedura unicamente nell’ipotesi patologica in cui il contratto in questione sia in qualche modo qualificabile come atto in frode ai creditori, essendo in tal caso attivabile la richiesta di revoca ai sensi del 173 l.f. Pare infatti doversi escludere che un contratto di affitto giudicato negativamente in merito alla scelta, condizioni e modalità di intervento del terzo possa determinare la revoca, salvo l’ipotesi in cui sia considerato come atto fraudolento. Tuttavia, se le condizioni economiche previste non garantiscono “il miglior soddisfacimento dei creditori”, l’attestatore prima e il commissario giudiziale poi lo evidenzieranno in senso negativo nella propria relazione, valutando non conveniente la proposta del debitore. Detta relazione potrà incidere sul giudizio dei creditori i quali, in sede di approvazione, potranno manifestare il proprio dissenso. Il giudice potrà invece sindacare nel merito la proposta solamente in sede di omologazione<sup>168</sup>.

Al momento della presentazione della domanda di concordato il contratto di affitto preconfezionato sarà considerato contratto in corso di esecuzione e pertanto sottoposto alla disciplina dei rapporti pendenti nel concordato. Ai sensi dell’art. 186 bis comma terzo l.f., qualora si ritenesse applicabile la disciplina del concordato con continuità, l’ammissione alla procedura non è causa di risoluzione dei contratti pendenti alla data del ricorso anche se stipulati con le Pubbliche Amministrazioni, essendo peraltro inefficaci eventuali clausole contrarie. A prescindere dalla regola

---

<sup>166</sup> Con queste parole C.B. VANETTI, *Il pre-concordato e le nuove opzioni per l’impresa in crisi*, op.cit., p.6.

<sup>167</sup> Così G.P. MACAGNO, *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, op.cit., p. 6.

<sup>168</sup> A. LOLLI, *Il concordato con continuità aziendale mediante l’intervento di terzi nel processo di risanamento: alcune considerazioni*, op.cit., pp.1098-1100.

generale della prosecuzione dei rapporti pendenti, si ritiene inoltre applicabile il regime dei contratti in corso di esecuzione contenuto all'art. 169 bis l.f.<sup>169</sup>. Il debitore può chiedere al Tribunale o al giudice delegato l'autorizzazione a sciogliersi dal contratto di affitto preesistente, ovvero richiederne la sospensione per non più di sessanta giorni prorogabili una sola volta. Lo scioglimento ha l'effetto di travolgere anche eventuali clausole di futuro acquisto da parte dell'affittuario. L'esclusione dell'applicazione della normativa di cui all'art. 169 bis l.f. prevista per i contratti di locazione di immobili allorché il concedente sia sottoposto a concordato preventivo, non opera per la fattispecie dell'affitto d'azienda. Diverso è infatti sia l'oggetto del contratto, l'azienda e non l'immobile, sia la disciplina espressamente prevista nel fallimento consequenziale<sup>170</sup> che ne impedirebbe interpretazioni analogiche. Pertanto il debitore, qualora ritenesse il contratto pendente svantaggioso o comunque non più funzionale alla procedura, potrebbe liberarsene e riappropriarsi dell'azienda ceduta dietro corrispettivo alla controparte di un indennizzo, equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento e da soddisfarsi come debito concorsuale. Alla luce di queste valutazioni l'affitto *ex ante* risulta talvolta preferibile rispetto all'affitto richiesto a seguito della presentazione della domanda di concordato o preconcordato. Infatti, in queste ultime ipotesi il contratto sarà sottoposto *ab origine* ad autorizzazione del Tribunale o del giudice delegato, art. 167 secondo comma l.f., venendo meno la facoltà di scioglimento di cui al 169 bis l.f.

Per quanto riguarda i singoli contratti inerenti l'azienda affittata trovano invece applicazione le norme del codice civile. Di conseguenza, se un contratto poteva essere ceduto 2558 c.c. è stato trasferito, altrimenti non è più possibile recuperare il contratto in un momento successivo. A tal proposito ritengo necessario effettuare anche una valutazione in termini di possibilità di optare per la sospensione/scioglimento dei singoli contratti in corso inerenti all'azienda affittata. La risposta pare dover essere negativa. L'art. 169 bis l.f. prevede che l'organo giudiziale può autorizzare lo scioglimento dei contratti “*in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso*”. Tali presupposti non sono ravvisabili ove

---

<sup>169</sup> Vd. Tribunale di Bolzano: poiché la stipula del contratto di affitto di azienda non esclude la continuazione dell'attività di impresa in capo al suo titolare, qualora venga proposta domanda di concordato preventivo, il contratto in questione deve essere considerato un contratto in corso di esecuzione disciplinato dall'articolo 169bis l.f.

<sup>170</sup> Art.79 l.f. per l'affitto preesistente e art. 80 l.f. per la locazione immobiliare.

l'azienda risulti già affittata a terzi in quanto i rapporti sono in questo caso riferibili, al momento della presentazione del ricorso, non all'affittante bensì ad un soggetto diverso<sup>171</sup>. Analogamente, anche un'eventuale riattivazione della possibilità di scioglimento al momento della retrocessione in capo al debitore concordatario, in assenza di esplicita disposizione normativa, pare doversi escludere (vd. capitolo V). Occorre ora soffermarci sulla questione di nostro interesse relativa alla riconducibilità dell'affitto preconfezionato alla disciplina del 186 bis l.f. Il problema appare controverso e tuttora discusso. L'interpretazione contraria alla riconducibilità dell'affitto preesistente al perimetro della "continuità aziendale"<sup>172</sup> solleva tre elementi a supporto della relativa tesi: la sopravvivenza dell'azienda in esercizio per opera dell'imprenditore originario sino al momento del trasferimento da attuarsi in fase esecutiva; la specifica previsione contenuta nel piano concordatario; la perdita della qualifica di imprenditore commerciale.

#### **4.2.1. La sopravvivenza dell'impresa da parte del debitore**

Con riferimento al primo elemento ostativo, parte della dottrina sostiene il necessario rispetto dell'equazione continuità aziendale e prosecuzione dell'attività da parte dell'imprenditore in crisi, anche solamente *medio tempore*. In quest'ottica, diversi esponenti della materia ritengono che, nei tre casi di continuità aziendale espressamente contemplati dalla normativa, l'imprenditore conservi l'azienda e il suo esercizio sino all'inizio della fase esecutiva della procedura concorsuale, escludendo così in radice l'applicabilità del 186 bis all'affitto di azienda stipulato precedentemente alla domanda di concordato o in corso di procedura in ragione della dissociazione tra titolarità dell'impresa ed esercizio della stessa: dal momento della domanda sino al successivo trasferimento l'imprenditore concordatario dovrà rimanere alla testa della propria impresa. Secondo i fautori di questa interpretazione le stesse fattispecie della cessione e del conferimento di aziende in esercizio non sarebbero infatti fattispecie autonome bensì presupporrebbero la gestione diretta del debitore durante lo svolgimento della procedura in funzione conservativa e in vista di

---

<sup>171</sup> Così anche Tribunale di Firenze decr.27.03.13, cit.

<sup>172</sup> Cfr. U. TOMBARI, *Alcune riflessioni sulle fattispecie del concordato con continuità aziendale*, op.cit., p.3; G. DI MARZIO, *Concordato con continuità aziendale ed affitto di azienda*, op.cit., p.2; M. VITIELLO, *Brevi (e scettiche) considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale*, op.cit., p.2; L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, op.cit., p. 1231; C. SANTINELLO, *Concordato preventivo – Il punto sulle recenti modifiche di legge*, op.cit.; L. QUAGLIOTTI, *L'incerta perimetrazione del concordato in continuità*, op.cit.

un'eventuale migliore transazione<sup>173</sup>. Detta tesi parrebbe avvalorata anche ai sensi dell'art. 167 l.f. per cui *“durante la procedura di concordato il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale”*, nonché dall'art. 186 bis ultimo comma secondo cui il Tribunale procede alla revoca del concordato qualora *“l'attività d'impresa cessa”* in pendenza di procedura. Alla luce di quanto predetto parte della dottrina ritiene che qualora precedentemente alla presentazione di domanda di concordato ovvero nel corso della procedura venga posto in essere un contratto di affitto non siano applicabili (nel primo caso), o non più applicabili (nel secondo caso), le disposizioni in materia di concordato con continuità in quanto il contratto *“non è espressione di permanenza dell'impresa, bensì, tutto all'opposto, fatto che ne determina la cessazione”*<sup>174</sup>. Così si è espressa anche la recente giurisprudenza del Tribunale di Patti che, nell'accogliere la tesi dell'affitto - ponte, ha affermato come *“non sia compatibile con la ratio legis il sostenere che la prosecuzione dell'attività possa essere esercitata dall'imprenditore proponente in modo indiretto o, se si vuole, che l'art.186bis l.f. concerna anche l'imprenditore quiescente, che abdica cioè allo stesso esercizio dell'attività tipica per limitarsi ad incassare i canoni”*<sup>175</sup>. Alla luce di queste considerazioni la disciplina di cui all'art. 186 bis l.f. coprirebbe l'arco temporale che va dal deposito della proposta concordataria sino al trasferimento d'azienda, limitatamente alla sopravvivenza dell'impresa in capo al debitore. Pertanto se l'affitto fosse precedente alla domanda e prendesse effetto anteriormente al deposito del piano si potrebbe affermare che la continuità non vi sia mai stata e quindi non troverebbe applicazione la disciplina in esame. Viceversa, ove tale contratto d'affitto venisse stipulato successivamente sarebbe, nella ricorrenza degli altri elementi della fattispecie legale, qualificabile un concordato con continuità aziendale solamente sino al momento del trasferimento. In linea con la predetta interpretazione, il piano e le attestazioni di cui all'art. 186 bis l.f. troverebbero una specifica allocazione temporale in quanto andrebbero riferiti solo al periodo nel quale

---

<sup>173</sup> Così L. QUAGLIOTTI, *L'incerta perimetrazione del concordato in continuità*, op.cit. Sebbene a mio parere ciò non è chiaro dalla lettura della disposizione.

<sup>174</sup> G. DI MARZIO, *Concordato con continuità aziendale ed affitto d'azienda*, 06.11.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it). Egli si è espresso sostenendo che solo ove il contratto sia stato stipulato dopo l'omologazione della proposta ed in presenza degli altri elementi richiesti dalla fattispecie, si è in presenza di concordato con continuità aziendale.

<sup>175</sup> Tribunale di Patti decr.12.11.2013, cit.

l'esercizio dell'impresa permane in capo all'imprenditore in crisi, in vista di un eventuale trasferimento a terzi<sup>176</sup>. A fondamento delle precedenti valutazioni anche l'assunto secondo cui il trasferimento aziendale costituisce veicolo per la fuoriuscita del rischio di impresa dalla procedura e, di conseguenza, confine della tutela normativa prestata a favore dei creditori concorsuali.

Quando predetto è stato più volte confutato ponendo l'accento sulle seguenti osservazioni: l'affitto d'azienda non è escluso a priori dal paradigma della continuità aziendale, ben potendo lo stesso essere uno strumento utile per *“fare cassa e dare respiro ad una azienda di per sé sana, ma in evidente crisi di liquidità”*<sup>177</sup>; l'attività di affitto di azienda o ramo di essa rientra nell'esercizio dell'attività di impresa; ma soprattutto, il legislatore nel contemplare l'ipotesi di prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore non distingue tra attività esercitata direttamente o indirettamente attribuendo così rilevanza dell'elemento oggettivo della continuazione aziendale, indifferentemente dal soggetto che la conduce: è la norma stessa a contemplare ipotesi di continuità aziendale indiretta. L'attività di impresa prosegue in esercizio seppure da parte di un soggetto diverso. Pertanto il trasferimento aziendale mediante la fattispecie dell'affitto non configura un'ipotesi di cessazione rilevante ai fini della revoca del concordato quanto piuttosto un fatto che realizza proprio lo scopo della procedura<sup>178</sup>. Anche la considerazione per cui la *ratio* del contenimento del rischio derivante dalla prosecuzione dell'attività di impresa venga fisiologicamente meno con il trasferimento aziendale è erronea e facilmente superabile come sarà analizzato approfonditamente nel prossimo capitolo.

#### **4.2.2. La previsione contenuta nel piano concordatario**

Ulteriore elemento sollevato a sostegno dell'incompatibilità dell'affitto preesistente al ricorso con la disciplina del 186 bis l.f. è rinvenuto proprio nella stessa formulazione della norma al cui primo comma sancisce che *“quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e) prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società,*

---

<sup>176</sup> L. QUAGLIOTTI, *L'incerta perimetrazione del concordato in continuità*, op.cit.; M. VITIELLO, *Brevi (e scettiche) considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale*, op.cit., p.2.

<sup>177</sup> Vd. Tribunale di Bolzano decr.27.02.2013, cit.

<sup>178</sup> L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, op.cit, p.1238.

*anche di nuova costituzione, si applicano le disposizioni del presente articolo*". In base alla lettera della norma dovrebbe essere il piano stesso a prevedere la cessione o il conferimento aziendale e non un contratto precedentemente sottoscritto. Anche questa constatazione è facilmente superabile; nulla esclude infatti che il piano possa rinviare ad un contratto precedentemente concluso inglobandone gli effetti<sup>179</sup>.

A ciò si aggiunga che, se si sostenesse la tesi per cui la compatibilità dell'affitto con il concordato in continuità fosse possibile solo se previsto da piano *post* ammissione, il contratto concluso un minuto prima del deposito sarebbe inammissibile ai fini della fattispecie sebbene magari urgente e necessario a garantire l'operatività aziendale. Il che sarebbe ovviamente paradossale<sup>180</sup>.

#### **4.2.3. La perdita della qualifica imprenditoriale**

Infine, ma non per importanza, un problema delicato che autorevoli studiosi della materia hanno posto è quello relativo alla qualifica di imprenditore commerciale di non piccole dimensioni, necessaria ai sensi dell'art. 1 l.f. per l'ammissione alla procedura.

Secondo la definizione civilistica, sono considerati imprenditori (art. 2082 c.c.) commerciali ex art. 2195 c.c. primo comma e "*soggetti all'obbligo dell'iscrizione nel registro delle imprese gli imprenditori che esercitano: 1) un'attività industriale diretta alla produzione di beni o di servizi; 2) un'attività intermedia nella circolazione dei beni; 3) un'attività di trasporto per terra, per acqua o per aria; 4) un'attività bancaria o assicurativa; 5) altre attività ausiliarie delle precedenti*". La prevalente dottrina ritiene che qualora l'intera azienda venga affittata prima dell'ammissione al concordato il debitore sia da ritenersi privato della qualifica imprenditoriale, dubitandosi che possa essere considerato tale colui che si occupa della mera riscossione dei canoni e, in presenza di affitto - ponte, senza nemmeno la prospettiva di ritornare in possesso dell'azienda. Sia nel caso di usufrutto che di affitto si realizzerebbe una sorta di dualismo tra imprenditore e titolare dell'impresa: l'affittuario diverrebbe imprenditore, soggetto che tramite il diritto al godimento

---

<sup>179</sup> S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, op.cit., p.8.

<sup>180</sup> S. AMBROSINI, Convegno Casamassima (BA) del 7-8 giugno 2013, '*Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti: i risultati di una ricerca*' in [http://www.osservatorio-oci.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=102&Itemid=268](http://www.osservatorio-oci.org/index.php?option=com_content&view=article&id=102&Itemid=268). Maffei Alberti pur rilevando le difficoltà interpretative al proposito, ha confermato come possa configurarsi continuità aziendale anche in presenza di concessione di azienda in affitto prima della domanda di concordato, purché nella proposta concordataria venga prevista come obbligatoria la cessione all'affittuario.

produce beni e servizi avvalendosi dell'impresa e assumendosene i relativi rischi e responsabilità, mentre titolare della stessa rimarrebbe il concedente. Anche la giurisprudenza di legittimità, considerati come elementi essenziali all'identificazione della qualifica imprenditoriale il potere di iniziativa e il rischio connesso all'esercizio dell'attività di impresa, ha rilevato la possibilità di identificare come imprenditore soggetti diversi dai proprietari<sup>181</sup>. Peraltro escludere la qualifica imprenditoriale a colui che affitta l'intera azienda pare in linea con gli elementi che caratterizzano l'esercizio dell'impresa, ossia economicità, professionalità ed organizzazione, che saranno trasferiti in capo all'affittuario. Venendo meno l'elemento soggettivo richiesto *ex lege* per l'ammissione alla procedura, la disciplina in esame è spesso ritenuta inapplicabile<sup>182</sup>. Al proposito merita osservare come la fattispecie prospettata rappresenti un caso limite; sovente infatti l'imprenditore affitta solamente uno o più rami di azienda proseguendo le rimanenti, anche se risicate, attività imprenditoriali e conservando la qualifica.

Contra la tesi dell'esclusione della qualifica di imprenditore commerciale in capo a chi affitta l'intero patrimonio aziendale autorevole dottrina ha rilevato la non completa cessazione dell'attività imprenditoriale. Difatti l'attività di liquidazione dei cespiti aziendali può essere considerata a tutti gli effetti attività di impresa; secondo detta interpretazione l'imprenditore rimane tale anche in caso di "*definitivo abbandono dell'attività caratteristica e fino a quando non abbia completato la liquidazione dei cespiti aziendali*"<sup>183</sup>. L'imprenditore in crisi è inoltre chiamato alla gestione del contratto, avrà comunque dei ricavi ma dovrà sopportarne anche i relativi costi, ad esempio per riparazioni straordinarie poste a suo carico (art. 1621 c.c.). Inoltre, come evidenziato da vari studiosi, l'affittante conserverebbe la qualità di imprenditore essendo comunque gravato dall'obbligo di tenuta della contabilità e da una serie di obblighi giuridici quali il divieto di concorrenza (art. 2557 c.c.), la

---

<sup>181</sup> Cass. sent. n.3167 del 09.11.1971, in Repertorio generale annuale del Foro italiano, p. 234.

<sup>182</sup> In tal senso G. DI MARZIO, *Concordato con continuità aziendale ed affitto di azienda*, op.cit.; M. VITIELLO, *Brevi (e scettiche) considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale*, op.cit.; G. DI MARZIO, *Concordato con continuità aziendale ed affitto di azienda*, op.cit.

<sup>183</sup> Cfr. G. BONFANTE – G. COTTINO, *L'imprenditore*, in Cottino, *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2001, pp.555-556. Anche dal punto di vista fiscale, la cessione da parte del proprietario di un bene strumentale all'azienda data in affitto comporta la riattivazione della partita IVA e la fatturazione dell'operazione con registrazione e liquidazione dell'imposta.

tutela dei segni distintivi<sup>184</sup>. Tutti questi aspetti contribuirebbero al mantenimento della qualifica imprenditoriale “*a prescindere dal rapporto materiale con l’azienda*”<sup>185</sup>. Con parole del collegio di Bolzano l’imprenditore “*avrà dei ricavi, rappresentati dal canone variabile o fisso, e dei costi, composti in via esclusiva o parziale dalla gestione del contratto di affitto; (...) in altre parole l’affitto comporta e richiede all’imprenditore comunque una gestione dell’impresa*”<sup>186</sup>. Nell’abbracciare la tesi a favore dell’inclusione nel perimetro della continuità dell’affitto - ponte anche il Tribunale di Cuneo ha evidenziato come “*non può dubitarsi della permanenza della qualifica di imprenditore in capo non solo a chi conceda ma anche a chi abbia concesso prima della presentazione del ricorso in affitto l’azienda oggetto dell’impresa la cui allocazione è in linea di principio temporanea, poiché destinata alla retrocessione al patrimonio del concedente per effetto della naturale scadenza convenzionale ovvero dello scioglimento ex art. 169 bis*”<sup>187</sup>.

Ai fini della risoluzione del problema della qualifica imprenditoriale autorevole dottrina ha altresì rilevato la necessità di distinguere tra imprenditore individuale e collettivo. Le stesse disposizioni in materia fiscale differenziano l’imprenditore individuale che affitta l’unica azienda da lui posseduta da colui che affitta un ramo di azienda o una sola società ovvero dall’imprenditore collettivo<sup>188</sup>. In ambito societario è stato rilevato come per l’imprenditore individuale la cessazione dell’attività di impresa precluda l’ammissione al concordato “*potendo il dato fattuale prevalere su quello pubblicitario*”. Perciò l’affitto di impresa anteriore alla domanda di concordato se qualificato come cessazione dell’attività ne impedirebbe l’ammissione. Differentemente avviene per l’imprenditore collettivo; in questa seconda ipotesi ciò

---

<sup>184</sup> A. PATTI, *Il pagamento di debiti anteriori ex art.182 quiquies, comma 4, l.fall. in favore dell’affittuario in continuità aziendale, Il contratto di affitto d’azienda nel concordato preventivo con continuità*, op.cit., p.196.

<sup>185</sup> Cfr. F. CASA, *Controversie teoriche e discussioni pratiche sull’art.186bis l.fall.*, in *Il voto dei creditori privilegiati nel concordato con continuità aziendale*, op.cit., p.1383.

<sup>186</sup> Tribunale di Bolzano decr.27.02.2013, cit.

<sup>187</sup> Vd. Tribunale di Cuneo, 29.10.2013, cit.

<sup>188</sup> Solo nell’ipotesi di affitto dell’unica azienda da parte dell’imprenditore individuale questo, a seguito dell’affitto, perde lo status di imprenditore e di soggetto passivo IVA. Sui canoni di affitto si applicherà la sola imposta di registro proporzionale, mentre i redditi derivanti non concorreranno alla formazione del reddito d’impresa bensì redditi diversi in base al principio di cassa, senza scontare alcun prelievo nemmeno ai fini IRAP. Se invece si tratta di azienda concessa in affitto da un soggetto di cui all’art.73 co.1) lett. a) e b) del TUIR ovvero società di persone con oggetto commerciale, si mantiene la qualifica di imprenditore e l’operazione sarà imponibile ai fini IVA e delle imposte sul reddito d’impresa. Analogamente per l’imprenditore individuale che affitta solo un’azienda tra quelle possedute o ramo di essa.

che rileva è il momento di cancellazione dal Registro delle Imprese (salvo eventuale cancellazione in via officiosa) in forza della tendenziale coincidenza tra esistenza della società ed esercizio dell'attività di impresa<sup>189</sup>. Non diverso l'orientamento di coloro che ritengono che ciò che conta ai fini dell'acquisizione della qualifica imprenditoriale è l'elemento formale della presenza di una società costituita secondo i tipi di società commerciali, a prescindere dall'elemento sostanziale dell'esercizio dell'impresa. Nell'ambito del diritto commerciale si riconnette la qualifica di imprenditore allo scopo del negozio giuridico e quindi al semplice fatto che le società siano costituite per l'esercizio dell'attività economica a scopo di lucro considerando il requisito della professionalità insito nello scopo istituzionale<sup>190</sup>. A detta interpretazione si è recentemente venuto a contrapporre un diverso orientamento secondo cui anche per le società il momento di acquisto della qualità di imprenditore commerciale non avviene in via automatica all'atto della costituzione o registrazione bensì all'inizio di fatto dell'esercizio dell'attività<sup>191</sup>.

Le predette valutazioni scontano a mio avviso un vizio di fondo rappresentato dalla mancanza di perfetta sovrapposizione tra il concetto di imprenditore operato dal diritto commerciale e da quello concorsuale. Il superamento dell'ostacolo relativo alla perdita della qualifica imprenditoriale deve fondarsi non tanto sul concetto civilistico, quanto sull'interpretazione dell'art. 10 l.f. primo comma per cui *“gli imprenditori individuali e collettivi possono essere dichiarati falliti entro un anno dalla cancellazione dal Registro delle Imprese, se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo”*. La dichiarazione di fallimento o la domanda di ammissione al concordato preventivo può comunque essere pronunciata nel termine pendente di un anno dalla data di cancellazione dal Registro delle Imprese, attribuendo così maggiore certezza ai rapporti giuridici. Tuttavia, a seguito della cancellazione dal Registro un'impresa potrebbe ugualmente proseguire la sua attività; a tale ipotesi si riferisce il secondo comma per cui *“in caso*

---

<sup>189</sup> Così S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, op.cit., p.8.

<sup>190</sup> Cfr. G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Utet, Torino, 1960, p. 84; F. FERRARA JR., *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 1971, pp.69-70. *La ratio* è quella per cui mentre le persone fisiche perseguono diversi scopi e quindi solamente l'esercizio effettivo e professionale di un'attività può fare acquisire la qualifica di imprenditore commerciale, le persone giuridiche nascono per specifici fini, che sono *“la legge fondamentale e immutabile della loro vita”* e pertanto la sola forma assunta è sufficiente ad assoggettarla al regime delle società commerciali.

<sup>191</sup> Vd. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto dell'impresa*, Utet, Torino, 2011, pp.100-101.

di impresa individuale o di cancellazione di ufficio degli imprenditori collettivi, è fatta salva la facoltà per il creditore o per il pubblico ministero di dimostrare il momento dell'effettiva cessazione dell'attività da cui decorre il termine del primo comma". Questa disposizione che tende a far prevalere la sostanza sulla forma ha diversa applicazione per l'impresa individuale o collettiva. Nel primo caso la presunzione di coincidenza tra cancellazione del registro e cessazione dell'attività viene meno ogni qual volta i creditori o il Pubblico Ministero dimostrino che l'esercizio dell'impresa è cessato in data successiva, posticipando il decorso del termine annuale. Viceversa per l'imprenditore collettivo ciò è possibile solo in caso di cancellazione d'ufficio dal registro<sup>192</sup>. Al proposito ciò che rileva è la questione dell'esercizio/cessazione dell'attività affrontata poco sopra.

A ciò si aggiunga che la stessa opportunità dell'imprenditore di richiedere lo cessazione del contratto preesistente alla domanda di concordato conferma la possibilità che tale modalità rientri a pieno titolo tra i concordati con continuità. Infatti si tratta di ipotesi in cui la continuità aziendale dipende da una decisione del debitore di natura temporanea in quanto destinata alla retrocessione per effetto di naturale scadenza convenzionale oppure della facoltà di scioglimento<sup>193</sup>.

Mi pare quindi dover concludere a favore della tesi della compatibilità dell'affitto con la disciplina della continuità aziendale anche qualora stipulato anteriormente alla presentazione del ricorso<sup>194</sup>.

---

<sup>192</sup> Cfr. S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, op.cit., pp.7-8. Per , pp. una breve disamina sull'applicazione dell'art.10 si veda F. BELVISO, *Cessazione dell'attività di -impresa e fallimento dell'imprenditore individuale*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, fasc.5/2011, pp.392ss.

<sup>193</sup> M.T. QUARANTA, *Relazione al Convegno di Cesereto (AL) del 29.11.2013 'Novità in materia societaria ed operazioni straordinarie nell'ambito delle procedure concorsuali'*.

<sup>194</sup> Verso questa direzione: G. COVINO – L. JEANTET, *Il concordato con continuità aziendale: compatibilità con l'affitto d'azienda e durata poliennale del piano*, op.cit., p.2; S. AMBROSINI, *Convegno Casamassima (BA) del 7-8 giugno 2013, 'Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti: i risultati di una ricerca'* in [http://www.osservatorio-oci.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=102&Itemid=268](http://www.osservatorio-oci.org/index.php?option=com_content&view=article&id=102&Itemid=268); Id., *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, op.cit., p.7-9; A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato fra prosecuzione e scioglimento*, op.cit., pp.261ss; Id., *Il pagamento di debiti anteriori ex art.182 quiquies, comma 4, l.fall. in favore dell'affittuario in continuità aziendale, Il contratto di affitto d'azienda nel concordato preventivo con continuità*, op.cit., pp.197-198; C.B. VANETTI, *Il pre-concordato e le nuove opzioni per l'impresa in crisi*, op.cit. Tribunale di Firenze decr. del 19.03.2013, cit.; Tribunale di Mantova decr.19.09.2013, cit.; Tribunale di Cuneo del 29.10.13 cit.

### **4.3. L'affitto e il concordato c.d. "prenotativo" con continuità**

#### **4.3.1. La contrattualizzazione in fase di riserva**

Il contratto di affitto, eventualmente comprensivo di clausole che prevedono il futuro acquisto da parte dell'affittuario, potrebbe altresì essere sottoscritto in fase di concordato con riserva oppure in fase di procedura, tra il decreto di ammissione e l'omologazione del Tribunale. In tali ipotesi occorre innanzitutto chiedersi se detto contratto possa qualificarsi come atto di ordinaria ovvero di straordinaria amministrazione. Sono qualificabili come atti di ordinaria amministrazione quelli che rientrano nella normale gestione dell'impresa, aderenti alla finalità aziendale e destinati alla conservazione e miglioramento del patrimonio concorsuale. Sono invece atti di straordinaria amministrazione quelli *"idonei ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza e compromettendone la capacità a soddisfare le ragioni dei creditori in quanto ne determina la riduzione ovvero lo grava di vincoli e di pesi cui non corrisponde l'acquisizione di utilità prevalenti su questi ultimi"*<sup>195</sup>. Premesso ciò, pare doversi propendere per la qualificazione dell'affitto come atto di straordinaria amministrazione. La cattiva o sfortunata gestione dall'impresa da parte del terzo potrebbe determinare un mutamento *in peius* delle potenzialità economiche del complesso aziendale, esporre il complesso di beni a rischio di perdite o deperimenti di cui finirebbe per risentire il proprietario dell'azienda il quale ben potrebbe essere coinvolto in potenziali passività, anche solidali e di regresso (vd. cap.V).

Ai sensi dell'art. 161 settimo comma l.f., a seguito della presentazione della domanda di concordato cosiddetto "con riserva", "prenotativo" o "in bianco" e sino al decreto di ammissione alla procedura (art. 163 l.f.), *"il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del Tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni e deve acquisire il parere del commissario giudiziale, se nominato. Nello stesso periodo e a decorrere dallo stesso termine il debitore può altresì compiere gli atti di ordinaria amministrazione"*. Ci si chiede quindi se la stipulazione del contratto di affitto, ormai inquadrato come atto di straordinaria amministrazione, possa essere autorizzato in detta fase.

---

<sup>195</sup> Cass. sent. n. 21924 del 21.10.2011, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc.6/2012, p.739; Cass. sent. n. 20291 del 20.10.2005, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc. 6/2006, p.723.

Parte della dottrina<sup>196</sup> ritiene di dover ragionevolmente escludere che la sottoscrizione di un tale contratto possa essere autorizzata in fase di riserva. Ivi il debitore non ha ancora presentato un piano concordatario, la proposta e la documentazione richiesta sicché il Tribunale non sarebbe in condizione di verificare, data l'assenza di informazioni, se e in quali termini l'affitto e l'eventuale cessione siano effettivamente funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori.

Quanto predetto penalizzerebbe però fortemente la prosecuzione dell'attività d'impresa in attesa della formalizzazione di proposta e piano nei termini concessi dal Tribunale. Lo strumento dell'affitto d'azienda non può quindi essere considerato a priori escluso dall'autorizzazione in quanto potrebbe rappresentare la soluzione necessaria per consentire di iniettare liquidità in vista del superamento della crisi d'impresa. La problematica della mancanza di documentazione a supporto dell'autorizzazione può essere quindi superata a seconda di quanto ampia e convincente risulti la *disclosure*/l'anticipazione delle linee guida del depositando piano da parte del debitore che contempra espressamente la prosecuzione dell'attività d'impresa. Un ulteriore requisito richiesto ai fini dell'autorizzazione in esame è rappresentato dal carattere di urgenza dell'atto. Urgenza che si ravvisa qualora il differimento alla fase successiva all'apertura formale della procedura sia tale da determinare un danno grave ed irreparabile, anche in termini di mancata utilità, per i creditori e che ne pregiudichi la loro soddisfazione<sup>197</sup>. Al fine di porre il Tribunale nelle condizioni di comprendere se l'affitto sia identificabile come atto urgente di straordinaria amministrazione è ancora una volta necessario che in fase di domanda ovvero con successiva istanza il debitore fornisca elementi informativi specifici. Alla luce di quanto predetto l'affitto sembrerebbe compatibile anche con la fase transitoria del concordato con riserva, purché l'imprenditore in concordato fornisca al Tribunale elementi sufficienti per valutare positivamente la richiesta<sup>198</sup>.

Anche in questa fase il controllo degli organi della procedura è notevole. Le decisioni in merito al contratto divengono espressione non più del singolo debitore

---

<sup>196</sup> G. COVINO – L. JEANTET, *Il concordato con continuità aziendale: compatibilità con l'affitto d'azienda e durata poliennale del piano*, op.cit., p.2; L. CIPOLLA, *Il concordato con continuità aziendale*, op.cit.

<sup>197</sup> Tribunale di Torino decr.3.01.2013 in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).

<sup>198</sup> E. GAI, *Il preconcordato e le c.d. autorizzazioni speciali*, op.cit., p.6. Così anche Tribunale di Cuneo decr. del 29.10.13 cit. e Tribunale di Bolzano decr. del 27.2.13, cit.; Tribunale di Firenze del 19.03.2013, cit.

ma anche degli organi della procedura, ottenendo una maggiore condivisione della proposta concordataria. L'individuazione del terzo e del contenuto del suo intervento viene effettuata all'interno del procedimento come atto di straordinaria amministrazione e condizionato in quanto tale all'autorizzazione del Tribunale fallimentare ex art. 161 settimo comma, salvo il limite della presentazione di un piano o di un'istanza dotati della dovuta specificità.

Nella situazione opposta, in pendenza del termine, il debitore potrebbe essere interessato a richiedere lo scioglimento di un contratto di affitto in essere, ai sensi dell'art. 169 bis l.f. Al proposito si hanno opinioni difformi. La principale questione riguarda l'applicabilità dell'articolo in oggetto al concordato con riserva, in quanto non espressamente richiamato dal legislatore. Secondo una prima interpretazione<sup>199</sup> l'art. 169 bis sarebbe applicabile *in toto* anche in sede di preconcordato in funzione della salvaguardia dell'attività aziendale. L'interpretazione oggi maggioritaria<sup>200</sup> sostiene però che l'imprenditore commerciale, presentata domanda di preconcordato, possa essere autorizzato a sospendere i contratti in corso ma non a sciogliersi da essi. L'argomento sarà approfondito nel successivo paragrafo.

#### **4.3.2. Il concordato c.d. "prenotativo" con continuità aziendale**

Accertata la possibilità di procedere alla stipula di un contratto di affitto anche in fase di preconcordato rimane una questione preliminare da affrontare che inerisce l'ammissibilità della disciplina di cui all'art. 186 bis in presenza di concordato con riserva. Si può qualificare un concordato prenotativo con continuità? L'affitto di azienda rende o meno un concordato prenotativo con continuità? La questione deriva dall'incertezza di disposizioni apparentemente confliggenti.

*Nulla quaestio* sul possibile esercizio d'impresa in fase di preconcordato al cui termine può essere legittimamente presentata domanda di concordato con continuità aziendale. Il problema dunque non è se si possa avere continuità aziendale dopo la presentazione della domanda di concordato con riserva bensì se, in detto periodo, possa essere applicata la disciplina espressamente prevista per il concordato con continuità.

---

<sup>199</sup> Come sostenuto dal Tribunale di Salerno decr. del 25.10.23, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>200</sup> R. AMATORE, *Autorizzazione allo scioglimento di contratto di affitto di azienda*, 29.01.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).

In primo luogo in base al disposto di cui all'art. 186 bis primo comma l.f. appare evidente come la disciplina del concordato con continuità ruoti attorno ai contenuti del piano concordatario. Ci si chiede quindi come e se possa essere possibile applicare detta disciplina in presenza di una domanda di concordato con riserva che per definizione si presenta priva del piano e dell'apparato documentale richiesti.

D'altro lato però secondo l'art. 182 quinquies quarto comma l.f. *“il debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, può chiedere al Tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi”*; da ciò potrebbe desumersi la compatibilità della disciplina di cui all'art. 186 bis l.f. in presenza di concordati con riserva.

Innanzitutto pare doversi rilevare la differenza tra il concetto di continuità di cui all'art. 182 quinquies quarto comma da quello utilizzato nella disciplina di cui all'art. 186 bis l.f., essendo il primo riconducibile ad una continuità di fatto in quanto non è presente alcun piano concordatario invece espressamente previsto nella seconda ipotesi. Da qui l'ulteriore quesito sulla compatibilità della disciplina della continuità aziendale ad una continuità di fatto. Dottrina contraria *tout court*<sup>201</sup> a una tale compatibilità evidenzia come il legislatore della riforma, a fronte della prosecuzione dell'attività di impresa, abbia imposto degli strumenti a tutela dell'asimmetria informativa. Sarebbe quindi singolare, secondo questa tesi, che una tale prosecuzione fosse possibile senza alcuna forma di programmazione e quindi di tutela dei creditori. A titolo di esempio, a seguito della richiesta di autorizzazione al pagamento di fornitori strategici anteriori il Tribunale non disporrebbe di elementi decisionali sufficienti, anzi, si avrebbe un vuoto informativo su cui il professionista attestatore è tenuto ad esprimere il giudizio *“che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori”*. Analogamente avverrebbe per le altre istanze di autorizzazione rivolte agli organi giudiziari i quali sarebbero impossibilitati ad esprimersi sulla compatibilità con il piano in un'ottica di miglior soddisfacimento dei

---

<sup>201</sup> Per un'analisi dettagliata sui profili di incompatibilità si rinvia a F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, 26.11.2012, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it). Vedi anche F. DI MARZIO, *Concordato con continuità aziendale*, op.cit., p.2.

creditori in totale assenza di una sua ostensione. Viceversa, qualora il debitore fosse nelle condizioni di fornire i chiarimenti e le informazioni richieste i fautori di detta interpretazione ritengono che egli sia in grado sin da subito di presentare il piano completo e permettere al giudice una piena valutazione dei presupposti<sup>202</sup>. Il presente orientamento penalizzerebbe però fortemente il ricorso alla procedura, impedendo la prosecuzione dell'attività in attesa della definitiva formalizzazione della proposta e del piano e contrastando quindi con la finalità stessa della disposizione. La questione merita quindi un approfondimento relativo alla possibile applicazione delle singole agevolazioni. Le agevolazioni generali previste per ogni tipologia di concordato trovano esplicito riconoscimento anche in pendenza del termine per la presentazione della documentazione. La prededuzione per le obbligazioni derivanti dall'esercizio d'impresa è sancita ai sensi del settimo comma dell'art. 161: *“i crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'articolo 111”*; la sospensione dagli obblighi di ricapitalizzazione scatta sin dal momento di presentazione del ricorso anche con riserva, ex art. 182 sexies: *“dalla data del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, anche a norma dell'articolo 161, sesto comma, (...) e sino all'omologazione non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-ter del codice civile”*. In materia di autorizzazioni, quella relativa al compimento di atti di straordinaria amministrazione, purché urgenti, è l'unica che viene espressamente correlata alla figura del preconcordato in virtù di quanto sancito al 161 settimo comma; l'autorizzazione a contrarre finanziamenti interinali prededucibili, ex art. 182 quinquies primo comma, può essere formulata per qualunque tipo di concordato purché vi sia attestazione di un professionista che *“verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori”*. La disciplina derogatoria del principio della normale prosecuzione, l'art. 169 bis, ha, più di altre, suscitato diversi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali. Tra le motivazioni contrarie a una sua applicazione in fase di riserva si sollevano *in primis* ragioni di carattere testuale: non è espressamente prevista un'applicazione estensiva dell'articolo 169 bis alla fattispecie preconcordataria,

---

<sup>202</sup> Così C. CAVALLINI, *“Spigolature” e dubbi in tema di (pre)concordato, continuità aziendale e sospensione/scioglimento dei contratti pendenti*, 08.03.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).

come invece avviene in altri casi. A ciò si aggiungono valutazioni sistematiche: lo scioglimento incide in modo notevole sulla posizione delle parti ed è giustificato solo se funzionale ad una specifica proposta concordataria. L'autorizzazione del Tribunale deve essere connessa ad una migliore riuscita del concordato nell'interesse del ceto creditorio, perciò sulla base di informazioni già assunte o previe sommarie informazioni. Il Tribunale infatti non può limitarsi ad accertare il diritto potestativo dell'imprenditore<sup>203</sup>. Infine vi è da considerare la natura del concordato con riserva non inquadrabile integralmente nel concordato preventivo, potendo ben evolvere anche in un accordo di ristrutturazione dei debiti, estraneo alla disciplina del 169 bis. Tuttavia non può essere ignorato come la disposizione faccia rinvio genericamente al "ricorso" senza distinguere tra domanda "in bianco" o piena. Inoltre facendo riferimento all'autorizzazione del Tribunale e non solo del giudice delegato, che sarà nominato con decreto di ammissione, se ne potrebbe desumere l'estensione anche alla domanda di preconcordato. A ciò si aggiunga che tali misure potrebbero risultare funzionali all'elaborazione del piano definitivo, a recuperare liquidità nonché a evitare l'aumento di spese in prededuzione che rischierebbero di pregiudicare la soluzione concordataria<sup>204</sup>. A mio giudizio deve essere ritenuta preferibile la tesi intermedia della semplice sospensione del contratto sino alla presentazione del definitivo piano onde evitare la produzione di effetti irreversibili tanto più se la domanda sfocia in un accordo di ristrutturazione dei debiti per cui non trova applicazione la disciplina del 169 bis l.f.<sup>205</sup>. In senso estensivo si è però espressa recentemente anche la Corte di Appello di Venezia evidenziando la possibilità di

---

<sup>203</sup> Come invece sostenuto dal Tribunale di Modena decr.30.11.2012, cit.; Tribunale di Salerno decr.25.10.2012, cit.

<sup>204</sup> A favore della tesi della piena applicabilità dell'art.169bis al concordato con riserva si veda L. VAROTTI, *Appunti veloci in tema di riforma della legge fallimentare del 2012*, op.cit., p.10; L. JEANTET, *I contratti pendenti nel concordato con riserva: applicabilità dell'art.169-bis e giudizio del Tribunale in sede autorizzativa*, 06.08.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it); Tribunale di Catanzaro decr. del 23.01.2013, cit.; Tribunale di Salerno decr. del 25.10.2012, cit.; Tribunale di Roma decr. del 30.01.2013, cit.; Tribunale di Monza decr.16.01.2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>205</sup> Così Tribunale di Modena decr.30.11.2012, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Tribunale di Udine decr. 25.09.2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Tribunale di Milano decr. del 04.12.2012; F. FIMMANO', *Contratti d'impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità*, op.cit., p.18; F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, op.cit., p. 9.

scioglimento e/o sospensione anche in detta fase nonché l'obbligo del contraddittorio con il soggetto terzo<sup>206</sup>.

Passando alle agevolazioni specificatamente previste per il concordato con continuità trova "indubbia" applicazione la possibilità di procedere al pagamento di fornitori strategici, espressamente sancita dalla norma (vd. sopra) purché un professionista in possesso dei requisiti richiesti "*attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori*". Problema residuale riguarda la sorte dei contratti in corso al deposito della domanda di concordato in bianco. Se si ritenesse che la "continuità contrattuale" e l'inefficacia delle clausole di scioglimento automatico (169 bis, 186 bis commi terzo e seguenti) operassero solamente dopo il deposito del piano definitivo di concordato con continuità l'effetto sarebbe quello dello scioglimento dei contratti, nonostante la prosecuzione dell'attività, che non potrebbero successivamente rivivere. Ciò renderebbe reciprocamente esclusivi i due istituti del concordato con continuità e con riserva; mentre quest'ultimo è stato espressamente introdotto con lo scopo di conservare il valore aziendale. Ne consegue che si ritiene implicito un principio assimilabile a quello introdotto dall'art. 104 settimo comma l.f., in deroga all'art. 72, secondo cui in caso di esercizio d'impresa i contratti proseguono ai sensi del 186 bis terzo comma. Analogamente avverrebbe per i contratti pubblici seppur con specifiche limitazioni; essi non si sciolgono sebbene la loro esecuzione possa proseguire solo successivamente al deposito del piano e dell'attestazione mediante cui il professionista può attestare la "conformità al piano" della prosecuzione del contratto. Anche per quanto riguarda la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici è richiesta la "conformità al piano" e quindi pare possibile solo nel momento successivo alla presentazione dello stesso, facendo riferimento con detto termine al piano già depositato ai sensi del 161 l.f. e non ad una sua mera elaborazione. Su questa materia è però intervenuto recentemente il decreto Destinazione Italia<sup>207</sup> introducendo una disposizione *ad hoc* in coda al terzo comma la quale statuisce che "*successivamente al deposito del*

---

<sup>206</sup> Corte di Appello di Venezia del 20.11.2013 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it). Essa ha evidenziato anche la necessità di un contraddittorio con il terzo contraente nel rispetto del principio dell'art. 101 Cost., salvo la necessità di emettere in presenza di particolare urgenza una pronuncia inaudita altera parte con successiva convocazione del terzo interessato. Così anche Tribunale di Udine decr. 25.09.2013, cit.

<sup>207</sup> D.l. n.145 del 23.12.2013, cit.

*ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal Tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina, provvede il Tribunale*". La lettera della norma sembrerebbe rendere ammissibile la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici anche prima della pronuncia del decreto di ammissione, previa autorizzazione del Tribunale in quanto atto di straordinaria amministrazione<sup>208</sup>.

Secondo il mio modesto modo di vedere permane l'impossibilità di qualificare un concordato prenotativo con continuità, che è tale solo se contiene piano, attestazione e documentazione a tutela dell'asimmetria informativa. Qualora infatti il preconcordato fosse correlato dalla documentazione richiesta ex art. 186 bis l.f. si tratterebbe di concordato con riserva solo nel *nomen*, essendo a tutti gli effetti qualificabile come concordato con continuità. Tuttavia nulla impedisce, in vista della continuità aziendale, la richiesta di autorizzazioni specifiche sebbene la loro concessione richieda spesso attestazioni da parte di professionisti e valutazioni degli organi giudiziali da operarsi con riferimento a un piano concordatario ancora inesistente. Dottrina e giurisprudenza oggi maggioritarie<sup>209</sup>, ai fini delle autorizzazioni in oggetto, attribuiscono alla prassi il compito di individuare correttivi virtuosi per sopperire all'incongruenza del dato normativo. Il *favor* per il debitore da concedersi anche in pendenza di riserva viene così controbilanciato dalla necessità di dare coloritura al concordato in bianco e da una serie di obblighi informativi a suo carico. Per ottenere le predette autorizzazioni anticipatamente rispetto all'avvio del concordato con continuità non pare quindi necessario un piano e proposta completa, ma è sufficiente che l'imprenditore in crisi fornisca al Tribunale indicazioni in merito al depositando piano che consentano di caratterizzarlo per l'indubbia prosecuzione dell'esercizio d'impresa. La disciplina del concordato con continuità può trovare applicazione solo nei casi di concordato "parzialmente in bianco" di domanda che

---

<sup>208</sup> F. LAMANNA, *Preconcordato e partecipazione alle procedure di assegnazione di contratti pubblici*, 12.03.2014, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).

<sup>209</sup> In questo senso L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, op.cit., p.1231-1235; G. LO CASCIO, *Il punto sul concordato preventivo*, *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc.1/2014, p.9; A. PATTI, *Il pagamento di debiti anteriori ex art.182 quiquies, comma 4, l.fall. in favore dell'affittuario in continuità aziendale, Il contratto di affitto d'azienda nel concordato preventivo con continuità*, op.cit., p.194ss; A. PENTA, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci ed ombre*, op.cit., p.687; F. PASQUARIELLO, *Il concordato preventivo con continuità*, op.cit., pp.1141-1144. Tribunale di Cuneo, 29.10.2013, cit.

venga opportunamente “colorata”<sup>210</sup>. Questa conclusione è stata rafforzata anche dal recente legislatore che con Decreto Fare<sup>211</sup> ha riconosciuto al Tribunale, in aggiunta alla necessità di disporre di obblighi informativi periodici e della possibilità di acquisire sommarie informazioni, il potere di farsi coadiuvare da un commissario giudiziale. La vera problematica si presenta dal momento in cui il concordato con continuità non abbia luogo in quanto la proposta presentata non viene approvata ovvero in quanto il debitore non si trova più nella condizioni di formularla. In tal caso gli effetti degli atti legalmente compiuti (pagamenti e finanziamenti autorizzati) non sarebbero più caducabili; anche in caso di successivo fallimento sarebbe opportuno tenere ferma la violazione della *par condicio*, escludere la rilevanza penale delle condotte e riconoscere le predeuzione di legge.

Per quanto riguarda invece il periodo successivo al decreto di ammissione al concordato con continuità caratterizzato da un contratto di affitto in essere, in quanto stipulato in fase di riserva, si pongono gli stessi problemi già esaminati al punto 4.2.

#### **4.4. La stipula del contratto di affitto d'azienda tra il decreto di ammissione e l'omologa**

Un discorso ancora differente può essere effettuato in relazione a questa ultima fattispecie: affitto stipulato successivamente all'ammissione al concordato e precedentemente alla sua omologazione<sup>212</sup>.

Essendo ormai pacifico che l'atto è inquadrabile come atto di straordinaria amministrazione può esserne richiesta l'autorizzazione ai sensi dell'art. 167 l.f. Le questioni che caratterizzano l'autorizzazione in fase di riserva non sussistono. Difatti, a seguito della pronuncia del decreto di ammissione, il giudice delegato dispone di elementi sufficienti e necessari per verificare la compatibilità del negozio con scopi, termini e condizioni del piano e delle proposta concordataria con conseguente

---

<sup>210</sup> M. FABIANI, *Nuovi incentivi per la regolazione concordata della crisi d'impresa*, Il corriere giuridico, fasc.11/2012, p.1265.

<sup>211</sup> D.l. 21.06.2013 n. 69 art. 82, in [www.normattiva.it](http://www.normattiva.it).

<sup>212</sup> Cfr. G. COVINO – L. JEANTET, *Il concordato con continuità aziendale: compatibilità con l'affitto d'azienda e durata poliennale del piano*, op.cit., p.2; B. CONCA, *Convegno di Mantova del 4-5.10.2012 'La continuità aziendale nel concordato preventivo'*; L. CIPOLLA, *Il concordato con continuità aziendale*, op.cit.

possibilità di concedere l'autorizzazione alla stipula. Nonostante ciò, la valutazione in merito all'autorizzazione deve essere cautelare, conservativa<sup>213</sup>.

Ancora, come precedentemente esaminato, l'affitto pre-omologazione non integra una fattispecie di cessazione dell'attività idonea a determinare la revoca dalla procedura ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 186 bis che rinvia al 173 l.f.; si tratta tutt'altro di perseguimento dell'obiettivo di risanamento.

Così come evidenziato con riferimento all'intervento del terzo nelle more del termine di cui al 161 l.f., anche in questo caso si ha maggiore condivisione degli organi della procedura a fronte della richiesta d'autorizzazione del giudice delegato. Il grado di controllo risulta maggiore rispetto all'ipotesi di affitto preesistente<sup>214</sup>. L'effetto dell'autorizzazione comporterà il venir meno della facoltà di scioglimento ex art. 169 bis, trattandosi di contratto non in corso di esecuzione al momento della presentazione del ricorso.

---

<sup>213</sup> B. CONCA, Convegno di Mantova del 4-5.10.2012 '*La continuità aziendale nel concordato preventivo*'.

<sup>214</sup> In sintesi quanto più anticipato è l'intervento del terzo quanto minore è il controllo da parte degli organi della procedura e viceversa.

## CAPITOLO V

### LA RETROCESSIONE DELL'AZIENDA AFFITTATA

#### 5.1. La retrocessione “traumatica” dell'azienda

Elemento principale sollevato a sostegno dell'incompatibilità dell'affitto, eventualmente prodromico a una successiva cessione, con la disciplina del concordato con continuità è rappresentato dal trasferimento del rischio in capo al soggetto terzo con “apparente” pieno esonero per il concordato e quindi in via indiretta con nessun impatto sul ceto creditorio. La norma dell'art. 186 bis l.f. è infatti ispirata ad una logica garantista per i creditori, contrappeso alla maggiore rischiosità derivante dalla prosecuzione dell'attività di impresa a fronte di un inevitabile dilazione dei tempi di adempimento ma, soprattutto, di un inevitabile incremento del passivo a seguito dell'insorgere di debiti di gestione che attingeranno al trattamento in prededuzione ex art. 111 l.f. Detta maggiore rischiosità si può ritenere effettivamente neutralizzata in presenza di affitto di azienda?

Prima di trarre le mie conclusioni riguardo al perimetro della “continuità aziendale”, preme soffermarsi sull'esame dei rischi che possono continuare a gravare indirettamente sull'impresa e sul ceto creditorio. L'affitto e la successiva retrocessione sono infatti idonei a generare fenomeni di insolvenza indotta. Il momento regressivo, di ritorno dell'azienda in capo all'originario imprenditore in procedura, è un momento particolarmente delicato in fase procedurale. Ciò deriva in *prima facie* dalle potenzialità pregiudizievoli che potrebbero conseguire a condotte “distruttive” dell'affittuario idonee ad incidere sul patrimonio del debitore alterandone struttura e consistenza, trasferendo rapporti svantaggiosi e generando potenziali passività prededucibili, anche solidali, che aggravano il rischio di erosione incontrollata dell'attivo. La retrocessione configura infatti una fattispecie di trasferimento il quale non si attua solamente nelle ipotesi di alienazione, usufrutto ed affitto, ma anche negli altri casi in cui si ha la sostituzione in forza di un fatto giuridico idoneo a produrla di un imprenditore ad un altro nell'esercizio dell'impresa. In tal senso un fenomeno circolatorio è ravvisabile anche nella retrocessione dell'azienda dall'affittuario al concedente con conseguente applicazione delle relative norme.

La retrocessione del contratto di affitto all'imprenditore in procedura può essere imputabile ad una serie di cause identificabili in via generale in estinzione, risoluzione e recesso. La principale causa naturale di estinzione del contratto di affitto è rappresentata dalla scadenza del termine ovvero dalla mancata acquisizione da parte del terzo nel termine previsto. Tra le altre cause di estinzione anticipata si ha inoltre l'interdizione, inabilitazione e insolvenza dell'affittuario (art. 1626c.c.), l'alienazione dell'azienda e lo scioglimento consensuale (art. 1372 c.c.). Ulteriore causa di retrocessione è il recesso, consistente nella facoltà di sciogliere anticipatamente il contratto con la semplice dichiarazione di una delle parti ed ammesso solamente se trova giustificazione nella legge o in un accordo tra le stesse. Il legislatore prevede che ciascuna parte possa recedere dal contratto con congruo preavviso se non è prevista una scadenza (art. 1616 c.c.), fattispecie non ammissibile nel caso di studio in quanto il riformato art. 160 l.f. richiede che il piano contenga esatta indicazione delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta. La durata del contratto non deve essere eccessiva in quanto un vincolo protratto nel tempo pregiudica la commerciabilità dell'azienda e sarebbe incompatibile con le finalità stessa del concordato. Tra le fattispecie più note si ha invece la morte dell'affittuario e il recesso degli eredi (art. 1627 c.c.), i gravi motivi o la giusta causa. Infine si ha la risoluzione, la quale si può manifestare in presenza di svariate cause tra cui l'inadempimento dell'affittuario degli obblighi espressamente stabiliti dal legislatore<sup>215</sup>, clausola risolutiva espressa, impossibilità o eccessiva onerosità sopravvenuta, presenza di vizi della cosa locata non conosciuti o riconoscibili dall'affittuario, condizione risolutiva.

Recesso e risoluzione non possono comunque essere direttamente correlati all'apertura della procedura in quanto l'art. 186 bis terzo comma l.f. sancisce che i *“contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, (...), non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura. Sono inefficaci eventuali patti contrari”*. L'articolo stabilisce l'inefficacia di clausole risolutive oppure comparabili, come il recesso. Tuttavia, detta inefficacia pare trovare applicazione istantanea e, dunque, con effetto che si consuma *uno actu* al momento del deposito della

---

<sup>215</sup> Ad esempio qualora, ai sensi dell'art. 1618cc, l'affittuario non destini al servizio dell'impresa i mezzi necessari a garantire un corretto funzionamento della stessa ovvero muti stabilmente la sua destinazione economica.

domanda. Viceversa, le diverse ipotesi di risoluzione o recesso che possono avere luogo successivamente sembra non debbano considerarsi ostacolate<sup>216</sup>.

Ed ancora, in ambito concordatario sono previste specifiche possibilità di cessazione anticipata del contratto ai sensi degli artt. 167 e 169 bis l.f. In entrambi i casi emergerà un “credito indennitario” da corrispondere alla controparte *in bonis*.

Qualora al momento della presentazione del ricorso l'imprenditore non indichi i contratti che intende sciogliere, tra cui un eventuale contratto di affitto già in essere, ovvero qualora l'affitto sia successivo troveranno applicazione le disposizioni di cui all'art. 167 l.f. La scelta di recedere o risolvere un contratto dopo l'ammissione della procedura configura un atto di straordinaria amministrazione da sottoporre all'approvazione del giudice delegato. L'elenco di atti ricompresi nell'articolo si ritiene non tassativo e quindi idoneo a ricomprendere ogni atto riconducibile alla straordinaria amministrazione. Il recesso o la risoluzione del contratto di affitto in pendenza di procedura determineranno il sorgere di crediti indennitari prededucibili a favore del contraente *in bonis* ed eventualmente anche la necessità di modifica del piano purché avvenga prima delle operazioni di voto a norma dell'art. 175 l.f.<sup>217</sup>.

Diversamente avviene in presenza di contratto di affitto stipulato precedentemente alla presentazione del ricorso. Questo configurerà un contratto in corso di esecuzione di cui, come tale, può esserne richiesta la sospensione o scioglimento ai sensi dell'art. 169 bis l.f. che coinvolgerà anche eventuali clausole di futuro acquisto; così non anche per i singoli contratti che siano già transitati in capo al terzo ex art. 2558 c.c. Diversamente, in presenza di affitto programmato nel piano o contratto successivamente le disposizioni di cui agli artt. 169 bis e 186 bis terzo comma l.f. potranno applicarsi solamente ai singoli contratti inerenti l'azienda che sarà poi oggetto di affitto, dal momento che sospensione e/o scioglimento e/o continuazione per i contratti pubblici vengono prima attuate dal debitore e poi trasferite all'affittuario. In ambito concorsuale detta disposizione si configura come una sorta di recesso unilaterale da parte dell'imprenditore in crisi che può essere richiesta anche contro la volontà del contraente *in bonis*, in mancanza di giusta causa di

---

<sup>216</sup> R. AMATORE – L. JEANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, op.cit., p.303.

<sup>217</sup> F. FIMMANÒ, *Contratti d'impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità*, op.cit. Si ritiene che se lo scioglimento sia tale da evitare un impatto negativo sulla procedura o produrre effetti migliorativi non incide necessariamente sul piano; viceversa sarà necessaria la presentazione di un nuovo piano.

risoluzione e quindi in deroga alle norme del diritto comune<sup>218</sup>. Prima della novella del 2012 la legge fallimentare non conteneva alcun riferimento al tema degli effetti del concordato preventivo sui rapporti pendenti non potendosi applicare per analogia la normativa dettata per il fallimento ex artt. 72 ss a fronte della differente struttura delle procedure. Il problema è stato risolto con l'introduzione dell'art. 169 bis e la possibilità di liberarsi dai contratti che rendono difficile la riorganizzazione aziendale. In tale fattispecie si parla di "scioglimento" e non di risoluzione in quanto l'interruzione del rapporto non deriva da un inadempimento colposo ma da una causa legittima stante l'autorizzazione giudiziale. La richiesta pare dover essere presentata contestualmente al ricorso, indicando nel piano i singoli contratti che si intende sospendere o sciogliere che verranno così sottoposti al vaglio previsto dalla legge e alla votazione dei creditori<sup>219</sup>. La richiesta deve infatti essere motivata ed accompagnata dalla comparazione tra gli oneri conseguenti la prosecuzione dei contratti e quelli derivanti da un eventuale scioglimento o sospensione, quali l'indennizzo. La valutazione del Tribunale, o del giudice delegato, dovrà considerare detta incidenza sulla base della fattibilità del piano in cui detti rapporti dovranno essere inseriti. Come accennato, allo scioglimento del contratto consegue a favore del contraente *in bonis* un "*indennizzo equivalente al risarcimento del danno derivante dal mancato adempimento*" a cui viene attribuita natura concorsuale<sup>220</sup>. Si produce perciò lo stesso effetto che si avrebbe qualora il debitore comunicasse la propria

---

<sup>218</sup> Vd. F. FIMMANÒ, *Contratti d'impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità*, op.cit.

<sup>219</sup> Vd. A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, op.cit., pp.268-269. Il riferimento al giudice delegato non sarebbe all'organo a cui può essere rivolta la richiesta, bensì all'organo che può concedere l'autorizzazione una volta nominato qualora il tribunale non vi abbia provveduto al momento della decisione sul ricorso vista la necessità di ulteriore istruttoria, maggiori informazioni o necessità di sentire la controparte. Controprova è rappresentata dalla scelta del legislatore di attribuire natura concorsuale all'indennizzo conseguente: solo manifestando la volontà di recedere nel ricorso si può far risalire lo scioglimento/sospensione al momento anteriore alla procedura. Inoltre la determinazione dell'indennizzo va effettuata dal debitore sin dal ricorso in quanto deve essere inserito nell'elenco nominativo dei creditori. Secondo altri la richiesta di sospensione o scioglimento può essere presentata anche successivamente al ricorso mediante apposita istanza, stante il riferimento al "dopo il decreto di ammissione" e al giudice delegato, vd. G.B. NARDECCHIA, *Art.169bis*, in G. LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento*, op.cit., p.2002.

<sup>220</sup> La quantificazione dell'indennizzo deve avvenire con riferimento al *quantum* del risarcimento danno avendo a riguardo sia il danno emergente che il lucro cessante. Risulterà pertanto maggiore rispetto a quanto avviene in ambito fallimentare, per cui l'art. 72 quarto comma parla di un credito pari alla controprestazione conseguente al mancato adempimento. Detta improprietà definitoria tra indennizzo e risarcimento danno potrebbe essere il bilanciamento del collocamento dell'indennizzo come credito concorsuale e non prededucibile.

volontà di recedere il giorno precedente alla presentazione del ricorso. Il credito va inserito nell'elenco nominativo dei creditori da allegare al ricorso introduttivo ex 161 secondo comma lett. b) e la sua determinazione viene effettuata dallo stesso debitore sul piano dell'equilibrio delle prestazioni con riferimento al margine di guadagno e al momento della presentazione del ricorso, senza alcun intervento giudiziale. Al Tribunale o al giudice delegato, se il primo non vi provvede vista la necessità di specifica istruttoria, è attribuito solamente il potere di concedere l'autorizzazione e non anche la determinazione dell'equo indennizzo, diversamente da quanto accade nel fallimento (art. 79 l.f.). Nel concedere l'autorizzazione l'autorità giudiziale terrà comunque in considerazione la determinazione dell'indennizzo mentre la controparte avrà facoltà di proporre opposizione all'omologa. Il recesso dal contratto di affitto preesistente avrà pertanto come effetto sulla procedura il sorgere di un credito concorsuale.

Oltre ai crediti "indennitari" sorti a seguito di cessazione anticipata del contratto e da soddisfarsi o meno come crediti prededucibili si possono avere ulteriori conseguenze sulla procedura.

### **5.1.1. Retrocessione depauperata e i crediti prededucibili**

Innanzitutto il ceto creditorio si trova a sopportare il rischio che l'azienda sia retrocessa in condizioni deteriori rispetto al momento iniziale. Mentre in ambito fallimentare l'art. 104 bis terzo comma l.f.<sup>221</sup> stabilisce la necessità per l'affittuario di prevedere idonee garanzie per tutte le obbligazioni derivanti dal contratto e dalla legge, nulla è sancito in ambito concordatario peggiorando di conseguenza la situazione. Permane, oltre al rischio di non percepire i canoni pattuiti, il "pericolo" di comportamenti opportunistici da parte del terzo e/o di una sua gestione sfortunata idonea ad influire le sorti del concordato e incidere negativamente sulle potenzialità economiche del complesso aziendale. In forza del dovere di gestione e del potere di disposizione che fa capo all'affittuario, l'azienda, al termine dell'affitto, risulterà composta in tutto o parte da beni diversi rispetto a quelli originari. Occorre tenere in

---

<sup>221</sup> Art. 104bis co.3. Il contratto di affitto stipulato dal curatore nelle forme previste dall'articolo 2556 del codice civile deve prevedere il diritto del curatore di procedere alla ispezione della azienda, la prestazione di idonee garanzie per tutte le obbligazioni dell'affittuario derivanti dal contratto e dalla legge, il diritto di recesso del curatore dal contratto che può essere esercitato, sentito il comitato dei creditori, con la corresponsione all'affittuario di un giusto indennizzo da corrispondere ai sensi dell'articolo 111, primo comma, n. 1).

considerazione contratti trasferiti e ancora in vita nonché i nuovi contratti stipulati dall'affittuario, i beni immessi dall'affittuario ai fini della conservazione dell'efficienza aziendale nonché quelli dismessi ecc. La gestione del terzo espone necessariamente il complesso di beni passati nella sua disponibilità al rischio di perdite o deperimenti. Vi è la possibilità che i beni materiali che compongono l'azienda siano distrutti o deteriorati, che le attrezzature, i macchinari vengano danneggiati o non adeguatamente mantenuti così come le normali dotazioni di scorte e merci. La *mala gestio* dell'affittuario può incidere inoltre su aspetti che difficilmente possono essere inventariati: uno sviamento o peggioramento dei rapporti con la clientela, una riduzione di valore degli *intangibles* che potrebbero a loro volta incidere negativamente sul valore dell'avviamento. Esemplicativamente, il marchio potrebbe essere "danneggiato"; l'azienda potrebbe avere un *know how*, insieme di conoscenze inerenti il processo produttivo, distribuzione tecniche di produzione, che viene diffuso dall'affittuario perdendo il proprio "valore intrinseco". Il tutto determina un mutamento *in peius* del valore strettamente connesso con l'andamento dell'attività imprenditoriale che rileva al momento della cessazione del contratto<sup>222</sup> e può essere solo in parte controbilanciato dal conguaglio inventariale. Alla scadenza del contratto di affitto potrebbero infatti sorgere crediti o debiti di conguaglio ai sensi del 2561 c.c. quarto comma che, nel secondo caso, dovranno essere soddisfatti in prededuzione. Il tutto discende dall'art. 2561c.c. secondo comma, a cui il 2562 c.c. rinvia, che impone al conduttore di "*gestire l'azienda senza modificarne la destinazione e in modo da conservare l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti e le normali dotazioni di scorte*".

L'affittuario deve conservare "l'efficienza degli impianti" e ha quindi l'obbligo di mantenere le dotazioni impiantistiche secondo la loro originaria funzionalità. Ciò non significa che debba conservare necessariamente la loro composizione inventariata iniziale. Potrebbe altresì accadere che il conduttore, rispettando l'obbligo di conservazione dell'efficienza, decida di dismettere determinati beni sostituendoli con altri di nuova acquisizione. Ciò può comportare l'insorgere di una componente a titolo di indennizzo a favore dell'affittante e, di converso, un'ulteriore somma a favore del conduttore riconducibile ai nuovi beni immessi in azienda.

---

<sup>222</sup> F. FIMMANÒ, *Concordato preventivo e circolazione del ramo d'azienda, Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc.7/2008, p.822.

La norma fa altresì riferimento alla conservazione delle scorte. La disciplina specifica dell'art. 2561 c.c. secondo comma prevede anche in tal caso l'obbligo per l'affittuario di conservare le normali dotazioni di scorte, la cui eventuale differenza tra inizio e termine dell'affitto deve essere regolata con conguaglio in denaro. La gestione del magazzino in capo all'affittuario, se incluso nell'azienda affittata, risulta però di difficile monitoraggio. Obblighi di gestione richiederebbero infatti di mantenere distinti gli acquisti effettuati dall'affittuario che vanno ad incrementare il proprio magazzino, rispetto alle giacenze del debitore la cui movimentazione deve rimanere controllabile a cura lo stesso commissario ex art. 172 l.f. Al termine del rapporto si renderebbe inoltre necessario regolare le eventuali differenze inventariali. Potrebbe essere quindi opportuno disporre diversamente: la disciplina dell'art. 2561 c.c. ha natura dispositiva ed è perciò derogabile dalle parti. Esse potrebbero ben prevedere l'integrale cessione del magazzino sin dall'inizio del contratto ovvero una vendita rateale in cui le rispettive rate si sommeranno ai canoni di affitto. Si tratta pertanto di sottoscrivere un contratto di compravendita o estimatorio che si affianca a quello di affitto e il cui valore deve essere coerente con quello delle rimanenze in essere, eventualmente svalutate nel caso frequente di sopravvalutazione del valore contabile in presenza di situazioni di crisi aziendali. Viceversa, in assenza di patto contrario, anche la differenze delle scorte di magazzino concorreranno alla determinazione del conguaglio finale.

In sintesi l'affittuario assume il dovere di gestire l'azienda e la possibilità quindi di disporre dei beni aziendali; egli può, salvo quanto previsto contrattualmente, vendere beni che nella normale operatività dell'azienda sono destinati a tale scopo, modificare e sostituire impianti, macchinari e attrezzature. Al termine del contratto, l'azienda risulterà pertanto composta in modo differente. Proprio al fine di identificare le differenze tra consistenza iniziale e finale è prevista la redazione di un inventario. L'art. 2561 quarto comma c.c. sancisce *“la differenza tra le consistenze d'inventario all'inizio e al termine dell'usufrutto è regolata in danaro, sulla base dei valori correnti al termine dell'usufrutto”*. Dal contratto di affitto potrebbe quindi sorgere un credito per la procedura oppure debito di conguaglio da soddisfarsi alla scadenza in prededuzione. Il conduttore perciò, salvo specifiche deroghe, si fa carico del deperimento dei beni oggetto dell'azienda affittata e al termine del contratto

dovrà restituire i beni ancora esistenti, oltre ad una somma di denaro che rappresenta il deperimento intervenuto per l'utilizzo, calcolato come un ammortamento vero e proprio avente come contropartita la creazione di un fondo ripristino dei beni in affitto. Al termine dell'affitto dovrà quindi confrontare l'accantonamento effettuato, assimilabile ad una stima del "debito di sostituzione", con il conguaglio in denaro dovuto al concedente e derivante dalla somma algebrica di variazioni di tipo sostitutivo, aggiuntivo o diminutivo. Qualora le variazioni intervenute siano positive sorgerà invece un debito in capo alla procedura nei confronti dell'affittuario. I valori di inventario rilevano inoltre nel computo della prestazione indennitaria dovuta in presenza di cessazione anticipata del contratto<sup>223</sup>. Detta previsione può essere derogata, prevedendo di converso una determinazione del canone che remunererà anche il costo del deperimento.

Maggiori perplessità si hanno con riferimento al variare del valore degli *intangibles* e, in particolare, dell'avviamento. Si tratta di un plusvalore presente qualora il complesso aziendale funzioni in maniera proficua e redditizia e distinguibile in oggettivo, se ricollegabile a fattori che permangono al variare del titolare dell'azienda, e soggettivo, dovuto alla particolare abilità dell'imprenditore ad esempio nel crescere e fidelizzare la clientela, trattare con clienti e fornitori, combinare in modo unico fattori produttivi, mantenere l'*appeal* del marchio. L'affittuario è tenuto a conservare intatto l'avviamento connesso all'azienda. È ampiamente discusso il diritto dell'affittuario al compenso per l'incremento apportato all'avviamento dell'azienda condotta. Giurisprudenza maggioritaria sostiene che l'avviamento, essendo qualità intrinseca dell'azienda non possa essere valutato in modo disgiunto e torna necessariamente in capo all'affittante al momento della retrocessione, senza possibilità di remunerazione<sup>224</sup>. Di converso, dottrina maggioritaria ritiene che la facoltà di apportare miglioramenti sia compresa nell'autonomia gestionale dell'affittuario e conseguentemente maturerebbe il suo diritto alla remunerazione nei limiti della minor somma tra aumento del valore dell'azienda e spese sostenute per tale incremento e non confluite nella

---

<sup>223</sup> Per un commento, seppur in ambito fallimentare, si veda R. ROSSI, *L'affitto d'azienda stipulato prima della dichiarazione di fallimento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, fasc.3-4/2010, pp. 409-420.

<sup>224</sup> Vd. Cass. sent. n. 3775 del 20.04.1994, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

determinazione del valore dei singoli componenti<sup>225</sup>. Contrariamente, la riduzione dell'avviamento non darebbe luogo ad un debito per l'affittuario se non imputabile a mancata o negligente attività di gestione. La questione rimane discussa e rilevante in sede di determinazione dell'ammontare del conguaglio.

Ai fini della determinazione del conguaglio che concedente o affittuario devono versare si può fare riferimento al confronto tra il capitale economico oppure al valore patrimoniale dei beni aziendali non considerando in questo secondo caso l'avviamento. Nel primo caso l'affittuario sarebbe incentivato a migliorare le prospettive economiche dell'azienda effettuando investimenti strategici, fidelizzando la clientela, lanciando nuovi prodotti, in quanto la maggiore capacità di generare reddito gli sarà compensata nel riconoscimento del conguaglio finale da parte del proprietario da soddisfarsi in prededuzione; al contrario vi sarebbe l'obbligo per l'affittuario di versare un indennizzo in sede di restituzione. Diversamente avviene facendo riferimento alla variazione della consistenza patrimoniale ai fini della determinazione del conguaglio. In tal caso per l'affittuario non sarebbe conveniente intraprendere azioni i cui benefici potrebbero manifestarsi solamente in seguito al termine dell'affitto ed a favore dell'affittante; ciò potrebbe penalizzare l'impresa, riducendo la capacità di generare reddito e comportando una diminuzione del valore del capitale economico i cui effetti ricadrebbero sul proprietario e sul ceto creditorio, non essendo tenuto l'affittuario a versare alcuna somma per la riduzione dell'avviamento<sup>226</sup>.

Ulteriori crediti da soddisfarsi in prededuzione sono rappresentati dai costi di gestione del contratto e dalle altre spese che incombono sull'affittante, "*sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali*" (art. 111 l.f.). L'art. 1621 c.c. prevede, salvo patto contrario, che siano a carico dell'affittante le spese per le riparazioni straordinarie. La distinzione tra spese ordinarie e straordinarie non è molto agevole; pertanto è consigliabile un'esplicita indicazione contrattuale. Generalmente si considerano spese di straordinaria amministrazione quelle finalizzate ad ampliare, ammodernare, migliorare i beni in modo da incrementarne la

---

<sup>225</sup> Il diritto all'indennità discenderebbe dall'art.1592cc. Resta comunque opportuno che le parti, contrattualmente disciplinino l'eventuale remunerazione derivante dal maggiore avviamento e le modalità della sua determinazione.

<sup>226</sup> A. MUSAIO, *L'economia dell'azienda 'in affitto'. Profili istituzionali e contabili*, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 35ss.

capacità e produttività, sicurezza o vita utile. In ogni caso si tratta di spese che, ancora una volta, salvo patto contrario, genereranno crediti prededucibili.

### **5.1.2. Successione nei contratti e rapporti svantaggiosi**

L'azienda retrocessa potrebbe inoltre essere composta in tutto o parte da contratti "svantaggiosi" per la procedura; contratti che sono solitamente fonte di obbligazioni, tra l'altro prededucibili. In merito alla successione nei contratti, all'affitto d'azienda trova espressa applicazione la disciplina prevista in materia di cessione di azienda di cui all'art. 2558 c.c. L'affitto produce quindi il trasferimento in capo all'affittuario di tutti i contratti in essere a prestazioni corrispettive in tutto o in parte non eseguite, salvo che siano espressamente escluse per patto scritto tra le parti ovvero abbiano natura esclusivamente personale. Detta norma trova applicazione anche in presenza di un'eventuale retrocessione dell'azienda in capo all'originario imprenditore al fine di evitare che gli stessi rimangano in capo all'affittuario e con la possibilità per l'imprenditore concordatario di trovarsi coinvolto in contratti non vantaggiosi. Ci si chiede a tal proposito se, con riferimento a detti rapporti, il diritto di sospensione o scioglimento possa riattivarsi nel momento in cui l'imprenditore originario torni in possesso dell'azienda e se, quindi, possa applicarsi una norma analoga all'art. 104 bis ultimo comma per cui *"al momento della cessazione dell'esercizio provvisorio si applicano le disposizioni di cui alla sezione IV del capo III del titolo II"*, artt. 72 ss l.f. In mancanza di norma espressa applicabile al concordato la risposta pare dover essere negativa. Per di più la lettera dello stesso art. 186 bis primo comma stabilisce la possibilità del Tribunale di autorizzare il debitore a sciogliersi dai contratti che *"siano in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso"*. Detta condizione non si verifica nel caso in cui l'azienda risulti già affittata a terzi, in quanto la pendenza del contratto è in quel momento riferibile non all'imprenditore in crisi ma ad un soggetto diverso e così nemmeno per i contratti successivamente stipulati da quest'ultimo in quanto non pendenti al momento del ricorso. A ciò si aggiunga che, per i contratti in corso al momento della presentazione del ricorso il debitore ha già manifestato la propria volontà e sarebbe paradossale riconoscergli la possibilità di ripronunciarsi e di addivenire *contra factum proprium*. In conclusione sembrerebbe che tutti i contratti riferiti all'azienda si ritrasferiscano alla procedura al momento della retrocessione, salvo patto contrario o carattere personale, con impatti

molto importanti a fronte dell'impossibilità del debitore di ricorrere all'art. 169 bis<sup>227</sup>. In tale ottica non avrebbe senso nemmeno il maturare di crediti concorsuali. Non mancano comunque interpretazioni contrarie secondo cui il debitore può legittimamente disporre dei contratti una volta che siano retrocessi alla procedura in quanto *“si tratta di negozi connotati dall'impronta loro attribuita, indipendentemente dall'epoca della loro costituzione, dalla peculiare gestione operata dall'affittuario, che li ha accumulati non solo sotto il profilo organizzativo, ma anche nell'aspetto del loro trattamento in quanto facenti parte di un unico insieme di rapporti riconducibili alla nuova identità aziendale”*<sup>228</sup>. L'affittuario avrebbe diritto alla restituzione della sua azienda in una consistenza che ne rappresenti *“il normale svolgimento di quella che era la consistenza originaria (...) e non già un'abnorme alterazione di essa”* potendo quindi rifiutare il sub ingresso in toto disponendo dei singoli rapporti<sup>229</sup>. La scelta iniziale della prosecuzione ben potrebbe essere stata determinata dalla necessità di traghettare l'azienda oltre la crisi mediante affidamento all'affittuario di un complesso organizzato di mezzi e rapporti il più possibile integro ed efficiente, senza precludere un possibile cambiamento di rotta al momento della sua retrocessione.

In merito alla disciplina dei contratti pendenti occorre soffermarsi sui rapporti di lavoro<sup>230</sup>. L'articolo di riferimento è il 2112 c.c. rubricato *“Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda”* il quale trova applicazione anche in presenza di affitto e successiva retrocessione in quanto il comma quinto statuisce che *“ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda.*

---

<sup>227</sup> Cfr. A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, op.cit., p.1139.; F. FIMMANÒ, *Contratti d'impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità*, op.cit., pp. 2ss.

<sup>228</sup> Con queste parole, seppure in ambito fallimentare, Tribunale di Monza der.19.11.2013,cit.

<sup>229</sup> M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, in Trattato di diritto civile italiano, a cura di F. VASSALLI, Torino, 1974, pp.820-821.

<sup>230</sup> Cfr. E. BASILE – L. MONTESARCHIO, *La gestione del personale in caso di affitto di azienda: responsabilità, obblighi e aspetti civili*, in La rivista delle operazioni straordinarie, fasc.3/2012, pp.6ss.

*Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento*". La nozione di affitto d'azienda viene ricompresa a pieno titolo nel concetto di trasferimento, il quale disciplina le fattispecie di esternalizzazione produttiva prevedendo specifiche tutele nei confronti dei lavoratori coinvolti. La disposizione trova applicazione ogni qual volta avvenga la sostituzione tra cedente e cessionario senza soluzione di continuità e pertanto anche in ipotesi di retrocessione dell'azienda per cessazione del contratto di affitto, salvo che il rapporto non sia già stato sciolto al momento della circolazione regressiva. Innanzitutto, la norma giuslavorista prevede la prosecuzione dei rapporti di lavoro dei soggetti adibiti all'azienda o ramo d'azienda affittato, senza soluzioni di continuità: *"in caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano"* (art. 2112 primo comma c.c.). Difatti la vicenda traslativa non costituisce di per sé giusta causa di licenziamento (art. 2112 terzo comma c.c.)<sup>231</sup>. La norma prevede altresì che il lavoratore conservi tutti i diritti acquisiti prima del trasferimento. Pertanto l'affittuario dovrà garantire continuità nei trattamenti maturati presso l'affittante e dei relativi diritti quali anzianità di servizio, retribuzione premiale, progressione di carriera ecc. Il terzo comma art. 2112 c.c. obbliga poi l'affittuario ad *"applicare trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario"*, purché del medesimo livello. Si vuole così garantire il lavoratore contro eventuali modificazioni *in peius* degli standard maturati. Corollario è rappresentato dalla possibilità di recesso da esercitarsi entro i tre mesi successivi al trasferimento con gli effetti di cui all'art. 2119 c.c. da parte del lavoratore trasferito in presenza di sostanziale modifica delle condizioni di lavoro. Le predette tutele operano anche nella fase della successiva retrocessione dell'azienda affittata all'imprenditore originario; qualora i lavoratori trasferiti abbiano nel frattempo maturato scatti di anzianità, incrementi retributivi,

---

<sup>231</sup> Permane la possibilità di licenziamento per giustificati motivi diversi dal trasferimento; il licenziamento non è inoltre legittimo se fondato sulla sola intervenuta apertura della procedura concorsuale.

siano stati adibiti a mansioni superiori, al momento della retrocessione avranno diritto a mantenere gli stessi standard economico-normativi, salva eventuale loro rinuncia, ex 2113 c.c. A seguito della regressione dette tutele potrebbero “appesantire” la procedura, a maggior ragione in relazione a quanto evidenziato nel proseguo.

*In primis*, a presidio della stabilità del rapporto di lavoro in procedura, è importante evidenziare l’inapplicabilità dell’art. 72 l.f. in ambito concordatario nonché l’esclusione dalla possibilità dello scioglimento/sospensione di cui al 169 bis l.f. ai rapporti di lavoro subordinato<sup>232</sup> operante sia in fase di ricorso che nel caso dubbio della loro successiva retrocessione. Si tratta di un’ulteriore conferma dell’applicazione della norma di diritto comune inerente la naturale prosecuzione in vista della tutela dell’occupazione: è perciò impedita ogni disciplina derogatoria al 2112 c.c., se non con le garanzie, i tempi e le modalità stabilite dalla legge<sup>233</sup>.

Difatti, in presenza di imprese in crisi aventi i requisiti dimensionali richiesti per l’accesso alla cassa integrazione straordinaria<sup>234</sup>, il legislatore ha cercato di porre rimedio a questa situazione prevedendo la possibilità di applicare un regime speciale di deroga a quanto sancito dall’art. 2112 c.c. ai fini di rendere più appetibile il trasferimento della stessa e di incentivare il mantenimento dei posti di lavoro, contenuto nell’art. 47 l. 428/1990<sup>235,236</sup>. Si tratta di una regola procedurale che si

---

<sup>232</sup> Si potrebbe discutere sull’applicabilità del 169 bis l.f. con riferimento al lavoro autonomo e di agenzia. In ogni caso la disposizione non sembrerebbe ammissibile al momento della retrocessione. Vd. E. GRAGNOLI, *I rapporti di lavoro subordinato nel concordato con continuità*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc. 3/2014, p.256.

<sup>233</sup> A. PATTI, *I rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, op.cit., pp.261ss.

<sup>234</sup> Per taluni la deroga si può estendere anche alle imprese sino a 15 dipendenti in virtù della norma relativa a cessione di aziende introdotta dall’art.105 terzo comma l.f. “*Nell’ambito delle consultazioni sindacali relative al trasferimento d’azienda, il curatore, l’acquirente e i rappresentanti dei lavoratori possono convenire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell’acquirente e le ulteriori modifiche del rapporto di lavoro consentite dalle norme vigenti*” che richiama procedure analoghe all’art.47 e costituisce una ripetizione di quanto previsto dalla Prodi bis. D’ORAZIO, *Le procedure di negoziazione della crisi dell’impresa: concordato preventivo ; piano attestato di risanamento, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale; concordato fallimentare e concordato stragiudiziale; composizione della crisi di sovraindebitamento*, op.cit., p.160.

<sup>235</sup> Legge n. 428 del 29.12.1990 rubricata “*Disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee*”, modificato da l. 166 del 20.11.2009 e l.134 del 07.08.2012, in [www.normattiva.it](http://www.normattiva.it).

<sup>236</sup> Per un’analisi dell’istituto vd. E. TURCO, *Trasferimento di impresa, diritti dei lavoratori e concordato preventivo: rilievi di diritto comunitario*, 25.06.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it); A. VALENTINI – M. BADELLINO, *Affitto e trasferimento d’azienda e di ramo d’azienda dell’impresa in crisi: profili giuslavoristici*, 09.07.2012, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), pp.5ss V. ANIBALLI, *Il trasferimento di ‘ramo d’azienda’ nel fallimento e nell’amministrazione straordinaria: compatibilità*

sviluppa secondo due logiche: con il trasferimento aziendale vi è una cessione *ex lege* di tutti i rapporti di lavoro senza possibilità per i lavoratori di esprimere il proprio consenso o dissenso; a questa estraneità fanno da contrappeso le organizzazioni sindacali che in veste istituzionale (in rappresentanza di tutti i dipendenti) svolgono un ruolo di salvaguardia e controllo ed è questo il motivo per cui le procedure in oggetto sono sempre obbligatorie in presenza di trasferimenti che coinvolgano sia aziende sia in crisi che non. Ciò che caratterizza i trasferimenti in un contesto di crisi è il fatto che, in questa situazione, le organizzazioni sindacali sono altresì investite di uno straordinario potere di disporre dei diritti individuali dei lavoratori, potere tanto più penetrante quanto più grave è la situazione sottostante. Il novellato quinto comma dell'articolo in commento specifica infatti che *“qualora il trasferimento riguardi imprese nei confronti delle quali vi sia stata dichiarazione di fallimento, omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata, e nel corso della consultazione di cui ai precedenti commi sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione, ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente non trova applicazione dell'art. 2112 codice civile, salvo che dall'accordo risultino condizioni di miglior favore. Il predetto accordo può altresì prevedere che il trasferimento non riguardi il personale eccedentario e che quest'ultimo continui a rimanere, in tutto o in parte, alle dipendenze dell'alienante”*. La deroga ammette modificazioni peggiorative del trattamento dei lavoratori allo scopo di conservare i livelli occupazionali di imprese in grave crisi e incentivare il trasferimento a favore di terzi. È consentita al verificarsi di due specifiche condizioni: non sia stata disposta la continuazione dell'attività, da cui l'incompatibilità con il concordato con continuità; sia stato raggiunto un apposito accordo trilatero nell'ambito delle procedure di consultazione sindacale circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione ai sensi di quanto disposto nei commi precedenti. La deroga trova applicazione in presenza di trasferimento di imprese insolventi dovendosi considerare tali quelle oggetto di dichiarazione di fallimento,

---

*della disciplina italiana con la normativa europea*, in Rivista italiana di diritto del lavoro, fasc.2/2014, pp. 345ss.

omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione di beni, emanazione di provvedimento di liquidazione coatta amministrativa o sottoposizione all'amministrazione straordinaria in assenza di continuazione dell'attività<sup>237</sup>. La norma presuppone che l'unica alternativa al trasferimento parziale sia la perdita dei posti di lavoro causata dalla cessazione dell'attività per effetto della crisi<sup>238</sup>. Gli effetti derivanti dalla deroga sono molto impattanti e possono essere sintetizzati nella disapplicazione del principio della continuità, per cui i lavoratori che passano alle dipendenze dell'acquirente instaurano un rapporto nuovo e non conservano i diritti di quello originariamente in essere; la possibilità per il cessionario di non applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi vigenti sino alla data del trasferimento; l'esclusione dalla solidarietà passiva tra cessionario e cedente per tutti i crediti che i lavoratori avevano al tempo del trasferimento (*vd. infra*). Le perplessità sono sorte quindi con riferimento all'applicabilità delle deroghe sopra evidenziate in presenza di prosecuzione dell'attività di impresa, in particolare nel corso della nuova figura di concordato preventivo con continuità. Dubbi rafforzati a seguito delle modifiche legislative che hanno portato alla riscrittura del precedente comma, all'introduzione del comma quattro bis<sup>239</sup> e successiva sua integrazione per opera del Decreto Sviluppo. Quest'ultimo ha riconosciuto alle aziende per le quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale, disposta l'amministrazione straordinaria in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività, sia intervenuta "dichiarazione di apertura della procedura di concordato preventivo" oppure omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, la possibilità di raggiungere accordi sindacali che consentano di derogare alla regola della trasmigrazione totale dei lavoratori stabilendo i limiti entro cui trovano applicazione le tutele di cui all'art. 2112 c.c: si parla di flessibilizzazione dell'art. 2112 c.c. Il generico riferimento al concordato preventivo sembrerebbe apparentemente estendere la possibilità di

---

<sup>237</sup> Deroga non opera nemmeno per i dirigenti, ai quali va sempre applicato l'art. 2112 c.c.: il rapporto di lavoro continua e lavoratore conserva tutti i diritti in capo al nuovo soggetto, salva eventuale partecipazione della relativa organizzazione sindacale alla procedura di conciliazione. Vd. D'ORAZIO, *Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa: concordato preventivo ; piano attestato di risanamento, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale ; concordato fallimentare e concordato stragiudiziale ; composizione della crisi di sovraindebitamento*, op.cit., p.219.

<sup>238</sup> Il Comma 6 prevede però, di converso, che detti lavoratori che non siano transitati all'affittuario godono del diritto di precedenza nelle eventuali successive assunzioni effettuate entro un anno dal trasferimento, o altro periodo stabilito, senza che trovino applicazione le precedenti garanzie esposte.

<sup>239</sup> Introdotto dall'art. 19quater l. n. 166 del 20.11.2009, in [www.normattiva.it](http://www.normattiva.it).

raggiungere un'intesa collettiva derogatoria anche per i concordati con continuità e anche in presenza di affitto e sua retrocessione. L'accordo ben potrebbe preventivamente disciplinare, ora per allora, anche le conseguenze economiche e giuridiche dell'eventuale futuro ritrasferimento aziendale (retrocessione); ovvero in caso di mancata disposizione sarebbe necessario dar luogo ad una nuova procedura. Una tale interpretazione però non può essere acriticamente accettata. La novellata disposizione, introdotta a seguito della condanna da parte della Corte di Giustizia<sup>240</sup> per contrasto del vecchio art. 47 alla direttiva 2001/23/CE<sup>241</sup> sul presupposto per cui lo stato di crisi (precedentemente incluso nel comma quinto) più che una finalità liquidatoria mira al risanamento dell'azienda, rappresenta infatti più un'operazione di facciata che di sostanza<sup>242</sup>. Il legislatore italiano avrebbe posto rimedio alla situazione riproponendo la norma dichiarata non conforme ed estendendo la possibilità di derogare all'art. 2112 c.c. anche ai casi di concordato e accordo di ristrutturazione dei debiti che sono casi molto dubbi in quanto a finalità liquidatoria. La norma sarebbe tuttora in contrapposizione con il diritto comunitario secondo cui il potere derogatorio dei contratti collettivi è possibile solo in presenza di procedure di intrinseco carattere liquidatorio, quindi opposte rispetto al fine stesso perseguito dal concordato con continuità, che si svolgano sotto il controllo di un'autorità pubblica competente<sup>243</sup>. Si ha quindi incompatibilità tra continuazione dell'impresa e flessibilità delle deroghe al 2112 c.c.: se un'impresa fosse in grado di proseguire la sua attività non troverebbe giustificazione una tale deroga<sup>244-245</sup>. A fronte delle

---

<sup>240</sup> Corte di Giustizia, sez.II, sent.11.06.2009 causaC-561/07, in curia.europa.eu.

<sup>241</sup> Direttiva 2001/23/CE del 12 marzo 2001, in www.eur-lex.europa.eu.

<sup>242</sup> Con le parole di A. CORRADO, *Trasferimento d'azienda nell'ambito delle procedure concorsuali e i connessi aspetti riguardanti i rapporti di lavoro*, 28.04.2014, in www.ilfallimentarista.it.

<sup>243</sup> Vd. Direttiva 2001/23/CE del Consiglio del 12 marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, in www.eur-lex.europa.eu., art. 5, che ha fatto seguito a precedenti direttive 77/187/CEE del Consiglio del 14.02.1977, ibidem, Direttiva 98/50/CE del Consiglio del 29.06.1998, ibidem e pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea: Caso Abels sent. 7.02.1985 causa 135/83, in curia.europa.eu; Caso D'Urso sent.25.07.1991 causa C-362/89, ibidem; Caso Spano sent.07.12.1995 causa C-472/1993, ibidem.

<sup>244</sup> Cfr. F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il 'decreto sviluppo'*, op.cit., pp.35-37; A. VALENTINI - M. BADELLINO - G.GOFFI, *Riflessioni su rapporto di lavoro subordinato e nuove norme fallimentari in tema di continuità aziendale*, 06.08.2012, in www.ilfallimentarista.it, pp.4-5; E. GRAGNOLI, *I rapporti di lavoro subordinato nel concordato con continuità*, op.cit., p.256.

<sup>245</sup> Secondo un'attenta interpretazione di A. GIOVATI, *Convegno di Reggio Emilia del 25.10.2013 "La ristrutturazione delle imprese in crisi"*, in www.ilcaso.it, la distinzione tra comma quinto e quarto-bis è tale per cui il primo si applica a procedure di intrinseco carattere liquidatorio che abbiano

predette valutazioni le imprese ammesse alla procedura di concordato con continuità potrebbero trovarsi in difficoltà nell'operare il trasferimento integrale dei lavoratori con conseguenze che potrebbero determinare esuberi di manodopera e intralci al risanamento: la procedura potrebbe richiedere una diminuzione di addetti al fine di recuperare condizioni di competitività.

Una soluzione rimane quella della negoziazione individuale con i singoli lavoratori attribuendo conseguentemente agli stessi una forza contrattuale maggiore, ex 2119 c.c.; rimane però una via difficile da percorrere qualora il loro numero sia rilevante. Permane inoltre la possibilità di ricorrere ad ammortizzatori sociali, quale la cassa integrazione, con l'obiettivo di privare l'impresa in crisi dall'interesse economico al licenziamento nella speranza del superamento della crisi e di una nuova allocazione dell'azienda. La cassa integrazione guadagni straordinaria c.d. concorsuale (art. 3 l.223/1991) per molti anni era considerata come una cassa integrazione geneticamente modificata rispetto alla cassa per ristrutturazione, riorganizzazione, conversione aziendale o crisi aziendale (art. 1 l.223/1991), in quanto trovava applicazione automatica e obbligatoria, connessa al semplice fatto che vi fosse una procedura concorsuale pendente<sup>246</sup>. Oggi, con la riforma del Decreto Sviluppo, la norma è stata rivisitata rendendola applicabile alle aziende con organico superiore a 15 dipendenti in media nel semestre precedente alla richiesta *“nei casi di dichiarazione di fallimento, di emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria”* purché vi siano *“prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività e di salvaguardia, anche parziale, dei livelli di occupazione”* e quindi facendo confluire l'istituto nella cassa integrazione per crisi, unica eventualmente possibile a partire dal

---

ad oggetto il trasferimento di aziende non in esercizio, mentre il secondo a procedure senza finalità liquidatoria ovvero con finalità liquidatoria in ordine al trasferimento di aziende in esercizio. In tale seconda fattispecie l'unica possibile interpretazione del nuovo disposto di cui al comma 4 bis è tale per cui l'art. 2112 c.c. trova applicazione naturale (si attua il trasferimento integrale dei lavoratori) e le tutele in esso previste possono essere limitatamente disapplicate per la parte concernente la regola della solidarietà passiva e della conservazione delle medesime condizioni di lavoro (vd. art.5 co.2 della Drettiva 23/2001) se e nella misura in cui sia previsto da un accordo collettivo il mantenimento anche parziale dell'occupazione in senso prospettico. Pertanto l'accordo non riguarderebbe i rapporti esistenti, che procedono naturalmente, bensì la prospettiva occupazionale. Qualora il sindacato negozi la conservazione futura dell'occupazione può stabilire modifiche delle condizioni.

<sup>246</sup> A. CAIAFA, *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa*, Padova, 2004, pp. 37ss.

1.1.2016<sup>247</sup>. Il legislatore ha altresì stabilito nella seconda parte della disposizione l'applicazione della cassa integrazione guadagni straordinaria concorsuale anche “*nel caso di ammissione al concordato preventivo consistente nella cessione dei beni*”, richiamando un evidente vocazione liquidatoria. Con nota 14/0013876 del 26.05.2010 nonché nel recente interpello n.23/13, il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali<sup>248</sup> ha stabilito che il requisito della prospettiva di continuazione dell'impresa e di salvaguardia dell'occupazione deve essere rispettato solo nei casi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa o amministrazione straordinaria e non nella fattispecie del concordato preventivo che rimarrebbe l'unica ipotesi ad applicazione automatica. Ha altresì statuito che, sebbene la norma contempli la concessione della cassa integrazione straordinaria concorsuale solo nell'ipotesi di concordato con cessione dei beni, debba ritenersi che tutte le fattispecie di concordato preventivo, con o senza cessione, consentano l'accesso al trattamento. L'orientamento del Ministero non appare pienamente condivisibile. Il trattamento di integrazione concorsuale può essere esteso a tutti i casi di concordato preventivo a due specifiche condizioni: che vi siano concrete prospettive di risanamento o salvaguardia anche parziale dei livelli di occupazione, fattispecie solitamente rinvenibile nei casi di continuità aziendale indiretta mentre maggiormente difficoltoso è ricomprendere la continuità diretta a fronte della presenza di esuberi solitamente strutturali; la presenza necessaria della cessione dei beni come specificato dalla lettera della norma che escluderebbe ancora una volta ed in modo palese la continuità diretta lasciando aperta unicamente la possibilità di applicazione del trattamento ad un concordato con continuità indiretta<sup>249</sup>. Ci si interroga quindi sulla compatibilità con un trasferimento mediante affitto puro e nel caso di affitto – ponte.

Infine, qualora la proficua continuazione dell'attività comporti esuberi di personale il concedente potrebbe vedersi costretto alla chiusura dei rapporti di lavoro per giustificato motivo diverso dall'apertura della procedura o dal trasferimento

---

<sup>247</sup> La riforma Fornero ha infatti previsto l'abrogazione del comma terzo l.223/1991 a partire dal 01.01.2016; di conseguenza si imporrà la risoluzione immediata dei rapporti salva possibilità di ricorrere alla cassa per crisi di cui all'art.1 l.223/1991 che è però più onerosa. Ad esempio non vi è l'esonero dal versamento del contributo di ingresso invece previsto in caso di procedure concorsuali.

<sup>248</sup> In [www.lavoro.gov.it](http://www.lavoro.gov.it).

<sup>249</sup> In questo senso anche A. GIOVATI, Convegno di Reggio Emilia del 25.10.2013 “*La ristrutturazione delle imprese in crisi*”, op.cit.

aziendale<sup>250</sup> e con applicazione delle previsioni del 2118 c.c., ossia con versamento di indennità di mancato preavviso che sarà da collocarsi in prededuzione a fronte del mancato richiamo da parte delle norme concordatarie della deroga dell'art.104 bis l.f.

### **5.1.3. La disciplina degli artt. 2560 e 2112 c.c.**

La sorte dei debiti riveste un ruolo fondamentale sia in fase di stipulazione del contratto di affitto che in presenza di regressione aziendale.

Discussa è l'applicazione dell'art. 2560 c.c. alla fattispecie dell'affitto d'azienda e conseguentemente anche alla relativa retrocessione. Secondo parte della dottrina e giurisprudenza minoritaria<sup>251</sup> la responsabilità solidale del concedente per i debiti assunti dall'affittuario è diretta conseguenza della successione nei contratti di cui all'art. 2558 c.c. quindi operante, in particolare, per i debiti di origine contrattuale. Secondo dette teoriche, come il concedente succede nei rapporti contrattuali sinallagmatici non ancora eseguiti così lo stesso dovrebbe rispondere dei debiti relativi a questi contratti. In base a questa interpretazione, una tale regola troverebbe applicazione anche nella fase della restituzione dell'azienda al concedente con conseguente incremento del rischio imprenditoriale.

Non manca nemmeno l'opinione isolata<sup>252</sup> di chi ritiene che la responsabilità solidale si debba rinvenire sulla base del disposto di cui all'art. 2561 c.c. quarto comma per cui *“la differenza tra le consistenze di inventario tra inizio e fine dell'affitto è regolata in denaro”*; inventario che, secondo detta opinione, dovrebbe comprendere non solo i beni inerenti l'azienda ma anche crediti e debiti ad essa pertinenti. Gli effetti sul rischio d'impresa sono analoghi a quanto sopra.

---

<sup>250</sup> Ad esempio motivi soggettivi derivanti da condotte rilevanti ovvero motivi oggettivi: il cedente può operare licenziamenti dimostrando la necessità di ridimensionamento affinché il cessionario sia disposto a concludere l'operazione ecc. Con la Riforma Fornero (l. 92/2012) è stata introdotta la possibilità di procedere a licenziamenti individuali per motivi economici e organizzativi; la riforma ha introdotto in assenza del presupposto economico un regime sanzionatorio pari ad un'indennità risarcitoria compresa tra 12-24 mensilità della retribuzione di fatto, sconfinando il reintegro alle sole ipotesi di manifesta infondatezza. Molto frequenti nell'imminenza di processi di ristrutturazione sono anche i licenziamenti collettivi (art. 24 l.223/91) per i quali la riforma Fornero ha sancito che i vizi formali afferenti la comunicazione di avvio della procedura sono considerati sanabili, mentre quelli procedurali non sanati possono dare origine solamente ad un'indennità compresa tra 12-24 mensilità e non al reintegro.

<sup>251</sup> Cfr. F. FERRARA JR., *La teoria Giuridica dell'azienda*, 2°ed., Firenze, TRIMARCHI, *Subingresso nel contratto e cessione d'azienda*, in *Giurisprudenza compl. cass. civ.*, 1946,II,2, 640ss; G. COVINO – L. JEANTET, *Il concordato con continuità aziendale: compatibilità con l'affitto d'azienda e durata poliennale del piano*, op.cit., p. 3; Tribunale di Firenze del 27.03.2013, cit. ; Id., del 19.03.2013, cit. Cass. sent. n. 11318 del 16.06.2004 in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>252</sup> G. COTTINO, *L'imprenditore, Trattato di diritto commerciale*, vol. I, Padova, 2001, p.658ss.

Le predette impostazioni si ritengono però superate. Dottrina e giurisprudenza ormai consolidate<sup>253</sup> considerano l'art. 2560 c.c. non applicabile all'affitto d'azienda in quanto norma eccezionale non espressamente richiamata né per l'affitto né per l'usufrutto. Infatti, laddove il legislatore ha inteso estendere la responsabilità del cessionario dell'azienda anche all'affittuario lo ha fatto in modo esplicito, come avvenuto per i "crediti da lavoro" ex art. 2112 c.c. quinto comma. Pertanto, mentre per ciò che concerne i crediti da lavoro l'effetto della responsabilità solidale pare ineludibile, per le restanti passività la responsabilità solidale dovrebbe essere esclusa stante la non riconducibilità degli effetti dell'affitto al concetto di "cessione" d'azienda presupposto di applicabilità dell'accollo legale di cui al 2560 c.c. Per di più il perseguimento del risanamento dell'impresa da parte di un soggetto terzo sarebbe inevitabilmente compromesso a priori ove si dubitasse che quest'ultimo rispondesse anche delle passività pregresse dell'affittante alla stregua del cessionario d'azienda. Ed ancora, qualora i debiti formassero parte dell'azienda affittata si rischierebbe di violare la *par condicio* e i principi che stanno alla base del concordato<sup>254</sup>. Alla luce di ciò, la responsabilità solidale non opera nemmeno in presenza di circolazione regressiva dell'azienda affittata. Infatti, al momento della cessazione dell'affitto il soggetto a cui viene restituita l'azienda non è tecnicamente acquirente; non vi è acquisto della proprietà dell'azienda che è sempre rimasta in capo alla procedura e quindi manca, ancora una volta, il presupposto per l'applicazione della norma. Detta conclusione pare dover essere mantenuta nonostante la confusione generata dalla nuova disciplina dell'affitto endofallimentare all'art. 104 bis l.f. il quale dispone una deroga alla responsabilità solidale derivante dagli artt. 2560 e 2112 c.c. nella fattispecie di retrocessione aziendale. Il fatto che il legislatore abbia espressamente disposto la deroga all'operatività del 2560 c.c. lascerebbe dedurre come, in mancanza di tale disposizione, l'affittante rispondesse al momento della retrocessione aziendale non solo delle obbligazioni derivanti dai rapporti di lavoro bensì anche da quelle derivanti da qualsiasi altro contratto

---

<sup>253</sup> Vd. C. CERADINI, *Concordato preventivo e affitto di azienda*, op.cit., p.42; . F. MARTORANO, *La circolazione di 'ritorno' dell'azienda nell'affitto endofallimentare*, Il diritto fallimentare e delle società commerciali, fasc.1/2010, p.5; L.PANZANI, *Affitto d'azienda e procedure diverse dall'amministrazione straordinaria*, in Il fallimento e le altre procedure concorsuali, fasc. 9/1998, p.925; *ex multiplis*.

<sup>254</sup> I creditori preesistenti sarebbero soddisfatti immediatamente dal cessionario.

d'impresa. Tale conclusione non pare però condivisibile non potendo l'art. 104 bis essere considerato norma derogatrice del diritto comune<sup>255</sup>. In merito ai debiti sorti in fase di affitto endoconcorsuale l'impatto sulla procedura risulta quindi attenuato, pur dovendo evidenziare la presenza di interpretazioni contrarie.

Differentemente avviene con riferimento ai "crediti da lavoro". Significativo è quanto previsto dall'art. 2112 secondo comma c.c. in materia di responsabilità solidale tra cedente-affittante e cessionario-affittuario con riferimento ai crediti dei lavoratori trasferiti: *"Il cedente ed il cessionario sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento. Con le procedure di cui agli articoli 410 e 411 del codice di procedura civile il lavoratore può consentire la liberazione del cedente dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro"*. L'affittuario è responsabile nei confronti del lavoratore con riferimento ai crediti maturati dallo stesso in virtù del rapporto con il cedente e a prescindere della loro effettiva conoscenza, con inclusione anche del trattamento di fine rapporto. Solo il lavoratore può liberare il cedente da responsabilità solidale tramite esperimento di tentativi di conciliazione presso la direzione del lavoro, ex artt. 410-411 c.p.c. Analogamente avviene per i lavoratori retrocessi dall'affittuario all'imprenditore in procedura. Pertanto, qualora l'attività dell'affittuario comporti l'insorgenza di debiti relativi al rapporto di lavoro essi verranno retrocessi solidalmente alla procedura e verosimilmente in prededuzione<sup>256</sup>, non potendo fare applicazione analogica del 104 bis. Una possibile deroga alla responsabilità solidale è prevista all'art. 47 l. 428/90 limitatamente alle imprese socialmente rilevanti. Tuttavia, come sopra esaminato, sembrerebbe inapplicabile nelle fattispecie di continuità aziendale con il conseguente inevitabile appesantimento della procedura a fronte della responsabilità solidale per i debiti maturati in capo all'affittuario e di conseguenza l'incremento di crediti prededucibili<sup>257</sup> di notevole importo che aggrava la posizione dei creditori concorsuali.

---

<sup>255</sup> S. BONFATTI, *I concordati preventivi di risanamento*, 4.02.2011, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), p.21.

<sup>256</sup> Cfr. Cass. sent. 12909 del 04.09.2013 in [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it).

<sup>257</sup> Nello specifico si tratta di crediti privilegiati prededucibili a cui sarebbe applicabile la moratoria di cui all'art. 186 bis secondo comma lett.c). La norma infatti non distingue espressamente tra privilegi generali e speciali, tanto che dovrebbe ritenersi applicabile anche ai primi, tra cui i crediti di lavoro ex 2751 bis primo comma n.1.c.c.

Non mancano nemmeno in questo senso opinioni opposte che tendono ad escludere la responsabilità solidale anche per i crediti da lavoro. Taluni ritengono che sia possibile un'applicazione estensiva di quanto previsto all'art. 105 quarto comma, richiamato dall'art. 182 ultimo comma, il quale con riferimento alla cessione d'azienda prevede un effetto purgativo di ogni debito sorto precedentemente al trasferimento seppure senza espresso riferimento ai rapporti di lavoro<sup>258</sup>. Effetto che, secondo una certa interpretazione, deve estendersi anche all'affitto d'azienda stante la finalità del legislatore di salvaguardare le aziende in crisi nonché considerando che lo stesso affitto è spesso propedeutico ad una successiva cessione<sup>259</sup>. Altri ancora ritengono che l'esonero da responsabilità solidale sia legato ad una possibile riconducibilità dei crediti da lavoro nella sfera di applicabilità dell'art. 2560 c.c. a cui rimane escluso l'affitto d'azienda.

Stante l'opinione maggioritaria, la responsabilità della procedura per i debiti di lavoro continua a sussistere con importanti impatti sul rischio imprenditoriale.

In conclusione mi pare dovere rilevare che anche in presenza di trasferimento dei rischi di gestione in capo a soggetti terzi, questi possono continuare a ricadere, seppur indirettamente, sulla procedura e perciò indirettamente sul ceto creditorio. Particolare attenzione deve essere prestata alle clausole contrattuali che possono, in parte, attenuare gli effetti distorsivi. Sino ad oggi però solamente in ambito di affitto endofallimentare sono state previste specifiche "misure di sicurezza" che spaziano dalla scelta dell'affittuario alla previsione di un contenuto contrattuale minimo<sup>260</sup> nonché tutele a fronte della retrocessione aziendale.

---

<sup>258</sup> Riferimento che si potrebbe ricavare dall'art. 63 legge Prodi bis, che costituisce una ripetizione di quanto sancito nel 105 commi terzo e quarto e si applica nell'ambito della disciplina del trasferimento dei lavoratori subordinati; L. VAROTTI, *Appunti in tema di fallimento e rapporti di lavoro-Qaeth*, 11.07.2013, fornitomi personalmente.

<sup>259</sup> D'ORAZIO, *Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa: concordato preventivo ; piano attestato di risanamento, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale ; concordato fallimentare e concordato stragiudiziale; composizione della crisi di sovraindebitamento*, op.cit., p.168.

<sup>260</sup> Nel dettaglio si veda F. FIMMANÒ, *L'affitto endofallimentare dell'azienda*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, fasc.3-4/2007, pp.445ss; Fondazione Luca Pacioli, *La riforma del diritto fallimentare, Il fallimento: esercizio provvisorio ed affitto di azienda*, Documento n.2 del 22 gennaio 2007, in [www.fondazioneluca Pacioli.it](http://www.fondazioneluca Pacioli.it), pp.6ss.

## 5.2. Le conseguenze giuridiche nell'ipotesi di fallimento di uno dei due contraenti

Un caso particolare che richiede una disamina a parte riguarda “l’insuccesso” del concordato pronunciato con decreto di inammissibilità, risoluzione ex 186 l.f. ovvero revoca del concordato ex 186 bis ultimo comma a cui può fare seguito dichiarazione di fallimento del concedente. In fase di concordato potrebbe altresì manifestarsi il fallimento dell’affittuario. Il caso esula dalla mia trattazione, mi limiterò quindi ad evidenziarne gli aspetti principali<sup>261</sup>.

Qualora intervenga dichiarazione di fallimento di una delle parti contrattuali la disciplina applicabile al contratto di affitto in essere è contenuta all’art. 79 l.f. Ivi il legislatore contempla la facoltà di entrambe le parti di esercitare il diritto di recesso: “*Il fallimento non è causa di scioglimento del contratto di affitto d’azienda, ma entrambe le parti possono recedere entro sessanta giorni*<sup>262</sup>, *corrispondendo alla controparte un equo indennizzo, che, nel dissenso tra le parti, è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati*”. Pertanto, qualora sia l’impresa in procedura a recedere dal contratto<sup>263</sup>, l’indennizzo dovuto alla controparte avrà natura prededucibile<sup>264</sup>. La scelta deve essere effettuata sulla base di una valutazione di convenienza tra prosecuzione e scioglimento. La prosecuzione potrebbe permettere

---

<sup>261</sup> Per un’analisi più approfondita si veda F. FIMMANÒ, *L’affitto di azienda pendente in caso di dichiarazione di fallimento*, in Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali, diretto da Vassalli, Luiso, Gabrielli, Vol. 3, Sezione VI, 2011, pp.334ss; Id., *L’affitto endofallimentare dell’azienda*, op.cit., p.437ss; Id., *L’affitto di azienda programmato e stipulato dall’imprenditore in crisi in funzione del concordato preventivo*, in *L’affitto di azienda preesistente, recesso dal contratto e determinazione dell’equo indennizzo*, in Il Fallimento e le altre procedure concorsuali, fasc. 11/2012, pp.1352ss; R. ROSSI, *L’affitto di azienda stipulato prima della dichiarazione di fallimento*, op.cit., pp.370ss; A. STEFANI, *Il trasferimento di azienda nella procedura fallimentare e il ruolo del notaio*, 06.04.2012, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it); A. CAIAFA, *L’affitto di azienda, rapporto giuridico preesistente*, 10.04.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).

<sup>262</sup> Termine perentorio che decorre dalla pubblicazione della sentenza di fallimento.

<sup>263</sup> Opinioni divergenti si hanno con riferimento alla decisione del curatore. Secondo alcuni, vd. R.ROSSI, *L’affitto d’azienda stipulato prima della dichiarazione di fallimento*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, op.cit., p.380, la scelta del curatore non deve essere sottoposta a previa autorizzazione; per altri invece essendo atto di straordinaria amministrazione deve essere sottoposta al parere del comitato dei creditori e, se di valore superiore a cinquantamila euro, del giudice delegato, vd. F. FIMMANÒ, *L’affitto di azienda pendente in caso di dichiarazione di fallimento*, op.cit., p. 339; Id., *L’affitto endofallimentare dell’azienda*, op.cit., p.474.

<sup>264</sup> L’equo indennizzo viene determinato, nel dissenso delle parti, dal giudice delegato non nella procedura di verifica del passivo, bensì con provvedimento a sé reclamabile dinanzi al Tribunale a norma dell’art.26 l.f. L’indennizzo ha natura diversa dal risarcimento danni e viene quantificato con riferimento all’equilibrio delle prestazioni. Cfr. F. FIMMANÒ, *L’affitto di azienda programmato e stipulato dall’imprenditore in crisi in funzione del concordato preventivo*, in *Affitto di azienda preesistente, recesso dal contratto e determinazione dell’equo indennizzo*, op.cit., pp.1352-1354.

di conservare i valori di funzionamento dell'azienda ed assicurare una migliore liquidazione nell'interesse dei creditori oltre all'incasso dei canoni di affitto; viceversa il recesso potrebbe essere giustificato nella ritenuta opportunità di ottenere l'autorizzazione all'esercizio provvisorio assumendo i relativi rischi e salvo pagamento nei confronti dell'affittuario dell'equo indennizzo.

La norma nulla dice in merito ai rapporti pendenti in presenza di retrocessione di affitto preesistente. Si ritiene allora applicabile l'ultimo comma art. 104 bis, il quale sancisce che *“ai rapporti pendenti al momento della retrocessione dell'azienda in capo al fallimento si applichi la disciplina di cui alla sezione IV titolo II capo III della legge fallimentare”*. La norma non distingue tra rapporti pendenti proseguiti dall'affittuario ma non ancora interamente eseguiti al termine dell'affitto e contratti stipulati *ex novo* ma rimasti ancora ineseguiti, totalmente o parzialmente. Ciò induce a ritenere che al curatore siano attribuite le stesse prerogative che aveva al momento della dichiarazione di fallimento ex art. 72 ss, salvo i casi di scioglimento o prosecuzione automatici. Si applica quindi la regola generale della sospensione del rapporto in attesa che il curatore scelga se proseguire o recedere dai contratti in corso, se ritenuti onerosi o pregiudizievoli per la procedura<sup>265</sup>. Si tratta infatti di *“negozi connotati dall'impronta loro attribuita, indipendentemente dall'epoca della loro costituzione, dalla peculiare gestione dell'impresa da parte dell'affittuario”* su cui può tornare a esprimersi il concedente<sup>266</sup>. Si è giunti persino a parlare di un *“secondo inizio della procedura”*<sup>267</sup>. Parte della dottrina sostiene invece l'inapplicabilità di quanto disposto nei confronti di contratti preesistenti alla dichiarazione di fallimento per i quali gli organi della procedura abbiano già manifestato la loro decisione di proseguire il rapporto. Parrebbe paradossale che, una volta che il curatore abbia optato per il subingresso nel contratto e questo sia poi stato ceduto all'affittuario, al momento della retrocessione l'imprenditore abbia facoltà di esercitare nuovamente la scelta attribuitagli dall'art. 72 l.f.; ciò sembra configgere con il divieto di venire *contra factum proprium*. La norma, facendo

---

<sup>265</sup> F. FIMMANÒ, *Art.104bis*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. JORIO, Zanichelli, Bologna, 2007, pp. 1641-1642.

<sup>266</sup> Tribunale di Monza decr.19.11.2013, cit.

<sup>267</sup> Con queste parole A. GALLONE – M. RAVINALE, *L'affitto e la cessione d'azienda nella riforma fallimentare : profili civilistici, fiscali e lavoristici: aggiornato con il D. lgs. n. 169/2007 in vigore dal 1. gennaio 2008*, IPSOA, 2008, p.161.

genericamente riferimento ai rapporti pendenti al momento della retrocessione sembra risolvere positivamente la questione. La problematica esula però dalla mia trattazione<sup>268</sup>.

Un discorso a parte deve essere effettuato riguardo alla retrocessione dei rapporti di lavoro. Non può essere condivisa la tesi di chi, in passato, ha sostenuto che i rapporti di lavoro non possano ritrasmettersi al concedente in quanto nell'ipotesi di retrocessione opererebbe la deroga di cui all'art. 104 bis sesto comma l.f.<sup>269</sup>. È ormai consolidata la tesi del ritrasferimento dei rapporti di lavoro in corso in capo alla procedura per effetto della retrocessione al concedente<sup>270</sup>. In merito alla disciplina a questo punto applicabile si hanno, ancora una volta, opinioni contrastanti<sup>271</sup>. Secondo parte della dottrina<sup>272</sup> il diritto al mantenimento del rapporto di lavoro ha natura pubblicistica e tende a prevalere sull'interesse, anche esso pubblicistico, del ceto creditorio. Di conseguenza constatando l'incompatibilità dell'art. 72 l.f. con l'art. 2119 secondo comma c.c. in forza di cui il fallimento dell'imprenditore non costituisce giusta causa di risoluzione del rapporto e a fronte della mancata deroga all'art. 2112 c.c., il rapporto pendente prosegue naturalmente sino all'esercizio legittimo del recesso. Dottrina e giurisprudenza oggi maggioritaria ritengono invece che, così come previsto dall'art. 72 l.f. norma generale che disciplina tutti i contratti pendenti a cui non siano dedicate particolari regole, anche il rapporto di lavoro entra in una fase di quiescenza: il lavoratore non è tenuto a prestare la propria attività e il curatore non è tenuto a pagare le retribuzioni maturate *post* apertura della procedura. Il tutto in attesa che il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori<sup>273</sup>, opti per la loro prosecuzione o per lo scioglimento nella forma del licenziamento individuale o collettivo<sup>274</sup>. La norma si applica anche in presenza di retrocessione

---

<sup>268</sup> Così S. AMBROSINI, *L'amministrazione dei beni, l'esercizio provvisorio e l'affitto di azienda*, in *Trattato di diritto commerciale* a cura di G. COTTINO, Cedam, Padova, 2009, p.548

<sup>269</sup> Riferito solamente all'esonero da responsabilità solidale.

<sup>270</sup> PANZANI, *Affitto d'azienda*, in *I rapporti giuridici pendenti*, a cura di FERRO, Milano, 1998, p. 925; Cass. n. 7458 del 21.05.2002 in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>271</sup> A. STEFANI, *Il trasferimento di azienda nella procedura fallimentare e il ruolo del notaio*, op.cit.

<sup>272</sup> Cfr. A. GALLONE - M. RAVINALE, *L'affitto e la cessione d'azienda nella riforma fallimentare: profili civilistici, fiscali e lavoristici: aggiornato con il D. lgs. n. 169/2007 in vigore dal 1. gennaio 2008*, op.cit., p.164.

<sup>273</sup> Si ritiene spesso che lo scioglimento del contratto non comporti l'obbligo di autorizzazione del comitato dei creditori, in quanto non deriverebbero oneri economici a carico della massa.

<sup>274</sup> R. ROSSI, *L'affitto d'azienda stipulato prima della dichiarazione di fallimento*, op.cit., p.430; A. PATTI, *L'affitto d'azienda*, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc.9/2007, p.1095; L.

aziendale in virtù del richiamo dell'art. 104 bis l.f. Non essendo il fallimento giusta causa di licenziamento è necessario accertare altre ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro ecc. Molto importante è l'individuazione dei criteri in base a cui vengono identificati i lavoratori da licenziare: carichi di famiglia, anzianità, ragioni organizzative. Trovandosi il rapporto in uno stato di quiescenza, nessuna indennità di mancato preavviso può essere reclamata. Qualora invece venga disposto l'esercizio provvisorio, ai sensi del 104 ottavo comma l.f., i rapporti pendenti proseguono automaticamente salvo che il curatore assuma la decisione di sospensione o scioglimento. Il fallimento comunque, pur subentrando nei rapporti di lavoro, nel rispetto delle procedure e delle dimensioni aziendali può attivare i rimedi previsti dall'ordinamento e idonei a limitare l'onere economico: dalla possibilità di convenire mediante accordo trilatero alla trasmigrazione parziale dei lavoratori occupati ex l. 428/1990<sup>275</sup>, intervento *pro tempore* della cassa integrazione straordinaria<sup>276</sup>, collocazione in mobilità<sup>277</sup>, ASPI<sup>278</sup>, sino ai licenziamenti.

Con riferimento ai debiti sorti in fase di affitto, l'art. 104 bis ultimo comma l.f. relativo all'affitto endofallimentare, sancisce l'esonero della responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione in deroga espressa alla disciplina dettata dagli artt. 2560 e 2112 c.c. Quest'ultima disposizione si ritiene ancora una volta applicabile anche ai contratti di affitto preesistenti al fallimento, in quanto analoghe sono le ragioni che hanno ispirato la disposizione e la natura della procedura. La finalità della deroga viene identificata nella necessità di assicurare i

---

VAROTTI, *Appunti in tema di fallimento e rapporti di lavoro-Qaeth*, op.cit. Così anche Cass. sent. 11010 del 3.11.1998 in [www.iusimpresa.com](http://www.iusimpresa.com).

<sup>275</sup> Vd. A. VALENTINI – M. BADELLINO, *Affitto e trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda dell'impresa in crisi: profili giuslavoristici*, op.cit., pp.5-8.

<sup>276</sup> La CIGS può essere concessa solamente in presenza di imprese socialmente rilevanti e una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, qualora sussistano prospettive di conservazione anche parziale dei posti di lavoro al fine della riallocazione dell'azienda (ad esempio qualora vi siano trattative o manifestazioni di interesse di terzi ad acquistare l'azienda). Si ritiene però che, una volta completata la circolazione di ritorno dell'azienda sempre nel rispetto dei requisiti dimensionali, non possa essere richiesto l'accesso alla cassa integrazione guadagni straordinaria ex art.3 l.223/1991 in quanto esso pare volto a regolamentare gli effetti che l'apertura della procedura è destinata ad avere sui rapporti giuridici preesistenti e non anche in ordine a quelli proseguiti senza interruzione in capo all'affittuario o posti in essere direttamente da quest'ultimo. Il rimedio rimane eventualmente quello della risoluzione dei contratti di lavoro ex art.72 lf. Vd. A. CAIAFA, *L'affitto d'azienda, rapporto giuridico preesistente*, 10.04.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), pp.9-13; *Id. L'affitto d'azienda, rapporto giuridico preesistente*, Relazione a convegni, in *Il nuovo diritto delle società*, fasc.10/2013,p.7ss.

<sup>277</sup> La mobilità segue al licenziamento collettivo.

<sup>278</sup> Si tratta del nuovo termine con cui si indica l'indennità di disoccupazione, concessa al verificarsi di determinati requisiti.

creditori anteriori contro un'eventuale condotta dissennata dell'affittuario che può comportare il sorgere di debiti da soddisfarsi in prededuzione, finalità che sussiste anche in questa situazione. La vera deroga rimane comunque quella dell'art. 2112 c.c. in quanto il 2560 c.c., come visto precedentemente, è già, in via generale, inapplicabile all'affitto. La deroga alla responsabilità solidale per ogni "credito da lavoro" è valida a prescindere dell'esistenza di un accordo sindacale e dal numero di lavoratori occupati; il campo di applicazione della deroga è più ampio e neutralizza la necessità del rispetto dei requisiti richiesti dalla l. 428/1990<sup>279</sup>.

La disciplina dell'affitto in ambito fallimentare potrebbe essere spunto per un intervento legislativo ai fini di attenuare il rischio imprenditoriale anche in ambito concordatario.

---

<sup>279</sup> Cfr. F. MARTORANO, *La circolazione di 'ritorno' dell'azienda nell'affitto endofallimentare*, op.cit., p.5.



## CONCLUSIONI

La questione della compatibilità dell'affitto di azienda all'interno del perimetro del concordato preventivo con continuità aziendale è stata correttamente definita una vera e propria *crux interpretum*<sup>280</sup> sin dal momento dell'introduzione della disciplina di cui all'art. 186 bis l.f. Al proposito si sono sviluppati nel tempo diversi indirizzi interpretativi di dottrina e giurisprudenza: dall'esclusione *tout court* dal perimetro della continuità aziendale, alla piena compatibilità sino all'orientamento oggi maggioritario teso ad ammettere l'affitto nella prospettiva del 186 bis solo ove propedeutico ad una successiva cessione o conferimento purché previsti come obbligatori in capo al soggetto locatario. La ricostruzione della fattispecie appare molto frammentaria e le relative risposte erano e restano differenti. Innanzitutto preme rilevare l'importanza dello strumento dell'affitto d'azienda che soddisfa l'esigenza di attuare un intervento immediato e volto ad assicurare la salvaguardia e la continuazione dell'attività di impresa in capo ad un nuovo imprenditore consentendo di *“fare cassa e dare respiro ad una azienda di per sé sana, ma in evidente crisi di liquidità”*<sup>281</sup> con vantaggi importanti anche per gli *stakeholders*.

Secondo una prima interpretazione l'inclusione dell'affitto di azienda nella fattispecie del concordato con continuità sarebbe esclusa a priori dall'argomento letterale della norma che non contempla in modo esplicito l'affitto d'azienda, ma esclusivamente *“la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio”* secondo il brocardo latino *“ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit”*. Anche dal punto di vista terminologico la soluzione non sembrerebbe discostarsi in quanto i concetti di cessione e conferimento rinviano al solo trasferimento di proprietà. A ciò si aggiunge una considerazione di ordine teleologico. I fautori di detta interpretazione sostengono che la concessione in godimento dell'azienda comporti il trasferimento totale del rischio connesso alla continuazione dell'attività in capo all'affittuario; da qui la conseguente inconciliabilità di un apparato documentale *“rafforzato”*. Sulla base di

---

<sup>280</sup> S. AMBROSINI, Convegno Casamassima (BA) del 7-8 giugno 2013, *‘Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti: i risultati di una ricerca’* in [http://www.osservatorio-oci.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=102&Itemid=268](http://www.osservatorio-oci.org/index.php?option=com_content&view=article&id=102&Itemid=268).

<sup>281</sup> Tribunale di Bolzano decr.27.02.2013, cit.

queste osservazioni, dottrina e giurisprudenza avevano escluso, in un primo momento, la possibilità di configurare un concordato con continuità alla presenza di un contratto di affitto.

A seguito di questa prima interpretazione, a mio parere non condivisibile, ne è stata in progresso di tempo proposta un'altra tesa a includere nel perimetro della continuità aziendale la fattispecie dell'affitto purché prodromico al successivo trasferimento, rimanendo così estraneo al 186 bis l.f. solamente l'affitto "fine a se stesso" o "puro". Tesi che si è poi contraddistinta a seconda dei diversi momenti di intervento del soggetto terzo evidenziando difficoltà interpretative in presenza di contratto pendente al momento della presentazione della domanda di concordato ovvero destinato ad assumere efficacia nel corso della procedura.

L'orientamento che, alla luce delle osservazioni contenute nel mio elaborato intendo sposare, è maggiormente estensivo e teso a condividere l'interpretazione del Tribunale di Bolzano<sup>282</sup>. Mi sembra infatti alquanto riduttivo escludere a priori la compatibilità dello strumento dell'affitto d'azienda con il concordato con continuità invocando la tassatività dell'elencazione normativa. Ai fini di un corretto inquadramento della problematica occorre a mio parere partire dalle finalità del legislatore: il risanamento dell'impresa e, soprattutto, la tutela del ceto creditorio. Le due cautele previste dall'art. 186 bis l.f. secondo comma lettere a) e b) mirano infatti a responsabilizzare il soggetto concordatario e il professionista attestatore in funzione della tutela degli interessi dei creditori tutte le volte in cui l'andamento dell'impresa possa influire sul loro soddisfacimento. Si tratta quindi di una norma che introduce non tanto un disciplina di agevolazione, bensì soprattutto di cautela per il ceto creditorio. A fronte dell'intrinseca maggiore rischiosità derivante dalla prosecuzione dell'attività di impresa il legislatore pretende quindi che venga offerto un *quid pluris* proprio per l'incombente permanente del rischio: rischio di perdita, qualora la soddisfazione dei creditori dipende in tutto o parte dal futuro andamento dell'impresa (ad esempio se i creditori vengono soddisfatti direttamente da chi esercita l'impresa oppure mediante prezzo di vendita dell'azienda o della relativa partecipazione); rischio di prededuzione, quando, anche a prescindere dalla destinazione dei flussi di cassa, l'impresa continua attività generando obbligazioni

---

<sup>282</sup> Tribunale di Bolzano decr.27.02.2013, cit.

prededucibili gravanti sull'attivo concordatario<sup>283</sup>. Al riguardo, la tesi della totale traslazione del rischio di impresa in capo all'affittuario non è a mio avviso condivisibile. In presenza di un contratto di affitto, eventualmente accompagnato da un obbligo di acquisto alla sua scadenza, il rischio d'impresa ricade indubbiamente sull'affittuario/acquirente, nonostante ciò in capo al soggetto concordatario permane il rischio che il predetto affittuario possa essere insolvente nel pagamento dei canoni di affitto o del corrispettivo di cessione. Indubbiamente il rischio imprenditoriale sussiste ove i canoni siano parametrati, anche solo in parte, in relazione all'andamento dell'attività del terzo. L'attività di impresa è inoltre esposta al rischio di comportamenti opportunistici da parte del terzo ovvero di una sua gestione sfortunata idonea ad incidere negativamente sul valore dell'azienda nonché all'inevitabile sorgere di passività prededucibili legate alla gestione del contratto. L'azienda retrocessa potrebbe inoltre essere composta in tutto o parte da contratti "svantaggiosi" per la procedura; contratti che sono solitamente fonte di obbligazioni, tra l'altro prededucibili. Ed ancora, si ravvisa il sorgere di un'ineludibile responsabilità solidale di regresso in capo all'imprenditore concordatario con riferimento ai debiti di cui all'art. 2112 c.c., senza dimenticare nemmeno quelle interpretazioni che estendono alla fattispecie dell'affitto la disciplina di cui all'art. 2560 c.c. Tant'è che proprio allo scopo di offrire maggiori garanzie al ceto creditorio si considera opportuno che il professionista attestatore appuri la sostenibilità del piano aziendale in capo all'affittuario/acquirente in quanto rilevante, anche se in via mediata, in vista del soddisfacimento dei creditori. Appare quindi opportuno che vengano esposti in modo "analitico" i costi e ricavi imputabili all'azienda ed attesi dall'affittuario, le risorse finanziarie concretamente reperibili da quest'ultimo e ciò pur nella consapevolezza delle difficoltà operative nell'accedere a dati contabili e informazioni di terzi. In tal modo si permette di controllare il piano ed eventualmente disporre chiarimenti e integrazioni al fine di evitare l'insorgenza di ipotesi marcatamente dannose per la procedura e per i creditori concorsuali.

Tale interpretazione favorevole a una continuità perpetrata mediante affitto d'azienda o di rami di essa mi pare convincente e inoltre non sembra collidere nemmeno con la presenza di un contratto di affitto già pendente alla domanda di concordato ovvero

---

<sup>283</sup> L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, op.cit., p. 1229.

autorizzato in corso di procedura. I principali elementi ostativi sollevati da dottrina e giurisprudenza possono essere infatti facilmente superati. Per quanto attiene alla qualifica di imprenditore commerciale di non piccole dimensioni richiesta per avere accesso alla procedura, il problema viene risolto rinviando alla disciplina di cui all'art. 10 l.f. e discostandosi dalla definizione tipica del diritto commerciale. In merito al piano concordatario questo ben potrebbe rinviare agli effetti di un contratto precedentemente sottoscritto, risolvendo la questione relativa alla necessità che sia il piano stesso a prevedere la prosecuzione dell'attività di impresa. La questione principale e di svolta si pone con riferimento alla continuità dell'attività di impresa. Secondo diversi esponenti della materia nei tre casi prospettati dal legislatore del Decreto Sviluppo l'imprenditore conserva l'azienda ed il suo esercizio sino alla fase esecutiva, presupponendo quindi una gestione diretta durante lo svolgimento della procedura. Nel contemplare le ipotesi di prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore il legislatore non distingue però tra attività esercitata direttamente o indirettamente da parte del debitore attribuendo così rilevanza all'elemento oggettivo della continuazione aziendale, indipendentemente dal soggetto che la conduce. Il trasferimento al soggetto affittuario perciò non configurerebbe un'ipotesi di cessione, bensì realizzerebbe proprio lo scopo della procedura. Alla luce di quanto predetto mi pare dover propendere per l'inclusione della fattispecie dell'affitto nel perimetro della continuità aziendale di cui all'articolo 186 bis l.f.

Tutto ciò premesso, intendo concludere questo mio elaborato con una riflessione di carattere generale. Il nostro ordinamento è un *continuum* di norme mal scritte opera di legislatori distratti e dell'assenza di dibattiti sulle possibili conseguenze ed effetti che ne possano scaturire. La situazione del diritto delle procedure concorsuali è ben inquadrata dalle parole di Pasquariello *“nell'ultimo decennio si è assistito ad un processo di ammodernamento del diritto della crisi di impresa di per sé apprezzabile ma frammentario in quanto non concepito all'interno di un unitario disegno sistematico: i tentativi di rilancio dell'economia, dell'affannosa rincorsa dei bisogni delle imprese, accompagnati dalla tentazione di imitare modelli e soluzioni di importazione lasciano l'impressione che gli interventi normativi e le soluzioni ricostruttive si conseguano in modo disorganico e gravemente scoordinato”*<sup>284</sup>. Si

---

<sup>284</sup> F. PASQUARIELLO, *Il concordato preventivo con continuità*, op.cit., p. 1166.

parla anche di interventi a “*macchia di leopardo*”<sup>285</sup>. A ciò si affiancano problemi in materia interdisciplinare. Si fa in particolare riferimento al rapporto “problematico” tra diritto del lavoro e diritto fallimentare dovuto all’assenza di presa di una posizione esplicita sul raccordo tra questi due universi paralleli<sup>286</sup>.

Si ha perciò l’auspicio che il futuro non troppo lontano preveda la riorganizzazione e la razionalizzazione della materia concorsuale in un organico testo normativo che coinvolga altresì un diritto concorsuale del lavoro e, nel contempo, un intervento normativo che, sulla falsariga di quanto già avvenuto nell’ambito fallimentare, consenta di colmare il *gap* legislativo inerente la fattispecie dell’affitto d’azienda colmando i molti dubbi in merito che non potranno far altro che sfociare in altrettante controversie giudiziarie.

---

<sup>285</sup> G. TERRANOVA, *Il concordato «con continuità aziendale» e i costi dell’intermediazione giuridica*, op.cit., p. 8.

<sup>286</sup> L. VAROTTI, *Appunti in tema di fallimento e rapporti di lavoro-Qaeth*, op.cit.



## BIBLIOGRAFIA

- ABETE L., *Il pagamento dei debiti anteriori nel concordato preventivo*, in Il fallimento e le altre procedure concorsuali, fasc. 9/2013;
- AMATORE R. – JEANTET L., *Il nuovo concordato preventivo*, Giuffrè, 2013;
- AMATORE R., *Autorizzazione allo scioglimento di contratto di affitto di azienda*, 29.01.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);
- AMATORE R., *Concordato con continuità aziendale e requisiti di ammissibilità*, 06.09.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);
- AMBROSINI S., *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, 4 agosto 2013, Crisi d'impresa e fallimento;
- AMBROSINI S., Convegno Casamassima (BA) del 7-8 giugno 2013, *“Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti: i risultati di una ricerca”*, in [www.osservatorio-oci](http://www.osservatorio-oci);
- AMBROSINI S., *L'amministrazione dei beni, l'esercizio provvisorio e l'affitto di azienda*, in *Trattato di diritto commerciale* a cura di G. COTTINO, Cedam, Padova, 2009;
- ANIBALLI V., *Il trasferimento di “ramo d'azienda” nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, fasc. 2/2014;
- ARATO M., *Speciale D.L. Sviluppo, Il concordato con continuità aziendale*, 03.08.2012, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);
- BALESTRA L., *I finanziamenti all'impresa in crisi nel c.d. Decreto Sviluppo*, in Il fallimento e le altre procedure concorsuali, fasc.12/2012;
- BASILE E. – MONTESARCHIO L., *La gestione del personale in caso di affitto di azienda: responsabilità, obblighi e aspetti civili*, in *La rivista delle operazioni straordinarie*, fasc.3/2012;
- BELVISO F., *Cessazione dell'attività di impresa e fallimento dell'imprenditore individuale*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, fasc.5/2011;
- BERSANI G., *Brevi note in tema di criteri di ammissibilità del concordato preventivo*, 05.12.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);

BIANCO A. – M.C. PUGLISI, *L'applicabilità dell'art.186-bis, ultimo comma, ai concordati preventivi in continuità aziendale: analisi di un caso concreto*, 04.03.2014, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);

BIANCO C., *Il concordato preventivo in continuità*, in *Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma*, Commissione Gestione crisi di Impresa e procedure concorsuali, quaderno n.43;

BONFANTE G. - COTTINO G., *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, a cura di G. COTTINO, Padova, 2001;

BONFATTI S., *I concordati preventivi di risanamento*, 4.02.2011, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it);

BORSARI R. - ZOCCA E., *Affitto d'azienda come strumento negoziale per gestire la crisi di impresa*, in *Rivista delle operazioni straordinarie*, fasc.7/2013;

CAFFI M., *L'affitto d'azienda nell'amministrazione controllata e nel concordato preventivo*, in *Crisi d'impresa e salvaguardia dell'azienda*, AA.VV. a cura di G. SCHIANO DI PEPE, Padova, 1995;

CAIAFA A., *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa*, Padova, 2004;

CAIAFA A., *L'affitto d'azienda, rapporto giuridico preesistente*, 10.04.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);

CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale. Diritto dell'impresa*, Utet, Torino, 2011;

CASA F., *Controversie teoriche e discussioni pratiche sull'art.186bis l.fall.*, in *Il voto dei creditori privilegiati nel concordato con continuità aziendale*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc.11/2013;

CASANOVA M., *Impresa e azienda*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di F. VASSALLI, Torino, 1974;

CATALDO M., *Partecipazione dei creditori privilegiati al voto nel concordato preventivo*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc.4/2014;

CAVALLINI C., *"Spigolature" e dubbi in tema di (pre)concordato, continuità aziendale e sospensione/scioglimento dei contratti pendenti*, 08.03.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);

CENSONI P.F., *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, 11 marzo 2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it);

CERADINI C. – CASCELLA E., *L'utilizzo dell'affitto di azienda nelle operazioni di concordato preventivo*, in *Rivista delle operazioni straordinarie*, fasc.4/2012;

CERADINI C., *Concordato preventivo e affitto di azienda*, in *Crisi e Risanamento*, fasc. 0/2013;

CINCOTTI C. – ARRICA F. N., *Continuità aziendale, capitale e debito. La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo*, Paper al IV convegno organizzato da Orizzonti del Diritto Commerciale 'Impresa e mercato fra liberalizzazioni e regole' del 22-23.02.2013 Roma;

CIPOLLA L., *Il concordato con continuità aziendale*, 28.11.2013, in <http://iusletter.com/wp-content/uploads/28.11.2013-concordato-in-biancoLC.pdf>;

CONCA B., Convegno di Mantova del 4-5.10.2012 "*La continuità aziendale nel concordato preventivo*";

CORRADO A., *Trasferimento d'azienda nell'ambito delle procedure concorsuali e i connessi aspetti riguardanti i rapporti di lavoro*, 28.04.2014, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);

COVINO G. e JEANTET L., *Il concordato con continuità aziendale: compatibilità con l'affitto d'azienda e durata pluriennale del piano*, 14.11.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);

D'ORAZIO L., *Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa: concordato preventivo; piano attestato di risanamento, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale; concordato fallimentare e concordato stragiudiziale; composizione della crisi di sovraindebitamento*, Giuffrè Editore, Milano, 2013;

DE SIMONE L., Convegno Reggio Emilia "*La ristrutturazione delle imprese in crisi nel nuovo concordato preventivo*", 25.10.2013;

DEMARCHI ALBENGO P.G., *La fattispecie incriminatrice di cui al nuovo articolo 236-bis della legge fall.; la responsabilità penale dell'attestatore*, 10 novembre 2012, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it);

DI MARZIO F., *Affitto d'azienda e concordato in continuità*, 15.11.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);

DI MARZIO G., *Concordato con continuità aziendale ed affitto d'azienda*, 06.11.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);

DI SALVO LAMANNA D., *Problematiche civilistiche e fiscali dell'affitto e dell'acquisto di azienda in crisi*, in [www.rivista.ssef.it](http://www.rivista.ssef.it);

DIMUNDO A., *La sospensione dell'obbligo di ridurre il capitale sociale per perdite rilevanti nelle procedure alternative al fallimento*, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc.9/2013;

FABIANI M., *Nuovi incentivi per la regolazione concordata della crisi d'impresa*, *il corriere giuridico*, fasc.11/2012;

FERRARA JR. F., *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 1971;

FERRARA JR. F., *La teoria Giuridica dell'azienda*, 2°ed., Firenze, TRIMARCHI, Subingresso nel contratto e cessione d'azienda, in *Giurisprudenza compl. cass. civ.*, 1946;

FERRARINI S., *L'impresa di navigazione*, Giuffrè, Milano, 1945;

FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, Utet, Torino, 1960;

FICO D., *Domanda di concordato con riserva, affitto d'azienda e concordato in continuità*, 06.08.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);

FIMMANÒ F., *Art.104bis*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. JORIO, Zanichelli, Bologna, 2007;

FIMMANÒ F., *Concordato preventivo e circolazione del ramo d'azienda*, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc.7/2008;

FIMMANÒ F., *Contratti d'impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità*, *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, fasc.2/14;

FIMMANÒ F., *L'affitto di azienda pendente in caso di dichiarazione di fallimento*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli, Luiso, Gabrielli, Vol. 3, Sezione VI, 2011;

FIMMANÒ F., *L'affitto di azienda programmato e stipulato dall'imprenditore in crisi in funzione del concordato preventivo*, in *Affitto di azienda preesistente, recesso dal contratto e determinazione dell'equo indennizzo*, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc.11/2012;

FIMMANÒ F., *L'affitto endofallimentare dell'azienda*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, fasc.3-4/2007;

FINARDI D. e G. SANDRINI, *La deroga alla par conditio creditorum nel concordato in continuità aziendale: il pagamento di debiti pregressi*, 9 ottobre 2013, in *Crisi d'impresa e fallimento*;

Fondazione Luca Pacioli, *La riforma del diritto fallimentare, Il fallimento: esercizio provvisorio ed affitto di azienda*, Documento n.2 del 22 gennaio 2007, in [www.fondazioneluca Pacioli.it](http://www.fondazioneluca Pacioli.it);

GAI E., *Il preconcordato e le c.d. autorizzazioni speciali*, 06.02.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);

GALLETTI D., Convegno Udine del 16 novembre 2012 “*Il concordato in continuità e le nuove regole sui rapporti pendenti*” in <http://www.unijuris.it/node/1651>;

GALLETTI D., *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto d'azienda*, 03.10.2012, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);

GALLONE A. – M. RAVINALE, *L'affitto e la cessione d'azienda nella riforma fallimentare : profili civilistici, fiscali e lavoristici: aggiornato con il D. lgs. n. 169/2007 in vigore dal 1. gennaio 2008*, IPSOA, 2008;

GHIRON M., *L'imprenditore, l'impresa e l'azienda*, UTET, Torino, 1954;

GIOVATI A., Convegno di Reggio Emilia del 25.10.2013 “*La ristrutturazione delle imprese in crisi*”, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it);

GRAGNOLI E., *I rapporti di lavoro subordinato nel concordato con continuità*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc. 3/2014;

JEANTET L., *I contratti pendenti nel concordato con riserva: applicabilità dell'art.169-bis e giudizio del tribunale in sede autorizzativa*, 06.08.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);

LACCHINI M., *La determinazione del canone congruo di affitto di azienda nel concordato preventivo*, 13.12.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);

LAMANNA DI SALVO D., *Problematiche civilistiche e fiscali dell'affitto e dell'acquisto di azienda in crisi*, in [www.rivista.ssef.it](http://www.rivista.ssef.it);

LAMANNA F., *La legge fallimentare dopo il “Decreto sviluppo”*, in *Il Civilista*, n. speciale, 3/2012;

LAMANNA F., *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, 26.11.2012, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);

LAMANNA F., *Preconcordato e partecipazione alle procedure di assegnazione di contratti pubblici*, 12.03.2014, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);

LO CASCIO G., *Codice commentato del fallimento Disciplina UE e transfrontaliera disciplina tributaria*, IPSOA, Milano, 2013;

LO CASCIO G., *Il punto sul concordato preventivo*, *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc.1/2014;

LOLLI A., *Il concordato con continuità aziendale mediante l'intervento di terzi nel processo di risanamento: alcune considerazioni*, in *Contratto e Impresa*, fasc.4-5/2013;

MACAGNO G. P., *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, 20 gennaio 2014, in *Crisi d'impresa e Fallimento*;

MAFFEI ALBERTI A., *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, Padova, 2013;

MANDRIOLI L., *Sub art.63 d.lgs.270/1999*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, di A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, 2013;

MARELLI F., *Concordato preventivo in continuità aziendale: l'ambito di applicazione della disciplina specifica (artt.186-bis e 182-quinquies l.fall)*, 23.09.2013, [www.lexology.com](http://www.lexology.com);

MARTORANO F., *La circolazione di "ritorno" dell'azienda nell'affitto endofallimentare*, *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, fasc.1/2010 ;

MUSAIO A., *L'economia dell'azienda "in affitto". Profili istituzionali e contabili*, Giuffrè, Milano, 1995;

NARDECCHIA G. B., *Le correzioni alla disciplina del concordato preventivo, Le novità del decreto Destinazione Italia*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc.4/2014;

NARDECCHIA G.B., *Art.169bis*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. LO CASCIO, Milano, 2013;

PACCHI S., *Discorso del Convegno di Rovereto del 22-24.02.2013, Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti: un bilancio delle riforme*, in [www.osservatorio-oci.it](http://www.osservatorio-oci.it);

PACCHI S., *Flash sul concordato preventivo in continuità*, 26.08.2013, in [www.ipsoa.it](http://www.ipsoa.it);

PALETTA A., *Tempestiva emersione dello stato di crisi e qualità dei piani di concordato: prime evidenze empiriche*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc.9/2013;

PANZANI A., *Affitto d'azienda*, in *I rapporti giuridici pendenti*, a cura di FERRO, Milano, 1998;

PANZANI L., *Affitto d'azienda e procedure diverse dall'amministrazione straordinaria*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc. 9/1998;

PAPALEO P.P., *Brevi note fiscali sulle operazioni straordinarie nel concordato preventivo: il caso dell'affitto/cessione e del conferimento d'azienda*, in *Settima giornata del Master Breve 2012-2013 –Area approfondimento*.

PAPALEO P.P., *Sostenibilità e fattibilità dei “piani di risanamento” nelle soluzioni negoziali della crisi d'impresa*, in *Crisi e risanamento*, fasc.0/2013;

PASQUARIELLO F., *Il concordato preventivo con continuità*, in *Le nuove leggi civili commentate*, fasc.5/2013;

PATTI A., *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc.9/2013;

PATTI A., *Il pagamento di debiti anteriori ex art.182 quinquies, comma 4, l.fall. in favore dell'affittuario in continuità aziendale*, in *Il contratto di affitto d'azienda nel concordato preventivo con continuità*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc. 2/2014;

PATTI A., *L'affitto d'azienda*, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc.9/2007;

PATTI A., *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato fra prosecuzione e scioglimento*, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc. 3/2013;

PELLEGATTA A., *La gestione delle crisi d'impresa e il ricorso al concordato preventivo. Crisis management and key role of restructuring agreements*, in *Bancaria*, fasc.1/2013;

PENTA A., *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci ed ombre*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, fasc.5/2012;

QUAGLIOTTI L., *L'incerta perimetrazione del concordato in continuità*, Atti del convegno di San Miniato (PI) del 28.03.2013 “*L'impresa recuperata – la soluzione delle crisi di impresa dopo il Decreto Sviluppo 2012*”;

QUARANTA M.T., Relazione al Convegno di Cesereto (AL) del 29.11.2013 “*Novità in materia societaria ed operazioni straordinarie nell'ambito delle procedure concorsuali*”;

QUATTROCCHIO L. – R. RANALLI, *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione dei principi di best practise*, 4.12.2012, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);

RIVA P., *Le operazioni straordinarie che caratterizzano la “continuità indiretta” ex art.186bis lf: conferimento, cessione e affitto d'azienda*, in *Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma*, Commissione Gestione crisi di Impresa e procedure concorsuali, quaderno n.43;

ROSSI R., *L'affitto d'azienda stipulato prima della dichiarazione di fallimento*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, fasc.3-4/2010;

RUSSO M.A., *Concordato preventivo: inammissibilità per irragionevole durata della liquidazione*, 31.01.2014, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);

SANDRINI G., *I finanziamenti nel concordato preventivo: schemi di sintesi*, 28.06.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);

SANDRINI G., *L'affitto d'azienda e il concordato preventivo con continuità aziendale*, 6.11.2012, in [www.unijuris.it](http://www.unijuris.it);

SANTINELLO C., *Concordato preventivo – Il punto sulle recenti modifiche di legge*, in [www.ildiritto24-ilsole24ore.com](http://www.ildiritto24-ilsole24ore.com);

SAVARDI F., *I requisiti dell'attestatore alla luce della l.134/12 e della circolare dell'IRDCEC dell'11.02.13: focus sull'indipendenza*, 29 settembre2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it);

STANGHELLINI L., *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc.10/2013;

STEFANI A., *Il trasferimento di azienda nella procedura fallimentare e il ruolo del notaio*, 06.04.2012, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);

TAVERNINI M., *Brevi considerazioni sulla praticabilità di alcune operazioni di finanza straordinaria in concordato preventivo: la fusione per incorporazione di*

*società di scopo e la vendita di ramo di azienda*, Rivista delle operazioni straordinarie, fasc.10/2013;

TERRANOVA G., *Il concordato “con continuità aziendale” e i costi dell’intermediazione giuridica*, Il diritto fallimentare e delle società commerciali, fasc.1/2013, nota 65;

TOMBARI U., *Alcune riflessioni sulle fattispecie del concordato con continuità aziendale*, 19.07.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);

TURCO E., *Trasferimento di impresa, diritti dei lavoratori e concordato preventivo: rilievi di diritto comunitario*, 25.06.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);

VALENTINI A. - M. BADELLINO - G. GOFFI, *Riflessioni su rapporto di lavoro subordinato e nuove norme fallimentari in tema di continuità aziendale*, 06.08.2012, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);

VALENTINI A. – M. BADELLINO, *Affitto e trasferimento d’azienda e di ramo d’azienda dell’impresa in crisi: profili giuslavoristici*, 09.07.2012, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);

VANETTI C.B., *Il pre-concordato e le nuove opzioni per l’impresa in crisi*, 31.05.2013, in [www.studiocataldi.it](http://www.studiocataldi.it);

VAROTTI L., *Appunti in tema di fallimento e rapporti di lavoro-Qaeth*, 11.07.2013, fornitomi personalmente;

VAROTTI L., *Appunti veloci in tema di riforma della legge fallimentare del 2012*, 25.10.2012, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it);

VITIELLO M., *Brevi (e scettiche) considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale*, 21.01.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);

ZENATI S., *Il concordato con continuità aziendale: requisiti del piano e oggetto della relazione di attestazione*, 23.10.2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it);

ZUCCHETTI SG del 15.11.2012 al quesito “*Concordato preventivo con continuità aziendale*”, in [www.fallcoweb.it](http://www.fallcoweb.it).