

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MILANO - BICOCCA

Scuola di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale a Ciclo Unico in Giurisprudenza



**CONCORDATO CON CONTINUITA' AZIENDALE E
AFFITTO D'AZIENDA**

Relatore: Professoressa Elena S. C. Marinucci

Correlatore - esperto esterno: Avvocato Claudio Tatozzi

Tesi di laurea di:

Stefano Pittau

Matricola 746481

Anno Accademico 2014 - 2015

*A mia madre che è lassù:
oggi, insieme, realizziamo il tuo sogno.*

www.osservatorio-oci.org

PREMESSA E PROGRAMMA

La presente ricerca ambisce a proporre una soluzione del problema della compatibilità tra il concordato con continuità aziendale (art. 186-*bis* l.f.) e l'operazione di affitto d'azienda o di ramo d'azienda; un problema al centro di un acceso dibattito dal 2012, che oggi risulta arricchito alla luce della recente introduzione degli articoli 160, quarto comma, e 163-*bis* nella legge fallimentare (artt. 2 e 4 D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2015, n. 132).

Per una maggiore immediatezza e chiarezza, si è pensato di suddividere l'elaborato in tre Sezioni, le quali permetteranno di distinguere, anche visivamente, i tre macro-argomenti trattati, ossia nell'ordine: il concordato con continuità aziendale, l'affitto di azienda, nonché il rapporto tra il primo ed il secondo.

In particolare, la Sezione 1 terminerà con un capitolo 3 riepilogativo delle tesi sostenute con riferimento alle diverse fattispecie di concordato con continuità: la cd. continuità diretta, le due fattispecie di cd. continuità indiretta, nonché il cd. concordato misto.

Da parte sua, la Sezione 3 prenderà le mosse da un breve riepilogo, anche in nota, di quanto sarà stato affrontato - nella Sezione che subito precede - in relazione al contratto di affitto d'azienda. Inoltre, nel medesimo capitolo 1 introduttivo della Sezione 3, verrà anticipato ciò che seguirà subito appresso, e cioè la rappresentazione (e, talvolta, critica) degli orientamenti ad oggi consolidatisi in materia di concordato con continuità e affitto d'azienda.

Successivamente, il capitolo 5 della Sezione 3 analizzerà i precedenti giurisprudenziali finora editi in materia, esaminandoli sia da un punto di vista statistico, sia dal punto di vista -- quello centrale -- della generale compatibilità tra l'art. 186-*bis* l.f. e l'affitto di azienda, nonché degli eventuali limiti di compatibilità tra il primo ed il secondo, anche considerando il momento in cui il contratto può essere stipulato.

In conclusione, nel capitolo 6 della Sezione 3, si tenterà un'analisi del problema dal punto di vista di quell'operatore che, davanti al bivio se procedere con la cessazione dell'attività d'impresa o prevederne la continuità, abbia

preferito quest'ultima opzione e, pertanto, - per quanto qui interessa - intenda negoziare e strutturare una operazione di affitto che risulti compatibile con l'art. 186-*bis* l.f., anche tenendo conto della recente introduzione degli articoli 160, quarto comma, e 163-*bis* nella legge fallimentare.

INDICE

SEZIONE 1 - CONCORDATO CON CONTINUITA' AZIENDALE...	1
Capitolo 1 – Introduzione	3
Paragrafo 1 – Premessa su crisi d'impresa e continuità aziendale.....	3
1.1-. Premessa.	3
1.2-. La nozione aziendalistica di crisi d'impresa.....	3
1.3-. La via del risanamento mediante la continuità aziendale.....	4
1.4-. <i>Segue</i> : l'analisi dello schema di conto economico secondo la classificazione scalare come primo mezzo utile per valutare la fattibilità della continuità aziendale.	5
1.5-. <i>Segue</i> : il superamento della concezione liquidatoria delle procedure concorsuali secondo la giurisprudenza di merito.....	7
Paragrafo 2 – La prassi ante D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 134.....	7
1.6-. La prassi giudiziaria in tutela della continuità aziendale.....	7
1.7-. <i>Segue</i> : l'operazione di cessione quale strumento di salvaguardia dell'operatività del complesso aziendale ancora produttivo.	8
1.8-. <i>Segue</i> : il conferimento d'azienda nel "caso San Raffaele" come <i>leading case</i> in materia di continuazione oggettiva dell'attività.	10
1.9-. <i>Segue</i> : il risanamento d'impresa attraverso il mantenimento della diretta gestione d'azienda da parte del debitore.	11
1.10-. La procedura di concordato preventivo al servizio delle imprese risanabili e delle attività oggettivamente proseguibili.....	12
Paragrafo 3 – Il nuovo art. 186- <i>bis</i> R.D. 16 marzo 1942, n. 267, ss.mm.ii. (L.F.). Brevi cenni sul recentissimo D.L. n. 83/15 (convertito con modificazioni dalla L. n. 132/15).	13
1.11-. La lettera e la <i>ratio</i> dell'articolo 186- <i>bis</i>	13
1.12-. I diversi tipi di concordati preventivi.....	19
1.13-. <i>Segue</i> : la dicotomia concordati con continuità - concordati liquidatori.	20

1.14-.	<i>Segue</i> : la continuità aziendale in via di fatto e non di diritto.	21
1.15-.	La necessità/opportunità che sia garantita la certa applicabilità o non applicabilità dell'art. 186- <i>bis</i> : il tribunale come organo di garanzia della certezza giuridica.	22
1.16-.	<i>Segue</i> : serrata critica della tesi dottrinale che ritiene essenziale che il debitore autoqualifichi il concordato nel senso di cui all'art. 186- <i>bis</i>	22
1.17-.	La problematica distinzione tra il concordato con continuità aziendale e il concordato meramente liquidatorio: brevi cenni sui recentissimi D.L. n. 83/15 (convertito con modificazioni dalla L. n. 132/15), nonché Schema di disegno di legge delega recante la "Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza" (elaborato dalla cd. Commissione Rordorf).	24

Capitolo 2 – Le singole fattispecie di concordato con continuità aziendale.....28

Paragrafo 1 – La prosecuzione dell’attività di impresa da parte del debitore: cd. continuità diretta.....	28
2.1-. Il piano concordatario e le tre fattispecie di cui all’art. 186- <i>bis</i>	28
2.2-. La struttura poliedrica di piano e proposta concordatari in caso di continuità diretta.	29
2.3-. La continuazione soggettiva dell’attività come <i>rara avis</i>	30
2.4-. <i>Segue</i> : un “raro” caso di continuità diretta conferma la poliedricità della struttura di piano e proposta concordatari.	31

Paragrafo 2 – La cessione dell’azienda in esercizio: cd. continuità indiretta.....	31
2.5-. La strutturazione dell’operazione di cessione d’azienda come circostanza non dirimente ai fini della riconducibilità del concordato all’art. 186- <i>bis</i>	31
2.6-. Il momento di effettuazione della cessione: l’autorizzabilità dell’operazione in pendenza di procedura.....	33
2.7-. <i>Segue</i> : l’ammissibilità del cd. pacchetto preconfezionato anche alla luce della recentissima riforma del 2015.....	35
2.8-. <i>Segue</i> : confutazione delle tesi contrarie alla possibilità di cedere l’azienda prima dell’omologazione del concordato.....	38

Paragrafo 3 – Il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche <i>Newco</i> : cd. continuità indiretta	40
2.9-. La variabile struttura di piano e proposta concordatari in caso di conferimento d'azienda.	40
2.10-. Il conferimento come strumento per garantire la continuazione non solo oggettiva, ma anche mediata, dell'attività d'impresa.	41
2.11-. Anche il conferimento d'azienda può essere posto in essere in ogni tempo.....	42

Paragrafo 4 – Continuità parziale e concordato anche liquidatorio	44
2.12-. La legittimità del concordato con continuità solo parziale.	44
2.13-. La natura non funzionale dei beni liquidabili <i>ex art. 186-bis</i> : il proponente e l'attestatore quali unici soggetti deputati all'individuazione dei beni non strumentali all'attività.	45
2.14-. <i>Segue</i> : i limiti di prevedibilità in piano della liquidazione di beni strumentali e le conseguenze discendenti dalla violazione dei medesimi limiti.	46
2.15-. L'ambito applicativo dell' <i>art. 186-bis</i> : la cd. teoria dell'assorbimento o della prevalenza come criterio ermeneutico utile per individuare la disciplina applicabile in caso di concordato misto.	48
2.16-. <i>Segue</i> : confutazione sia della tesi favorevole alla dirimenza del confronto numerico tra l'attivo ricavabile dalla liquidazione e quello derivante dalla continuità, sia della tesi che considera rilevante la pura e semplice previsione in piano della continuità aziendale.	50

Capitolo 3 – Conclusioni sul cd. concordato con continuità aziendale	53
---	-----------

Paragrafo 1 – Breve riepilogo delle tesi sostenute, nonché rilievo del silenzio del legislatore sul trasferimento d'azienda in forma di affitto.....	53
3.1-. Rapida rilettura dell' <i>art. 186-bis</i>	53
3.2-. <i>Segue</i> : la mancanza di ogni e qualsivoglia riferimento al contratto d'affitto dell'azienda in crisi.	54

SEZIONE 2 - L'AFFITTO D'AZIENDA57

Capitolo 1 – Opportunità pratiche dell'operazione d'affitto59

Paragrafo 1 – Le molteplici opportunità di stipula dell'affitto dell'azienda *in bonis*..... 59

1.1-. Premessa. 59

1.2-. Breve riepilogo schematico delle possibili ragioni economiche di stipula dell'affitto dell'azienda *in bonis*. 59

Paragrafo 2 – Le ragioni che giustificano la concessione in affitto dell'azienda in crisi..... 62

1.3-. L'affitto “di risanamento” e l'importanza della congrua individuazione della persona dell'affittuario. 62

1.4-. L'affitto “con cessione” da effettuarsi in seno ad una procedura concordataria appositamente avviata..... 63

1.5-. *Segue*: l'analisi dell'operazione di *restructuring* secondo il punto di vista dell'affittuario. 64

1.6-. Il trasferimento del rischio d'impresa quale possibile ragione d'opportunità dell'affitto..... 65

Capitolo 2 – *Segue*: il rischio d'impresa.....67

Paragrafo 1 – I casi di trasferimento del rischio dall'affittante all'affittuario..... 67

2.1-. La flessibilità redazionale propria del contratto d'affitto quale mezzo per poter riallocare il rischio imprenditoriale tra le parti. 67

2.2-. *Segue*: la dirimenza delle clausole contrattuali inerenti l'eventuale conguaglio finale, la disciplina della manutenzione straordinaria d'azienda, nonché la natura fissa o variabile del canone d'affitto..... 67

2.3-. Delimitazione dell'oggetto del problema giuridico ed irrilevanza del “mero” rischio economico d'inadempimento della controparte. 68

Paragrafo 2 – Il rischio imprenditoriale in capo all'affittuario 69

2.4-. La posizione dell'affittuario: i profili di rischio. 69

Capitolo 3 – Affitto dell'azienda e qualità di imprenditore 71

Paragrafo 1 – La posizione di affittuario ed affittante	71
3.1-. L'indubbia qualità d'imprenditore dell'affittuario.....	71
3.2- Avvaloramento della tesi favorevole al mantenimento della qualità d'imprenditore da parte dell'affittante.....	71
3.3- <i>Segue</i> : precisazioni al riguardo dell'impresa societaria che abbia ultimato la liquidazione di tutti i cespiti aziendali.	72
3.4-. <i>Segue</i> : precisazioni al riguardo del "mero" imprenditore individuale titolare di un'unica azienda.....	73

SEZIONE 3 - ART. 186-BIS L.F. E AFFITTO D'AZIENDA 75

Capitolo 1 – Avvio d'analisi del rapporto tra l'art. 186-bis e l'affitto d'azienda 77

Paragrafo 1 – Premessa metodologica.....	77
1.1-. Il contrasto ancora non sopito né in giurisprudenza né in dottrina: breve riepilogo delle principali tesi in contrapposizione.	77

Capitolo 2 – Critica delle tesi favorevoli all'indiscriminata applicabilità dell'art. 186-bis in caso di affitto d'azienda..... 80

Paragrafo 1 – Affitto fine a se stesso ("di risanamento").....	80
2.1-. Premessa.	80
2.2-. Confutazione delle tesi non argomentate ovvero parziali: assoluta indivisibilità dell'assunto favorevole "a priori" all'applicabilità dell'art. 186-bis.....	80
2.3-. <i>Segue</i> : confutazione della tesi che argomenta nel solo senso che l'art. 186-bis dovrebbe sempre applicarsi in tutela della <i>newco</i> affittuaria d'azienda....	81
2.4-. Opinioni e questioni problematiche: confutazioni varie.	82
2.5-. <i>Segue</i> : il generale rapporto di strumentalità tra affitto e soddisfo del ceto.....	82

2.6-. *Segue*: la questione del trasferimento del rischio dall'affittante all'affittuario..... 83

2.7-. *Segue*: la permanenza in capo al proprietario d'azienda della qualità di imprenditore..... 85

Paragrafo 2 – Affitto ponte (“con cessione”)..... 86

2.8-. Personale rifiuto “a priori” delle tesi non particolarmente argomentate..... 86

2.9-. L'argomento della continuità oggettiva sottesa alle previsioni di cui all'art. 186-*bis*..... 86

2.10-. Critica delle tesi che equiparano l'affitto ponte a quello fine a se stesso..... 88

Paragrafo 3 – Il momento d'effettuazione dell'operazione d'affitto.... 88

2.11-. La non dirimenza del momento di stipula dell'affitto ai fini della configurabilità del concordato con continuità aziendale..... 89

Capitolo 3 – Critica delle tesi che argomentano nel senso dell'inapplicabilità *tout court* dell'art. 186-*bis* in caso d'affitto..... 92

Paragrafo 1 – La lettera della legge in sfavore della compatibilità tra il contratto di affitto e il concordato con continuità aziendale..... 92

3.1-. Premessa di merito: la strutturale differenza tra affitto fine a se stesso ed affitto ponte..... 92

3.2- Premessa di metodo..... 92

3.3-. Il chiaro tenore letterale della legge escluderebbe *tout court* la riconducibilità del piano fondato anche sull'affitto al concordato di cui all'art. 186-*bis*..... 93

3.4- *Segue*: personale rifiuto di ogni e qualsivoglia tesi che, al fine di escludere sempre e comunque l'applicabilità dell'art. 186-*bis*, equipari l'affitto fine a se stesso al distinto affitto ponte..... 94

Paragrafo 2 – La fondamentale questione del rischio d'impresa 95

3.5-. Opinioni inerenti il trasferimento del rischio dall'affittante all'affittuario: la dottrina..... 95

3.6-. *Segue*: la giurisprudenza sul tema inerente il rischio imprenditoriale in capo all'affittante in concordato preventivo. 97

3.7-. Serrata critica verso tutte le tesi le quali ritengono che, a mezzo d'affitto, il debitore trasferisca sempre e comunque il rischio d'impresa. 97

Paragrafo 3 – L'argomento delle agevolazioni *pro* continuità aziendale previste dall'art. 186-*bis* 99

3.8-. L'inapplicabilità *tout court* delle disposizioni di favore in caso d'affitto. 99

3.9-. Continuazione di contratti pubblici e affitto ponte: argomenti *contro*. 100

3.10-. *Segue*: argomenti in favore della possibilità di subentro nei contratti pubblici da parte dell'affittuario promittente o promissario acquirente d'azienda. 101

Paragrafo 4 – Il tema inerente la qualità d'impresa in capo al debitore affittante 102

3.11-. La (ritenuta non) permanenza in capo all'affittante in concordato della qualità d'imprenditore. 102

Paragrafo 5 – Il momento d'effettuazione dell'operazione d'affitto..... 103

3.12-. La (non) dirimenza del momento di conclusione dell'affitto (ponte) ai fini della configurabilità o meno del concordato *ex art. 186-bis*..... 103

Capitolo 4 – Tendentiale avvaloramento delle tesi che qualificano come concordato con continuità aziendale quello fondato sull'affitto ponte 105

Paragrafo 1 – Premessa comune alle tesi in questa sede avvalorate: l'incontrovertibile incompatibilità tra il concordato con continuità ed il mero affitto fine a se stesso..... 105

4.1-. L'inapplicabilità dell'art. 186-*bis* in caso di stipula di un contratto d'affitto non funzionalizzato al successivo passaggio di proprietà. 105

Paragrafo 2 – La compatibilità tra l'affitto ponte e il concordato <i>ex art.</i> 186- <i>bis</i>	106
4.2-. Premessa metodologica.	106
4.3-. La generale compatibilità tra l'operazione d'affitto ponte e il concordato di cui all'art. 186- <i>bis</i> : la dottrina.	106
4.4-. <i>Segue</i> : la giurisprudenza di merito.	107
4.5-. <i>Segue</i> : il decreto emesso in data 12 luglio 2013 dal Tribunale di Roma.	108
4.6-. <i>Segue</i> : i provvedimenti emessi in data 19 settembre 2013 e 17 ottobre 2013 dal Tribunale di Mantova.	108
4.7-. <i>Segue</i> : i provvedimenti emessi in data 27 marzo 2014 e 30 giugno 2014 dal Tribunale di Padova.	109
4.8-. <i>Segue</i> : il "caso L'Unità" di cui al decreto del Tribunale di Roma in data 24 marzo 2015.	109
4.9-. <i>Segue</i> : i decreti emessi in data 31 luglio 2013 e 13 agosto 2014 dal Tribunale di Vercelli.	110
4.10-. <i>Segue</i> : il provvedimento emesso in data 31 ottobre 2013 dal Tribunale di Cuneo.	111
4.11-. <i>Segue</i> : il decreto emesso in data 10 marzo 2015 dal Tribunale di Bolzano.	111
4.12-. <i>Segue</i> : il provvedimento emesso in data 22 ottobre 2014 dal Tribunale di Avezzano.	112
4.13-. <i>Segue</i> : il provvedimento emesso in data 11 giugno 2013 dal Tribunale di Monza.	113
4.14-. <i>Segue</i> : il provvedimento emesso in data 12 novembre 2013 dal Tribunale di Patti.	113
4.15-. <i>Segue</i> : l'ordinanza emessa in data 31 luglio 2014 dal Tribunale di Cassino.	114
Paragrafo 3 – <i>Segue</i> : i limiti da rispettare in sede di strutturazione dell'operazione d'affitto ponte	115
4.16-. Il fondamentale limite della previsione di un obbligo d'acquisto dell'azienda affittata o, comunque, della prodromicità dell'affitto alla successiva vendita del complesso produttivo.	115
4.17-. La dottrina favorevole alla natura variabile del canone d'affitto.	116

4.18-. La questione del (generale) rapporto di strumentalità tra contratto d'affitto e soddisfo del ceto.	118
--	-----

Paragrafo 4 – Il momento d'effettuazione dell'operazione d'affitto ponte	119
--	-----

4.19-. Le tesi favorevoli all'effettuabilità in ogni tempo dell'affitto ponte.	119
---	-----

4.20-. Le tesi contrarie all'autorizzabilità dell'affitto ponte nelle more del preconcordato: critica personale.....	121
--	-----

4.21-. Le tesi che negano la possibilità di compiere l'operazione complessiva <i>ante</i> domanda <i>ex artt.</i> 160 ss. l.f.: critica personale.	123
---	-----

4.22-. Confutazione della tesi favorevole alla sola possibilità di stipulare il contratto di affitto d'azienda nella fase esecutiva del concordato omologato.	124
--	-----

4.23-. Conclusioni sul momento d'effettuabilità dell'operazione d'affitto ponte.	125
---	-----

Capitolo 5 – Analisi statistica dei precedenti giurisprudenziali concernenti il rapporto tra l'art. 186-<i>bis</i> e l'affitto d'azienda	127
---	------------

Paragrafo 1 – In generale: i precedenti <i>pro</i> e <i>contro</i> la compatibilità tra il concordato con continuità e l'affitto dell'azienda in crisi.....	127
---	-----

5.1-. Analisi statistica.	127
--------------------------------	-----

5.2-. <i>Segue</i> : commento personale.....	128
--	-----

Paragrafo 2 – In particolare: i limiti di compatibilità tra il concordato <i>ex art. 186-bis</i> ed il contratto di affitto.....	129
--	-----

5.3-. Analisi statistica.	129
--------------------------------	-----

5.4-. <i>Segue</i> : commento personale.....	130
--	-----

Paragrafo 3 – I precedenti <i>pro</i> affitto ponte: le modalità contrattuali utili per strutturare l'operazione complessiva in funzione della successiva vendita	131
---	-----

5.5-. Analisi statistica.	131
--------------------------------	-----

5.6-. <i>Segue</i> : analisi critica.	132
--	-----

Paragrafo 4 – <i>Segue</i> : il momento per effettuare l'operazione d'affitto ponte secondo la giurisprudenza finora edita.....	133
5.7-. Analisi statistica.	133
5.8-. <i>Segue</i> : analisi critica.	134

Capitolo 6 – Conclusioni: proposta di soluzione del problema della compatibilità tra l'art. 186-bis e l'operazione di affitto dell'azienda in crisi, anche alla luce del recentissimo D.L. n. 83/15 (convertito con modificazioni dalla L. n. 132/15).....	136
---	------------

Paragrafo 1 – L'operazione d'affitto: ramo d'azienda in potenziale continuità, fabbisogno finanziario, <i>due diligence</i> , persona dell'affittuario, nonché condizioni contrattuali preferibili	136
6.1-. Le attività prodromiche alla stipula del contratto d'affitto di azienda.	136
6.2-. <i>Segue</i> : la delimitazione dei confini del ramo aziendale in potenziale continuità.	136
6.3-. <i>Segue</i> : la stima del fabbisogno finanziario e la <i>due diligence</i>	137
6.4-. <i>Segue</i> : l'individuazione della persona dell'affittuario.	140
6.5-. I limiti di compatibilità tra il concordato <i>ex art. 186-bis</i> ed il contratto di affitto: riepilogo delle condizioni contrattuali necessarie.	141
6.6-. <i>Segue</i> : le questioni della natura del canone d'affitto, nonché della deducibilità o indeducibilità dello stesso dal prezzo della successiva cessione.	142

Paragrafo 2 – <i>Segue</i> : la necessaria natura variabile del canone pattuito	143
6.7-. La giurisprudenza favorevole alla natura variabile del canone.	143
6.8-. Argomenti <i>pro</i> natura variabile.	144

Paragrafo 3 – <i>Segue</i> : l'indeducibilità del canone variabile dal prezzo pattuito per la successiva cessione d'azienda	146
6.9-. Premessa.	146
6.10-. Argomenti apparentemente <i>contra</i> l'indeducibilità del canone variabile di affitto.	146
6.11-. Argomenti <i>contra</i> la deducibilità del canone.	148

6.12-. Argomenti <i>pro</i> ineducibilità, anche alla luce della recentissima riforma dell'estate 2015.....	149
---	-----

Paragrafo 4 – Cenni sulla nuova procedura competitiva <i>ex art.</i> 163- <i>bis</i> l.f.....	151
6.13-. Il nuovo art. 163- <i>bis</i> l.f.	151
6.14-. <i>Segue</i> : l'ambito applicativo della novella legislativa.	153
6.15-. Affitto d'azienda, procedura competitiva e concordato con continuità aziendale.	155

Paragrafo 5 – <i>Segue</i> : l'obbligatorietà d'avvio del procedimento <i>ex art.</i> 163- <i>bis</i> l.f. come presunto disincentivo per i potenziali investitori interessati all'azienda.....	156
---	-----

6.16-. La presunta fine dell'era dell'affitto ponte predisposto <i>ante</i> ammissione: critica personale.	156
---	-----

6.17-. <i>Segue</i> : analisi dei primi precedenti in materia di procedura competitiva ed affitto di azienda.....	157
---	-----

6.18-. <i>Segue</i> : la "personalizzazione" dell'operazione complessiva come solo uno dei possibili, molteplici, disincentivi per gli eventuali <i>competitors</i> della controparte affittuaria/acquirente.	160
--	-----

Paragrafo 6 – Conclusioni	163
6.19-. La rilevanza pratica della distinzione tra concordato con continuità e concordato liquidatorio, anche alla luce della riforma del Governo Renzi. ..	163
6.20-. Auspicio personale verso il "DdL delega Rordorf".	163
6.21-. Oltre i meri auspici, in attesa del Legislatore: proposta di soluzione del problema della compatibilità tra l'art. 186- <i>bis</i> e l'affitto ponte (ancora da concludersi <i>ante</i> ammissione).	165

FONTI BIBLIOGRAFICHE E GIURISPRUDENZIALI	171
---	------------

Bibliografia.....	171
-------------------	-----

Giurisprudenza	176
----------------------	-----

RINGRAZIAMENTI.....	179
----------------------------	------------

www.osservatorio-oci.org

SEZIONE 1 - CONCORDATO CON CONTINUITA' AZIENDALE

www.osservatorio-oci.org

Capitolo 1 – Introduzione

Paragrafo 1 – Premessa su crisi d'impresa e continuità aziendale

1.1-. Premessa.

Come anticipato *supra*, la presente tesi di laurea ambisce a proporre una soluzione concreta e praticabile al problema della compatibilità tra il nuovo art. 186-bis l.f. e l'operazione di affitto d'azienda o di ramo d'azienda. Pare pertanto utile premettere alcuni cenni alla nozione di crisi d'impresa.

1.2-. La nozione aziendalistica di crisi d'impresa.

La letteratura aziendalistica ha diffusamente concettualizzato la **crisi** come quel processo di progressivo deterioramento della capacità dell'impresa di produrre valore economico, processo scandito dalle seguenti fasi:

i) fase di declino d'impresa, durante cui quest'ultima registra tassi di decrescita dei risultati economici che possono determinare perdite di gestione, stante l'incapacità dei ricavi di reintegrare il valore dei fattori produttivi impiegati nell'esercizio dell'attività¹. A tale declino dei risultati economici può affiancarsene uno di natura finanziaria, a causa dei riflessi che la gestione reddituale esercita sui flussi di cassa.

II) Fase di crisi, eventualmente preceduta da tentativi del *management* di reagire al predetto declino economico e/o finanziario. La seconda fase del processo di crisi consiste nello sviluppo di quella precedente, trovando spiegazione nelle scelte e negli avvenimenti, esogeni ed endogeni, che hanno determinato il declino d'impresa. Inoltre, la fase in analisi è proiettata verso il futuro, poiché l'impresa, se non adeguatamente e tempestivamente risanata, potrebbe divenire insolvente².

III) Fase di dissesto, in costanza della quale è assai alto il rischio legale che un creditore insoddisfatto presenti ricorso per la dichiarazione di fallimento,

¹ Tale incapacità può essere causata «dalla riduzione dei ricavi o dalla crescita dei costi, oppure da tassi di crescita dei ricavi che si mantengono sistematicamente al di sotto dei tassi di crescita dei costi» (cfr. PALETTA, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: aspetti economico-aziendali*, pag. 251, in FERRO - BASTIA - NONNO, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, 2013).

² Ed invero, secondo PALETTA, *Il concordato preventivo*, cit., pag. 252, «lo stato di crisi è tale in quanto le prospettive di redditività aziendale indicano una erosione del valore del capitale economico e dunque la degenerazione dell'organismo aziendale verso condizioni che ne minano la sopravvivenza».

ovvero che sia la stessa impresa, ormai insolvente, a dovere depositare istanza di fallimento in proprio³.

1.3-. La via del risanamento mediante la continuità aziendale.

Poste queste brevi premesse sulla nozione aziendalistica di crisi, viene ora in considerazione il tema delle possibili soluzioni della medesima ed, in particolare, - iniziando a delimitare l'oggetto della presente tesi di laurea fin dalle sue prime pagine - subito *infra* sarà analizzata la **"via del risanamento mediante la continuità aziendale"**. Una simile prospettiva è giustificabile tenendo conto della tendenza, generale ed internazionale, a superare la concezione prettamente liquidatoria delle procedure concorsuali⁴. Tale tendenza, da un punto di vista economico, può essere vista a sua volta come conseguenza dello sviluppo dei modelli di *business* e della crescente smaterializzazione di processi produttivi ed attività economiche.

Ed invero, ad oggi sono molte le imprese la cui ricchezza patrimoniale non deriva principalmente da beni materiali o da strumenti finanziari monetizzabili. Al contrario, tali imprese fondano le proprie strategie di *business* su risorse immateriali legate al *marketing*, alle risorse umane, alla tecnologia, al portafoglio clienti, alla conoscenza dei mercati di sbocco e di approvvigionamento, alle routine organizzative e ad altro ancora⁵.

³ Peraltro, quest'ultima alternativa parrebbe più teorica che pratica, giacché alcuni studi di settore «sembrano suggerire che gli imprenditori ritardano il più possibile [financo] la presentazione della domanda di concordato» e, dunque, a maggior ragione, anche la presentazione di istanza di fallimento in proprio. In altri termini, l'impresa esce «allo scoperto probabilmente quando è troppo tardi per implementare un vero e proprio processo di risanamento», ritenendo erroneamente che «il portare a emersione la crisi possa innescare un'immediata perdita di fiducia degli stakeholder»; al contrario, tale inerzia «finisce con il peggiorare la crisi aziendale fino allo stato di insolvenza» (cfr. PALETTA, *Il concordato preventivo*, cit., pagg. 257-258).

Per un maggiore approfondimento in merito alla definizione aziendalistica di crisi si rinvia alle fonti dottrinali cui fa riferimento PALETTA, *Il concordato preventivo*, cit., pag. 251.

⁴ Ed invero, le «legislazioni di numerosi paesi in tutto il mondo hanno rafforzato gli strumenti di gestione delle crisi d'impresa». In particolare, «il codice fallimentare statunitense è considerato (...) il prototipo del sistema orientato al debitore (...) basa(ndosi) sull'assunto che la crisi aziendale possa rappresentare un momento (...) in qualche misura fisiologico nel suo manifestarsi nel ciclo di vita di un certo progetto imprenditoriale. In questa prospettiva, lo stato di crisi dell'impresa (...) non equivale automaticamente alla dichiarazione di fallimento e alla disintegrazione del complesso aziendale in ottica liquidatoria» (cfr. PALETTA, *Il concordato preventivo*, cit., pagg. 233-234).

⁵ Cfr. PALETTA, *Il concordato preventivo*, cit., pag. 231, nonché PALETTA, *Tempestiva emersione dello stato di crisi e qualità dei piani di concordato: prime evidenze empiriche*, in *Fallimento*, 2013, pagg. 1037 ss.

Orbene, in questo nuovo contesto economico e sociale, una liquidazione atomistica dei complessi aziendali distruggerebbe definitivamente sia le conoscenze incorporate nelle predette risorse immateriali sia i relativi investimenti compiuti per svilupparle. Ciò, inoltre, determinerebbe un pregiudizio per quelle medesime ragioni creditorie che, come noto, costituiscono l'essenza stessa delle procedure concorsuali⁶.

In ogni caso quanto sopra, ossia l'importanza di salvaguardare la continuazione dell'attività aziendale, non deve andare a discapito della massa creditoria, e ciò poiché comunque il piano di *restructuring* deve dare ragionevoli rassicurazioni di pagamenti non inferiori rispetto a quelli che i creditori otterrebbero se il patrimonio d'impresa venisse liquidato⁷.

1.4-. Segue: l'analisi dello schema di conto economico secondo la classificazione scalare come primo mezzo utile per valutare la fattibilità della continuità aziendale.

Venendo ora al predetto tema di possibile soluzione della crisi attraverso la continuazione dell'attività d'impresa, giova immaginare di immedesimarsi in quell'«operatore davanti al bivio se procedere con la cessazione dell'attività d'impresa o prevederne la continuità»⁸. Anzitutto, adottando un punto di vista teorico e schematico, occorre conoscere le cause della crisi partendo dall'**analisi del cd. schema di conto economico secondo la classificazione scalare**, il quale distribuisce tra i fattori produttivi (es. lavoro, materie, capitale) il valore aggiunto creato nell'esercizio d'impresa⁹.

⁶ Cfr. NIGRO - VATTERMOLI, *Diritto delle crisi delle imprese: le procedure concorsuali*, 2014, pagg. 50 ss. Nello stesso senso GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, 2015, pagg. 9 ss., nonché BONFATTI - CENSONI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, 2013, pagg. 1 ss.

⁷ In altri termini, «i rischi associati a decisioni errate possono essere particolarmente elevati sia quando si decide erroneamente di liquidare complessi aziendali che presentano ancora prospettive di ripresa sia quando si decide erroneamente di lasciare in vita aziende che non hanno alcuna possibilità di recupero e che accrescono gli effetti negativi del dissesto proprio in ragione della scelta di dare continuità all'attività», con pari pregiudizio per la massa creditoria nell'uno come nell'altro caso (cfr. PALETTA, *Il concordato preventivo*, cit., pag. 236). Sull'esigenza di tutela degli interessi creditori in sede di scelta tra le alternative liquidazione/continuità, cfr. anche STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2013, pagg. 1222 ss.

⁸ Cfr. BIANCO, *Brevi riflessioni economiche sul concordato preventivo in continuità*, in *ilfallimentarista.it*, 19 dicembre 2012, pag. 3.

⁹ Cfr. BIANCO, *op. cit.*, pag. 3.

In particolare, partendo dal *Valore della produzione*¹⁰ e detraendo costi quali acquisti e spese per il personale, se il risultato algebrico risultasse essere già negativo allora le prospettive di continuità aziendale sarebbero praticabili unicamente mediante interventi sul processo produttivo. Ed invero, le cause di tale saldo negativo possono risiedere o negli scarsi ricavi di vendita o nella scarsa competitività rappresentata dal rapporto lavoro/materie. Nella prima ipotesi, le possibilità di continuazione dell'attività risiederebbero nella ristrutturazione dell'apparato produttivo, per esempio mediante la riduzione del personale. Nella seconda ipotesi, invece, solo attraverso il miglioramento tecnologico del processo produttivo sarebbe prospettabile una continuazione d'attività di impresa¹¹.

Diversamente da *supra*, qualora i risultati negativi dovessero venire individuati solo dopo aver considerato anche gli oneri finanziari¹², l'indagine si sposterebbe dall'analisi del processo produttivo all'esame di quello finanziario. In tale situazione, le ragioni del margine negativo risiedono nel rapporto capitale proprio/capitale di terzi e, dunque, nell'insufficienza del primo rispetto al secondo. Pertanto, le soluzioni non potrebbero che consistere nella modifica di tale rapporto e, quindi, nella volontà, più che possibilità, dell'imprenditore di immettere capitali propri nell'impresa. In caso contrario, non vi sarebbe altra via che il cd. *turnaround*, cioè l'avvicendamento di nuove figure imprenditoriali al vertice dell'attività¹³.

Infine, quando i risultati negativi si riscontrano solo dopo aver contemplato le componenti straordinarie, le cause della crisi risultano essere esogene, ossia rappresentate dal cd. effetto domino¹⁴. In questa terza ipotesi, le soluzioni di continuità aziendale risiedono nella capacità dell'impresa di

¹⁰ Il quale, come noto, ai sensi dell'art. 2425 c.c. costituisce la voce A) del Conto economico (che, a sua volta, insieme allo Stato patrimoniale, compone il Bilancio sociale di esercizio d'impresa).

¹¹ Dunque, «*in presenza di margini negativi dopo la detrazione dei costi diretti, le soluzioni della continuità risiedono*», oltre che nella sempre auspicabile «*possibilità di aumento dei volumi di vendita*», soprattutto «*nell'intervento sul processo produttivo modificando il rapporto lavoro/materie*» (cfr. BIANCO, *op., cit.*, pagg. 3-4).

¹² Quindi nell'ipotesi in cui «*i margini positivi del processo non (siano) sufficienti alla remunerazione dell'intero capitale investito*» (cfr. BIANCO, *op., cit.*, pag. 4).

¹³ In breve, in questa seconda ipotesi, cioè «*in assenza di margini sufficienti a coprire gli oneri finanziari, le soluzioni della continuità risiedono nella modifica del rapporto capitale proprio / capitale di terzi*» (cfr. BIANCO, *op., cit.*, pag. 4).

¹⁴ Effetto domino che consiste nella provocazione a catena di crisi, stante la difficoltà di recupero dei crediti da parte di molte imprese nei confronti di altrettante imprese in sofferenza (cfr. BIANCO, *op., cit.*, pag. 5).

penetrare in nuovi mercati non colpiti dalla nota crisi del sistema dei pagamenti, diminuendo così le proprie perdite da mancati incassi di crediti¹⁵.

Tutto quanto precede, peraltro, sconta il punto di vista teorico - schematico che si è adottato. Ed invero, «nella pratica, [bisogna] fare i conti con l'insieme delle concause che determinano le perdite e conseguentemente con una pluralità di contromisure utili per contrastare la crisi ed ipotizzare il percorso della continuità» concretamente fattibile¹⁶.

1.5-. Segue: il superamento della concezione liquidatoria delle procedure concorsuali secondo la giurisprudenza di merito.

A questo punto, sempre nella prospettiva del superamento della concezione liquidatoria delle procedure concorsuali (v. p. 1.3), pare opportuno proseguire analizzando alcuni provvedimenti emessi dai nostri tribunali prima che il legislatore del 2012 riformasse la disciplina del concordato preventivo in tutela della continuazione delle attività imprenditoriali¹⁷.

Paragrafo 2 – La prassi ante D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 134

1.6-. La prassi giudiziaria in tutela della continuità aziendale.

Di seguito saranno esaminati sommariamente tre provvedimenti giudiziali: due riconducibili alla tipologia di concordato preventivo che sarà *infra* denominata “di risanamento” ed uno esemplificativo dell’altro tipo di concordato detto “con cessione”¹⁸. Rispettivamente, ci si riferirà alla pronuncia del Tribunale di Benevento in data 27 marzo 2013¹⁹ e del Tribunale di Milano in data 27 ottobre

¹⁵ Al contrario, l'immissione di nuovi e ulteriori mezzi finanziari per coprire le perdite (da mancati incassi) «non pare la scelta economicamente più logica, poiché, in assenza di adeguate contromisure, nel breve tempo quelle risorse verrebbero ugualmente erose» (cfr. BIANCO, *op., cit.*, pag. 5).

¹⁶ Cfr. BIANCO, *op., cit.*, pag. 5.

¹⁷ In dottrina invece si segnalano, *ex multis*, STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, 2007, nonché FABIANI, *Il concordato preventivo*, 2014, pagg. 187 ss., in SCIALOJA - BRANCA - GALGANO (a cura di DE NOVA), *Commentario del Codice Civile e codici collegati*, entrambi inerenti (tra l'altro) la prassi ante D.L. n. 83/12.

¹⁸ Invece nelle note si farà cenno ad altri provvedimenti parimenti riferibili alle dette tipologie di concordato preventivo.

¹⁹ In *ilcaso.it*.

2011²⁰, da una parte, ed a quella del Tribunale di Roma in data 10 marzo 2010²¹, dall'altra parte.

1.7-. Segue: l'operazione di cessione quale strumento di salvaguardia dell'operatività del complesso aziendale ancora produttivo.

Prendendo le mosse dal provvedimento del tribunale campano²², anzitutto occorre evidenziare la struttura portante di piano e proposta concordatari, i quali risultavano essere basati su un'operazione di **cessione dell'azienda in esercizio**²³. Ed invero, tale soluzione di *restructuring* era stata proposta come alternativa «prioritaria» e, dunque, da preferirsi rispetto a quella «subordinata» rappresentata dalla liquidazione atomistica dei singoli cespiti²⁴. In particolare, nel caso di specie, al momento della presentazione del ricorso *ex artt.* 160 ss. l.f.,

²⁰ In *DeJure*.

²¹ In *Pluris*.

²² In particolare, trattasi di un decreto (di omologa) il quale, benché emesso *post* D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, comunque costituisce un "precedente" considerabile in questa primissima parte di tesi di laurea giacché lo stesso si pone a chiusura di una procedura concorsuale iniziata *ante* D.L. n. 83/12.

²³ Un caso simile, in cui parimenti era stata impiegata (anche ma non solo) la cessione d'azienda quale strumento di soluzione della crisi (del proponente gruppo d'impresa), può essere visto in quello affrontato da Trib. La Spezia, 2 maggio 2011, in *Pluris*.

Quest'ultimo "precedente" è di recente sfociato in una sentenza di cassazione che, probabilmente (a parere dello scrivente), diverrà "storica" in materia di cd. concordato di gruppo (i cui limiti di legittimità sono finalmente stati delimitati chiaramente ed autorevolmente). Ed invero, secondo Cass., 13 ottobre 2015, n. 20559, premesso che tale «giudizio non avrebbe potuto [financo] essere proposto, atteso che l'ordinamento giuridico italiano, allo stato attuale della legislazione, non contempla il cd. concordato preventivo di gruppo»: in generale (i) «il concordato preventivo (...) dov(rebbe) riguardare individualmente le singole società del gruppo, non la società personale e le società di quella socie, non ammettendosi un unico giudizio omologatorio»; in ogni caso (ii) «il concordato preventivo della società non si estende ai soci illimitatamente responsabili, i quali beneficiano solo dell'effetto esdebitatorio»; comunque (iii) «in presenza di un concordato di diverse società legate da rapporti di controllo, anche ove soggette a direzione unitaria, occorre tenere distinte le masse attive e passive, che conservano la loro autonomia giuridica, dovendo restare separate le posizioni debitorie e creditorie delle singole società»; inoltre - ulteriormente precisando i limiti di legittimità del concordato di cui trattasi - (iv) «sul piano procedimentale, le maggioranze per l'approvazione del concordato (...) d(e)v(ono) essere calcolate in riferimento alle singole imprese del gruppo (...) non [già] (...) senza adunanze separate e senza votazioni e maggioranze distinte».

²⁴ Nello specifico, il Tribunale di Benevento ha qualificato quest'ultima soluzione come «subordinata» proprio al precipuo «fine di preservare il più possibile l'integrità del patrimonio aziendale ed anche nella prospettiva del miglior realizzo delle attività patrimoniali».

L'azienda²⁵ era già stata affittata ad una società operante nel medesimo settore produttivo²⁶. Peraltro, tale affitto risultava essere stato stipulato proprio «*nelle more della cessione*» e, quindi, quale **cd. affitto ponte** (i.e. in previsione di una successiva cessione dell'azienda in esercizio alla medesima controparte contrattuale). A fronte di ciò, il Tribunale di Benevento qualificava - congruamente ad avviso di chi scrive - come «*concordato di risanamento indiretto*» quello presentato dalla ricorrente²⁷.

L'aspetto più interessante di tale "precedente" risiede nell'impiego dell'operazione d'affitto quale strumento per garantire (pur indirettamente) la continuità aziendale nelle more della procedura. Un simile impiego dell'affitto, peraltro, rappresentava già «*uno schema collaudato ed efficace*» nelle «*operazioni di concordato preventivo*», poiché «*spesso*» veniva «*concess(a) in (...) affitto (l')azienda (...) a soggetto terzo, che si impegn(ava) nel contempo (...) all'acquisto dell(a medesima) ad un prezzo prestabilito*»²⁸. Infatti, come dimostra uno studio condotto su un campione di cento procedure di concordato preventivo presentate nella circoscrizione del Tribunale di Monza dal 2007 al 2010, ben «*il 29% del campione*

²⁵ Al riguardo della cui nozione, in questa sede, - opportunamente - ci si limita a rinviare alla amplissima letteratura commercialistica esistente in materia. In ogni caso, si riporta il testo del fondamentale art. 2555 c.c.: «*l'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*», dal che discende anzitutto che «*l'azienda costituisce, (...) sotto il profilo giuridico, l'apparato strumentale (locali, macchinari, attrezzature, materie prime, merci, [lavoratori], ecc.) di cui l'imprenditore si avvale per lo svolgimento e nello svolgimento della propria attività*» (cfr. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, 2015, pagg. 63 ss.; conf. CIAN, *L'azienda*, pagg. 140 ss., in CIAN (a cura di), *Diritto commerciale*, 2015, secondo cui «*sotto il profilo economico, l'azienda rappresenta indubbiamente un'entità unitaria che trascende le singole componenti, sia sul piano del valore, sia su quello della funzione. E' a questa caratteristica che fa riferimento anche la nostra giurisprudenza, quando individua tra i beni aziendali "un vincolo di interdipendenza e complementarietà per il conseguimento di un determinato fine produttivo"*» - giurisprudenza quale, ex multis, Cass., 27 giugno 2002, n. 9354, e Cass., 26 settembre 2006, n. 20815 -).

²⁶ Ed, anzi, riconducibile per compagine sociale allo stesso nucleo familiare di alcuni soci della s.r.l. ricorrente.

²⁷ «*Concordato di risanamento indiretto*» che, invece, qui sarà ridenominato cd. «*con cessione*» (v. p. 1.6 nonché *infra*).

²⁸ Cfr. CERADINI - CASCELLA, *L'utilizzo dell'affitto di azienda nelle operazioni di concordato preventivo*, in *Rivista delle operazioni straordinarie*, 4/2012, pagg. 4 ss., il quale fa riferimento anche (i) al fatto che, spesso, l'impegno dell'affittuario - promittente/promissario acquirente viene «*condizionat(o) all'omologa del concordato*», nonché (ii) alla «*normal(ità)*» della stipula dell'affitto «*prima del deposito della domanda di ammissione al concordato*». Conf. D'ORAZIO, *Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa*, 2013, pag. 82.

(...) propone(va) il ricorso all'affitto d'azienda»²⁹. Quest'ultimo contratto, a sua volta, (i) «nella quasi totalità dei casi (era) stipulato prima del deposito dell'istanza di ammissione», (ii) «nel 93% dei casi (...) prev(e)deva la cessione dell'azienda (...) al termine dell'affitto» e (iii) «nella totalità dei casi in cui (era) formulata la proposta di acquisto (...) essa (veniva) condizionata all'omologa»³⁰.

1.8-. Segue: il conferimento d'azienda nel "caso San Raffaele" come leading case in materia di continuazione oggettiva dell'attività.

Venendo ora al secondo provvedimento di cui sopra³¹, giova premettere che trattasi del noto "**caso San Raffaele**". Il decreto (di ammissione) emesso dal Tribunale di Milano (Presidente relatore dott. F. Lamanna) affronta varie tematiche³², ma - in questa sede - appare opportuno delimitare l'oggetto d'analisi al tema relativo al **conferimento d'azienda** quale strumento di soluzione della crisi (mediante la continuazione dell'attività)³³. Ed invero, nel caso di specie la complessiva operazione consisteva, tra l'altro, nel conferimento in una *newco* del ramo di azienda comprendente anche l'importante segmento ospedaliero. Successivamente, la *newco* (s.r.l.) avrebbe costituito oggetto di trasformazione in s.p.a., le azioni della quale, poi, sarebbero state cedute a terzi in seguito all'avveramento della condizione sospensiva rappresentata dall'omologazione del concordato preventivo. Il tutto, inoltre, con la previsione della prosecuzione dell'attività ospedaliera in corso di procedura³⁴.

Al riguardo di tale secondo "precedente" pare sufficiente evidenziare le argomentazioni impiegate dal collegio milanese al fine di superare le contestazioni sollevate dal pubblico ministero³⁵. In particolare, quest'ultimo (i) aveva posto in dubbio l'utilità di attuare l'operazione di salvataggio affrontando

²⁹ Cfr. RIVA, *Affitto d'azienda e crisi*, pagg. 243-251, in BAVAGNOLI - DE TILLA - FERRARO - RIVA, *L'affitto d'azienda. Profili giuridici, economico-aziendali e contabili. Il suo utilizzo nelle crisi d'impresa*, 2011.

³⁰ Cfr. RIVA, *Affitto*, cit.

³¹ Trib. Milano, 27 ottobre 2011, cit.

³² Una per tutte, quella inerente l'opportunità/doverosità di avviare una procedura competitiva al fine di massimizzare l'entrata ricavabile dal trasferimento del complesso aziendale.

³³ Il che può apprezzarsi anche in Trib. Arezzo, 23 novembre 2010, in *De Jure*.

³⁴ Nonché (i) sia con la programmata salvaguardia di quasi tutti i posti di lavoro (ii) sia con la cessione dei cd. *assets non core* (nel caso di specie rappresentati dai cespiti non inerenti l'attività ospedaliera e di ricerca sanitaria).

³⁵ Il quale, tra l'altro, richiedeva financo il fallimento della nota Fondazione Centro San Raffaele del Monte Tabor.

i costi prededucibili che sarebbero maturati in corso di procedura³⁶; inoltre (ii) aveva criticato la mancanza di un termine di paragone costituito dalla liquidazione atomistica del complesso aziendale. In relazione a tali obiezioni il Tribunale di Milano aveva affermato, a parere di chi scrive opportunamente, che (i) la prima contestazione «pone(va) all'attenzione un profilo che (...) in ogni caso (era) certamente minusvalente rispetto ai vantaggi (in termini di conservazione del valore-sociale impresa e del valore-sociale lavoro) cui mira(va) l'intera operazione». Del resto, (ii) un simile rilievo del collegio «non merita(va) certo di essere sveltito sulla base di un confronto con l'alternativa meramente demolitoria di una vendita parcellizzata (...) dei cespiti». Così statuendo, quindi, il Tribunale di Milano ammetteva alla procedura di concordato preventivo la nota Fondazione Centro San Raffaele del Monte Tabor, la quale poteva così proseguire interinalmente la propria attività tutelando sia l'impresa stessa sia, conseguentemente, il ceto creditorio³⁷.

1.9.- Segue: il risanamento d'impresa attraverso il mantenimento della diretta gestione d'azienda da parte del debitore.

Da ultimo, venendo al terzo provvedimento di cui sopra³⁸, pare utile prendere le mosse dalle differenze che lo stesso presenta rispetto ai due “precedenti” testé esaminati. Ed invero, trattasi di un caso di salvataggio mediante la **continuità cd. diretta** (non già cd. indiretta) dell'attività d'impresa. In particolare, nel caso di specie la ricorrente aveva proposto di provvedere, attraverso la diretta continuazione della propria attività, al pagamento integrale, benché dilazionato, di tutti i debiti (ivi compresi quelli chirografari³⁹). Inoltre, diversamente dal “caso San Raffaele”, qui il p.m. non aveva mosso critiche sostanziali alla tenuta di piano e proposta concordatari. Al contrario, il medesimo aveva ritenuto che il caso di specie, benché non riconducibile «alla ordinarietà costituita da concordati liquidatori», ben poteva essere «accosta(to) alla abrogata disciplina dell'amministrazione controllata»⁴⁰. Al riguardo, il collegio romano aveva condiviso l'assunto della procura, ritenendo piano e proposta concordatari pienamente riconducibili all'ampio dettato dell'art. 160 l.f. (che, come noto,

³⁶ Stante l'interinale continuità aziendale e prosecuzione dei rapporti pendenti.

³⁷ Oltre che, ovviamente, lavoratori e collaboratori, nonché pazienti.

³⁸ Trib. Roma, 10 marzo 2010, *cit.* A tale provvedimento è accostabile, per analogia, anche Trib. Salerno, 9 novembre 2010, in *Pluris*.

³⁹ Il che, come noto, non è affatto comune nella prassi (giacché, spesso, ai chirografari viene riconosciuta una percentuale decisamente inferiore, se non esigua).

⁴⁰ Abrogata procedura concorsuale che, già prima delle riforme degli anni 2005 e seguenti, tutelava in qualche modo la continuità aziendale in contesti di crisi.

concede ampia autonomia privata nella predisposizione della domanda di concordato e della relativa documentazione).

1.10-. La procedura di concordato preventivo al servizio delle imprese risanabili e delle attività oggettivamente perseguibili.

A fronte di tutto quanto precede, ben può ritenersi che il D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 134⁴¹, introducendo nella legge fallimentare il nuovo art. 186-bis (su cui subito appresso), abbia avvalorato la prassi consolidata in materia di concordato preventivo. Ed invero, già prima di tale riforma la tipologia di “**concordato in continuità**” era comunque riconducibile all’art. 160 l.f., come dimostrato dall’analisi (e dalle dirette statuizioni) dei provvedimenti di cui sopra⁴². In particolare, nella prassi erano stati definiti come “**concordati di risanamento**”⁴³ quelli in cui l’attività proseguiva, dopo la ristrutturazione, in capo alla stessa impresa, senza alcun trasferimento d’azienda⁴⁴. Dall’altra parte, invece, vi erano i “**concordati con cessione**”⁴⁵, ove l’operazione di *restructuring* si basava sul trasferimento d’azienda (o di un suo ramo) in forma di cessione ovvero conferimento (ed ove «la funzione» della procedura era «*creare informazione*» allo scopo ultimo di «*stimolare interesse e concorrenza fra potenziali acquirenti*»⁴⁶).

In ogni caso, si riteneva che la continuità aziendale dovesse implicare necessariamente l’equilibrio economico del debitore, da intendersi come capacità del sistema impresa di garantire un’adeguata remunerazione dei fattori produttivi. Inoltre, al fine di valutare la sussistenza o meno della continuità aziendale, occorre procedere all’analisi della situazione finanziaria, dovendo

⁴¹ Per un primo commento del quale si rinvia a LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il “Decreto sviluppo”*, in *Il Civilista*, speciale n. 3/2012.

⁴² Oltre che affermato, tra gli altri, da AMATORE, *Il concordato con continuità aziendale*, pag. 285, in AMATORE - JEANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, 2013.

⁴³ O anche «concordat(i) finanziar(i)» (cfr. PALETTA, *Il concordato preventivo*, cit., pag. 239).

⁴⁴ Infatti, era «*la stessa impresa che, grazie alla ristrutturazione del proprio indebitamento, ritornava in bonis e proseguiva l’attività*» (cfr. ARATO, *Speciale Decreto Sviluppo. Il concordato con continuità aziendale*, pagg. 2 ss., in *ilfallimentarista.it*, 3 agosto 2012). Peraltro, secondo AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e requisiti di ammissibilità*, pag. 3, nota a Trib. Firenze, 19 marzo 2013, in *ilfallimentarista.it*, 6 settembre 2013, la «*variante della continuità aziendale cosiddetta pura, contemplante, cioè, la prosecuzione dell’attività in capo alla stessa impresa (costituiva) una rara avis*»; conf. AMATORE, *Il concordato*, cit., pag. 277.

⁴⁵ Sulla cui denominazione, in questo caso, concorda anche PALETTA, *Il concordato preventivo*, cit., pag. 239.

⁴⁶ Cfr. STANGHELLINI, *Le crisi*, cit., pag. 101.

esservi nella specie anche un equilibrio finanziario dell'impresa in concordato preventivo. Il tutto per comprendere se l'impresa fosse «*in grado di continuare a svolgere la propria attività in un prevedibile futuro*», ovvero se - comunque - l'attività potesse proseguire anche solo in via indiretta⁴⁷.

Peraltro, nella prassi erano emerse criticità tali da necessitare un intervento legislativo. In via esemplificativa possono citarsi quelle seguenti: «*tempi lunghi per la presentazione del piano e per l'ammissione alla procedura, vincoli in materia di capitale sociale (riduzione e perdita), vincoli derivanti da contratti onerosi e, al contrario, esposizione al rischio di risoluzione di contratti strategici, difficoltà di effettuare il pagamento di crediti ante concordato a fornitori strategici, difficoltà di ottenere finanziamenti*», oltre che «*responsabilità anche personali per la gestione preconcordataria*»⁴⁸. Stante, appunto, simili criticità, il legislatore del 2012 ha riformato la disciplina del concordato preventivo anche mediante l'introduzione *ex novo* dell'art. 186-bis, subito *infra* analizzato⁴⁹.

Paragrafo 3 – Il nuovo art. 186-bis R.D. 16 marzo 1942, n. 267, ss.mm.ii. (L.F.). Brevi cenni sul recentissimo D.L. n. 83/15 (convertito con modificazioni dalla L. n. 132/15).

1.11-. La lettera e la ratio dell'articolo 186-bis.

Il predetto articolo⁵⁰ recita testualmente quanto segue:

⁴⁷ Cfr. documento 570 sulla continuità aziendale, elaborato dalla commissione paritetica per i principi di revisione, che la C.O.N.S.O.B., con delibera n. 16231 del 21 novembre 2011, ha stabilito venga adottato dalle società di revisione; conf. Trib. Milano, 7 maggio 2012, in *Società*, 2012, pagg. 839 ss.

⁴⁸ Cfr. STANGHELLINI, *Il concordato*, cit., pag. 1225; conf. NARDECCHIA – RANALLI – SALVATO, *Sub art. 186-bis*, pag. 2326, in LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento*, 2015.

⁴⁹ Si anticipa fin d'ora che l'esame dell'articolo in questione sarà condotto nel rispetto dell'oggetto della presente tesi di laurea. Pertanto, a livello metodologico ci si limiterà a trascrivere il testo di quel dettato normativo che non interessi direttamente l'oggetto della presente tesi; al contrario, nelle note sarà dato spazio ad un commento il quale - peraltro - non potrà che essere assai breve e sommario. Ciò fermo restando che, dopo il prossimo paragrafo, seguirà un capitolo d'approfondimento sui presupposti del nuovo cd. concordato con continuità aziendale.

⁵⁰ Il quale risulta collocato nel Capo VI (rubricato "Dell'esecuzione, della risoluzione e dell'annullamento del concordato preventivo") del Titolo III della L.F., piuttosto che nel Capo I come sarebbe stato «*maggiormente coerente*» (cfr. BALDASSARRE - PERENO, *Speciale Decreto Sviluppo. Prime riflessioni in tema di concordato preventivo in continuità aziendale*, pag. 1, in *ilfallimentarista.it*, 3 agosto 2012).

«Quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e) prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore⁵¹, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione⁵², si applicano le disposizioni del presente articolo. Il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa⁵³.

Nei casi previsti dal presente articolo:

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 copertura⁵⁴;

⁵¹ Ossia il risanamento ovvero la continuità diretta.

⁵² Cioè la continuità indiretta oppure, il che è lo stesso, la "cessione".

⁵³ Tale concordato sarà subito *infra* denominato cd. "con continuità parziale".

⁵⁴ Dunque il piano concordatario va integrato da una sorta di bilancio previsionale dell'attività d'impresa, così avvicinandosi al *business plan* di matrice aziendalistica. In particolare, il piano (*rectius* tale bilancio previsionale / *business plan*) deve avere le seguenti componenti: (i) operativa, attinente la rappresentazione delle azioni organizzative ed industriali finalizzate al ripristino d'economicità di impresa (con specificazione dei cespiti destinati alla continuità nonché di quelli da liquidarsi); (ii) economica, riguardante l'esposizione analitica di costi e ricavi attesi dalla continuazione dell'attività; (iii) finanziaria, relativa alla precisazione del fabbisogno finanziario e delle modalità con cui fare fronte al medesimo; (iv) patrimoniale, rilevandosi gli stati patrimoniali prospettici necessari al fine di misurare il valore - impresa nel tempo (cfr. FERRO, *Sub art. 186-bis*, pagg. 2704-2705, in FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico - pratico*, 2014). Il tutto, inoltre, deve essere analiticamente esposto, come richiede la stessa lettera della legge: tale requisito può essere soddisfatto tramite la rappresentazione delle grandezze del piano concordatario con, appunto, un'analiticità tale da consentire all'attestatore di verificare la coerenza delle stime prognostiche effettuate dall'*advisor* finanziario della società proponente. Tale analiticità, inoltre, deve essere intesa anche in termini temporali, e ciò anche nell'ottica di consentire agli amministratori ed al commissario giudiziale un adeguato e costante monitoraggio sull'evoluzione del piano. A quest'ultimo riguardo, infatti, il piano deve individuare delle cd. *milestone*, ossia obiettivi intermedi di *restructuring* (per la valutazione di tenuta nel tempo dello stesso piano). Infine, l'orizzonte temporale del piano concordatario va esteso fino al momento di soddisfacimento dei creditori, di conseguimento del riequilibrio finanziario, nonché di compimento delle azioni pianificate. In particolare, (i) nella continuità diretta l'orizzonte temporale comprende il momento di ripristino delle condizioni di equilibrio e deve presentare un'estensione tale da permettere al professionista di escludere la presenza di situazioni di insolvenza prospettica (cfr. NARDECCHIA - RANALLI, *Sub art. 186-bis*, pagg. 2288 ss., in LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento*, 2014); (ii) nella continuità indiretta a mezzo cessione d'azienda, in linea di principio, il *business plan* può arrestarsi al momento dell'effettuazione della detta operazione, senza estendersi agli eventi successivi attinenti la distinta (ed irrilevante) impresa cessionaria (cfr. FERRO, *op. cit.*, pagg. 2704-2705); infine, (iii) nella continuità indiretta a mezzo conferimento di azienda, se il piano prevede il soddisfo del ceto mediante l'assegnazione

b) 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 creditori⁵⁵;

di strumenti finanziari emessi dal debitore ovvero dalla conferitaria, allora l'orizzonte di tempo andrà esteso sino a comprendere il momento di effettuazione di tutte le azioni pianificate nel bilancio previsionale d'attività (cfr. NARDECCHIA – RANALLI, *Sub. art. 186-bis*, cit., pag. 2291). Per un ulteriore approfondimento si rinvia a DRAGO, *Il concordato con continuità aziendale*, pag. 127, in CAIAFA – ROMEO (a cura di), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2014 (ove si legge, tra l'altro, che «con tale disposizione il legislatore ha dunque imposto al debitore di effettuare una specifica e dettagliata analisi (...) al fine di fornire ai creditori adeguata evidenza (...) delle conseguenze della continuazione aziendale, affinché essi possano soppesare con attenzione e cognizione di causa l'ammontare delle risorse destinate a tale scopo»). In particolare si rinvia a ROLFO – RANALLI, *Il concordato in continuità*, 2015, pagg. 109 ss., ove è dato amplissimo spazio alle modalità tecniche di predisposizione del piano ex art. 186-bis, anche alla luce delle *best practices* economico-aziendali esistenti in materia.

Peraltro, occorre rilevare che, secondo VITIELLO, *Brevi (e scettiche) considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale*, pag. 3, in *ilfallimentarista.it*, 21 gennaio 2013, «la previsione di tal(e) contenut(o) obbligatorio ulteriore (...) non può considerarsi un dato di discontinuità rispetto al sistema previgente. Infatti il cd. budget costituisce fisiologicamente, e da sempre, un elemento immanente al piano che contempra la continuità dell'attività d'impresa, tanto da giustificare l'affermazione secondo cui un piano che non avesse contenuto l'indicazione di costi, ricavi e coperture finanziarie sarebbe stato (...) quasi un non-piano».

⁵⁵ Per quanto concerne l'attestazione dell'esperto occorre evidenziare, anzitutto, che la ragione della doverosità della medesima risiede nell'esigenza (i) sia di attenuare l'asimmetria informativa tra debitore, da un lato, e creditori ed organi della procedura, dall'altro lato, (ii) sia di assicurare che la programmata continuazione d'attività risponda effettivamente all'interesse del ceto. In particolare, il professionista è tenuto a comparare la proposta continuità aziendale con l'alternativa liquidatoria, dovendosi perciò riferire all'interesse del ceto complessivamente considerato e non già al singolo specifico creditore (cfr. FERRO, *op. cit.*, pagg. 2705-2706). Nello specifico, (i) in caso di continuità diretta lo stesso è tenuto ad attestare la sostenibilità del *business plan* e la sua idoneità a ristabilire l'equilibrio finanziario perseguito, potendo l'impresa generare i flussi di cassa destinati al soddisfacimento dei creditori. Invece, (ii) nel caso di continuità indiretta a mezzo conferimento, l'esperto deve valutare la sostenibilità del piano in capo alla conferitaria e determinare il presumibile prezzo di acquisizione della partecipazione in quest'ultima. Ciò sia qualora si preveda il soddisfo del ceto mediante i flussi derivanti dalla vendita della quota partecipativa nella conferitaria, sia allorché il piano preveda la diretta assegnazione della quota medesima ai creditori. Infine, (iii) in caso di cessione di azienda l'attestatore è chiamato a verificare la sostenibilità del *business plan* in capo alla cessionaria, ma ciò solo quando si preveda il pagamento dilazionato e non garantito del prezzo, non già qualora sia invece previsto il pagamento immediato e garantito (cfr. NARDECCHIA – RANALLI, *Sub. art. 186-bis*, cit., pag. 2294). Per un ulteriore approfondimento si rinvia a DRAGO, *op. cit.*, pag. 130 (ove si legge, tra l'altro, che il professionista incaricato «deve ricercare attivamente le informazioni rilevanti per il suo giudizio, e non può limitarsi a riceverle dal debitore, il quale potrebbe anche avere un interesse a non dare una rappresentazione completa»).

c) il piano può prevedere, fermo quanto disposto dall'articolo 160, secondo comma, una moratoria fino a un anno dall'omologazione per il pagamento dei 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 voto⁵⁶.

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 contrari⁵⁷. 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 trascrizioni⁵⁸.

Peraltro, anche qui, VITIELLO, *Brevi (e scettiche) considerazioni*, cit., pag. 3, ritiene che ««la previsione di tal(e) contenut(o) obbligatorio ulteriore (...) non può considerarsi un dato di discontinuità rispetto al sistema previgente», essendo la novità della novella legislativa «limitata al fatto che» il profilo inerente il «miglior soddisfacimento dei creditori» debba ora costituire oggetto d'attenzione anche del «professionista attestatore, e non solo (de)l tribunale, cui comunque spetta, anche in tal caso da sempre, la valutazione di legittimità di una proposta di concordato» in continuità.

⁵⁶ La moratoria per il pagamento dei creditori prelatizi costituisce la prima delle agevolazioni delineate dall'articolo in commento. La funzione della norma è consentire al debitore di dilazionare il pagamento dei detti creditori fino ad un anno dall'omologa del concordato preventivo. Peraltro, ciò è possibile solo se non venga prevista la liquidazione dei beni (non funzionali all'esercizio) sui quali insiste il diritto di prelazione del singolo specifico creditore. Diversamente, in caso di concordato "con continuità parziale", il singolo specifico privilegiato dovrebbe essere pagato all'esito della liquidazione. Orbene, sussistendone i presupposti, ai detti privilegiati non viene riconosciuto, *ex lege*, il diritto di voto in sede di adunanza *ex art. 172 l.f.* (cfr. FERRO, *op., cit.*, pagg. 2708 ss.).

⁵⁷ Qui rileva la protezione dei rapporti negoziali (funzionali all'esercizio dell'attività) da iniziative risolutorie o sospensive che il codice civile o il contratto stesso attribuiscono alla controparte a fronte delle difficoltà di adempimento del debitore in crisi. Peraltro, - quasi paradossalmente - «mentre l'impre(sa)» in concordato preventivo con continuità «può sciogliersi dai contratti e sospenderne gli effetti» ai sensi dell'art. 169-bis l.f. (richiamato dalla norma in commento), «il terzo contraente è invece obbligato ad attendere le decisioni del debitore», senza che al medesimo venga offerto lo strumento della cd. messa in mora *ex art. 72 l.f.* previsto, invece, in caso di fallimento del debitore (cfr. FERRO, *op., cit.*, pagg. 2710-2711).

Per un ulteriore approfondimento si rinvia a TERRANOVA, *op., cit.*, pag. 6 (ove si legge testualmente, in sostanziale aggiunta a quanto sopra: «sempre che il debitore non preferisca recedere»).

⁵⁸ La stabilità contrattuale riguarda altresì i contratti conclusi con le P.A., purché in tal caso (i) il tribunale ammetta il debitore alla procedura concorsuale, nonché (ii) il professionista esperto

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.

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 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. 163⁵⁹.

attesti la conformità al piano del contratto pubblico oltre che la ragionevole capacità di adempimento dell'impresa in concordato preventivo (cfr. FERRO, *op., cit.*, pagg. 2711 ss.). Ciò costituisce un'indubbia novità, stante l'impossibilità di stipula dei detti contratti per le imprese in «*stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo*» (art. 30 codice dei contratti pubblici, riformato anch'esso dal legislatore del 2012 il quale ha escluso dalla detta impossibilità di stipula quelle imprese che siano ammesse al concordato preventivo «*di cui all'art. 186bis*»). Qui, inoltre, merita di essere sottolineata l'espressa previsione di estendibilità del beneficio anche all'impresa cessionaria o conferitaria d'azienda (il che, come appare anche solo da una semplice lettura dell'art. 186-bis, non risulta espressamente in relazione alle altre agevolazioni).

Per un ulteriore approfondimento si rinvia a TERRANOVA, *op., cit.*, pag. 6 (che parla di «*ultrattività dei contratti pubblici*»).

⁵⁹ A differenza dell'agevolazione precedente, la partecipazione dell'impresa a procedure di assegnazione di contratti pubblici è possibile già prima dell'ammissione al concordato ed, in particolare, l'autorizzazione del tribunale all'uopo necessaria può intervenire anche nella fase intercorrente tra il deposito della domanda ex art. 161, sesto comma, l.f., ed il decreto di ammissione. Inoltre, come ulteriore presupposto dell'agevolazione in commento, si prevede che il debitore debba depositare in gara (e comunque non oltre l'aggiudicazione definitiva) sia l'attestazione richiesta per il beneficio precedente sia una «*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 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*» (cfr. FERRO, *op., cit.*, pagg. 2713-2714).

*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*⁶⁰.

Se nel corso di una procedura iniziata ai sensi del presente articolo l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori, il tribunale provvede ai sensi dell'articolo 173. Resta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato»⁶¹.

Per un ulteriore approfondimento si rinvia a TERRANOVA, *op. cit.*, pag. 6 (ove si legge, tra l'altro, che della detta agevolazione può beneficiare sia «il debitore» sia «l'acquirente dell'azienda»).

⁶⁰ Infine, l'art. 186-*bis* prevede un ulteriore beneficio consistente nella possibilità di partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici anche mediante riunione in R.T.I. (raggruppamento temporaneo di imprese). Ciò è consentito alle ulteriori condizioni (rispetto all'ultima agevolazione commentata) rappresentate (i) dalla non assunzione, da parte del debitore in concordato preventivo, della qualità di mandatario del raggruppamento, nonché (ii) dalla non compartecipazione nel medesimo R.T.I. di altre imprese in concordato. Peraltro, è consentito che la dichiarazione citata nella precedente nota provenga da altra impresa dell'R.T.I. (cfr. FERRO, *op. cit.*, pag. 2714).

⁶¹ Alle agevolazioni commentate brevemente nelle precedenti note va aggiunta quella prevista dall'art. 182-*quinquies*, quinto comma, l.f., anch'essa esclusiva del concordato preventivo con continuità aziendale. Tale norma prevede testualmente 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».

Peraltro, anche qui, VITIELLO, *Brevi (e scettiche) considerazioni*, cit., pagg. 3 e 4, ritiene che ««la previsione (...) non può considerarsi un dato di discontinuità rispetto al sistema previgente», allorché «si consideri che anche prima dell'introduzione della norma di cui all'art. 182-*quinquies* l. fall. il debitore in concordato aveva la possibilità di farsi autorizzare a pagare anticipatamente alcuni dei creditori concorsuali» (cd. strategici).

Anche solo da una rapida lettura dell'articolo in commento⁶² appare del tutto evidente il fatto che la *ratio* dello stesso risiede (tra l'altro⁶³) nella (miglior) tutela (possibile) del ceto creditorio. Infatti, la continuità aziendale costituisce (anch'essa) un valore meritevole di tutela solo se ed in quanto l'interruzione dell'attività d'impresa possa determinare un pregiudizio per le ragioni creditorie⁶⁴. In ogni caso, dunque, sono queste ultime a rappresentare l'interesse oggetto di diretta tutela legislativa, essendo la continuazione d'attività tutelata solo in via indiretta.

1.12-. I diversi tipi di concordati preventivi.

Dalla semplice lettura dell'articolo in commento, inoltre, appare fondata la tesi sostenuta al precedente punto 1.10. Ed invero, oggi sia il cd. concordato di risanamento⁶⁵ sia il cd. concordato con cessione⁶⁶ sono tipizzati quale unico **cd. concordato con continuità aziendale**. Alla luce di ciò, in linea di principio, si definiscono ora **cd. concordati liquidatori** quelli in cui non è possibile prevedere altro che la liquidazione atomistica dei vari beni sociali⁶⁷. A loro volta i concordati liquidatori devono essere tenuti distinti dal "**concordato con continuità parziale**", tale potendo denominarsi il concordato preventivo in cui si prevede,

⁶² Il quale richiede al fine della propria applicabilità in concreto che «la prosecuzione dell'esercizio dell'impresa risulti compatibile con le condizioni di mercato interne ed esterne; che la produzione sia valida ad ogni effetto e possibilmente, a parità di costi, migliore rispetto a quella dei concorrenti; che si disponga di sufficienti flussi finanziari, equilibrandone in modo efficace le fonti ed evitando di eccedere nel ricorso al capitale di terzi. E', poi, necessario che si possa far fronte alla situazione debitoria mediante un piano di ristrutturazione o liberando nuove risorse e che siano assicurati mezzi liquidi sufficienti per superare sia la fase transitoria propedeutica al risanamento per avviare l'ordinaria gestione e amministrazione, sia per eseguire il piano di rientro delle obbligazioni ed il recupero della normale capacità reddituale» (cfr. LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, 2015, pagg. 147-148).

⁶³ V. *infra*, sez. 3, cap. 6, par. 3, pp. 6.8 ss. (nonché i relativi rinvii ad altre sezioni e/o capitoli di tesi di laurea), anche in relazione al successivo punto 1.13 del presente paragrafo (inerente, tra l'altro, la questione del rischio d'impresa in capo al debitore in concordato con continuità. Al riguardo del rischio v., di recente, App. Firenze, 31 agosto 2015, in *ilcaso.it*).

⁶⁴ Cfr. NARDECCHIA – RANALLI – SALVATO, *op., cit.*, pag. 2326.

⁶⁵ Ossia il concordato preventivo che «prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore» (cd. concordato con continuità diretta).

⁶⁶ Cioè quello in cui è prevista «la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione» (cd. concordato con continuità indiretta).

⁶⁷ Cfr. RIVA, *Concordato preventivo e operazioni straordinarie*, pagg. 17 ss., in *Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma*, quaderno n. 43 della Scuola di Alta Formazione presso l'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Milano.

oltre alla continuità diretta ovvero indiretta, «anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa»⁶⁸.

1.13-. Segue: la dicotomia concordati con continuità - concordati liquidatori.

Al fine di ulteriormente sottolineare la **differenza tra il concordato con continuità aziendale ed il concordato liquidatorio**, occorre evidenziare che nel primo, diversamente dal secondo, il ceto creditorio è tenuto a valutare la convenienza di piano e proposta alla luce della «permanenza - più o meno estesa - su(l) patrimonio [debitorio] del rischio d'impresa». Pertanto, stante l'«*inscindibil(e) correla(zione)*» tra quest'ultimo rischio e «*qualsivoglia attività d'impresa*», «*non deve sorprendere che (...) il legislatore pretenda sia offerto un quid pluris ai creditori nel caso di*» continuità aziendale⁶⁹. Tale *quid pluris*, in tutta evidenza, consiste⁷⁰ nella previsione dei seguenti oneri aggiuntivi (rispetto al concordato liquidatorio): (i) a carico del debitore, la predisposizione di una sorta di bilancio previsionale dell'attività di impresa ad integrazione del piano concordatario (che, dunque, deve contenere «*anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa (...), delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura*»⁷¹); (ii) a carico del professionista, l'ulteriore attestazione (rispetto a quella generale di cui all'art. 161, terzo comma, l.f.⁷²), che «*la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori*».

Peraltro, nonostante il predetto *quid pluris* a tutela dei creditori concordatari, occorre rilevare che «una parte del sistema economico» ha «*diffic(ilmente) accetta(to)*» l'avvento del nuovo art. 186-bis, giacché lo stesso permetterebbe «che un soggetto insolvente destini una parte delle proprie risorse,

⁶⁸ Peraltro occorre rilevare fin d'ora che, in relazione a quest'ultimo tipo di concordato preventivo, il dibattito dottrinale è particolarmente acceso (come si dirà meglio *infra*).

⁶⁹ Cfr. QUAGLIOTTI, *L'incerta perimetrazione del concordato in continuità*, pagg. 2-3, relazione al convegno *L'impresa recuperata - La soluzione delle crisi di impresa dopo il decreto sviluppo 2012* tenutosi in San Miniato (PI) il 28 marzo 2013. Conf., sul necessario mantenimento del rischio in capo al ricorrente, App. Firenze, 31 agosto 2015, *cit.*

⁷⁰ Come già rilevato nelle precedenti note.

⁷¹ Fermo il contenuto generale prescritto dall'art. 161, secondo comma, lett. e), l.f., cioè la «*descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta*».

⁷² Tale articolo prevede testualmente che la relazione del «*professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d)*» deve «*attest(are) la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo*».

piuttosto che al soddisfacimento delle (...) obbligazioni rimaste (...) inevase, alla continuazione della attività»⁷³. In particolare, dal punto di vista degli «imprenditori che appartengono al medesimo mercato cui fa parte l'impresa concordataria», dalla nuova previsione normativa deriverebbe una «anomalia in termini di concorrenza», stante la ritenuta distinzione tra «imprenditori che fanno fronte integralmente alle proprie obbligazioni» ed altri «che pagano i propri debiti non integralmente»⁷⁴.

A parere di chi scrive, tale tesi non è condivisibile. Ed invero, il fatto che l'attività continui non dovrebbe essere visto come possibilità per l'impresa in concordato preventivo di conservare per sé una parte dei beni sociali, con conseguente pregiudizio per i creditori oltre che per il principio di libera concorrenza. Al contrario, la continuità aziendale deve apparire come strumento per proporre al ceto quel «miglior soddisfacimento» altrimenti impossibile percorrendo la via del concordato liquidatorio⁷⁵.

1.14-. Segue: la continuità aziendale in via di fatto e non di diritto.

A questo punto occorre considerare altresì che il concordato ex art. 186-bis si differenzia non solo da quello liquidatorio, ma anche dal **concordato preventivo "con continuità solo di fatto"**. Ed invero, soltanto allorquando sussistono nel caso concreto tutti i presupposti di legge il concordato può (e deve) definirsi cd. con continuità aziendale. Diversamente⁷⁶, «certo la prosecuzione (...) costituisce (...) condizione effettuale necessaria», ma, peraltro, «non (...) sufficiente»⁷⁷, occorrendo le seguenti «tre ulteriori condizioni»: (i) «che vi sia un piano, il quale preveda (...) la prosecuzione (...) nelle tre possibili forme previste»⁷⁸; (ii) «che tale piano contenga anche» quanto specificato nell'art. 186-bis, secondo comma, lett. a); (iii) «che vi sia una relazione dell'esperto la quale attesti che la prosecuzione (...) è funzionale

⁷³ Con conseguente ritenuta violazione dell'art. 2740 c.c. in materia di cd. garanzia patrimoniale.

⁷⁴ Cfr. LOLLI, *Il concordato con continuità aziendale mediante l'intervento di terzi nel processo di risanamento: alcune considerazioni*, in *Contratto e impresa*, 2013, pagg. 1086 ss.

⁷⁵ Infatti anche secondo LOLLI, *op. cit.*, pagg. 1086 ss., «una parte delle risorse vengono lasciate a disposizione dell'attività d'impresa al fine di consentire a tale attività di produrre quel ritorno economico che servirà (...) a garantire ai creditori un ritorno (...) maggiore rispetto a quello di cui potrebbero beneficiare in un'ottica di liquidazione» atomistica dei cespiti.

⁷⁶ Fermo che quando l'attività non continui vi sarà *quoad naturam* un "mero" concordato liquidatorio (cfr. LAMANNA, *E' opportuno che il Tribunale specifichi la natura del concordato con continuità aziendale quando pronuncia il decreto di ammissione*, pag. 2, in *ilfallimentarista.it*, 11 febbraio 2013).

⁷⁷ Al fine dell'applicabilità dell'articolo in commento.

⁷⁸ Forme già ricondotte *supra* al concordato con continuità diretta, da una parte, ed a quelli con continuità indiretta, dall'altra parte.

al miglior soddisfacimento dei creditori». In altri termini, «il concordato che preveda la continuazione effettuale dell'attività senza che siano presenti anche gli altri requisiti di legge sarà (...) "in continuità" solo "di fatto" e non secondo la specifica qualificazione normativa»⁷⁹. Insomma, un conto è la continuità aziendale ai sensi dell'art. 186-bis, altro è invece la continuazione solo di fatto dell'attività d'impresa⁸⁰.

1.15-. La necessità/opportunità che sia garantita la certa applicabilità o non applicabilità dell'art. 186-bis: il tribunale come organo di garanzia della certezza giuridica.

Da tutto quanto precede appare del tutto evidente come sia fondamentale che, nell'iter procedurale, il concordato preventivo sia chiaramente identificato (o meno) quale cd. concordato con continuità aziendale. Nel dubbio, infatti, non sarebbe certa l'applicabilità delle *supra* citate agevolazioni *pro* continuazione d'attività. Non solo, giacché a monte non sarebbe tantomeno certo se debbano o meno venire assolti i predetti oneri aggiuntivi. Donde, a parere di chi scrive, la necessità di avvalorare quella tesi secondo cui «è (...) opportuno che il Tribunale specifichi sempre se il concordato è con continuità aziendale in senso proprio», e ciò «nel provvedimento di ammissione, al fine di garantire la pacifica applicazione dei benefici di legge». Del resto, «analoga specificazione dovrebbe fare, ma in senso e con lo scopo opposto, quando (...) ravvisi la insussistenza» dei presupposti di cui all'art. 186-bis⁸¹.

1.16-. Segue: serrata critica della tesi dottrinale che ritiene essenziale che il debitore autoqualifichi il concordato nel senso di cui all'art. 186-bis.

In ogni caso, secondo taluna parte della dottrina, «affinché possa predicarsi la natura di concordato con continuità (sarebbe) necessario (...) che il proponente

⁷⁹ Cfr. LAMANNA, *E' opportuno che*, cit., pagg. 1-2. Nello stesso senso, STANGHELLINI, *Il concordato*, cit., pag. 1225, che parla di «fattispecie - continuità aziendale», PETTIROSSI, *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2/2015, pagg. 206-207 e 214, il quale parla invece di «insieme di norme all'interno della più generale matrice disciplinare» del concordato preventivo, nonché AMATORE, *Il concordato*, cit., pagg. 276 ss.

⁸⁰ Donde, in questa seconda ipotesi, non troveranno applicazione anzitutto le citate agevolazioni *pro* continuità aziendale.

A questo riguardo, meritano di essere segnalati i seguenti "precedenti", i quali - tutti - affrontano casi di continuità aziendale meramente "di fatto": Trib. Como, 29 gennaio 2013, in *Pluris*, Trib. Como, 22 ottobre 2013, in *Pluris*, e - più di recente - Trib. Benevento, 25 settembre 2014, in *Pluris* (quest'ultimo, tra l'altro, affronta proprio un caso di continuazione d'attività anche attraverso lo strumento dell'affitto d'azienda).

⁸¹ Cfr. LAMANNA, *E' opportuno che*, cit., pag. 2; conf. AMATORE, *Il concordato*, cit., pag. 286.

dichiarare espressamente, nella domanda, tale proposito». A tale affermazione viene subito aggiunto che «ove difetti la chiara esplicitazione della natura [in continuità] del piano concordatario, la proposta» sarebbe addirittura «da considerarsi inammissibile, impedendo ai creditori di formarsi un giudizio compiuto e corretto delle prospettive di attuazione del piano»⁸².

Tale tesi, a parere di chi scrive, non è condivisibile. Ed invero, la lettera della legge è chiara nel prevedere che «quando [ne sussistono i presupposti] si applicano [le disposizioni citate]», con ciò lasciando intendere che la norma in commento va considerata ad applicazione necessaria⁸³. Pertanto, l'eventuale autoqualificazione (da parte del debitore) del concordato quale cd. con continuità non rileverà in alcun modo. Allorché, infatti, il piano si fonda su una delle tre ipotesi previste di continuità aziendale (diretta come indiretta), il debitore sarà tenuto ad assolvere i predetti oneri aggiuntivi (in tutela dei creditori), mentre potrà (non dovrà) beneficiare delle agevolazioni *pro* continuazione d'attività⁸⁴.

In virtù di tali considerazioni, in caso di autoqualificazione del concordato preventivo nel senso di cui all'art. 186-bis, il concordato potrà essere pur sempre riqualficato, da parte del tribunale, quale cd. liquidatorio. Qualora, invece, il debitore non prospetti la natura di concordato con continuità e, per contro, il tribunale ritenga invece che l'art. 186-bis debba trovare applicazione (a tutela del ceto), non conseguirà la necessaria declatoria d'inammissibilità *ex* art. 162 l.f., ben potendo essere concesso un termine di quindici giorni per modificare e/o integrare il piano, la proposta e/o la documentazione aggiuntiva di cui all'art. 186-bis.

Tale tesi, del resto, può essere confermata dalla giurisprudenza edita sul punto, la quale, come appena detto, concede proprio il termine di cui all'art. 162, primo comma, l.f. al fine di permettere al debitore di adeguarsi alla ritenuta (dal tribunale) natura di concordato con continuità⁸⁵. Solo in caso di non tempestivo

⁸² Cfr. TRENTINI, *I concordati preventivi*, 2014, pag. 394, secondo cui, dunque, «solo allorché sia prevista, nel piano, e dichiarata, nella proposta, la continuità (...) trov(erebbero) applicazione le norme speciali».

⁸³ Cfr. STANGHELLINI, *Il concordato*, cit., pag. 1225, secondo cui «la tecnica normativa (...) è cristallina nel senso che l'applicazione della norma non dipende da un'opzione del debitore, ma è la conseguenza del fatto che la continuità aziendale (...) è parte della complessiva operazione concordataria».

⁸⁴ Cfr. STANGHELLINI, *Il concordato*, cit., pag. 1225.

⁸⁵ Cfr., *ex multis*, Trib. Mantova, 19 settembre 2013, in *ilcaso.it*.

adeguamento alle indicazioni del tribunale, quest'ultimo potrà (*rectius* dovrà) dichiarare inammissibile il concordato proposto dal debitore⁸⁶.

1.17-. La problematica distinzione tra il concordato con continuità aziendale e il concordato meramente liquidatorio: brevi cenni sui recentissimi D.L. n. 83/15 (convertito con modificazioni dalla L. n. 132/15), nonché Schema di disegno di legge delega recante la "Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza" (elaborato dalla cd. Commissione Rordorf).

Tutto quanto sostenuto *supra* in relazione alla necessità/opportunità di certa applicabilità o non applicabilità dell'art. 186-bis può e deve riaffermarsi - forse con più rigore - ora che è entrata in vigore la **recentissima riforma (anche) della disciplina del concordato preventivo**⁸⁷, a seguito della quale la distinzione tra concordato con continuità e concordato liquidatorio è stata (in sostanza) avvalorata *expressis verbis*⁸⁸. Ed invero, il nuovo quarto comma dell'art. 160 l.f. recita testualmente che «in ogni caso la proposta di concordato [liquidatorio] deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti

⁸⁶ Cfr., *ex multis*, Trib. Firenze, 27 marzo 2013, in *commercialisti.fi.it*. *Contra*, in dottrina, AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e requisiti di ammissibilità*, cit., pagg. 5 ss., secondo cui il Tribunale dovrebbe, in tal caso, riqualificare il concordato proposto come «ordinatorio», non operando - a parere di tale Autore - le disposizioni (protettive per i creditori) di cui all'art. 186-bis.

⁸⁷ La cui generale «"cifra" (...) sta (...) nell'oscillazione del pendolo della tutela degli interessi protetti: da un assetto (...) incentrato sulla tutela del debitore (...) a uno maggiormente attento alle istanze (...) del ceto» (cfr. AMBROSINI, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella "miniriforma" del 2015*, pag. 5, in *ilcaso.it*).

Per un approfondimento al riguardo dell'intera riforma, in questa sede, ci si limita a rinviare alle seguenti fonti dottrinali, e ciò in rispetto dell'oggetto della presente tesi di laurea: (i) quanto al ("mero") D.L. n. 83/2015, LAMANNA, *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento. Concordato preventivo - "Proposte/piani" ed "offerte" concorrenti*, in *ilfallimentarista.it*, 29 giugno 2015, e LAMANNA, *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento. Concordato preventivo - Finanziamenti e contratti pendenti*, in *ilfallimentarista.it*, 29 giugno 2015; (ii) quanto alla legge di conversione del detto D.L., AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo alla luce della «miniriforma» del 2015*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 5/2015, AMBROSINI, *La disciplina della domanda*, cit., LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, in *Il Civilista*, speciale del settembre 2015, nonché SABATELLI, *Appunti sul concordato preventivo dopo la legge di conversione del d.l. n. 83/2015*, in *ilcaso.it*.

⁸⁸ Nello stesso senso si è recentemente (autorevolmente) espresso VITIELLO, *Concordato con continuità e liquidatorio dopo la riforma: elementi critici e proposte de iure condendo*, pag. 1, in *ilfallimentarista.it*, 15 ottobre 2015.

chirografari. La disposizione di cui al presente comma non si applica al concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186-bis»⁸⁹. Alla luce di tale nuova disposizione, oggi se la proposta di concordato preventivo liquidatorio dovesse prevedere una percentuale (di soddisfacimento dei chirografari) inferiore al 20%, oppure se dall'esame di ricorso e documentazione allegata dovesse emergere *de visu* che la percentuale prospettata dal debitore non fosse raggiungibile, allora il tribunale non potrebbe fare altro che dichiarare l'inammissibilità della domanda ex artt. 160 ss. l.f. Invece, qualora la non fattibilità della proposta (nella misura assicurata dal debitore) dovesse emergere solo nelle more della procedura, da ciò potrebbe derivare l'apertura del procedimento di revoca ai sensi dell'art. 173 l.f.⁹⁰. Al contrario, in caso di concordato con continuità aziendale tale norma non dovrà applicarsi, come sufficientemente chiarito dalla stessa lettera della legge⁹¹.

⁸⁹ Tale nuova norma denota *ictu oculi* un diverso atteggiamento riformatore del legislatore del 2015 rispetto a quello del 2012: infatti, dal *favor* indifferenziato per la soluzione concordataria, ora, il *trend* normativo è maggiormente improntato ad un crescente disfavore nei confronti del concordato liquidatorio. Peraltro, secondo «alcuni», la reintroduzione di una percentuale minima non potrà determinare altro che l'incremento dei fallimenti, «senza apprezzabili vantaggi per i creditori, cui viene in tal modo sottratta la possibilità di scegliere fra un concordato con soddisfacimento compreso, ad esempio, fra il 15% e il 19,9% (in sé non disprezzabile) e, appunto, un fallimento» (cfr. AMBROSINI, *La disciplina della domanda*, cit., pagg. 4 ss., che, al contrario, accoglie con favore la recentissima riforma).

Al riguardo del nuovo limite percentile, secondo LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma*, cit., pag. 15, «la scelta del legislatore si è basata su tre fondamentali razionali: da un lato la necessità impellente di ridare serietà ad una procedura (...) ormai (...) priva di qualunque credibilità, oltre che pericolosa per le altre imprese viciniori operanti nel mercato (...); dall'altro, l'utilità di introdurre un ulteriore incentivo all'emersione tempestiva (...) della crisi, poiché l'esistenza di una soglia di accesso minima dovrebbe indurre l'impresa in crisi a non ritardare troppo a presentare la domanda (...); infine, però, al tempo stesso, la necessità di non porre troppo elevati limiti quantitativi di accesso alla procedura per non scoraggiare il ricorso a(d) essa».

⁹⁰ «E altrettanto dicasi (...), per quanto concerne i poteri del tribunale» allorché si consideri la conclusiva fase di «omologazione» (cfr. AMBROSINI, *La disciplina della domanda*, cit., pag. 10).

Nello stesso sostanziale senso (in particolare per quanto concerne il rischio d'inammissibilità della domanda) LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma*, cit., pag. 15.

⁹¹ Nonché autorevolmente ribadito da AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo alla luce della «miniriforma» del 2015*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 5/2015, pagg. 369-370, secondo il quale, benché «si p(ossa) essere tentati di predicare una sorta di (pur limitato) «ribaltamento» di questo requisito di ammissibilità su tale tipologia di concordato» (e ciò «sulla scorta del disposto dell'art. 186-bis, comma 2, lett. b)): (i) «in primo luogo, la formulazione dell'art. 160, ult. comma, è inequivoca nel sancire l'inapplicabilità della soglia minima al concordato in continuità»; (ii) «in secondo luogo, la nuova disciplina (...) si caratterizza [in generale] per un *favor* per il concordato in continuità (...), sicché la tesi che obbliga il debitore a presentare un concordato con *cessio bonorum* al 20% quando vorrebbe (...) invece presentarne uno in continuità – poniamo – al 18% potrebbe considerarsi *contra rationem legis*». Quanto appena chiarito «senza dire che, interpretando il requisito della funzionalità al miglior soddisfacimento

Da quanto precede discende che, oggi più di prima, è necessario saper distinguere il concordato preventivo con continuità da quello liquidatorio⁹², giacché in caso di errata qualificazione del concordato potrebbe derivare la declatoria di inammissibilità dello stesso⁹³. Ciò - ancor più - allorché si consideri quanto previsto dallo **Schema di disegno di legge delega recante la "Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza"**, elaborato dalla Commissione ministeriale istituita dal **Ministro di Grazia e Giustizia con decreto in data 24 febbraio 2015**⁹⁴. In particolare, - da un lato - (i) l'articolo 2, lettera g), di tale Schema di DdL prevede - quale (proposto) principio direttivo ex art. 76 Cost. - di «dare priorità di trattazione, salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche per il tramite di un diverso imprenditore, riservando la liquidazione giudiziale ai casi nei quali non venga proposta idonea soluzione alternativa». Dall'altro lato, (ii) l'articolo 6, primo comma, lett. a), del detto Schema (così come riformulato in sede di Consiglio dei Ministri⁹⁵) prevede, testualmente, che «la disciplina della procedura di concordato preventivo (andrà) riordinata prevedendo [tra l'altro] l'inammissibilità di proposte che, in considerazione del loro contenuto sostanziale, abbiano natura essenzialmente liquidatoria»⁹⁶.

dei creditori come rapportato alle alternative concretamente praticabili, dovrebbe prendersi in considerazione il solo scenario fallimentare, dal momento che la liquidazione concordataria – in quanto non voluta dal debitore – risulta perseguibile solo in astratto, avendo il debitore optato, appunto, per la continuazione dell'attività».

⁹² Come correttamente rilevato anche da AMBROSINI, *Il nuovo concordato*, cit., pag. 367, nonché da FICO, *Riflessioni sul concordato con continuità dopo il d.l. 83/2015*, pag. 10, in *ilfallimentarista.it*, 9 febbraio 2016 (ove si legge, tra l'altro, che «il livello di guardia deve essere elevato dal momento che le nuove disposizioni in tema di concordato introdotte dal D.L. 83/2015 potrebbero far sì che molti debitori, al fine di contare sul beneficio del soddisfacimento dei creditori chirografari senza limiti di sorta (...) si indirizzeranno verso la presentazione di concordati definiti in continuità, ma che di fatto non lo sono»).

⁹³ Oltre che, in ipotesi, addirittura il fallimento di un'impresa la quale, invece, avrebbe potuto essere risanata o, comunque, altrimenti salvata mediante la cd. continuità indiretta.

⁹⁴ In *fallimentiesocieta.it*, 25 novembre 2015.

⁹⁵ V. DdL delega in data 10 febbraio 2016, in *ilfallimentarista.it*, 12 febbraio 2016.

⁹⁶ Al riguardo giova riportare quanto autorevolmente affermato dal relatore dello Schema in considerazione: «il favore per l'istituto concordatario si giustifica (...) non quando il concordato realizzi i medesimi scopi del fallimento (...), bensì qualora esso valga a garantire la continuità aziendale ed, attraverso di essa, ricorrendone i presupposti, riesca altresì ad assicurare nel tempo una migliore soddisfazione dei creditori. Muovendo da tale constatazione, si è ritenuto di circoscrivere tendenzialmente l'istituto alla sola ipotesi del c.d. concordato in continuità: quando cioè, vertendo l'impresa in situazione di crisi o anche di vera e propria insolvenza – ma reversibile – la proposta preveda il superamento di tale situazione mediante la prosecuzione (diretta o indiretta) dell'attività aziendale, sulla base di un adeguato piano che sia consono anche al soddisfacimento, per quanto possibile, dei creditori. Si è preferito, tuttavia,

Alla luce di tutto quanto precede, pare doveroso approfondire particolarmente il tema dei presupposti previsti dal vigente art. 186-*bis* per la sussistenza del cd. concordato con continuità aziendale, al precipuo scopo di agevolarne la comprensione⁹⁷.

non escludere del tutto ogni possibilità di concordato preventivo liquidatorio, purché esso sia caratterizzato da apporti di terzi che consentano di soddisfare le ragioni dei creditori in misura apprezzabilmente maggiore» (cfr. RORDORF, Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali, pagg. 16-17, in ilcaso.it).

⁹⁷ Ond'evitare - inoltre - il detto rischio di "confusione" tra il medesimo concordato tipizzato e quello meramente liquidatorio, con conseguente possibile inammissibilità della domanda ex artt. 160 ss. l.f. (e, se del caso, fallimento dell'impresa proponente).

Capitolo 2 – Le singole fattispecie di concordato con continuità aziendale.

Paragrafo 1 – La prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore: cd. continuità diretta

2.1-. Il piano concordatario e le tre fattispecie di cui all'art. 186-bis.

Secondo l'espressa previsione normativa, l'art. 186-bis trova applicazione allorché il piano preveda (i) «la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore» oppure (ii) «la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione»⁹⁸. Come già anticipato in più occasioni, nel primo caso trattasi di **continuità diretta**, mentre nelle seconde ipotesi la continuazione d'attività avviene per modalità indirette. A ciò, per completezza, occorre ora aggiungere che, in ogni caso, quello che rileva ai fini della qualificazione del concordato preventivo come cd. con continuità o meno sono «le previsioni del piano», non già il contenuto della proposta. Infatti, quest'ultima può indifferentemente ricollegare la soddisfazione del ceto all'andamento futuro dell'impresa in continuità, ma può anche prevedere che il soddisfo dei creditori avvenga con il ricavato del trasferimento d'azienda (quale che ne sia la forma, per cessione ovvero conferimento)⁹⁹.

⁹⁸ Al riguardo dei presupposti previsti dall'art. 186-bis occorre fin da subito delimitare l'oggetto d'attenzione della presente tesi di laurea, potendosi in questa sede analizzare soltanto le ipotesi espressamente contemplate dalla legge (oltre che, evidentemente, il centrale caso dell'affitto d'azienda). Per quanto concerne, invece, il tema della tassatività o meno dell'elenco normativo (da interpretarsi restrittivamente oppure per estensione), ci si limita in particolare a dare atto che «la tesi della tassatività non ha trovato accoglimento in dottrina», essendo «talune operazioni straordinarie, quali la scissione e la fusione (...) idonee alla prosecuzione dell'attività» (cfr. PETTIROSSI, *op. cit.*, pag. 220; conf. STANGHELLINI, *Il concordato*, cit., pagg. 1229-1230, che parla della scissione come di un «processo di riorganizzazione per la continuazione dell'attività da parte del debitore»; contra RIVA, *Concordato*, cit., pagg. 18-19). Dal canto suo la giurisprudenza ha avuto modo di qualificare come concordato con continuità aziendale quello che prevede una scissione parziale della società in concordato con assegnazione alla società preesistente dei beni della proponente e soddisfazione dei creditori mediante il reddito generato dalla nuova impresa, nonché mediante la liquidazione dei beni non necessari alla prosecuzione dell'attività e l'incasso dei crediti (cfr. Trib. Mantova, 11 luglio 2014, in *ilcaso.it*).

⁹⁹ Cfr. FERRO, *op. cit.*, pagg. 2701-2702; conf. CASA, *Controversie teoriche e discussioni pratiche sull'art. 186 bis l.fall.*, nota a Trib. Terni, 12 febbraio 2013, in *Fallimento*, 2013, pagg. 1378 ss., il quale parla rispettivamente di continuità «forte» e «debole».

2.2-. La struttura poliedrica di piano e proposta concordatari in caso di continuità diretta.

Orbene, la prima ipotesi normativa permette che l'attività, o parte di essa, possa proseguire in capo allo stesso debitore, garantendo per tale via la soddisfazione del ceto creditorio (la quale avviene, come già detto, mediante le risorse generate dalla continuità)¹⁰⁰. Al riguardo, peraltro, giova segnalare che «*raramente il concordato in continuità può essere costruito solo sulla prosecuzione dell'attività*» da parte dello stesso debitore in concordato preventivo. Al contrario, il concordato con continuità diretta sarà probabilmente fondato anche sui seguenti ulteriori fattori: «*ritorno all'utile e contributo dei costi non finanziari*», «*variazione di capitale circolante netto operativo*», «*liquidazione di beni (o anche di rami d'azienda)*», «*finanziamenti di terzi*»¹⁰¹.

Si consideri inoltre che, in sede di predisposizione di piano e proposta, occorre tenere conto che «*non necessariamente tutti i debiti esistenti all'apertura del concordato debb(ono) essere pagati nell'arco temporale del piano*» medesimo; tra tali debiti vi sono il T.F.R. ed i mutui ipotecari. Quanto al primo, pare evidente il fatto che se l'impresa è in continuità allora non sarà necessario (né si potrà *ex lege*) soddisfare tutti i crediti per TFR, giacché la debenza di tale posta si manifesterà solo alla cessazione del rapporto¹⁰². Pertanto, il piano concordatario dovrà preventivare come uscite unicamente quelle (i) legate ad un programma di riduzione del personale, (ii) relative a rapporti che giungeranno al pensionamento nell'arco di durata del piano stesso, nonché (iii) legate ad un fisiologico *turn-over* lavorativo¹⁰³. Per quanto concerne, invece, i mutui, in tal caso potranno essere proposti e conclusi accordi con il ceto bancario, per la ripresa

¹⁰⁰ Cfr. NARDECCHIA - RANALLI, *op. cit.*, pag. 2286. Tale via di risanamento è percorribile anche da società che si trovino in stato di liquidazione, purché «*l'esercizio (sia stato) autorizzato ai sensi dell'art. 2487, comma 1, lett. c), c.c.*» (cfr. STANGHELLINI, *Il concordato*, cit., nota 26; contra TRENTINI, *op. cit.*, pag. 395, che limita tale possibilità al fatto che «*il piano preveda l'immediata ripresa dell'attività produttiva*»).

¹⁰¹ Cfr. CLEMENTE, *Il concordato in continuità: proposte operative per un più efficace utilizzo dell'istituto*, pagg. 3-4, in *il fallimentarista.it*, 6 giugno 2014, che ritiene altresì che «*la liquidità si può creare: grazie agli utili di gestione, in un'ottica di rafforzamento o recupero della redditività (...); con il contributo diretto dei costi non finanziari, quali ammortamenti, accantonamenti, TFR ecc.; (...) con il contributo delle aree di gestione diverse da quella caratteristica, ossia quella correlata ad investimenti/disinvestimenti e quella dei finanziamenti*».

¹⁰² La quale, nel caso di specie, tenderà successivamente alla scadenza ultima considerata dal piano concordatario, stante la continuazione d'attività da parte dello stesso imprenditore - datore.

¹⁰³ Cfr. CLEMENTE, *op. cit.*, pag. 5.

delle ordinarie scadenze contrattuali oppure al fine di un prolungamento dei tempi d'adempimento previsti dai contratti originari. Del resto, adottando il punto di vista "cautelativo" delle banche finanziatrici, tali accordi non potranno che essere convenienti (anche) per le stesse, in quanto garantiranno di ridurre l'esposizione, maturare interessi al tasso convenzionale, oltre che mantenere intatte le eventuali garanzie in essere (con, in ultima analisi, maggiori probabilità di soddisfacimento, anche in un'eventuale successiva procedura espropriativa)¹⁰⁴.

In conclusione, da quanto precede appare evidente che *«una proposta concordataria poliedrica con un'anima in continuità [diretta] ed una liquidatoria, che prospetti il ricorso a finanza esterna e il pagamento di parte dei creditori al di fuori del periodo di durata del piano, potrebbe rappresentare un punto di incontro delle molteplici esigenze operative»* presenti nel caso in cui *«si voglia [proprio] prospettare la prosecuzione dell'attività in capo all(o stesso) imprenditore in crisi»*¹⁰⁵.

2.3-. La continuazione soggettiva dell'attività come rara avis.

Nonostante tutto ciò, peraltro, è stato rilevato che, delle tre ipotesi normative anzidette, *«quella "pura" (risulta) al momento di ancora scarsa frequenza e applicazione, poiché nella pratica la prosecuzione dell'attività viene più spesso realizzata con la separazione dell'azienda dall'imprenditore, e dunque in forma "spuria"»*¹⁰⁶. Il che, tra l'altro, risulta in linea con le tendenze ante riforma del 2012, in quanto già allora la *«variante della continuità aziendale cosiddetta pura (costitutiva) una rara avis»*¹⁰⁷.

Un ("raro") esempio casistico di applicazione dell'art. 186-bis in ipotesi di continuità diretta può essere dato dal "precedente" subito *infra* analizzato¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Ed invero, secondo CLEMENTE, *op., cit.*, pag. 5, *«questi creditori al termine del piano troveranno una situazione riequilibrata, con un attivo superiore al passivo»*.

¹⁰⁵ Cfr. CLEMENTE, *op., cit.*, pag. 6.

¹⁰⁶ Cfr. VELLA (a cura di) e LAMANNA - PACCHI (con il contributo di), *Il concordato con continuità aziendale*, pagg. 180-181, in FERRO - BASTIA - NONNO, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, 2013.

¹⁰⁷ Cfr. AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e requisiti di ammissibilità*, cit., pag. 3, nonché AMATORE, *Il concordato*, cit., pag. 277, già citati in una precedente nota del capitolo 1 - paragrafo 2.

¹⁰⁸ Oltre che da Trib. Monza, 13 febbraio 2015, in *ilcaso.it*, ove si legge che *«dopo l'omologa (...) con il venir meno della procedura ai sensi dell'art. 181 l.fall., viene meno ogni limitazione»* e, per l'effetto, *«nei concordati con continuità aziendale diretta (l')imprenditore (...) può compiere qualsiasi tipo di atto senza necessità di autorizzazione, con l'unico limite di indirizzare l'attività d'impresa alla realizzazione del piano»*.

2.4-. Segue: un "raro" caso di continuità diretta conferma la poliedricità della struttura di piano e proposta concordatari.

Il Tribunale di Terni, nel provvedimento di omologa del 7 novembre 2013¹⁰⁹, affronta un caso particolarmente interessante, giacché le singole imprese costituenti un gruppo proponevano, separatamente, di ristrutturare l'esposizione debitoria complessiva mediante la continuità diretta, prevedendo al contempo (anche) un'operazione di fusione infragruppo. Orbene, il tribunale umbro, previa riunione dei separati ricorsi presentati dalle varie società, nonché previo svolgimento di un'unica procedura concordataria per l'intero gruppo d'imprese, omologava il concordato preventivo proposto.

Tale "precedente", in tutta evidenza, dimostra la congruenza dell'affermazione di cui sopra, secondo la quale la sola continuità diretta non può essere di per sé sufficiente al fine della soluzione della crisi d'impresa (v. p. 2.2). Ed invero, nel caso di specie, alla continuazione d'attività da parte dello stesso gruppo d'imprese è stata affiancata (anche) un'operazione di fusione per incorporazione, a mezzo della quale, come noto, è possibile «semplificare la catena di controllo» infragruppo e «ridurre i costi di gestione»¹¹⁰. A ciò, inoltre, si aggiunga che, nel caso di specie, il concordato non prevedeva solo la fusione tra le società del gruppo, bensì anche la liquidazione atomistica del *business* ritenuto *non core*. Pertanto, pare coerente concludere riaffermando l'assunto *testé* sostenuto, ossia che «una proposta concordataria poliedrica, con» anche ma non solo «un'anima in continuità [diretta] ed una liquidatoria (...) potrebbe rappresentare un punto di incontro delle molteplici esigenze operative» presenti nel caso in cui «si voglia prospettare [come nel caso analizzato] la prosecuzione dell'attività in capo all(o stesso) imprenditore»¹¹¹.

Paragrafo 2 – La cessione dell'azienda in esercizio: cd. continuità indiretta

2.5-. La strutturazione dell'operazione di cessione d'azienda come circostanza non dirimente ai fini della riconducibilità del concordato all'art. 186-bis.

¹⁰⁹ In *ilcaso.it*.

¹¹⁰ Come affermato anche dallo stesso tribunale umbro.

¹¹¹ Cfr. CLEMENTE, *op., cit.*, pag. 6.

Venendo ora alla seconda ipotesi normativa anzidetta, pare utile premettere che, al fine di poter valutare se una fattispecie concreta sia o meno riconducibile alla fattispecie generale-astratta di cui all'art. 186-bis, occorre verificare la strumentalità della continuazione (oggettiva) d'attività di impresa al «miglior soddisfacimento dei creditori»¹¹². Nell'ipotesi in cui tale rapporto di strumentalità dovesse sussistere, di conseguenza, l'articolo in commento dovrebbe trovare applicazione, indipendentemente dalle modalità concrete con cui l'operazione di **cessione d'azienda** dovesse venire strutturata¹¹³. Infatti, il pagamento del prezzo del trasferimento potrà essere, indifferentemente, immediato o dilazionato, garantito oppure non garantito¹¹⁴. In particolare, qualora le condizioni contrattuali dovessero prevedere che il pagamento sia dilazionato e non garantito, il soddisfacimento dei creditori sarebbe dipendente dalle capacità della cessionaria di adempiere le obbligazioni assunte nei confronti dell'impresa in concordato preventivo. Invece, in caso di pagamento immediato o garantito, solo apparentemente le possibilità di soddisfo del ceto sarebbero svincolate dalla continuazione (oggettiva) dell'attività da parte della cessionaria. Ed invero, anche in tal caso, possono essere prospettate situazioni nelle quali la prosecuzione d'attività incide, pur mediamente, sulla fattibilità del piano concordatario (per esempio, allorché dalla continuità indiretta dipenda la liquidabilità degli *assets* non trasferiti - in ipotesi - alla cessionaria¹¹⁵).

¹¹² Cfr. TOMBARI, *Alcune riflessioni sulle fattispecie del concordato con continuità aziendale*, pag. 4, in *ilfallimentarista.it*, 19 luglio 2013. Nello stesso senso LOLLI, *op. cit.*, pagg. 1086 ss., secondo cui occorre «cogliere la differenza tra cessione della azienda in continuità (...) e ogni altra diversa cessione (...) che sia slegata dai flussi di cassa futuri dell'impresa: in tale seconda ipotesi non è ipotizzabile un raffronto tra il soddisfacimento dei creditori correlato alla continuazione della attività d'impresa legata (...) ai futuri flussi di cassa, ed invece il soddisfacimento legato alla liquidazione dei beni (...) essendo unicamente possibile (...) verificare se il corrispettivo pattuito (...) sia più o meno conveniente di una alternativa ipotesi di cessione effettuata in sede fallimentare».

¹¹³ Oltre che indipendentemente dalla natura societaria o di "mera" impresa individuale che la cessionaria dovesse avere (cfr. AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e requisiti di ammissibilità*, cit., pag. 3, il quale distingue pertanto l'operazione di cessione da quella di conferimento d'azienda, che invece «si prevede possa attuarsi solo in una o più società»; conf. AMATORE, *Il concordato*, cit., pag. 278).

¹¹⁴ Cfr. NARDECCHIA - RANALLI, *op. cit.*, pagg. 2286-2287.

¹¹⁵ Al riguardo, NARDECCHIA - RANALLI, *op. cit.*, pag. 2287, fa l'esempio «limite dell'impresa operante su commessa e che presenti posizioni creditorie per acconti che, per una qualche ragione, non vengano trasferite alla cessionaria; le possibilità d'incasso di tali attività da parte del debitore dipendono dalla circostanza che le commesse in corso alle quali detti acconti afferiscono siano regolarmente completate dal soggetto che prosegue l'attività d'impresa».

Al riguardo dei casi che precedono¹¹⁶, occorre precisare che il prezzo di cessione viene determinato, in prassi, deducendo dalla «componente destinata ai creditori» (i.e. dall'«ammontare di denaro che viene corrisposto dal terzo alla procedura») il «prezzo del risanamento» (cioè «quella parte dell'investimento del terzo che va a vantaggio dell'attività d'impresa e della forza lavoro in essa occupata»)¹¹⁷. In particolare, adottando il punto di vista imprenditoriale del terzo acquirente, se la seconda “componente” rappresenta un investimento potenzialmente produttivo, al contrario la prima “componente” risulta certamente improduttiva. Pertanto, stante il fatto che l'interesse del terzo investitore in relazione a tali due “componenti” risulta essere inevitabilmente differenziato, «le somme destinate al risanamento dell'azienda» dovranno essere «scontate dall'ammontare del prezzo che» tale terzo sarà «disponibile a destinare ai creditori per l'acquisto della» azienda medesima¹¹⁸.

2.6-. Il momento di effettuazione della cessione: l'autorizzabilità dell'operazione in pendenza di procedura.

Precisato l'ambito applicativo dell'art. 186-bis in relazione all'operazione in commento, a questo punto pare utile proseguire l'analisi considerando il momento nel quale la cessione può essere effettuata in seno alla procedura di concordato preventivo. Fermo che l'ipotesi di cessione in esecuzione del concordato omologato non pone problemi giuridici di particolare rilievo¹¹⁹, occorre piuttosto distinguere il caso in cui la vendita sia posta in essere in pendenza della procedura concorsuale (e prima dell'omologazione del

¹¹⁶ Ai quali ben può essere affiancato (anche ma non solo) quello dell'operazione di cessione strutturata quale cd. *cessio bonorum*, come chiarito dalla giurisprudenza di merito edita sul punto. In particolare, secondo Trib. Roma, 29 gennaio 2014, in *Pluris*, «lo schema della *cessio bonorum* è (...) pienamente compatibile (...) con un concordato in continuità, essendo null'altro che una delle modalità attraverso le quali poter giungere alla cessione a terzi di una azienda in esercizio».

Inoltre, possono immaginarsi situazioni intermedie e più complesse rispetto a quelle testé prospettate, le quali combinino diverse forme di continuità diretta ed indiretta: per esempio, qualora il piano preveda, quanto ad un ramo d'azienda, la prosecuzione in capo al debitore in concordato preventivo, a fronte della cessione di altro ramo dell'azienda medesima (cfr. NARDECCHIA - RANALLI, *op. cit.*, pag. 2287).

¹¹⁷ Cfr. LOLLI, *op. cit.*, pagg. 1086 ss.

¹¹⁸ «Diversamente l'operazione in questione non sarebbe conveniente per il terzo» e per il suo business (cfr. LOLLI, *op. cit.*, pagg. 1086 ss.).

¹¹⁹ Sul che, a parere di chi scrive, non dovrebbero poter essere (fondatamente) sollevate contestazioni di sorta.

concordato) da quello in cui la stessa sia effettuata nel periodo antecedente al deposito del ricorso *ex artt.* 160 l.f.

Nella prima ipotesi deve ritenersi che, costituendo la conservazione del complesso aziendale la finalità del concordato con continuità, nulla vieta¹²⁰ che il tribunale oppure il giudice delegato, per quanto di rispettiva competenza, possano autorizzare la **cessione nella more della procedura**¹²¹. In particolare, il primo potrà autorizzare il compimento dell'atto nella fase tra il deposito della cd. domanda in bianco, *ex art.* 161, sesto comma, l.f., ed il decreto di ammissione alla procedura¹²²; da parte sua, il giudice delegato potrà esercitare simile potere¹²³ nella fase successiva all'ammissione del proponente¹²⁴. In entrambe le situazioni¹²⁵, comunque, «*ove (il) trasferimento sia configurato nel piano (...) come strumentale alla prosecuzione dell'attività (...) da parte del cessionario (...) la sua anticipata esecuzione non dovrebbe integrare una cessazione dell'attività d'impresa*

¹²⁰ Nemmeno la legge fallimentare stessa, né tantomeno i principi generali dell'ordinamento. Al contrario, l'art. 186-bis, terzo comma, prevede che il giudice delegato, all'atto della cessione, «*dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni*», ciò che «*implica che*» la vendita «*si verifichi*(i) *prima dell'omologazione, trovando altrimenti già applicazione il combinato disposto degli artt. 108, co. 2 e 182, co. 5*» (cfr. FERRO, *op. cit.*, pag. 2703; conf. NARDECCHIA – RANALLI – SALVATO, *op. cit.*, pag. 2328, secondo cui «*la questione della possibilità di cedere (...) l'azienda in pendenza del concordato con continuità aziendale, prima dell'omologazione, è stata risolta in senso affermativo, con riguardo alla fase successiva all'ammissione, tenuto conto [proprio] della carenza di divieti espressi e della circostanza che la cessione può essere strumentale a garantire una migliore tutela dell'interesse dei creditori*»; conf. altresì LO CASCIO, *op. cit.*, pag. 489. *Contra* FABIANI, *op. cit.*, pagg. 194 ss.).

¹²¹ Cfr. STANGHELLINI, *Il concordato*, cit., pag. 1236.

¹²² Sussistendo gli ulteriori presupposti previsti dall'art. 161, settimo comma, l.f., ossia anzitutto l'urgenza del compimento dell'atto in considerazione.

¹²³ Ai sensi dell'art. 167, secondo comma, l.f., previa proposizione, da parte del debitore in concordato preventivo, dell'istanza prevista all'uopo.

¹²⁴ «*Previo esperimento di tutte le verifiche e le procedure che assicurino: a) che la vendita (...) in questa fase, anziché in fase di esecuzione del concordato, risponda effettivamente all'interesse dei creditori; b) che*» la cessione «*avviene al miglior prezzo possibile, ottenuto mediante procedure competitive*» (cfr. STANGHELLINI, *Il concordato*, cit., pagg. 1236-1237).

A quest'ultimo riguardo, ossia in relazione alla possibilità di avviare una procedura competitiva *ad hoc* al fine di massimizzare l'utilità derivante dalla vendita del complesso aziendale, merita di essere segnalato il seguente "precedente" cui, per brevità, si rinvia: Trib. Forlì, 12 dicembre 2013, in *Fallimento*, 1/2015, pagg. 95 ss.

¹²⁵ Al riguardo delle quali è stato anche sostenuto che «*tanto più anticipato (...) è l'intervento del terzo nella attività d'impresa, tanto minore è il grado di controllo che viene ad essere esplicato sulla stessa da parte degli organi della procedura. All'opposto, quanto più l'intervento dei terzi si colloca temporalmente in seno alla procedura concordataria, tanto più le decisioni che vengono assunte in merito alle modalità ed alle forme dell'intervento (...) divengono parte di un percorso che viene ad essere espressione non solo del debitore, ma anche degli organi della procedura*» (cfr. LOLLI, *op. cit.*, pagg. 1086 ss.).

ostativa alla ammissione o alla ulteriore procedibilità del concordato preventivo con continuità aziendale¹²⁶, trattandosi, al contrario, di attuazione, ancorché anticipata, del piano»¹²⁷.

2.7-. Segue: l'ammissibilità del cd. pacchetto preconfezionato anche alla luce della recentissima riforma del 2015.

Al riguardo dell'effettuabilità dell'operazione ante ammissione, invece, è stato rilevato che «la circostanza che il debitore finisca per assumere una decisione i cui benefici o i cui rischi gravano su altri» - i.e. i creditori - «i quali potranno valutare tale decisione soltanto in un momento successivo a quando viene compiuta, portano a ritenere (...) la cessione effettuata e negoziata prima dell'apertura della procedura come atto legittimo ma problematico per la sua potenziale lesività per il ceto (...) nel caso in cui la cessione avvenga ad un prezzo incongruo»¹²⁸. A parere di chi scrive, tale tesi, nella

¹²⁶ Stante la nota previsione di cui all'art. 186-bis, ultimo comma, già citata nel precedente capitolo 1, paragrafo 3.

¹²⁷ Cfr. FERRO, *op.*, cit., pag. 2703. Nello stesso senso STANGHELLINI, *Il concordato*, cit., pagg. 1235 ss.

A parere di chi scrive, la tesi sostenuta nel presente punto 2.6, come si dirà subito *infra* (in una nota al successivo punto 2.7), è stata sostanzialmente avvalorata, *expressis verbis*, dalla recentissima riforma del 2015.

A ciò si aggiunga che quest'ultima riforma ha modificato, tra l'altro, l'art. 182 l.f. in materia di «cessioni» compiute in seno alla procedura di concordato preventivo, prevedendo che «alle vendite, alle cessioni e ai trasferimenti legalmente posti in essere dopo il deposito della domanda di concordato o in esecuzione di questo, si applicano gli articoli da 105 a 108-ter in quanto compatibili». Per comprendere la portata dell'innovazione legislativa basti solo, in questa sede, ritrascrivere le disposizioni di cui all'art. 105 l.f. citato dalla nuovissima norma: (i) al quinto comma si prevede che «il curatore» - qui il commissario - «può procedere altresì alla cessione delle attività e delle passività dell'azienda o dei suoi rami, nonché di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco, esclusa comunque la responsabilità dell'alienante prevista dall'articolo 2560 del codice civile»; (ii) all'ottavo comma si prevede che «il curatore» - *rectius* il commissario - «può procedere alla liquidazione anche mediante il conferimento in una o più società, eventualmente di nuova costituzione, dell'azienda o di rami della stessa, ovvero di beni o crediti, con i relativi rapporti contrattuali in corso, esclusa la responsabilità dell'alienante ai sensi dell'articolo 2560 del codice civile ed osservate le disposizioni inderogabili contenute nella presente sezione. Sono salve le diverse disposizioni previste in leggi speciali». Pertanto, oggi, anche in materia di concordato preventivo non si applica la previsione dell'art. 2560, primo comma, c.c., secondo cui «l'alienante non è liberato dai debiti, inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta, anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito». Il che equivale a dire che, in ogni caso, il cedente è liberato dai debiti, inerenti l'azienda venduta, anteriori al trasferimento, e ciò indipendentemente da qualsivoglia manifestazione di dissenso che dovesse provenire da parte dei creditori.

¹²⁸ Cfr. LOLLI, *op.*, cit., pagg. 1086 ss., il quale argomenta la propria tesi alla luce della recente tendenza legislativa a «portare le soluzioni di composizione della crisi d'impresa all'interno dell'alveo della procedura», come sarebbe dimostrato dall'art. 182-*quinquies* l.f. in materia di cd. finanziamenti

parte in cui afferma che la cessione conclusa *ante* procedura costituisce un «problem(a)», non è condivisibile¹²⁹, a maggior ragione oggi che è entrato in vigore il D.L. n. 83/15, convertito con modificazioni dalla L. n. 132/15, cui già si è fatto cenno in precedenza (v. cap. 1, par. 3).

Ed invero, il nuovo art. 163-bis l.f. - il quale si applica, in generale, a qualsiasi tipo di concordato, ivi compreso quello cd. con continuità¹³⁰ - dispone, tra l'altro, che «quando il piano (...) comprende una offerta da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione¹³¹, verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, il tribunale dispone la ricerca di interessati all'acquisto disponendo l'apertura di un procedimento competitivo a norma delle disposizioni previste dal secondo comma del presente articolo. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche quando il debitore ha stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni¹³²». Tale nuovissima norma si riferisce (anche¹³³) al **cd.**

interinali. Peraltro, occorre rilevare che lo stesso Autore aggiunge poi che «non si può, tuttavia, ignorare che accanto a tale disciplina è pure presente quella di cui all'art. 182 quater l. fall.» in materia di cd. finanziamenti ponte, ossia erogati proprio *ante* procedura (e, dunque, senza l'effettuazione di alcun controllo da parte degli organi della medesima). Ciò appare, evidentemente, una contraddizione in termini rispetto a quanto poco prima sostenuto da parte dello stesso Autore (la cui tesi, pertanto, non può essere avvalorata a parere di chi scrive).

¹²⁹ Ferma, ovviamente, la condivisione della parte in cui sostiene che tale atto sia «legittimo».

¹³⁰ Cfr. LAMANNA, *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento. Concordato preventivo - "Proposte/piani"*, cit., pag. 21, che, anzi, afferma che «il legislatore ha (...) previsto una grade latitudine ai fini dell'operatività» dell'articolo in commento, «senza limitazioni nemmeno dipendenti dall'eventuale riconducibilità della fattispecie concordataria (...) alla sottospecie del concordato con continuità aziendale, ciò che avrebbe potuto ridurre l'applicabilità dell'istituto».

¹³¹ Il che, come detto, pare confermare *expressis verbis* la tesi sostenuta al precedente punto 2.6 in relazione al caso di cessione conclusa tra l'ammissione e l'omologazione (conf. LAMANNA, *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento. Concordato preventivo - "Proposte/piani"*, cit., pag. 20). Ciò, inoltre, pare confermare (indirettamente) l'assunto appena sostenuto in relazione al (distinto) caso ora considerato, e cioè che «la cessione effettuata e negoziata prima dell'apertura della procedura» deve considerarsi «atto legittimo».

¹³² Quale può essere, a parere di chi scrive, (anche ma non solo) il preliminare di cessione.

¹³³ Riferendosi altresì ad ogni e qualsivoglia operazione comunque effettuata in pendenza del concordato, come dichiarato espressamente dalla relazione al provvedimento di legge che qui si commenta, ove risulta quanto segue: «tale previsione ha l'effetto di legittimare la prassi delle cessioni in pendenza del termine per la presentazione del piano e della proposta ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, che in certi casi si rivelano particolarmente opportune tenuto conto del rischio (...) di perdita dell'avviamento o della continuità aziendale in danno dei creditori». Pertanto, anche per ciò, la tesi di

pacchetto preconfezionato, che consiste proprio nell'avvenuta stipula della cessione d'azienda in un momento anteriore alla presentazione della domanda di concordato, ovvero (tra l'altro) nel compimento di altro atto analogo che risulti vincolante anche per il debitore in concordato preventivo - qual è, per esempio, il preliminare di cessione ¹³⁴. Orbene, nel caso qui considerato, si prevede che il tribunale debba, in ogni caso ¹³⁵, "aprire al mercato" la proposta dell'impresa in concordato preventivo, consentendo a chiunque fosse interessato all'azienda (o al ramo) da cedersi di proporsi quale (miglior) acquirente della medesima. Ciò, a parere di chi scrive, consente proprio di evitare quel "rischio" paventato dalla predetta tesi, che perciò si contesta e confuta. Infatti, come noto, la procedura competitiva è finalizzata al precipuo scopo di massimizzare l'utilità derivante

cui al precedente punto 2.6, già di per sé valida, appare *de visu* fondata, alla luce di quanto affermato dal legislatore stesso.

¹³⁴ Per quanto concerne, invece, gli atti vincolanti per il potenziale cessionario ma non anche per il debitore in concordato preventivo (quale può essere una proposta irrevocabile di acquisto dell'azienda), è stato sostenuto che «la gara» (i.e. la procedura competitiva) «dovrebbe (...) svolgersi sempre e comunque», e ciò «in forza de(l distinto) art. 182» (cfr. LAMANNA, *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento. Concordato preventivo - "Proposte/piani"*, cit., pag. 18). Tale tesi, peraltro, verrà criticata in chiusura di tesi, in quanto non condivisibile a parer dello scrivente (v. sez. 3, cap. 6, par. 5, p. 6.14).

¹³⁵ Ed invero, dal confronto tra l'attuale art. 163-bis l.f. e la disposizione *ante* conversione in legge del predetto D.L. n. 83, risulta - a parere di chi scrive - che (solo) la versione originaria della norma rimetteva al commissario giudiziale la valutazione sul "se" richiedere al tribunale l'apertura della procedura competitiva (ferma, secondo LAMANNA, *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento. Concordato preventivo - "Proposte/piani"*, cit., pagg. 19 ss., la possibilità per il tribunale di aprire *ex officio* tale procedimento, qualora il commissario non proponesse l'istanza prevista all'uopo). Oggi, invece, a seguito delle modifiche intervenute in sede di conversione, la lettera dell'articolo in commento è chiara nel disporre che «quando (...) il tribunale dispone», con ciò intendendo che quest'ultimo è tenuto ad avviare la detta procedura sempre e comunque, per il solo fatto che il piano si fondi sul cd. pacchetto preconfezionato.

A conferma di quanto detto, si riporta di seguito il testo dell'art. 163-bis l.f. siccome risultante dal "mero" D.L. n. 83/15: «quando il piano (...) comprende una offerta da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore e verso un corrispettivo in denaro dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, il commissario è tenuto a valutare, motivando le proprie conclusioni, la congruità dell'offerta, tenuto conto dei termini e delle condizioni della stessa, del corrispettivo e delle caratteristiche dell'offerente. L'offerta e il piano possono prevedere che il trasferimento abbia luogo prima dell'omologazione. Nel caso in cui il commissario ritenga, alla luce di manifestazioni di interesse comunque pervenute, del valore dell'azienda o del bene, che l'offerta contemplata dal piano possa non corrispondere al miglior interesse dei creditori, chiede al tribunale, con istanza motivata, di aprire un procedimento competitivo. L'offerta e il piano possono prevedere che il trasferimento abbia luogo prima dell'omologazione. Il tribunale, sentito il commissario, decide sull'istanza ovvero dispone d'ufficio l'apertura di un procedimento competitivo, tenuto conto del valore dell'azienda o del bene, nonché della probabilità di conseguire una migliore soddisfazione dei creditori».

dalla vendita del complesso aziendale, a sua volta servente al (miglior) soddisfacimento dei creditori. Pertanto, non pare condivisibile l'assunto secondo il quale «la cessione effettuata e negoziata prima dell'apertura della procedura» rappresenta un atto «problematico per la sua potenziale lesività per il ceto», stante la doverosità dell'avvio di un apposito procedimento competitivo (a tutela dei creditori) qualora il piano si basi sul cd. pacchetto preconfezionato¹³⁶.

2.8-. Segue: confutazione delle tesi contrarie alla possibilità di cedere l'azienda prima dell'omologazione del concordato.

Alla luce di quanto precede pare utile concludere criticando (anche) il seguente "precedente", in quanto (parimenti) non in linea con la posizione che si vuole adottare in questa sede.

Ed invero, secondo il provvedimento emesso dal Tribunale di Busto Arsizio l'1 ottobre 2014¹³⁷, al fine di qualificare il concordato proposto come cd. con continuità aziendale, «non (sarebbe) decisiva l'eventuale prosecuzione dell'azienda nel periodo compreso tra il deposito del ricorso (...) e l'omologazione ove tale gestione non sia prevista anche nella successiva fase attuativa». In particolare, il concordato potrebbe essere ricondotto all'art. 186-bis solo allorquando il debitore prosegua nell'esercizio dell'attività dopo l'omologa (in via temporanea perché in vista di una cessione d'azienda, oppure definitivamente in previsione di un risanamento dell'impresa)¹³⁸. Pertanto, secondo il tribunale lombardo, «non

¹³⁶ Fermo che lo stesso "pacchetto" ben potrà, poi, rivelarsi essere la miglior proposta d'acquisto prospettabile nel caso concreto (v. infatti sez. 3, cap. 6, par. 5, p. 6.18).

¹³⁷ In *ilcaso.it*. Conf. FABIANI, *op., cit.*, pagg. 194 ss., secondo cui «prima del decreto» di omologa «l'impresa è sempre in continuità tutte le volte in cui l'attività prosegue, ma non è di questo che si è occupato il legislatore. Sino alla omologazione le garanzie per i creditori sono costituite dal perimetro delle autorizzazioni che competono al tribunale. Ed allora, quando la vendita (...) avv(iene) prima dell'omologazione, ciò che deve reputarsi certamente consentito, non si parl(erebbe) di continuità in senso proprio ma di liquidazione di un cespite produttivo». In relazione a tale tesi dottrinale, in questa nota, ci si limita a rinviare a quanto si dirà subito *infra* al riguardo del provvedimento giudiziale in commento (oltre che a quanto si è già detto *supra* in relazione alla recentissima riforma del '15).

¹³⁸ Ciò in quanto, a parere del tribunale di Busto, «la combinazione dei (...) dati testuali» costituiti, l'uno, dalla previsione che l'azienda dev'essere «in esercizio» e, l'altro, dal fatto che il piano, *quoad naturam*, si riferirebbe alla sola fase successiva alla chiusura della procedura, «condu(rrebbe) a ritenere in continuità solamente il concordato che preveda la gestione dell'azienda (...) nella fase di attuazione del piano». Quest'ultima affermazione, a parere di chi scrive, mina la solidità di tale tesi, come dimostrato dalla prassi (anche giudiziaria) che ammette la possibilità di strutturare i piani concordatari sulla base di atti da compiersi - previa autorizzazione se necessaria - in pendenza della procedura. Ciò che rileva, infatti, è la pura e semplice riconducibilità dell'atto da compiersi

(potrebbe) qualificarsi con continuità aziendale un piano che preveda la cessione (...) immediatamente dopo il decreto di omologazione (...) perché, [financo] in tal caso, non vi (sarebbe) spazio per l'esercizio dell'azienda da parte del debitore nella fase esecutiva (...) né vi (sarebbe) alcun rischio di impresa gravante sui creditori».

Orbene, a parere di chi scrive, tale tesi non può essere condivisa. Anzitutto poiché, come detto in apertura di paragrafo¹³⁹, al fine di qualificare il concordato preventivo quale cd. con continuità aziendale, occorre verificare la strumentalità della continuazione (anche oggettiva) dell'impresa al «miglior soddisfacimento dei creditori» - non già, come ritiene il Tribunale di Busto, la programmata (o meno) prosecuzione (solo diretta) d'attività nella fase esecutiva del concordato -. Inoltre perché, come noto, in ogni caso di continuità aziendale (anche indiretta) sussiste per i creditori il cd. rischio d'impresa - rischio che, invece, secondo il tribunale lombardo, non sarebbe presente nel caso di specie -.

Pertanto, a mio avviso, l'operazione di cessione d'azienda potrà essere posta in essere, indifferentemente, prima, durante o dopo la chiusura della procedura concordataria, senza che il momento di effettuazione della stessa possa in alcun modo rilevare ai fini della qualifica (o non qualifica) di concordato preventivo ex art. 186-bis¹⁴⁰.

Peraltro quanto precede non è pacifico in dottrina, dove «si registrano (...) due contrapposte letture (...): i) la prima prende le mosse dal rilievo secondo il quale la legge accomuna la disciplina dell'ipotesi di prosecuzione diretta (...) alle ipotesi nelle quali l'azienda è invece destinata ad essere trasferita (...); ii) la seconda ha invece carattere soggettivo ed esclude che la disciplina (...) possa trovare applicazione al di là dei casi in cui sia lo stesso debitore a proseguire l'esercizio»¹⁴¹. Secondo quest'ultima tesi, in particolare, «il concordato con continuità presuppone (potrebbe) la prosecuzione (...) del debitore nel corso della procedura»¹⁴², mentre «il riferimento alla cessione (o al conferimento) d'azienda in esercizio sarebbe (...) funzionale ad estendere la disciplina (...) alle ipotesi nelle quali il piano concordatario contempli solo una prosecuzione medio

al piano di concordato, indipendentemente dal momento di (prevista) effettuazione dello stesso (il quale può essere, indifferentemente, ante, in corso o post procedura).

¹³⁹ Nonché chiarito da autorevole dottrina (citata ab inizio).

¹⁴⁰ Conf., ex multis, LO CASCIO, op., cit., pag. 489.

¹⁴¹ Cfr. QUAGLIOTTI, op., cit., pag. 3.

¹⁴² Cfr. FICO, *Affitto d'azienda successivo al deposito della domanda di concordato con riserva*, in *ilfallimentarista.it*, 20 marzo 2014, pag. 2. Nello stesso senso (anche) LAMANNA, *Ancora sull'incompatibilità tra affitto d'azienda e concordato con continuità aziendale*, in *ilfallimentarista.it*, 18 giugno 2015, pag. 3, e - da ultimo - GALLETTI, *L'insostenibile leggerezza dell'essere "concordato con continuità aziendale"*, in *ilfallimentarista.it*, 15 dicembre 2015, pag. 1.

tempore (...) da parte del debitore, in funzione della conservazione dei valori aziendali nella prospettiva della ricerca ed attuazione della dismissione»¹⁴³. Ciò che, come detto e si ripete, non pare condivisibile in questa sede (per le ragioni di cui *supra* e per tutte quelle che seguiranno *infra*)¹⁴⁴.

Paragrafo 3 – Il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche *Newco*: cd. continuità indiretta

2.9-. La variabile struttura di piano e proposta concordatari in caso di conferimento d'azienda.

A questo punto occorre proseguire analizzando l'ultima fattispecie considerata dall'art. 186-bis, ossia l'operazione di **conferimento d'azienda** (eventualmente in una *newco* ma, necessariamente, in un'impresa societaria¹⁴⁵). Nel conferimento di azienda (o di un ramo della stessa) l'impresa in concordato preventivo, appunto, conferisce in una società la propria azienda, divenendo per contro titolare di una quota rappresentativa dell'intero, o di parte del, capitale sociale della conferitaria. Come noto, peraltro, la partecipazione societaria, per natura, non costituisce un valore immediatamente distribuibile ai creditori, richiedendo quest'ultimo di essere realizzato con un secondo passaggio¹⁴⁶. Solo tramite tale "secondo passaggio" il ceto può essere soddisfatto; in particolare ciò può avvenire mediante: (i) il ricavato in denaro derivante dalla dismissione della partecipazione societaria di proprietà dell'impresa in concordato preventivo¹⁴⁷;

¹⁴³ Cfr. QUAGLIOTTI, *op., cit.*, pagg. 3 e 4.

¹⁴⁴ Ad ulteriore conferma di tale assunto (critico), si rinvia alla cospicua giurisprudenza di cui alla sezione 3 (rappresentata anche statisticamente nel relativo capitolo 5, paragrafo 4, punti 5.7 e 5.8). Inoltre, il punto specifico verrà ampiamente sviluppato (anche) nel relativo capitolo 4, paragrafo 3, punti 4.19 ss. (cui, dunque, si rinvia integralmente).

¹⁴⁵ Cfr. AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e requisiti di ammissibilità*, cit., pag. 3, il quale, come già detto, distingue per tale ragione l'operazione di conferimento da quella di cessione; conf. AMATORE, *Il concordato*, cit., pag. 278.

¹⁴⁶ Cfr. PETTIROSSI, *op., cit.*, pag. 219.

¹⁴⁷ Tale potendo essere il caso in cui l'«operazion(e) di conferimento (viene) deliberat(a) al fine di mettere in atto sostanziali cessioni (...) d'azienda; in pratica una volta ottenuta la partecipazione nella conferitaria, la società conferente procederà alla cessione della partecipazione medesima», distribuendo poi il ricavato al ceto creditorio (cfr. RIVA, *Concordato*, cit., pag. 18).

In tal caso, «l'intervento (...) del terzo [investitore] è integralmente effettuato all'interno della newco e/o nella propria società conferitaria»; pertanto, diversamente dall'ipotesi di cessione d'azienda (v. cap. 2, par. 2, p. 2.5), «non vi è alcun trade off tra quanto viene destinato al soddisfacimento dei creditori e quanto viene destinato all'investimento nell'impresa, perché tutte le risorse che il terzo è disponibile a mettere a disposizione confluiscono nell'attività d'impresa e l'unico soddisfacimento che i creditori

(ii) la diretta assegnazione ai creditori delle quote della conferente nella conferitaria, con conseguente cd. conversione del debito in capitale; (iii) i flussi distribuiti, sotto forma di dividendi o riparti, dalla conferitaria stessa¹⁴⁸.

Peraltro, occorre rilevare che, in relazione a quest'ultima ipotesi, è stato «riten(uto) inverosimile che la soddisfazione dei creditori possa constare nella distribuzione dei dividendi percepiti dalla società attraverso la partecipazione»¹⁴⁹. A parere di chi scrive, tale considerazione non è condivisibile, oltre che smentita sia dalla dottrina sia dalla stessa prassi giudiziaria. Ed invero, è stato sostenuto che «la conferente», nel caso di specie, benché «non (abbia) un rischio diretto derivante dall'attività d'impresa», comunque potrebbe «beneficiare degli eventuali utili prodotti dalla conferitaria (...) in modo indiretto attraverso la distribuzione degli» stessi. Per tale via, ossia proprio «attraverso il flusso dei dividendi distribuiti dalla conferitaria», la conferente potrà «recuperare le risorse finanziarie per far fronte al soddisfacimento dei creditori concorsuali»¹⁵⁰. A riprova della «verosimiglianza» di tale situazione, merita di essere segnalato il provvedimento emesso, in data 30 maggio 2013, dal Tribunale di Padova¹⁵¹ in relazione ad un caso concreto di prosecuzione indiretta dell'attività da parte di una *newco* (partecipata totalmente dalla conferente in concordato preventivo), *newco* la quale - come contropartita al conferimento d'azienda - avrebbe «forni(to) risorse [proprio] sotto forma di dividendi alla ricorrente» (*rectius*, in via mediata, ai creditori).

2.10-. Il conferimento come strumento per garantire la continuazione non solo oggettiva, ma anche mediata, dell'attività d'impresa.

Precisato quanto precede, a questo punto occorre altresì puntualizzare che la titolarità della partecipazione societaria in capo all'impresa in concordato preventivo non attribuisce a quest'ultima solo diritti patrimoniali (quali il diritto

concorsuali possono aspettarsi è quello che deriva dai risultati dell'attività d'impresa» (cfr. LOLLI, *op., cit.*, pagg. 1086 ss.).

¹⁴⁸ Cfr. NARDECCHIA - RANALLI, *op., cit.*, pagg. 2286-2287, il quale ipotizza anche «situazioni intermedie e più articolate, che combinano diverse forme di continuità diretta e indiretta».

¹⁴⁹ Cfr. PETTIROSSI, *op., cit.*, pag. 219, che ipotizza invece, come ulteriore possibile modalità di soddisfo del ceto, «l'impegno [in tal senso] della conferitaria in qualità di assuntore».

¹⁵⁰ Cfr. SANDRINI, *L'affitto d'azienda e il concordato preventivo con continuità aziendale*, in *unijuris.it*, pag. 5. Nello stesso senso D'ORAZIO, *op., cit.*, pag. 82, nonché LOLLI, *op., cit.*, pagg. 1086 ss., il quale (in relazione alla *quaestio iuris* affrontata in chiusura del precedente punto 2.5) afferma altresì che «solo con riferimento alla necessaria distribuzione degli utili prodotti piuttosto che sulla loro destinazione all'autofinanziamento dell'attività d'impresa (...) si può concepire un disallineamento dell'interesse tra impresa» - *rectius* il terzo investitore - «e creditori».

¹⁵¹ In *Pluris*.

alla partecipazione agli utili prodotti dalla conferitaria, nonché il diritto al rimborso del valore della propria quota), bensì anche diritti amministrativi. Ciò, anzitutto, risulta particolarmente rilevante nell'ipotesi in cui il piano concordatario preveda che il ceto debba essere soddisfatto attraverso il ricavato della dismissione della quota partecipativa. Ed invero, laddove quest'ultima non sia venduta in tempi brevi, «è verosimile» che l'impresa in concordato preventivo, nelle more della procedura ovvero dopo l'omologazione, sia chiamata a votare nell'assemblea della conferitaria, così «continuando ad esercitare un'influenza [sostanziale] nella gestione dell'attività di impresa»¹⁵².

Tale sostanziale influenza, peraltro, a parere di chi scrive potrà registrarsi, altresì, qualora il piano preveda che il soddisfo dei creditori avvenga a mezzo conversione del debito in capitale, ovvero anche mediante la distribuzione dei dividendi da parte della conferitaria. Infatti, in tali due ipotesi come in quella precedente, potrebbe essere registrato un periodo di tempo durante il quale il debitore in concordato preventivo potrebbe continuare a mantenere una forma di controllo nelle deliberazioni inerenti l'azienda conferita. Ciò, in particolare, allorquando la partecipazione societaria sia ancora in capo all'impresa in concordato preventivo (in attesa di assegnazione della stessa ai creditori), oppure quando la conferitaria non abbia ancora provveduto alla formale distribuzione dei propri dividendi.

Pertanto, in tutte le tre ipotesi *testé* prospettate, la continuità aziendale ben può dirsi essere «una continuità indiretta sui generis, anche definibile come *continuità mediata*»¹⁵³.

2.11-. Anche il conferimento d'azienda può essere posto in essere in ogni tempo.

Precisato tutto quanto precede, occorre ora concludere il presente paragrafo rilevando che quanto detto *supra* in relazione al **momento di possibile effettuazione** della cessione d'azienda può (e deve) riaffermarsi anche in caso di conferimento.

Ed invero, anche in tal caso le modalità del trasferimento dell'azienda potranno essere «in toto *predeterminate all'interno dell'istanza ex art. 161, comma 6°*

¹⁵² Cfr. PETTIROSSI, *op. cit.*, pag. 219, che parla della conferitaria come di un «"diaframma" tra il debitore e l'azienda».

¹⁵³ Cfr. PETTIROSSI, *op. cit.*, pag. 219, che però limita l'assunto alla sola ipotesi di soddisfo del ceto a mezzo liquidazione della quota partecipativa.

l. fall.», ovvero anche «"condivise" con gli organi della procedura» ai sensi degli artt. 161, settimo comma, oppure 167, secondo comma, l.f.¹⁵⁴.

A conferma di ciò merita di essere segnalato il decreto di ammissione *ex art.* 163 l.f. emesso dal Tribunale di Palermo in data 3 giugno 2014¹⁵⁵. Nel (complesso) caso di specie, piano e proposta concordatari prevedevano che il ceto sarebbe stato soddisfatto grazie ad una serie di operazioni, alcune delle quali già poste in essere ed altre ancora da compiersi. In particolare, nella fase antecedente all'ammissione al concordato, era stata effettuata (tra l'altro) un'operazione straordinaria di aggregazione societaria, consistente nella costituzione di una *newco* (di tipo s.a.s.) nella quale le società ricorrenti avevano conferito (in qualità di socie accomandatarie) le rispettive aziende, condizionando risolutivamente i conferimenti alla mancata omologa del concordato preventivo. Inoltre, al fine di far assumere anche ai soci accomandanti conferenti (ma non ricorrenti *ex artt.* 160 ss. l.f.) la responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali, la *newco* (s.a.s.) aveva deliberato la propria trasformazione in s.n.c.¹⁵⁶, condizionando sospensivamente l'efficacia di tale operazione straordinaria all'omologazione. Nelle more della procedura, la *newco* avrebbe proseguito l'attività e, mediante i flussi di cassa così ottenuti, avrebbe soddisfatto tutti i creditori privilegiati. Solo in un secondo momento, ossia ad omologa avvenuta¹⁵⁷, sarebbe stato posto in essere un ulteriore trasferimento d'azienda (nelle alternative forme della cessione o del conferimento) dalla *newco* ad altra società assuntrice¹⁵⁸.

Tale (complesso) "precedente" conferma la tesi di cui *supra*, ossia che risulta possibile e legittimo il compimento di un trasferimento d'azienda anteriormente all'ammissione alla procedura concordataria. Anzi, è ammissibile non solo tale operazione, bensì anche (i) la costituzione della *newco* cui conferire

¹⁵⁴ Cfr. LOLLI, *op. cit.*, pagg. 1086 ss. Nello stesso senso, *ex multis*, FERRO, *op. cit.*, pag. 2703, e STANGHELLINI, *Il concordato*, cit., pagg. 1235 ss.

¹⁵⁵ In *ilcaso.it*.

Parimenti e più di recente, Trib. Rovereto, 16 luglio 2015, inedita, ha esaminato la fattispecie in cui il debitore depositava una domanda di concordato preventivo che prevedeva (tra l'altro) la prosecuzione dell'attività a mezzo del conferimento - posto in essere (appunto) prima della domanda di ammissione - di un ramo d'azienda in una *newco* interamente partecipata dalla conferente.

¹⁵⁶ Tipo societario che, come noto, non permette il distinguo di responsabilità (illimitata e limitata) dei soci, diversamente dal tipo s.a.s. (ove sono soltanto i soci accomandati ad essere illimitatamente responsabili per le obbligazioni contratte dalla società).

¹⁵⁷ Evento che avrebbe significato il definitivo avveramento della predetta condizione sospensiva, nonché il definitivo mancamento della detta condizione risolutiva.

¹⁵⁸ La quale, quindi, si sarebbe fatta carico dei residui debiti concordatari.

l'azienda «in esercizio», nonché (ii) altre operazioni straordinarie (quale può essere la trasformazione societaria) comunque necessarie e strumentali all'attuazione del piano concordatario cd. con continuità. In altri termini, e come già detto più volte, ciò che rileva ai fini dell'operatività dell'art. 186-bis è soltanto la strumentalità dell'operazione (di trasferimento d'azienda) alla «migliore soddisfazione dei creditori».

Quanto precede, all'evidenza, può e deve replicarsi anche in relazione al distinto caso di conferimento (o cessione) di azienda posto in essere (*rectius* autorizzato) in pendenza di procedura (benché lo stesso non sia riconducibile allo specifico "precedente" qui considerato)¹⁵⁹.

Paragrafo 4 – Continuità parziale e concordato anche liquidatorio

2.12-. La legittimità del concordato con continuità solo parziale.

Rappresentate *supra* le tre fattispecie di continuità aziendale *ex art.* 186-bis, a questo punto occorre proseguire analizzando l'inciso con cui si chiude il primo comma dell'articolo in commento, secondo il quale «il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa»¹⁶⁰. Tale inciso, come anticipato al punto 1.12 del precedente capitolo, prefigura il **concordato cd. con continuità parziale**, finalizzato cioè al salvataggio dell'impresa (ed al soddisfo del ceto creditorio) attraverso la continuazione solo di parte dell'attività. In particolare, quest'ultima può essere proseguita mediante uno o più (ma non tutti i) rami d'azienda¹⁶¹, ovvero anche attraverso la (pura e semplice) riduzione dell'operatività aziendale rispetto al livello d'attività precedente¹⁶². In tali casi, è in relazione ai detti rami d'azienda, oppure in relazione al ridotto livello

¹⁵⁹ Conf., *ex multis*, FERRO, *op., cit.*, pag. 2703, e STANGHELLINI, *Il concordato*, cit., pagg. 1235 ss.

¹⁶⁰ In relazione al termine "liquidazione" è stato sostenuto, in generale, che «i termini di riferimento della liquidazione e della continuità (...) vanno individuati rispettivamente nell(a) proposta concordataria e nel piano». In particolare, «con riguardo all'oggetto dell(a) proposta, «ossia alla cessione del patrimonio (...) appare evidente come» la liquidazione «- integrando una prestazione di dare - possa essere oggetto solo e soltanto della proposta». Infatti, la «liquidazione (...) può essere considerata in un piano, (...) che concerne (...) operazioni e non prestazioni», solo «in senso procedurale»; in altri termini, in esso «potrà semplicemente stabilirsi la modalità della (...) prestazione oggetto dell'offerta», definendo «il termine "liquidazione" (...) il procedimento attraverso cui realizzare la liquidazione dei beni» (cfr. DI MARZIO, *Liquidazione e continuità nel concordato preventivo*, pagg. 1-2, in *ilfallimentarista.it*, 15 maggio 2013).

¹⁶¹ Al riguardo AMATORE, *Il concordato*, cit., pag. 278, afferma che «l'altra parte dell'attivo», ossia il ramo non in continuità, «viene liquidat(o) atomisticamente».

¹⁶² Cfr. FERRO, *op., cit.*, pag. 2702, e STANGHELLINI, *Il concordato*, cit., pag. 1230.

d'attività, che le agevolazioni *pro* continuità di cui all'art. 186-bis possono operare¹⁶³, sempre che (alla luce di quanto subito *infra*) siano applicabili nel caso concreto.

Per quanto concerne, invece, la destinazione del ricavato della liquidazione dei beni non funzionali all'attività, pare sufficiente rilevare che la norma nulla dispone al riguardo. Pertanto, il piano ne potrà prevedere la destinazione a sostegno della continuità o a soddisfacimento dei creditori anteriori, ovvero anche all'immediato soddisfo di quei creditori che sugli stessi beni vantano diritti di prelazione¹⁶⁴.

2.13-. La natura non funzionale dei beni liquidabili ex art. 186-bis: il proponente e l'attestatore quali unici soggetti deputati all'individuazione dei beni non strumentali all'attività.

Fatte queste premesse generali e venendo al tema inerente la **natura «non funzionale» dei beni liquidabili ex art. 186-bis**, anzitutto giova precisare che il requisito della funzionalità dev'essere verificato in relazione alle prospettive di esercizio dell'impresa così come esplicitate nel piano concordatario¹⁶⁵. Diversamente, ossia verificando il detto requisito in relazione all'attività così come esercitata dal debitore, quest'ultimo beneficerebbe di minore flessibilità in sede di predisposizione del piano di concordato. Al riguardo, un esempio può forse aiutare a comprendere la portata dell'assunto. In caso di avvaloramento di quest'ultima tesi, l'immobile ove è svolta l'attività d'impresa dovrebbe ritenersi funzionale *ex se* e, perciò, certamente non liquidabile ai sensi dell'art. 186-bis¹⁶⁶. Al contrario, qualora si volesse sposare la prima tesi, lo stesso immobile potrebbe essere liquidato oppure no, a seconda delle previsioni di piano inerenti il luogo ove si vuole che l'attività continui (in via diretta ovvero indiretta)¹⁶⁷.

¹⁶³ Ed invero, è stato sostenuto che «se la continuità si ha solo per un ramo aziendale, è in relazione a questo che si verificherà la conservazione dei contratti ai sensi del comma 3» dell'art. 186-bis (cfr. STANGHELLINI, *Il concordato*, cit., pag. 1230).

¹⁶⁴ Cfr. FERRO, *op.*, cit., pag. 2703, e NARDECCHIA – RANALLI, *Sub art. 186-bis*, cit., pag. 2286; conf. VELLA, *op.*, cit., pagg. 184-185.

¹⁶⁵ Cfr. BALDASSARRE – PERENO, *op.*, cit., pag. 3; conf. FERRO, *op.*, cit., pag. 2702.

¹⁶⁶ Cfr. BALDASSARRE – PERENO, *op.*, cit., pag. 3.

¹⁶⁷ Cfr. BALDASSARRE – PERENO, *op.*, cit., pag. 3, secondo cui - dunque - «il piano potrebbe prevedere la liquidazione dell'immobile nel caso in cui la cessionaria dell'azienda, ovvero la medesima società (...) in (...) caso di continuità diretta o la conferitaria optino per l'esercizio (...) in altro immobile». Appare quindi evidente che «la (prima) interpretazione pare preferibile, in quanto consente una maggiore elasticità nelle scelte gestionali e nelle conseguenti implicazioni economiche (...) non vincolando [né] l'impresa [in concordato preventivo né] la cessionaria o la conferitaria» d'azienda.

A fronte di quanto precede non può che essere avvalorata quella tesi secondo cui la scelta dei beni da liquidarsi *ex art. 186-bis* costituisce oggetto di «una valutazione rimessa (...) al deb(itore)» (in sede di libera predisposizione del piano) «ed al professionista» esperto (in sede di relazione attestativa)¹⁶⁸.

2.14-. Segue: i limiti di prevedibilità in piano della liquidazione di beni strumentali e le conseguenze discendenti dalla violazione dei medesimi limiti.

Venendo ora al **caso di prevista liquidazione di beni che siano «funzionali» all'esercizio d'impresa**, occorre chiedersi quali siano le conseguenze di tale pianificazione, atteso che l'art. 186-bis è chiaro nel limitare la legittimità del concordato con continuità parziale alla sola liquidabilità di beni «non funzionali» all'attività. Al riguardo sono stati ipotizzati tre ordini di conseguenze: «a) la inammissibilità del concordato preventivo in continuità (...); b) la riqualificazione del concordato preventivo come meramente liquidatorio (...); c) la invalidità o la inefficacia nei confronti dei creditori degli atti di alienazione di beni funzionali alla continuità aziendale, cui consegue la possibilità di retrocessione degli stessi»¹⁶⁹.

A parere di chi scrive, tale tesi è (solo) parzialmente condivisibile. Anzitutto perché, in generale, occorre distinguere il caso in cui il piano garantisca la disponibilità del bene liquidato al soggetto che continuerà a condurre l'attività, dal caso in cui ciò non venga previsto. Nella prima situazione, realizzabile per esempio attraverso un contratto di *leasing* concluso *ad hoc*¹⁷⁰, il concordato potrà essere comunque ricondotto all'art. 186-bis, poiché «ciò che è funzionale all'attività d'impresa è la disponibilità, e non la proprietà, del bene»¹⁷¹. Solo nella seconda ipotesi considerata, dunque, le tre alternative di cui *supra* potranno (se del caso) rilevare.

¹⁶⁸ Cfr. FERRO, *op., cit.*, pag. 2702, che però cita altresì quelle altre «tesi» secondo cui tale valutazione «rientr(erebbe) nel giudizio di ammissibilità del tribunale»; conf. NARDECCHIA – RANALLI, *Sub art. 186-bis*, *cit.*, pag. 2286, nonché (con particolare riguardo all'attestazione dell'esperto) LO CASCIO, *op., cit.*, pag. 150.

¹⁶⁹ Cfr. FERRO, *op., cit.*, pagg. 2707-2708, il quale ritiene che «le prime due alternative scontin(o) le difficoltà di una astratta verificabilità del nesso funzionale (...) tra singoli beni e continuità aziendale, il quale pare rimesso alle concrete scelte programmatiche del deb(itore)». Da parte sua, «la terza soluzione (...) appare problematica sul piano della concreta praticabilità anche processuale». Nello stesso senso VELLA, *op., cit.*, pag. 184.

¹⁷⁰ Ma, al riguardo, è prospettabile anche la stipula di altri tipi di contratto, quale può essere (anche ma non solo) il comodato.

¹⁷¹ Cfr. MAFFEI ALBERTI, *op., cit.*, pag. 1328; conf. NARDECCHIA – RANALLI – SALVATO, *op., cit.*, pag. 2328.

In particolare - precisato quanto precede -, a parere di chi scrive il concordato che preveda la liquidazione di beni funzionali all'impresa, senza al contempo consentirne il godimento all'imprenditore in continuità, va riqualificato come concordato preventivo liquidatorio. Pertanto, anzitutto non può avvalorarsi quell'altra tesi secondo cui «(l)a figura di conc(ordato con continuità) ricorr(erebbe) ogniqualvolta l'azienda, sia pure privata di beni strumentali, sia idonea all'esercizio dell'attività di cui il piano prevede la continuazione»¹⁷². Ed invero, tale prospettazione «appare estremamente liberale, ma formalmente non rispettosa del dettato normativo, di tenore chiaramente restrittivo in ordine alla caratteristica di funzionalità dei beni rispetto all'esercizio»¹⁷³. Per lo stesso ordine di ragioni non possono essere condivise le ipotesi *subb* lett. a) e c) della tesi di cui sopra, secondo le quali, rispettivamente, la liquidazione di beni funzionali (senza garanzia di mantenimento della disponibilità degli stessi in capo all'impresa in continuità) determinerebbe (i) l'inammissibilità del concordato preventivo proposto oppure (ii) l'invalidità (o l'inefficacia) degli atti giuridici posti in essere a tale scopo. Ed invero, l'art. 186-*bis* nulla dispone nel senso di cui alle due tesi sotto critica, limitandosi lo stesso a prevedere la liquidabilità di beni che siano «non funzionali all'esercizio dell'impresa». Pertanto, pare condivisibile la prospettazione *sub* lett. b), secondo la quale il concordato preventivo proposto dovrebbe venire riqualificato (da parte del tribunale, eventualmente su indicazione del commissario) come cd. liquidatorio. Infatti, il debitore che predispone il piano in funzione anche della dismissione atomistica di beni funzionali (senza al contempo consentirne il godimento all'imprenditore in continuità) deve ritenersi conscio del fatto che, così facendo, propone un concordato il quale fuoriesce dal chiaro tenore letterale dell'art. 186-*bis*. In tale situazione, concludendo, deve ritenersi che sia lo stesso debitore in concordato preventivo ad autoescludere la possibilità d'applicazione dell'art. 186-*bis*. Donde,

In relazione alle "nuove" tendenze verso l'assegnazione di una primaria importanza alla disponibilità, non più alla proprietà, di un bene - importanza di disponibilità (più che di proprietà) che induce molti, per esempio, a preferire la stipula di un *leasing* piuttosto che di una compravendita - si rinvia all'ampia disamina condotta sul tema da BOCCHINI, *La vendita di cose mobili. Artt. 1510-1536*, 2004, pagg. 317 ss., in BUSNELLI (diretto da) e SCHLESINGER (fondato da), *Il Codice Civile Commentario*. Sul tema si è espresso anche ROPPO, *Il contratto*, 2011, pagg. 400-401, in IUDICA - ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, che fa proprio l'esempio del *leasing* quale contratto (se del caso) da preferirsi rispetto alla tradizionale compravendita.

¹⁷² Cfr. MAFFEI ALBERTI, *op.*, *cit.*, pag. 1329.

¹⁷³ Cfr. VELLA, *op.*, *cit.*, pag. 168.

la necessaria (e doverosa) riqualificazione del concordato preventivo proposto quale concordato meramente liquidatorio.

2.15-. L'ambito applicativo dell'art. 186-bis: la cd. teoria dell'assorbimento o della prevalenza come criterio ermeneutico utile per individuare la disciplina applicabile in caso di concordato misto.

Precisato tutto quanto precede, a questo punto pare utile concludere evidenziando che, nella prassi, il piano concordatario non è sempre chiaramente strutturato nel senso della continuità aziendale oppure nell'opposto verso della liquidazione pura e semplice. Al contrario, spesso piano e proposta prefigurano un **concordato cd. misto** (o, come detto *supra*, con continuità parziale¹⁷⁴), nel quale cioè alla prosecuzione d'attività si affiancano inserti liquidatori più o meno rilevanti nell'economia complessiva dell'operazione di *restructuring*¹⁷⁵. In tal caso, anche tenendo conto delle considerazioni fatte ai punti 1.13 e seguenti del precedente capitolo, risulta fondamentale saper categorizzare tale concordato nel senso di cui all'art. 186-bis ovvero quale concordato preventivo liquidatorio. A quest'ultimo scopo sono state proposte tre soluzioni, riassumibili schematicamente come segue.

Secondo una tesi - avvalorata, come si dirà *infra*, anche dalla giurisprudenza edita sul punto -, nell'ipotesi di concordato misto si rende necessario acclarare se debba essere applicato l'art. 186-bis, l'art. 182 l.f. oppure

¹⁷⁴ Al riguardo della terminologia da impiegare per definire il concordato di cui trattasi, a parere di chi scrive non rileva il fatto che quest'ultimo sia denominato "misto" ovvero "con continuità parziale", o ancora in qualsivoglia altro modo. Peraltro, occorre rilevare che, secondo LAMANNA, *Che cos'è e quando è configurabile il cd. concordato "misto"?*, pag. 1, in *ilfallimentarista.it*, 16 settembre 2015, «se la legge (...) consente che il piano di continuità [diretta] possa prevedere la liquidazione di beni non funzionali (...), ciò non significa che alla continuità d'impresa si aggiunga, determinando una "mistione" di cause e di figure, una possibilità liquidativa extra ordinem, essendo essa (...) la conseguenza naturale, fisiologica della struttura e della causa del tipo concordato» con continuità diretta. «La norma, invece, ha solo voluto chiarire (ma ad abundantiam) un dato che, forse, nell'applicazione pratica dell'istituto avrebbe potuto reputarsi dubbio, ossia che la continuità diretta o pura (...) è del tutto compatibile con tale possibilità liquidativa. È quindi consigliabile limitare l'utilizzo dell'espressione "concordato misto", se proprio non può farsene a meno, ai soli concordati con continuità aziendale "impura" o "indiretta"».

¹⁷⁵ Cfr. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, pag. 4, in *ilcaso.it*, che prospetta altresì l'ipotesi di un «piano "misto"» ove i «beni estranei al perimetro aziendale» possono anche «rappresenta(re) la parte preponderante dell'attivo (come accade quando nel patrimonio dell'imprenditore sia ricompreso un ampio patrimonio immobiliare non strettamente strumentale all'attività d'impresa)».

entrambi gli articoli¹⁷⁶. Sgombrato ogni dubbio al riguardo dell'insostenibilità di quest'ultima prospettazione¹⁷⁷, la tesi ora considerata ritiene che «non sembrano esservi alternative all'adozione della teoria [civilistica] dell'assorbimento o della prevalenza, vale a dire di quel [noto] criterio ermeneutico che, nel caso di contratto misto, conduce all'applicazione della disciplina dello schema negoziale tipico al quale siano riconducibili gli elementi prevalenti»¹⁷⁸. Pertanto, tutte le volte in cui la continuità aziendale appaia servente alla migliore e più efficiente liquidazione, sarebbe l'art. 182 l.f., non già l'art. 186-bis, a dover essere applicato¹⁷⁹. Diversamente, allorché il piano sia incentrato principalmente sulla continuazione (soggettiva oppure oggettiva) dell'attività, dovrebbe trovare applicazione l'art. 186-bis¹⁸⁰.

Tale tesi, che in questa sede s'intende sposare per le ragioni di cui *infra*, è stata avvalorata altresì da parte della giurisprudenza di merito. Ed invero, in più

¹⁷⁶ Cfr. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, pagg. 114 ss., in VASSALLI - LUISO - GABRIELLI, *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali. Le altre procedure concorsuali*, 2014, e AMBROSINI, *Appunti*, cit., pagg. 4 ss.

¹⁷⁷ In relazione alla quale è stato sostenuto che la stessa «presta il fianco all'obiezione - difficilmente superabile - che i regimi in esame presentano profili di contrasto che ne rendono sostanzialmente impraticabile l'applicazione congiunta», stante la nomina del liquidatore giudiziale nel solo concordato ex art. 182 l.f., non già «nell'ipotesi di piano con continuità aziendale» (cfr. AMBROSINI, *Il concordato*, cit., pagg. 114 ss. e AMBROSINI, *Appunti*, cit., pagg. 4 ss.). Conf. in giurisprudenza, ex multis, Trib. Alessandria, 18 gennaio 2016, in *ilcaso.it* (contra, Trib. Roma, 18 dicembre 2015, in *fallimentiesocieta.it*, secondo cui «la natura del (...) concordato (...) con cessione (...) non affatto (sarebbe) incompatibile con la nomina di un commissario liquidatore, dovendosi comunque procedere (...) alla conduzione di una procedura di evidenza pubblica per la cessione (...) di azienda; alla liquidazione dell'attivo [eventualmente] residuale; all'attività di regolazione dei crediti [se presenti]; alla predisposizione dei piani di riparto, nonché alla gestione del [probabile] contenzioso e delle eventuali [conseguenziali] transazioni»).

¹⁷⁸ Cfr. AMBROSINI, *Il concordato*, cit., pagg. 114 ss., e AMBROSINI, *Appunti*, cit., pagg. 4 ss.

In relazione a tale teoria di matrice civilistica, in questa sede ci si limita a rinviare a ROPPO, *op.*, cit., pagg. 405 ss.

¹⁷⁹ Al riguardo AMBROSINI, *Il concordato*, cit., pagg. 114 ss., fa l'esempio (i) del «temporaneo mantenimento della rete commerciale» al solo scopo di procedere alla migliore «alienazione della merce presente in magazzino», nonché (ii) della «cessione dell'azienda (...) ancillare - in termini qualitativi e quantitativi - rispetto alla liquidazione atomistica della residua parte del patrimonio» (conf. AMBROSINI, *Appunti*, cit., pagg. 4 ss.). Peraltro, in relazione al primo esempio, Trib. Ravenna, 19 agosto 2014, in *ilcaso.it*, ha ritenuto applicabile l'art. 186-bis, contro la prospettata tesi dottrinale. Ed invero, nel provvedimento si legge che «è ammissibile [ai sensi dell'art. 186-bis] la (...) continuità aziendale temporanea (...) volta ad eseguire progetti o contratti specifici che portino favorevoli risultati ai creditori, sotto forma di incasso di somme ma anche di conservazione del valore degli assets aziendali in vista di una successiva liquidazione».

¹⁸⁰ Cfr. AMBROSINI, *Il concordato*, cit., pagg. 114 ss., e AMBROSINI, *Appunti*, cit., pagg. 4 ss. Nello stesso senso TRENTINI, *op.*, cit., pagg. 397-398, e NARDECCHIA - RANALLI - SALVATO, *op.*, cit., pag. 2327.

occasioni quest'ultima ha avuto modo di statuire che «in ipotesi di concordato misto (...) per individuare le norme da applicare nel caso concreto occorre verificare se le operazioni di dismissione previste, ulteriori rispetto» alla continuità aziendale, «siano o meno prevalenti, in termini quantitativi e qualitativi, rispetto al valore azienda»¹⁸¹.

2.16-. Segue: confutazione sia della tesi favorevole alla dirimenza del confronto numerico tra l'attivo ricavabile dalla liquidazione e quello derivante dalla continuità, sia della tesi che considera rilevante la pura e semplice previsione in piano della continuità aziendale.

Peraltro, come anticipato, la tesi che guarda con favore alla predetta teoria dell'assorbimento non è pacifica in dottrina, essendosi espresse sul punto - i.e. in materia di disciplina applicabile in caso di concordato con continuità parziale - almeno altre due correnti.

Secondo tali correnti, qualora il concordato abbia un contenuto anche liquidatorio, non occorre verificare se il piano sia principalmente fondato sulla continuità aziendale oppure - il che è lo stesso - se quest'ultima non sia meramente accessoria alla liquidazione concorsuale. Piuttosto, secondo una tesi, risulta dirimente «la circostanza relativa alla proporzione tra quanta parte dell'attivo viene liquidata senza venire utilizzata per finalità produttive (...) e quanta parte (...) continua ad essere asservita al perseguimento delle finalità imprenditoriali»¹⁸². Invece, secondo una terza tesi, al quesito "se un piano possa dirsi con continuità sol perché l'attivo ricavato dalla liquidazione risulta superiore a quello realizzabile

¹⁸¹ Cfr., ex multis, Trib. Mantova 19 settembre 2013, in *ilcaso.it*, e Trib. Vercelli, 13 agosto 2014, in *ilcaso.it*. Per un caso di prevalenza, in termini quantitativi e qualitativi, dell'elemento continuità (rispetto all'aspetto meramente liquidatorio del concordato preventivo proposto) si rinvia a Trib. Forlì, 24 dicembre 2014, in *ilcaso.it*. Nello stesso senso, da ultimo, Trib. Alessandria, 18 gennaio 2016, *cit.*, secondo cui «al concordato cd. "misto" deve essere applicata un'unica disciplina, corrispondente alla componente "prevalente" in termini economici e funzionali»; pertanto «l'art. 182 legge fall. (...) non è applicabile al concordato con continuità aziendale cd. indiretta e al concordato cd. misto con prevalenza della componente di continuità» (contra, Trib. Ravenna, 28 aprile 2015, in *Fallimento*, 1/2016, pagg. 77 ss., con nota di MACAGNO, *Il concordato con continuità aziendale: il confine ultimo di un istituto sotto accusa*, secondo cui «la disciplina applicabile al concordato (andrebbe) individuata non secondo il criterio della c.d. "prevalenza", ma secondo quella della c.d. "combinazione", che prevede l'applicazione delle discipline volta a volta più confacenti con la porzione di piano concordatario che viene in esame, a seconda della causa concreta perseguita dal debitore, con l'ulteriore conseguenza che, per l'attuazione della parte liquidatoria del piano, il tribunale d(ovrebbe) nominare il liquidatore giudiziale»).

¹⁸² Cfr. LOLLI, *op. cit.*, pagg. 1086 ss., il quale aggiunge che «se il (...) piano (...) è (...) essenzialmente liquidatorio e la continuazione della attività (...) ha un rilievo marginale (...) manca il presupposto sostanziale per postulare l'applicazione della disciplina concordataria in continuità».

con la prosecuzione (diretta o indiretta) dell'attività", occorre rispondere in senso «negativo (...) mancando ogni riferimento di diritto positivo in merito; secondariamente, in forza delle norme restrittive contemplate dal legislatore poste a garanzia delle ragioni del ceto». Secondo quest'ultima tesi, in ultima analisi, è necessario «imporre l'osservanza dell'art.186-bis allorquando vi sia prosecuzione dell'attività di impresa, anche se residuale, poiché tale continuità potrebbe ingenerare la formazione di costi in prededuzione a carico della procedura e a danno dei creditori»¹⁸³.

Riassumendo, secondo tali correnti, la disciplina da applicarsi in caso di concordato con continuità parziale sarebbe quella di cui all'art. 186-bis, rispettivamente, quando: (i) almeno il 51% dell'attivo concordatario derivi dalla continuazione d'attività, oppure (ii) il piano preveda *sic et simpliciter* la prosecuzione dell'impresa. A parere di chi scrive, tali tesi non sono condivisibili, al contrario di quella rappresentata al precedente punto, per la quale risulta centrale la predetta teoria civilistica dell'assorbimento o della prevalenza. Ed invero, la prima di tali correnti alternative non pare avvalorabile giacché, come rilevato anche da parte di chi sostiene l'ultima tesi *testé* rappresentata, «*manca*(a) ogni riferimento di diritto positivo in» favore della dirimenza, ai fini dell'art. 186-bis, del raffronto meramente aritmetico tra il *quantum* d'attivo ricavabile dalla dismissione atomistica dei cespiti e quello derivante dalla continuità¹⁸⁴. Inoltre, tale tesi non è condivisibile in quanto non del tutto compatibile con la *ratio* dell'art. 186-bis, così come non lo è (per lo stesso ordine di ragioni) la tesi che considera dirimente la (pura e semplice) previsione in piano della continuità aziendale. Infatti, come noto, la *ratio* dell'articolo in commento consiste nella (miglior) tutela (possibile) del ceto, costituendo la continuità aziendale un valore meritevole di tutela solo se ed in quanto l'interruzione dell'attività possa determinare un pregiudizio per le ragioni creditorie¹⁸⁵. Da ciò appare evidente che: (i) adottando la prima tesi, potrebbe corrersi il rischio di escludere

¹⁸³ Cfr. PETTIROSSI, *op. cit.*, pag. 228; conf. Trib. Busto Arsizio, *cit.*, il quale statuisce che «non appare rilevante l'eventuale prevalenza o marginalità dei flussi derivanti dalla prosecuzione (...) nell'economia complessiva del piano. In altri termini, il mantenimento in esercizio anche di una sola parte o ramo dell'azienda, per quanto ridotta e ridimensionata rispetto all'originaria attività di impresa, è sufficiente a determinare l'integrale applicazione dello speciale statuto del "concordato con continuità", senza che sia necessario compiere alcuna indagine comparativa (...) volta a stabilire la preponderanza dell'attivo riveniente dalla prosecuzione aziendale rispetto alla componente liquidatoria».

¹⁸⁴ A ciò si aggiunga quanto sostenuto dal citato provvedimento emesso dal Tribunale di Busto Arsizio, ossia che il detto raffronto numerico «presenta spesso rilevanti margini di incertezza». Donde, l'assoluta incondivisibilità della tesi in considerazione.

¹⁸⁵ Cfr. *supra*, p. 1.10 cap. 1.

dall'ambito applicativo dell'art. 186-*bis* alcuni concordati sol perché il 51% del relativo attivo non derivi dalla continuazione d'attività (con conseguente minor tutela del ceto). Invece, (ii) sposando la seconda tesi sotto critica, si rischierebbe di ricondurre entro l'ambito applicativo dell'art. 186-*bis* concordati fondati su di una continuità aziendale che rivesta, «nell'economia del piano, posizione [meramente] *marginale*» (con conseguente ingiustificata tutela della continuità medesima)¹⁸⁶.

A fronte delle serrate critiche che precedono, l'unica tesi avvalorabile risulta quella rappresentata al precedente punto, anche perché la *ratio* dell'art. 186-*bis* richiede che la continuità aziendale, per meritare tutela giuridica, deve costituire un elemento portante della complessiva operazione di *restructuring*. In altri termini, la stessa non può rappresentare un aspetto solo marginale del piano concordatario. Semmai, ai fini dell'applicabilità dell'art. 186-*bis* in caso di concordato misto, sarà la liquidazione dei beni non funzionali all'attività a (dover) essere l'elemento secondario, non già principale, del concordato preventivo proposto, e ciò nel rispetto della predetta teoria dell'assorbimento¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Cfr. TRENTINI, *op. cit.*, pag. 398.

¹⁸⁷ Cfr., *ex multis*, TRENTINI, *op. cit.*, pag. 398, e NARDECCHIA – RANALLI – SALVATO, *op. cit.*, pag. 2327. Da ultimo e dopo la recentissima riforma dell'estate 2015, AMBROSINI, *Il nuovo concordato*, cit., pag. 369.

Capitolo 3 – Conclusioni sul cd. concordato con continuità aziendale

Paragrafo 1 – Breve riepilogo delle tesi sostenute, nonché rilievo del silenzio del legislatore sul trasferimento d'azienda in forma di affitto

3.1-. Rapida rilettura dell'art. 186-bis.

Come detto *supra*, in forza del combinato disposto delle riforme datate anno 2012 ed anno 2015, risulta essere stata avvalorata legislativamente la dicotomia (da tempo esistente) tra i concordati in continuità e quelli meramente liquidatori (v. cap. 2, par. 1, pp. 1.11 ss.). Tra i primi sono categorizzabili (unitariamente) il concordato con continuità diretta (della stessa impresa ricorrente) nonché il concordato con continuità indiretta (conseguita a mezzo cessione o conferimento d'azienda). In relazione a questi ultimi tipi di concordato - i quali risultano tutti riconducibili all'art. 186-bis -, *supra* si è tentato di sostenere quanto segue:

- a) per quanto riguarda la continuità diretta, si è detto che il piano strutturato sulla medesima ha tendenzialmente una natura poliedrica, avendo spesso un contenuto anche liquidatorio e, comunque, non essendo (*rectius* non potendo essere) solo finalizzato al mantenimento dell'operatività aziendale. Peraltro, nella prassi tale tipo di concordato costituiva (prima della riforma del 2012) e costituisce (ancora) una "*rara avis*" (v. cap. 2, par. 2, pp. 2.2 ss.).
- b) Per quanto concerne, invece, la continuità indiretta a mezzo cessione, sopra si è tentato di sostenere che tale operazione può essere compiuta in ogni tempo (se del caso previa autorizzazione giudiziale), e cioè sia prima della presentazione della domanda di concordato sia dopo il deposito del ricorso *ex* art. 161, sesto comma, l.f. sia - infine - in pendenza di procedura. Tale prospettazione, a parere di chi scrive, è stata sostanzialmente avvalorata dalla recentissima riforma del 2015, avendo quest'ultima introdotto il nuovo art. 163-bis l.f. - il quale legittima espressamente l'effettuazione della cessione anche *ante* omologa - (v. cap. 2, par. 2, pp. 2.5 ss.).
- c) Per quanto riguarda, infine, la continuità indiretta/mediata a mezzo conferimento, si è detto che, come la cessione, anche tale operazione può essere posta in essere in qualsivoglia momento considerato alla precedente lett. b). Inoltre, si è detto altresì che il conferimento d'azienda garantisce una continuità non solo indiretta, ma anche mediata, dell'attività, venendo mantenuto, da parte

dell'impresa in concordato, un sostanziale controllo societario in seno agli organi sociali della conferitaria (v. cap. 2, par. 2, pp. 2.9 ss.).

Inoltre, sopra si è tentato di sostenere che il concordato *ex art. 186-bis* può essere strutturato anche in funzione della liquidazione di beni che siano, secondo il debitore, non funzionali all'esercizio d'impresa, ovvero anche strumentali all'attività (purché, in tal caso, venga contestualmente previsto il mantenimento in capo all'imprenditore della disponibilità di tali beni). In tale situazione, cioè in caso di concordato con continuità parziale, l'*art. 186-bis* può trovare applicazione solo se nel piano risulta prevalente la componente non liquidatoria, e ciò nel rispetto della nota teoria dell'assorbimento o della prevalenza - la quale è da preferirsi alle alternative correnti dottrinali sopra rappresentate e confutate - (v. cap. 2, par. 2, pp. 2.12 ss.).

3.2-. Segue: la mancanza di ogni e qualsivoglia riferimento al contratto d'affitto dell'azienda in crisi.

In virtù delle brevi considerazioni che precedono, nonché alla luce di una **rapida rilettura dell'art. 186-bis**, appare evidente che in quest'ultimo non risulta alcun riferimento espresso all'operazione di **affitto d'azienda**¹⁸⁸. Ciò, peraltro, sarebbe stato doveroso, atteso che tale operazione (veniva e) viene spesso posta in essere nella prassi anche al fine di mantenere operativa un'attività altrimenti destinata a cessare¹⁸⁹. Inoltre, in caso di contestuale assunzione, da parte dell'affittuario, dell'impegno ad acquistare l'azienda, si garantisce altresì solidità

¹⁸⁸ Né nulla al riguardo si rinviene nella recentissima riforma dell'estate 2015, come rilevato anche da VITIELLO, *Concordato*, cit., pagg. 1 ss.

Peraltro merita di essere segnalato quanto disposto dallo Schema di DdL elaborato dalla cd. Commissione Rordorf (citato in chiusura del capitolo 1 della sezione 1): in particolare, l'articolo 2 prevede - quale (proposto) principio direttivo *ex art. 76 Cost.* - di «*reformulare le disposizioni che hanno originato contrasti interpretativi, al fine di favorirne il superamento*» (tra le quali ben può, e dovrebbe, venire considerata anche quella di cui alla presente tesi di laurea). Da parte sua, il Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 103 del 10 febbraio 2016 recita - testualmente -: «*con il disegno di legge delega [del 10 febbraio 2016] (...) vengono semplificate le regole processuali con la riduzione delle incertezze interpretative e applicative che molto nuocciono alla celerità delle procedure concorsuali*».

¹⁸⁹ A ciò si aggiunga che, secondo BORSARI – ZOCCA, *Affitto d'azienda come strumento negoziale per gestire la crisi d'impresa*, in *Rivista delle operazioni straordinarie*, 7/2013, pag. 5, «*il contratto di affitto di azienda viene frequentemente utilizzato nella prassi quale atto preliminare e preparatorio alla predisposizione di una proposta concordataria*».

alla proposta di concordato, in quanto basata su «una concreta e vincolante offerta di acquisto per un prezzo determinato»¹⁹⁰.

A fronte di ciò, occorre ora approfondire le ragioni che inducono gli operatori economici a stipulare tale tipo di contratto di trasferimento temporaneo del godimento dell'azienda¹⁹¹. Successivamente, verranno (sommariamente) analizzati alcuni aspetti teorici inerenti l'operazione di affitto¹⁹², in quanto utili - poi - per meglio comprendere quanto si dirà *infra* in relazione alla (limitata) compatibilità di tale contratto con l'art. 186-bis¹⁹³.

¹⁹⁰ Cfr. BORSARI – ZOCCA, *op. cit.*, pag. 5, secondo cui «l'impegno del terzo all'acquisto, eventualmente rafforzato da garanzie personali per il caso di inadempimento, permette (...) ai creditori di fare ragionevole affidamento sul valore di realizzo attribuito all'azienda, accrescendo così le chances di approvazione» in sede d'adunanza.

¹⁹¹ Ciò sarà oggetto di considerazione nel capitolo introduttivo della prossima sezione di tesi di laurea.

¹⁹² Ciò, invece, sarà il tema d'approfondimento teorico di cui ai capitoli 2 e 3 della prossima sezione 2. Si anticipa fin d'ora che il tema di cui al detto capitolo 2 sarà anche oggetto di considerazione nel capitolo 1.

¹⁹³ Il che verrà sviluppato ampiamente nella sezione 3 della presente tesi.

www.osservatorio-oci.org

SEZIONE 2 - L'AFFITTO D'AZIENDA

www.osservatorio-oci.org

Capitolo 1 – Opportunità pratiche dell'operazione d'affitto

Paragrafo 1 – Le molteplici opportunità di stipula dell'affitto dell'azienda *in bonis*

1.1-. Premessa.

Come anticipato in chiusura della sezione precedente, nella prassi l'affitto d'azienda viene spesso posto in essere al fine del risanamento di un complesso produttivo in crisi. Peraltro, tale contratto risulta fondamentale anche in contesti fattuali diversi rispetto a quelli considerati nella presente tesi di laurea. Pertanto, prima di procedere oltre con l'esposizione delle ragioni che giustificano la concessione in affitto dell'azienda in crisi, pare utile rappresentare (per punti) i possibili motivi che inducono gli operatori economici ad effettuare l'operazione di affitto dell'azienda in bonis.

1.2-. Breve riepilogo schematico delle possibili ragioni economiche di stipula dell'affitto dell'azienda in bonis.

Tra le predette ragioni sottese al contratto d'affitto dell'azienda *in bonis* possono citarsi quelle seguenti: affitto a scopo di «mera redditività»¹⁹⁴, «momentane(a) sospen(sione dell')attività»¹⁹⁵, «disimpegn(o) dalle attività meno redditizie»¹⁹⁶, «imputa(zione) temporane(a) dell'impresa ad (altra) società del gruppo»¹⁹⁷, «ritir(o)» dall'attività dell'«impre(nditore) individual(e) in età avanzata» o «sospen(sione)» della stessa per «dedicarsi ad altra attività»¹⁹⁸, «passaggio generazionale» dell'impresa¹⁹⁹, composizione della «situazione conflittuale che (può) esist(ere) tra» gli eredi di un «ex» imprenditore²⁰⁰, «assu(nzione)» da parte dell'affittuario della «responsabilità (...) di un'attività (...) in assenza

¹⁹⁴ Cfr., *ex multis*, TASSINARI, *L'affitto d'azienda tra norme di legge e clausole di autonomia privata*, in *Notariato*, 2010, pag. 531.

¹⁹⁵ Cfr., *ex multis*, DE TILLA - FERRARO, *Profili giuridici*, pag. 10, in BAVAGNOLI - DE TILLA - FERRARO - RIVA, *L'affitto d'azienda. Profili giuridici, economico-aziendali e contabili. Il suo utilizzo nelle crisi d'impresa*, 2011.

¹⁹⁶ Cfr. LA ROSA, *Le operazioni straordinarie temporanee e di cessazione delle aziende*, 2010, pag. 61.

¹⁹⁷ Cfr. TASSINARI, *op., cit.*, pag. 532.

¹⁹⁸ Cfr. DRAGHETTI - CARAMUSCIO - BAMPO - DE LUCA - ORNELLA - BERTI, *Affitto d'azienda*, 2010, pagg. 231-232.

¹⁹⁹ Cfr., *ex multis*, DE TILLA - FERRARO, *op., cit.*, pag. 10.

²⁰⁰ Cfr. TASSINARI, *op., cit.*, pag. 533.

dell'investimento iniziale nel capitale di rischio»²⁰¹, «aggregazione interaziendale»²⁰², «periodo di prova» finalizzato ad un eventuale successivo trasferimento d'azienda allo stesso affittuario²⁰³.

In particolare, l'**affitto a scopo di mera redditività** costituisce la «funzione tipica» di tale operazione²⁰⁴, mediante cui l'affittante limita il proprio rischio d'impresa potendo far conto su un rendimento costante e (tendenzialmente) prestabilito (rappresentato dal canone)²⁰⁵.

Per quanto concerne, invece, l'affitto a scopo di **momentanea sospensione dell'attività**, anzitutto si riscontra un interesse dell'affittante a concedere a terzi il godimento del complesso produttivo al fine di migliorarne o, quantomeno, mantenerne la posizione acquisita sul mercato in termini di valore e competitività. Inoltre, la mera sospensione dell'attività garantisce all'affittante la possibilità di rientrare in possesso dell'azienda (per gestirla direttamente, cederla o concederla nuovamente a terzi)²⁰⁶.

Venendo ora all'affitto a scopo di **disimpegno dalle attività meno redditizie**, qui l'affittante concede in godimento non l'intero complesso aziendale, bensì (solo) quei rami d'azienda che risultano meno produttivi o strategicamente non rilevanti. Ciò permette all'affittante di concentrare le proprie energie imprenditoriali nei rami ancora in suo possesso e che vantano più elevate possibilità di crescita²⁰⁷.

Per quanto riguarda l'**affitto infragruppo**, trattasi di una situazione in cui l'operazione viene effettuata per imputare temporaneamente la gestione aziendale ad altra società del gruppo d'impresa cui appartiene l'affittante, e ciò al fine di razionalizzare gli assetti e le potenzialità del gruppo medesimo²⁰⁸.

Da parte sua, il "mero" **imprenditore individuale** potrebbe ricorrere allo strumento dell'affitto perché intende dedicarsi ad altra attività imprenditoriale,

²⁰¹ Cfr., *ex multis*, DRAGHETTI - CARAMUSCIO - BAMPO - DE LUCA - ORNELLA - BERTI, *op. cit.*, pag. 230.

²⁰² Cfr. LA ROSA, *op. cit.*, pagg. 59-61.

²⁰³ Cfr., *ex multis*, BAVAGNOLI, *Profili economico-aziendali e contabili*, pag. 55, in BAVAGNOLI - DE TILLA - FERRARO - RIVA, *L'affitto d'azienda. Profili giuridici, economico-aziendali e contabili. Il suo utilizzo nelle crisi d'impresa*, 2011.

²⁰⁴ Cfr. TASSINARI, *op. cit.*, pag. 531.

²⁰⁵ Cfr. DE TILLA - FERRARO, *op. cit.*, pagg. 9-10 e DRAGHETTI - CARAMUSCIO - BAMPO - DE LUCA - ORNELLA - BERTI, *op. cit.*, pag. 230.

²⁰⁶ Cfr. DRAGHETTI - CARAMUSCIO - BAMPO - DE LUCA - ORNELLA - BERTI, *op. cit.*, pag. 231 e DE TILLA - FERRARO, *op. cit.*, pag. 10.

²⁰⁷ Cfr. LA ROSA, *op. cit.*, pag. 61.

²⁰⁸ Cfr. TASSINARI, *op. cit.*, pag. 532.

professionale o di lavoro dipendente. Ancora, l'imprenditore in età avanzata, che voglia ritirarsi dalla vita lavorativa, potrebbe concedere l'azienda in affitto per trarvi un reddito periodico e mantenere, al contempo, la proprietà dei cespiti²⁰⁹.

Inoltre l'affitto può essere concluso al fine di realizzare un **passaggio generazionale** dell'impresa. In tal caso, l'affittante ha intenzione di far proseguire l'attività ad un soggetto riconducibile al proprio medesimo consesso familiare; peraltro, essendo tale soggetto ancora in età inadeguata per assumersi il rischio imprenditoriale, l'affitto può costituire uno strumento utile affinché il passaggio generazionale venga attuato gradualmente (e sotto la supervisione del proprietario d'azienda)²¹⁰.

Ancora, tale operazione può essere posta in essere al fine di comporre una **situazione conflittuale esistente tra gli eredi** di un "ex" imprenditore, situazione la quale dev'essere prontamente risolta poiché - in ipotesi - la specifica attività va proseguita senza soluzione di continuità. In tal caso, l'affitto di quota indivisa dell'azienda potrebbe costituire uno strumento per garantire sia l'immediata gestione da parte di un coerede sia l'interesse patrimoniale dell'altro²¹¹.

Adottando, invece, il punto di vista imprenditoriale della controparte affittuaria, il trasferimento temporaneo del godimento dell'azienda può costituire una «**forma di finanziamento per l'esercizio di un'attività**»²¹². Ed invero, l'affitto può essere stipulato anche allo scopo di permettere all'affittuario di beneficiare dei vantaggi discendenti dall'attività in continuità, senza dover ricorrere ai tradizionali investimenti iniziali nel capitale di rischio²¹³.

Inoltre l'affitto può essere stipulato da un affittuario interessato ad effettuare un'**operazione di aggregazione interaziendale**. In particolare, se l'azienda è presa in affitto da una società attiva in altro settore economico, tale operazione consentirà rapide e flessibili possibilità di diversificazione del proprio *business*. Diversamente, qualora il settore produttivo sia lo stesso ove già opera l'affittuario, l'operazione potrebbe determinare un'espansione della quota di mercato facente capo al medesimo²¹⁴.

²⁰⁹ Cfr. DRAGHETTI - CARAMUSCIO - BAMPO - DE LUCA - ORNELLA - BERTI, *op., cit.*, pagg. 231-232.

²¹⁰ Cfr. DRAGHETTI - CARAMUSCIO - BAMPO - DE LUCA - ORNELLA - BERTI, *op., cit.*, pag. 231, DE TILLA - FERRARO, *op., cit.*, pag. 10, nonché TASSINARI, *op., cit.*, pag. 532.

²¹¹ Cfr. TASSINARI, *op., cit.*, pag. 533.

²¹² Cfr. LA ROSA, *op., cit.*, pag. 59.

²¹³ Cfr. DRAGHETTI - CARAMUSCIO - BAMPO - DE LUCA - ORNELLA - BERTI, *op., cit.*, pag. 230, LA ROSA, *op., cit.*, pag. 59, nonché DE TILLA - FERRARO, *op., cit.*, pag. 9.

²¹⁴ Cfr. LA ROSA, *op., cit.*, pagg. 59-60.

Infine, l'affittuario che sia anche interessato all'acquisto dell'azienda potrebbe voler beneficiare di una sorta di **“periodo di prova” prodromico all'eventuale successiva cessione**. Tale “prova”, inoltre, può essere necessaria nella situazione in cui l'imprenditore trovi difficoltà a reperire acquirenti a cui cedere immediatamente e definitivamente l'azienda, in relazione anche all'entità dell'impegno finanziario richiesto²¹⁵.

Paragrafo 2 – Le ragioni che giustificano la concessione in affitto dell'azienda in crisi

1.3-. L'affitto “di risanamento” e l'importanza della congrua individuazione della persona dell'affittuario.

Venendo ora all'affitto dell'azienda in crisi, anzitutto occorre considerare che proprio un «*momento particolare della [fisiologica] vita dell'azienda ovvero congiunturale*» potrebbe richiedere l'effettuazione dell'operazione di cui trattasi²¹⁶.

Ed invero, l'**affitto (denominabile “di risanamento”)** potrebbe essere utile al fine di tentare d'arginare fenomeni di dissesto in corso e, dunque, allo scopo ultimo d'invertire il *trend* negativo dell'impresa. In tal caso, l'affittante dovrebbe individuare la persona dell'affittuario in quei soggetti dotati delle capacità imprenditoriali necessarie per realizzare il risanamento dell'azienda²¹⁷. Tale soggetto potrebbe essere, indifferentemente, un familiare oppure un esperto del settore²¹⁸. Ciò che conta, invero, è che l'affittuario venga reputato idoneo, dall'affittante, per riportare l'azienda su un sentiero di normalità, e ciò alla luce o delle condizioni oggettive del mercato (quali, ad esempio, una generalizzata crisi del settore la quale richiede una gestione da parte di un soggetto più

²¹⁵ Cfr. DRAGHETTI - CARAMUSCIO - BAMPO - DE LUCA - ORNELLA - BERTI, *op., cit.*, pag. 232, BAVAGNOLI, *op., cit.*, pag. 55, nonché TASSINARI, *op., cit.*, pag. 531 (il quale parla in tal caso di «*affitto (...) normalmente accompagnato da un'opzione di acquisto da parte dell'affittuario*»; conf. sul punto LA ROSA, *op., cit.*, pag. 62, che ipotizza anche l'«*assegnazione all'affittuario del diritto di prelazione*» sull'azienda da cedere).

²¹⁶ Cfr. DE TILLA - FERRARO, *op., cit.*, pag. 10.

²¹⁷ Cfr. LA ROSA, *op., cit.*, pag. 62; conf., *ex multis*, DRAGHETTI - CARAMUSCIO - BAMPO - DE LUCA - ORNELLA - BERTI, *op., cit.*, pag. 232, che fa riferimento alla situazione in cui l'«*azienda (...) per competere efficacemente, necessita di un rinnovato impulso, che solo una nuova gestione può assicurare*».

²¹⁸ Cfr. TASSINARI, *op., cit.*, pag. 531.

esperto)²¹⁹, o delle attuali contingenti difficoltà finanziarie in cui versa il proprietario d'azienda²²⁰. In quest'ultima situazione, infatti, la stretta creditizia attuata dalle banche potrebbe essere uno dei fattori più rilevanti, atteso che all'azienda potrebbero venire negati quegli affidamenti bancari indispensabili per la stessa sopravvivenza dell'impresa²²¹. Ed invero, solo un terzo che offra al sistema bancario adeguate garanzie personali e/o patrimoniali potrebbe beneficiare del mantenimento delle linee di credito in essere e/o della concessione di nuovi affidamenti essenziali.

In virtù delle considerazioni che precedono, ben può affermarsi che, alla scadenza dell'affitto "di risanamento", l'imprenditore in crisi potrà beneficiare degli effetti della retrocessione dell'azienda oramai risanata, potendo proseguire la propria attività senza più correre i (noti) rischi connessi ad una situazione di dissesto in corso. Da parte sua, l'affittuario potrà beneficiare dei risultati di breve periodo conseguiti grazie alla propria strategia imprenditoriale²²².

1.4-. L'affitto "con cessione" da effettuarsi in seno ad una procedura concordataria appositamente avviata.

Tali considerazioni, espresse con riferimento all'affitto "di risanamento", possono essere (parzialmente) replicate anche in caso di stipula di un contratto d'affitto "**con cessione**"²²³. In tal caso, individuato il soggetto più idoneo per ricoprire la qualità d'affittuario (e poi cessionario) dell'azienda in crisi, mediante l'effettuazione di tale operazione²²⁴ sarà possibile garantire la continuità

²¹⁹ Cfr. TASSINARI, *op. cit.*, pagg. 531-532; conf. DRAGHETTI - CARAMUSCIO - BAMPO - DE LUCA - ORNELLA - BERTI, *op. cit.*, pag. 232, secondo cui l'affittuario dovrebbe «presentare caratteristiche più consone (...) in termini di conoscenze specifiche, tecniche e/o commerciali per affrontare, in quel determinato momento, la competizione nell'ambito del settore in cui opera l'azienda».

²²⁰ Cfr., *ex multis*, DRAGHETTI - CARAMUSCIO - BAMPO - DE LUCA - ORNELLA - BERTI, *op. cit.*, pag. 232.

²²¹ Cfr. DRAGHETTI - CARAMUSCIO - BAMPO - DE LUCA - ORNELLA - BERTI, *op. cit.*, pagg. 232-233; conf. TASSINARI, *op. cit.*, pag. 532.

²²² Al riguardo BAVAGNOLI, *op. cit.*, pag. 61, afferma che la «strategia dell'affittuario è: nel peggiore dei casi una strategia di investimento predatoria e speculativa «mordi e fuggi», nel migliore dei casi una strategia orientata (...) [soltanto] al conseguimento di risultati economici di rilievo nel breve periodo».

²²³ Evidente, al riguardo, il (voluto) reimpiego di quella terminologia che, prima della nota riforma fallimentare del 2012, veniva utilizzata per sottoclassificare i concordati in continuità (v. sez. 1, cap. 1, par. 2).

²²⁴ La quale, secondo BORSARI - ZOCCA, *op. cit.*, pag. 5, può prevedere «la stipul(a) di un (...) affitto (...) con opzione d'acquisto in capo all'affittuario per un prezzo e ad una scadenza predeterminati».

dell'attività, ottenendo l'«effetto sostanziale di separare temporaneamente le sorti d(ell'azienda) dalle vicende del soggetto concedente»²²⁵.

Ed invero, mediante l'operazione in commento, anzitutto si evita il rischio legale di una disgregazione del complesso ancora produttivo quale (possibile) conseguenza di un (probabile) esercizio, da parte dei creditori insoddisfatti, di azioni esecutive nei confronti dell'affittante. Tali azioni, in tutta evidenza, potrebbero pregiudicare irreversibilmente la funzionalità, nonché la stessa esistenza, dell'azienda, qualora aggredissero unitariamente i singoli cespiti costituenti quest'ultima²²⁶.

Tale disgregazione, al contrario, non si verificherebbe qualora l'affitto fosse prodromico alla successiva cessione allo stesso affittuario, da effettuarsi in seno ad una procedura concorsuale appositamente avviata da parte dell'affittante in crisi. Ed invero, a differenza di una procedura esecutiva, quella concordataria²²⁷ garantirebbe, di tendenza, la «conserva(zione) del complesso aziendale»²²⁸, preservando la continuità ed i «valori intangibili dell'azienda in vista di un suo trasferimento a titolo definitivo»²²⁹.

In virtù delle considerazioni che precedono, in situazioni di crisi appare doveroso procedere quanto prima all'implementazione di un'operazione di *restructuring*, eventualmente strutturata sul predetto contratto d'affitto (prodromico alla cessione). In tal modo, infatti, verrebbe evitato il fatto che i detti rischi legali si concretizzino, con conseguente mantenimento dell'operatività dell'azienda ancora produttiva.

1.5-. Segue: l'analisi dell'operazione di restructuring secondo il punto di vista dell'affittuario.

Qualora invece si volesse analizzare tale operazione complessiva adottando il punto di vista dell'affittuario, anzitutto occorrerebbe rilevare che la stessa consentirà a questi di saggiare prudenzialmente le potenzialità di ripresa dell'azienda in crisi, nonché di sperimentare i relativi approcci di *restructuring*. Inoltre, le risorse finanziarie stanziare dall'affittuario potranno immediatamente essere indirizzate ad un simile obiettivo di ripristino delle condizioni di piena

²²⁵ Cfr. BORSARI – ZOCCA, *op., cit.*, pag. 4.

²²⁶ Cfr. BORSARI – ZOCCA, *op., cit.*, pag. 4.

²²⁷ Grazie al (noto) divieto di promovimento e/o prosecuzione di azioni esecutive e/o cautelari nei confronti del debitore in concordato preventivo.

²²⁸ Cfr. LA ROSA, *op., cit.*, pag. 62; conf. BORSARI – ZOCCA, *op., cit.*, pag. 4.

²²⁹ Cfr. BAVAGNOLI, *op., cit.*, pag. 55.

autosufficienza ed operatività del complesso aziendale²³⁰. Evidenti, pertanto, le ragioni di convenienza dell'operazione complessiva per l'affittuario.

Peraltro, occorre rilevare che quest'ultimo richiederà al, e probabilmente otterrà dal, debitore in concordato preventivo l'apposizione al contratto d'affitto (e contestuale promessa di cessione) di una condizione sospensiva avente ad oggetto l'intervenuta omologa del concordato. In tal modo, infatti, l'affittuario eviterà d'«*incorrere nel rischio di ritrovarsi coinvolto nelle passività pregresse e, al tempo stesso, perdere l'avviamento dell'impresa*»²³¹. Inoltre, acquistando l'azienda solo ad intervenuta omologazione, l'affittuario potrà beneficiare della già avvenuta effettuazione di quelle «*procedure che consentano di fare cessare il contratto di lavoro con i dipendenti ai quali l'acquirente non intenda offrire la possibilità di proseguire il rapporto*» (per esempio alla luce dei relativi ingenti costi)²³².

1.6-. Il trasferimento del rischio d'impresa quale possibile ragione d'opportunità dell'affitto.

Una ulteriore finalità dell'istituto in commento, infine, può rinvenirsi nella volontà di privarsi temporaneamente dello *status* di gestore d'azienda per assumere quello di mero «*investitore*». Infatti, il trasferimento a tempo determinato del complesso aziendale (può produrre) anche una riallocazione del rischio (...) d'impresa che (...) finisce per gravare sull'affittuario». Nei (soli) casi in cui tale rischio viene traslato su quest'ultimo, l'affitto dell'azienda in crisi può ritenersi essere «**uno strumento di risk management**»²³³.

Al riguardo di quest'ultima ragione d'opportunità di stipula dell'affitto, peraltro, occorre rilevare l'esistenza di un contrasto in seno alla dottrina commercialistica. Pertanto, pare utile approfondire tale aspetto nel prossimo capitolo, nel quale si tenterà di sostenere altresì che solo in alcuni casi, ed a

²³⁰ Cfr. LA ROSA, *op., cit.*, pag. 62, secondo cui, in tale ipotesi, «*l'intervento di (restructuring) non è ostacolato da eventuali resistenze tra il soggetto economico entrante e quello uscente che possono pregiudicarne il buon esito*».

²³¹ Cfr. COVINO - JEANTET, *Il concordato con continuità aziendale: compatibilità con l'affitto d'azienda e durata poliennale del piano*, nota a Trib. Monza, 11 giugno 2013, in *ilfallimentarista.it*, 14 novembre 2013, pag. 2.

²³² Cfr. CATALDO, *Prosecuzione dell'impresa mediante affitto d'azienda nel concordato preventivo e offerta di pagamento dilazionato ai creditori privilegiati*, nota a Trib. Terni, 2 aprile 2013, in *Fallimento*, 2014, pagg. 465-466.

²³³ Cfr. LA ROSA, *op., cit.*, pag. 63; *contra* DRAGHETTI - CARAMUSCIO - BAMPO - DE LUCA - ORNELLA - BERTI, *op., cit.*, pag. 232, secondo il quale, in ogni caso, «*l'affittante (...) concorre(e), anche se marginalmente, al rischio d'impresa (sostanzialmente modifica il proprio profilo di rischio passando da imprenditore a investitore)*».

seconda della struttura contrattuale dell'affitto, tale operazione realizza il detto trasferimento del rischio d'impresa²³⁴.

²³⁴ Ciò, peraltro, verrà approfondito solo sommariamente, in quanto costituente un aspetto teorico di una complessità tale da non poter essere compiutamente analizzato nella presente tesi di laurea (che, come oramai noto, tratta di ben altre questioni giuridiche).

Capitolo 2 – Segue: il rischio d'impresa

Paragrafo 1 – I casi di trasferimento del rischio dall'affittante all'affittuario

2.1-. La flessibilità redazionale propria del contratto d'affitto quale mezzo per poter riallocare il rischio imprenditoriale tra le parti.

Come anticipato in chiusura del capitolo che precede, la struttura contrattuale dell'affitto d'azienda²³⁵ costituisce un elemento fondamentale per discernere in quali casi il **rischio d'impresa** viene trasferito (in tutto o in parte) dall'imprenditore in crisi all'affittuario. Indubbio, comunque, è il fatto che, in ogni caso, a seguito dell'operazione l'affittante «*cambia radical(mente) il proprio profilo di rischio*»²³⁶. In particolare, secondo alcuni, tale profilo potrebbe essere rappresentato nei seguenti termini: i rischi in capo all'affittante sarebbero «i) (quello) *finanziario di non percepire il canone e il conguaglio finale - se dovuto - dal(l'affittuario); ii) il rischio di mercato, cioè di perdita di valore del complesso aziendale, qualora il conguaglio finale non sia previsto (...); iii) il rischio economico, di non ottenere una remunerazione sufficiente (...), nel caso in cui il canone sia variabile (...); iv) il rischio di obsolescenza dei cespiti, per cui il (proprietario d'azienda) debba sostenere eccessive spese di manutenzione straordinaria, nel caso (...) in cui queste siano poste contrattualmente a suo carico*»²³⁷.

A parere di chi scrive, tale elencazione rappresenta (abbastanza) compiutamente la complessità delle questioni sottese al contratto d'affitto, il quale è caratterizzato, come noto, da ampia flessibilità redazionale²³⁸. Ed invero, come correttamente rilevato dall'Autore (benché solo implicitamente), occorre tenere conto della **concreta strutturazione dell'operazione** al fine di distinguere i casi in cui il rischio d'impresa resta in capo all'affittante, da quelli in cui lo stesso viene traslato sull'affittuario.

2.2-. Segue: la dirimenza delle clausole contrattuali inerenti l'eventuale conguaglio finale, la disciplina della manutenzione straordinaria d'azienda, nonché la natura fissa o variabile del canone d'affitto.

²³⁵ Al riguardo della cui flessibilità redazionale si rinvia a BAVAGNOLI, *op., cit.*, pagg. 56-57.

²³⁶ Cfr., *ex multis*, BAVAGNOLI, *op., cit.*, pag. 57.

²³⁷ Cfr. BAVAGNOLI, *op., cit.*, pag. 57.

²³⁸ In ogni caso, s'anticipa fin d'ora che il profilo di rischio di cui al punto i) della tesi dottrinale qui considerata, a parere di chi scrive, non appare condivisibile (per le ragioni di cui *infra*).

In particolare²³⁹, a parere di chi scrive occorre distinguere - da un lato - il contratto che non prevede il cd. conguaglio finale e - dall'altro lato - quello il quale contempla tale clausola. Ancora, - da una parte - l'operazione che pone in capo all'affittante l'obbligo di manutenzione straordinaria, mentre - dall'altra parte - quella che pone tale obbligazione a carico dell'affittuario. Infine, occorre altresì distinguere il caso dell'affitto con canone variabile da quello con canone fisso.

Ed invero, a parere di chi scrive (solo) nei primi casi considerati, non già nei secondi, il rischio d'impresa non viene trasferito dal proprietario d'azienda alla controparte contrattuale²⁴⁰. Al contrario, in caso di previsione del detto conguaglio e/o dell'obbligo, in capo all'affittuario, di provvedere alla manutenzione straordinaria, e/o, ancora, del canone fisso, il rischio imprenditoriale viene riallocato tra le parti del contratto. Pertanto, riproposta in questi termini la questione di cui sopra, soltanto in codeste situazioni si concretizza l'opportunità di stipula dell'affitto d'azienda al fine di trasferire il detto rischio dall'imprenditore in crisi all'affittuario.

2.3-. Delimitazione dell'oggetto del problema giuridico ed irrilevanza del "mero" rischio economico d'inadempimento della controparte.

Peraltro, a quest'ultimo riguardo occorre rilevare un'incongruenza tra la tesi che qui si vuole sostenere e quella dottrinale di cui sopra (secondo cui, si ripete, tra «*i rischi propri della posizione de(l)l'affittante*») andrebbe ricompreso anche quello «*finanziario di non percepire il canone [fisso] e il conguaglio finale - se dovuto -*»²⁴¹). Ed invero, giova evidenziare che il profilo *sub* punto i) della tesi di

²³⁹ Cercando di fare maggiore chiarezza al riguardo di tale tema.

²⁴⁰ Come implicitamente riconosciuto anche dall'Autore di cui sopra. Ed invero, in relazione alla mancata previsione del conguaglio finale, BAVAGNOLI, *op., cit.*, pag. 57, sostiene che tra «*i rischi propri della posizione de(l)l'affittante*» va compreso quello «*di perdita del valore del complesso aziendale, [soltanto] qualora il conguaglio finale non sia previsto o quando sia previsto solo con riferimento alla variazione di valore di alcuni elementi del patrimonio e non come eventuale ristoro della perdita di valore economico dell'azienda*». Ancora, al riguardo della manutenzione straordinaria, l'Autore limita il proprio assunto (inerente la titolarità, da parte dell'affittante, del relativo rischio) alla sola ipotesi in cui tali spese «*siano poste contrattualmente a suo carico*». Invece, per quanto concerne il canone variabile, BAVAGNOLI, *op., cit.*, pag. 59, afferma quanto segue: «*[solo] se il canone (...) rappresenta una percentuale dell'utile (...) si ha una vera e propria condivisione del rischio imprenditoriale e la posizione del concedente risulta, per certi versi, assimilabile a quella (...) del titolare di un'obbligazione remunerata in base ai risultati conseguiti dall'azienda*». Nello stesso senso anche BORSARI – ZOCCA, *op., cit.*, pag. 9.

²⁴¹ V. *supra*, p. 2.1.

cui sopra configura un puro e semplice **rischio economico (d'inadempimento)** discendente dall'effettuazione di qualsivoglia operazione, senza che lo stesso possa caratterizzarsi quale rischio d'impresa propriamente inteso. In tal senso, quindi, lo scrivente ritiene di non poter condividere (pianamente) la tesi dottrinale di cui sopra.

Come noto, infatti, il rischio d'impresa propriamente inteso incombe unicamente in capo alle imprese commerciali, stante (appunto) l'oggetto dell'attività svolta dalle medesime. Al contrario, il rischio economico derivante dalla stipula di un contratto (d'ogni tipo) - «*dipendente dall'affidabilità dell(a) controparte, in particolare dall'eventualità di un suo [mero] inadempimento*»²⁴² - incombe su qualunque contraente, sia esso un imprenditore oppure un cd. privato²⁴³.

Alla luce delle considerazioni precedenti, occorre espungere dall'elencazione schematica di cui *supra* il profilo *sub* punto i)²⁴⁴, in quanto giammai configurante un rischio d'impresa propriamente inteso, bensì un "mero" rischio economico irrilevante, in quanto tale, ai fini della presente analisi²⁴⁵.

Paragrafo 2 – Il rischio imprenditoriale in capo all'affittuario

2.4-. La posizione dell'affittuario: i profili di rischio.

Come si è visto, la posizione dell'affittante risulta essere particolarmente complessa per quanto riguarda i relativi profili di rischio imprenditoriale. Al contrario, quella dell'affittuario appare meno complessa e rappresentabile - per completezza d'analisi - nei termini seguenti: i **rischi in capo all'affittuario** sono «i) (quello) *di non conseguire remunerazioni adeguate o corrispondenti alle proprie*

²⁴² Come (implicitamente) riconosciuto anche dallo stesso Autore fautore della tesi di cui sopra (cfr. BAVAGNOLI, *op., cit.*, pag. 58).

²⁴³ Nello stesso sostanziale senso ROPPO, *op., cit.*, pagg. 421 ss. (nella misura in cui distingue il mero rischio economico dall'alea giuridica. Ed invero, a parer mio, gli argomenti addotti da tale Autore ben possono replicarsi in relazione alle questioni dibattute in questa sede). *Contra*, peraltro, BORSARI – ZOCCA, *op., cit.*, pag. 9, secondo cui il rischio d'inadempimento dell'affittuario configurerebbe un vero e proprio rischio d'impresa per l'affittante.

²⁴⁴ Ivi compreso quello inerente la previsione del cd. conguaglio. Pertanto, a questo particolare riguardo, o il conguaglio non è previsto e, quindi, il rischio d'impresa non viene traslato alla controparte contrattuale, oppure esso è previsto ed il rischio medesimo viene trasferito *tout court* all'affittuario, senza che - in tale seconda ipotesi - possa parlarsi di rischio imprenditoriale (da non percezione del conguaglio) per l'affittante.

²⁴⁵ Per il resto, invece, rimangono ferme le precisazioni di cui al precedente punto 2.2.

attese; ii) il rischio di consumare risorse per conoscere un'azienda o un settore [poi] di scarso interesse; iii) il rischio di perdita di valore del complesso aziendale affittato, qualora sia previsto il conguaglio»²⁴⁶.

In particolare, per quanto concerne il rischio *sub* punto i), può affermarsi che «di particolare importanza è (...) la struttura fissa, variabile o [anche] semivariabile del canone» d'affitto²⁴⁷. Infatti, nel primo caso i costi fissi saranno rigidi ma, per contro, preventivabili da parte dell'affittuario. Diversamente, nella seconda ipotesi quest'ultimo potrà beneficiare di una certa flessibilità nella struttura dei costi medesimi (in quanto parametrati sull'utile o sul fatturato)²⁴⁸.

Invece, per quanto riguarda il profilo *sub* punto ii) - che riguarda «operazioni finalizzate ad una successiva cessione»²⁴⁹ -, merita di essere rilevato il fatto che, in tal caso, l'affittuario corre il rischio che l'azienda e/o il settore di riferimento - i quali, ad una prima sommaria analisi, apparivano interessanti da un punto di vista imprenditoriale - si rivelino infruttuosi o scarsamente fruttuosi.

Infine, venendo al rischio *sub* punto iii), possono essere replicate, a contrario, le considerazioni fatte sopra in relazione all'ipotesi in cui il conguaglio non venga previsto dal contratto d'affitto (essendo, qui, il rischio di svalutazione dell'azienda a carico dell'affittuario)²⁵⁰.

In conclusione dunque, a seguito del contratto d'affitto, la controparte affittuaria assumerà su di sé tutta una serie di rischi (pacificamente) definibili come d'impresa.

²⁴⁶ Cfr. BAVAGNOLI, *op.*, *cit.*, pag. 60.

²⁴⁷ Cfr. BAVAGNOLI, *op.*, *cit.*, pag. 61.

²⁴⁸ Cfr. BAVAGNOLI, *op.*, *cit.*, pag. 61, il quale al riguardo afferma che «un canone (...) variabile parametrato sull'utile al lordo del canone e delle imposte» risulta meno problematico rispetto ad un «canone (...) parametrato sul fatturato», in quanto in tale seconda ipotesi «la variabilità dei costi operativi risulta (...) interamente a carico (o a beneficio) dell'affittuario».

²⁴⁹ Cfr. BAVAGNOLI, *op.*, *cit.*, pag. 62, il quale al riguardo ipotizza la situazione in cui «l'affittuario potrebbe decidere (...) di terminare anticipatamente l'affitto. Ciò [peraltro] comporterebbe un ulteriore consumo di risorse, qualora il contratto preveda una penale in caso di recesso anticipato e il recesso non sia consentito ad nutum».

²⁵⁰ Cfr. BAVAGNOLI, *op.*, *cit.*, pag. 62.

Capitolo 3 – Affitto dell'azienda e qualità di imprenditore

Paragrafo 1 – La posizione di affittuario ed affittante

3.1.- *L'indubbia qualità d'imprenditore dell'affittuario.*

In virtù delle considerazioni fatte nel secondo paragrafo del precedente capitolo, emerge senz'ombra di dubbio che l'affittuario è alla stipula del contratto, e resta durante il tempo d'operatività dello stesso, un imprenditore commerciale²⁵¹.

Per quanto concerne invece l'affittante, merita di essere approfondito (pur brevemente) il tema appena introdotto, giacché solo *prima facie* può affermarsi che la posizione del proprietario d'azienda risulta del tutto assimilabile a quella dell'affittuario.

3.2- *Avvaloramento della tesi favorevole al mantenimento della qualità d'imprenditore da parte dell'affittante.*

In relazione al tema inerente la perdita ovvero il mantenimento della qualità d'imprenditore da parte dell'affittante, possono registrarsi opinioni divergenti in dottrina.

Ed invero, da una parte v'è chi sostiene che tale qualità permane nonostante la conclusione del contratto d'affitto, giacché il proprietario d'azienda resta obbligato alla tenuta della contabilità d'impresa²⁵². A tale argomento viene aggiunto che, in generale, l'impresa cessa nel (solo) momento in cui, ed a condizione che, il suo titolare non compia più alcuna operazione commerciale²⁵³.

Tale opinione, peraltro, non è pacifica ed, anzi, una parte della dottrina ritiene che, al momento dell'affitto, l'imprenditore cesserebbe la propria attività, in quanto si limiterebbe ad iniziare a riscuotere passivamente i canoni pattuiti, svolgendo dunque mera attività di godimento²⁵⁴.

²⁵¹ Sul che non paiono potere venire sollevate ragionevoli contestazioni, stante (anche ma non solo) l'indubbia titolarità, da parte dell'affittuario, dei predetti rischi imprenditoriali.

²⁵² Cfr. NARDECCHIA – RANALLI – SALVATO, *op., cit.*, pag. 2329.

²⁵³ Cfr. LEVIS - DI TRANA, *L'affitto d'azienda. Disciplina civilistica del contratto. Aspetti contabili e fiscali. Formulario*, 2006, pag. 15.

²⁵⁴ Cfr. TRENTINI, *op., cit.*, pag. 397.

A tali opinioni si aggiunge quella economico-aziendalistica di CAROTA, *Sulla qualità di imprenditore del disponente nel patto di famiglia*, in *Contratto e impresa*, 2008, pagg. 560 ss., secondo cui, nel caso qui considerato, l'imprenditore resterebbe tale «non in senso giuridico, ma in senso economico». Ed invero, tale Autore sostiene che «colui che ha concesso (...) l'azienda non si colloca (...)

A parere di chi scrive, l'opinione preferibile è la prima delle due rappresentate, per le ragioni (e nei limiti) di cui subito *infra*.

3.3- Segue: precisazioni al riguardo dell'impresa societaria che abbia ultimato la liquidazione di tutti i cespiti aziendali.

In particolare, lo scrivente condivide pienamente quella tesi secondo la quale «l'imprenditore si mantien(e) tale (...) fino a quando non abbia completato la [eventuale] liquidazione dei cespiti (...). Senza dire della necessità di distinguere tra imprenditore persona fisica e imprenditore collettivo [su cui *infra*]»²⁵⁵.

Ed invero, in relazione alla prima parte dell'assunto dottrinale, lo scrivente si limita a richiamare quelle disposizioni del codice civile in forza delle quali la messa in **liquidazione di una società** non ne fa venire meno la qualità d'impresa. Ciò, a maggior ragione, vale al riguardo della situazione di liquidazione meramente "di fatto" dell'impresa societaria (la quale opera al precipuo scopo di massimizzare i benefici derivanti dalla liquidazione dei propri *assets*, tuttora gestiti dalla proprietaria). Pertanto - ancor più a maggior ragione - l'affittante, che in quanto tale si limita a trasferire temporaneamente (non già definitivamente) l'azienda, non può certo ritenersi essere non più imprenditore commerciale. A conferma di ciò si rileva altresì che le argomentazioni contrarie di cui sopra non paiono confermate (financo) dalla legge stessa, oltre che - comunque - dalla realtà dei fatti (che, come chiarito nel capitolo precedente, può essere variamente modellata tramite la flessibilità redazionale propria del contratto d'affitto)²⁵⁶.

In virtù delle considerazioni anzidette, occorre precisare quanto affermato nel precedente punto 3.2 nei seguenti termini: l'affittante resta imprenditore a

in una posizione meramente proprietaria rispetto alla organizzazione produttiva (...). In caso di (...) affitto (...) l'obbligo (...) dell'affittuario di utilizzare l'azienda per la gestione dell'impresa conservandone l'avviamento, così da rendere possibile, al termine del rapporto, la restituzione (..) del complesso produttivo integro nella sua organizzazione e nella sua funzionalità, si traduce in una limitazione al potere decisionale stesso del gestore (...) e comporta - a ben vedere - un sia pure implicito (...) coinvolgimento del proprietario (...) nell'attività produttiva», sì che quest'ultimo resterebbe - comunque - un imprenditore commerciale (benché solo in senso economico).

²⁵⁵ Cfr. AMBROSINI, *Il concordato*, cit., pag. 118. Nello stesso senso (in relazione alla prima parte dell'assunto dottrinale) DRAGHETTI - CARAMUSCIO - BAMPO - DE LUCA - ORNELLA - BERTI, *op. cit.*, pag. 237.

²⁵⁶ A quest'ultimo riguardo, infatti, s'ipotizzi il paradosso dato (i) dalla titolarità, da parte dell'affittante, del rischio d'impresa connesso alla previsione in contratto del canone variabile, (ii) senza avere più - peraltro e paradossalmente - quella qualità d'imprenditore intimamente connessa ad un rischio - appunto - imprenditoriale qual è quello detto.

condizione che non si tratti di una società la quale abbia ultimato la liquidazione di tutti i propri cespiti²⁵⁷.

3.4-. Segue: precisazioni al riguardo del "mero" imprenditore individuale titolare di un'unica azienda.

Venendo ora al secondo aspetto di cui sopra, a parere di chi scrive la qualità d'imprenditore, rispetto all'azienda affittata, spetta unicamente a quell'affittante che sia un «imprenditore individuale titolare di più aziende»²⁵⁸.

Ed invero, al riguardo è stato correttamente rilevato che «mentre nel (...) caso» di un'impresa individuale «il dato fattuale» della cessazione d'attività «prevale su quello pubblicitario, nel» caso di società «rileva (...) l'elemento della [formale] cancellazione dal registro delle imprese»²⁵⁹. Come noto, infatti, la normativa civilistica nonché fallimentare esistente sul punto specifico è chiara nel distinguere nettamente tali due ipotesi. Si pensi per esempio all'art. 10, primo e secondo comma, l.f., il quale viene interpretato nel senso che l'esclusione dal fallimento (e dal concordato preventivo) opera una volta che sia decorso un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese - per quanto riguarda le imprese societarie - o dal momento (successivo) in cui si sia verificata la cessazione fattuale dell'attività - per quanto concerne quelle individuali -²⁶⁰.

A quest'ultimo riguardo, peraltro, giova sottolineare che l'assunto di cui sopra rileva solo se l'**imprenditore individuale** risulta titolare di un'unica azienda, cioè quella concessa in affitto. Diversamente, qualora lo stesso abbia almeno un'altra azienda, le anzidette considerazioni varranno soltanto con riferimento a quella che sia stata affittata, non già con riguardo alle altre (ancora in possesso dell'impresa). Infatti, in relazione a queste ultime, l'imprenditore individuale (ancora definibile come tale) potrà proseguire direttamente l'impresa, la quale - invece - cesserà limitatamente alle altre attività (suo tempo) svolte con le aziende (ora) affittate.

²⁵⁷ Conf. AMBROSINI, *Il concordato*, cit., pag. 118.

²⁵⁸ Cfr., *ex multis*, PAOLINI, *Imprenditore individuale e affitto dell'unica azienda: aspetti fiscali*, in *Società*, 1994, pagg. 1044 ss.

²⁵⁹ Cfr. AMBROSINI, *Il concordato*, cit., pag. 118.

²⁶⁰ Cfr., *ex multis*, CAMPOBASSO, *op., cit.*, pagg. 44 ss. Nello stesso sostanziale senso anche AMBROSINI, *Il concordato*, cit., pag. 118. Ed invero, al riguardo basti rilevare che il secondo comma dell'articolo in commento recita testualmente quanto segue: «[solo] in caso 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 [successivo] dell'effettiva cessazione dell'attività da cui decorre il termine» annuale di fallibilità *ex art. 10, primo comma, l.f.*

www.osservatorio-oci.org

SEZIONE 3 - ART. 186-BIS L.F. E

AFFITTO D'AZIENDA

www.osservatorio-oci.org

Capitolo 1 – Avvio d'analisi del rapporto tra l'art. 186-bis e l'affitto d'azienda

Paragrafo 1 – Premessa metodologica

1.1-. Il contrasto ancora non sopito né in giurisprudenza né in dottrina: breve riepilogo delle principali tesi in contrapposizione.

A questo punto, analizzata la fattispecie di cui all'art. 186-bis²⁶¹ e fatte le (pur brevi) precisazioni di cui alla precedente sezione di tesi di laurea²⁶², *dulcis in fundo* veniamo a considerare **il (complesso) rapporto tra il concordato con continuità e l'affitto d'azienda.**

Di seguito saranno analizzate ampiamente le posizioni espresse sul punto, sia dottrinali che giurisprudenziali. In particolare, dapprima si argomenterà nel senso dell'insostenibilità delle seguenti **tesi (minoritarie)**: (i) secondo una corrente (avvalorata dalla giurisprudenza minoritaria²⁶³), la norma in commento dovrebbe trovare applicazione ogni e qualsivoglia volta che l'impresa in concordato preventivo abbia stipulato (prima della domanda ex artt. 160 ss. l.f.) o intenda concludere (previa autorizzazione in pendenza di procedura) un contratto d'affitto, sia esso cd. fine a se stesso²⁶⁴ oppure cd. ponte²⁶⁵; (ii) secondo un'altra corrente (prevalentemente dottrinale), l'art. 186-bis

²⁶¹ V. *supra*, sez. 1 (in breve, v. relativo cap. 3).

²⁶² Ossia: (i) l'operazione d'affitto di azienda in crisi ("di risanamento" o "con cessione") viene effettuata nella prassi (anche) al precipuo scopo di garantire la prosecuzione dell'attività d'impresa (v. sez. 2, cap. 1); (ii) la flessibilità redazionale del contratto d'affitto permette di trasferire (in tutto o in parte) il rischio imprenditoriale dall'affittante in crisi alla controparte, a seconda delle specifiche clausole di volta in volta concordate (v. sez. 2, cap. 2); (iii) di tendenza la stipula dell'affitto non influisce sulla qualità d'imprenditore (che resta) in capo al proprietario d'azienda (salvo si tratti di un imprenditore titolare di un unico complesso produttivo, oppure di una società in liquidazione ultimata e poi cancellata dal registro delle imprese).

²⁶³ Cfr. Trib. Bolzano, 27 febbraio 2013, in *ilfallimentarista.it*, 6 novembre 2013, con nota di DI MARZIO, *Concordato con continuità aziendale ed affitto di azienda*; Trib. Firenze, 19 marzo 2013, in *ilfallimentarista.it*, 6 settembre 2013, con nota di AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e requisiti di ammissibilità*; Trib. Firenze, 27 marzo 2013, *cit.*

²⁶⁴ Cioè non funzionalizzato alla successiva cessione allo stesso affittuario. Qui tale affitto è stato ridenominato come "di risanamento" (v. sez. 2, cap. 1, par. 2).

²⁶⁵ In tal senso si sono espressi: BIANCO, *op., cit.*, pagg. 5 e 7; CLEMENTE, *op., cit.*, pag. 2; LOLLI, *op., cit.*, pagg. 1086 ss.; LO CASCIO, *op., cit.*, pagg. 484-485; NOCERA, *Concordato con riserva: omessa produzione dell'ultimo bilancio e compatibilità con la continuità aziendale*, nota a Trib. Cassino, 31 luglio 2014, in *Fallimento*, 8-9/2015, pag. 992; PATTI, *Il pagamento di debiti anteriori ex art. 182 quinquies, comma 4, l.fall. in favore dell'affittuario in continuità aziendale*, nota a Trib. Cuneo, 31

non dovrebbe giammai applicarsi in caso di effettuazione dell'operazione d'affitto, per tutta una serie di ragioni, letterali, sistematiche e teleologiche, che saranno di seguito esposte e, quindi, confutate punto per punto²⁶⁶.

Già in virtù delle considerazioni che precedono emerge la posizione che qui si vuole assumere. In particolare, a parere dello scrivente, la disposizione citata e l'affitto risultano essere (solo) in parte compatibili, in conformità (parziale²⁶⁷) della **tesi giurisprudenziale maggioritaria**²⁶⁸ (sposata anche da

ottobre 2013, in *Fallimento*, 2014, pagg. 196-197; PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fallimento*, 2013, pag. 269; PETTIROSSI, *op., cit.*, pagg. 223-225.

²⁶⁶ In dottrina: AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e affitto d'azienda*, nota a Trib. Bolzano, 10 marzo 2015, in *ilfallimentarista.it*, 8 ottobre 2015, pagg. 1 ss.; AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e requisiti di ammissibilità*, *cit.*, pagg. 3 ss.; CATALDO, *op., cit.*, pag. 466; DI MARZIO, *Affitto d'azienda e concordato in continuità*, in *ilfallimentarista.it*, 15 novembre 2013, pagg. 2 e 3; DI MARZIO, *Concordato con continuità aziendale ed affitto di azienda*, nota a Trib. Bolzano, 27 febbraio 2013, in *ilfallimentarista.it*, 6 novembre 2013, pagg. 2 e 4; FICO, *Affitto*, *cit.*, pagg. 2 e 3; FICO, *Domanda di concordato con riserva, affitto d'azienda e concordato in continuità*, in *ilfallimentarista.it*, 6 agosto 2013, pag. 2; GALLETTI, *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto di azienda*, in *ilfallimentarista.it*, 3 ottobre 2012, pag. 1; LAMANNA, *Ancora sull'incompatibilità*, *cit.*, pagg. 1 ss.; QUAGLIOTTI, *op., cit.*, pagg. 4 e 5; VITIELLO, *Brevi (e scettiche) considerazioni*, *cit.*, pag. 2. In giurisprudenza: (Trib. Milano, 13 novembre 2013, inedita, citata testualmente da) Trib. Milano, 28 novembre 2013, in *ilfallimentarista.it*; più di recente, Trib. Pordenone, 4 agosto 2015, in *De Jure*.

²⁶⁷ Stante l'avvaloramento (anche) della tesi che sottolinea la necessità/doverosità di prevedere nel contratto d'affitto che il canone sia variabile, non già fisso (cfr., in tal senso, Trib. Terni, 28 gennaio 2013, in *ilcaso.it*; Trib. Terni, 12 febbraio 2013, *Fallimento*, 2013, pagg. 1378 ss., con nota di CASA, *Controversie teoriche e discussioni pratiche sull'art. 186 bis l.fall.*; Trib. Terni, 2 aprile 2013, *Fallimento*, 2014, pagg. 459 ss., con nota di CATALDO, *Prosecuzione dell'impresa mediante affitto d'azienda nel concordato preventivo e offerta di pagamento dilazionato ai creditori privilegiati*; Trib. Ravenna, 29 ottobre 2013, in *ilcaso.it*; Trib. Ravenna, 19 agosto 2014, in *ilcaso.it*; Trib. Ravenna, 22 ottobre 2014, in *ilcaso.it*. In dottrina: CASA, *op., cit.*, pag. 1384, D'ORAZIO, *op., cit.*, pag. 84, nonché VELLA, *op., cit.*, pag. 182).

²⁶⁸ La quale limita l'ambito applicativo della disposizione in commento al solo caso di stipula del cd. affitto ponte (cfr., *ex multis*, Trib. Monza, 11 giugno 2013, in *ilfallimentarista.it*, 14 novembre 2013, con nota di COVINO - JEANTET, *Il concordato con continuità aziendale: compatibilità con l'affitto d'azienda e durata poliennale del piano*; Trib. Roma, 12 luglio 2013, in *De Jure*; Trib. Vercelli, 31 luglio 2013, inedita; Trib. Mantova, 19 settembre 2013, *cit.*; Trib. Mantova, 17 ottobre 2013, in *ilcaso.it*; Trib. Cuneo, 31 ottobre 2013, *Fallimento*, 2014, pagg. 191 ss., con nota di PATTI, *Il pagamento di debiti anteriori ex art. 182 quinquies, comma 4, l.fall. in favore dell'affittuario in continuità aziendale*; Trib. Patti, 12 novembre 2013, in *ilcaso.it*; Trib. Padova, 27 marzo 2014, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 3-4/2015, con nota di CAIAFA, *Sulla deroga all'art. 2112 cod. civ. nel trasferimento del ramo di azienda nella società in concordato preventivo prenotativo*; Trib. Treviso, 11 giugno 2015, in *fallimentiesocieta.it*; Trib. Padova, 30 giugno 2014, in *fallimentiesocieta.it*; Trib. Cassino, 31 luglio 2014, *Fallimento*, 8-9/2015, pagg. 984 ss., con nota di NOCERA, *Concordato con riserva: omessa*

buona parte della dottrina²⁶⁹).

Pertanto, di seguito - una volta che verrà sostenuto quanto sopra - si concluderà la presente ricerca così come segue: (i) dapprima saranno riepilogate, da un punto di vista statistico, le opinioni giurisprudenziali finora espresse sul punto²⁷⁰; (ii) infine verrà avanzata una proposta di soluzione alle questioni fattuali e giuridiche che emergono nella prassi allorché occorra predisporre un contratto d'affitto²⁷¹ che risulti compatibile con l'art. 186-bis.

produzione dell'ultimo bilancio e compatibilità con la continuità aziendale; Trib. Vercelli, 13 agosto 2014, *cit.*; Trib. Padova, 8 ottobre 2014, in *fallimentiesocieta.it*; Trib. Reggio Emilia, 21 ottobre 2014, in *ilcaso.it*; Trib. Avezzano, 22 ottobre 2014, *Fallimento*, 7/2015, pagg. 842 ss., con nota di NARDECCHIA, *Il concordato con garanzia e la continuità aziendale*; Trib. Trento, 14 febbraio 2015, in *fallimentiesocieta.it*; Trib. Bolzano, 10 marzo 2015, in *ilfallimentarista.it*, 8 ottobre 2015, con nota di AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e affitto d'azienda*; Trib. Roma, 24 marzo 2015, in *ilfallimentarista.it*, 17 settembre 2015, con nota di VARRASI, *L'ammissibilità dell'affitto di azienda con successiva cessione nel concordato preventivo*; recentissimamente Trib. Roma, 18 dicembre 2015, *cit.*; da ultimo Trib. Alessandria, 18 gennaio 2016, *cit.*).

²⁶⁹ Cfr., *ex multis*, AMBROSINI, *Appunti*, *cit.*, pagg. 5-9; AMBROSINI, *Il concordato*, *cit.*, pagg. 116-119; AMBROSINI, *Il nuovo concordato*, *cit.*, pagg. 367-368; ARATO, *op., cit.*, pag. 4; BORSARI - ZOCCA, *op., cit.*, pag. 10; CAIAFA, *Sulla deroga all'art. 2112 cod. civ. nel trasferimento del ramo di azienda nella società in concordato preventivo prenotativo*, nota a Trib. Padova, 27 marzo 2014, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 3-4/2015, pag. 491; CASA, *op., cit.*, pagg. 1380 ss.; COVINO - JEANTET, *Il concordato con continuità aziendale: compatibilità con l'affitto d'azienda e durata poliennale del piano*, nota a Trib. Monza, 11 giugno 2013, in *ilfallimentarista.it*, 14 novembre 2013, pag. 3; D'ORAZIO, *op., cit.*, pagg. 82-84; FABIANI, *op., cit.*, pagg. 194-196; LACCHINI, *La determinazione del canone congruo di affitto di azienda nel concordato preventivo*, in *ilfallimentarista.it*, 13 dicembre 2013, pagg. 1 e 2; MAFFEI ALBERTI, *op., cit.*, pag. 1328; MARELLI, *Trasferimento del ramo d'azienda prima della domanda e concordato con continuità aziendale: continua il contrasto in giurisprudenza*, in *nctm.it*; NARDECCHIA, *Il concordato con garanzia e la continuità aziendale*, nota a Trib. Avezzano, 22 ottobre 2014, in *Fallimento*, 7/2015, pag. 847; NARDECCHIA - RANALLI, *op., cit.*, pag. 2285; NARDECCHIA - RANALLI - SALVATO, *op., cit.*, pagg. 2329-2330; NIGRO - VATTERMOLI, *Art. 186-bis. Concordato con continuità aziendale*, pagg. 562-563, in NIGRO - SANDULLI - SANTORO, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli*, 2014; RIVA, *Concordato*, *cit.*, pag. 19; ROLFO - RANALLI, *op., cit.*, pag. 10; SANDRINI, *op., cit.*, pagg. 3-6; STANGHELLINI, *Il concordato*, *cit.*, pagg. 1230-1231; TOMBARI, *op., cit.*, pag. 4; TRENTINI, *op., cit.*, pagg. 396-397; VARRASI, *L'ammissibilità dell'affitto di azienda con successiva cessione nel concordato preventivo*, nota a Trib. Roma, 24 marzo 2015, in *ilfallimentarista.it*, 17 settembre 2015, pagg. 1-3; VELLA, *op., cit.*, pagg. 181-183.

²⁷⁰ Seguendo il modello rappresentato dalle autorevolissime analisi statistiche condotte dall'Osservatorio sulle Crisi d'Impresa (in particolare, tra gli altri, da PALETTA, *Il concordato preventivo*, *cit.*, pagg. 241 ss., nonché PALETTA, *Tempestiva emersione*, *cit.*, pagg. 1037 ss.).

²⁷¹ E contestuale promessa di cessione. Sul punto, in particolare, s'anticipa fin d'ora che sarà affrontato, tra l'altro, anche il tema inerente la deducibilità o meno dei canoni d'affitto dal prezzo (di tendenza predeterminato) di cui al contratto di cessione d'azienda.

Capitolo 2 – Critica delle tesi favorevoli all'indiscriminata applicabilità dell'art. 186-bis in caso di affitto d'azienda

Paragrafo 1 – Affitto fine a se stesso ("di risanamento")

2.1-. Premessa.

Di seguito s'analizzeranno (e criticheranno) le tesi favorevoli all'indiscriminata applicabilità dell'art. 186-bis in caso di affitto d'azienda. In particolare, dapprima sarà considerata l'operazione d'affitto (qui ridenominata come) "di risanamento"²⁷². In seguito verrà affrontato il caso di affitto (in tale sede detto) "con cessione"²⁷³. Infine sarà approfondito il (distinto) tema relativo al momento d'effettuazione di tale operazione.

2.2-. Confutazione delle tesi non argomentate ovvero parziali: assoluta indivisibilità dell'assunto favorevole "a priori" all'applicabilità dell'art. 186-bis.

Prendendo le mosse dal caso d'affitto fine a se stesso (o "di risanamento"), pare utile avviare la presente analisi (e critica) considerando quella tesi secondo la quale, genericamente, «*nel concordato [con continuità] occorre tener conto che l'obiettivo dei creditori è la soddisfazione dei loro crediti, che può essere raggiunto attraverso il risanamento (...) sia che questo avvenga nell'ambito della stessa impresa, sia che l'azienda sia stata oggetto di cessione o [il che sarebbe lo stesso] affitto*»²⁷⁴. A tale opinione s'è affiancata quella secondo cui, ancora genericamente, l'«art. 186-bis [sarebbe] apert(o) ad ipotesi non tassative quali (...) anche (...) appunto (l')affitto d'azienda»²⁷⁵.

²⁷² Più comunemente detto "affitto fine a se stesso". Al riguardo (dell'opportunità pratica d'effettuazione di tale affitto) si rinvia alla precedente sezione 2 (v. cap. 1, par. 2, p. 1.3).

²⁷³ Nella prassi chiamato "affitto ponte". Al riguardo (dell'opportunità di stipula di tale contratto) si rinvia (ancora) alla precedente sezione 2 (v. cap. 1, par. 2, p. 1.4).

²⁷⁴ Cfr. BIANCO, *op., cit.*, pagg. 5 e 7, secondo cui, inoltre, «la scelta della continuità comporta che il piano debba contenere un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'(...) impresa, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura. La domanda (...) è se l'applicazione di tale obbligo informativo incomba anche in capo ai soggetti terzi che interagiscono con il debitore (...) per la circostanza di essere cessionari, [financo "meri"] affittuari o conferitari dell'azienda».

²⁷⁵ Cfr. LO CASCIO, *op., cit.*, pagg. 484-485, che - in tale specifica illustre Opera - fa riferimento al fatto che «in dottrina si è esaminata l'ipotesi della prosecuzione (...) mediante affitto (...) e (sarebbe) stat(a) posta in luce la compatibilità di tale evenienza con il concordato preventivo con continuità».

Orbene, a parere di chi scrive le opinioni sostenute da tali Autori non sono condivisibili, per la pura e semplice ragione che questi ultimi non paiono argomentare particolarmente la propria tesi. Infatti, il primo Autore si limita ad equiparare l'affitto, che altro non è che un trasferimento temporaneo del godimento dell'azienda, alla (differente) cessione²⁷⁶ (la quale, invece, ha come effetto principale il passaggio della proprietà sul complesso produttivo). Dal canto suo, il secondo Autore si limita a ricondurre l'operazione di cui trattasi entro l'ambito applicativo dell'art. 186-bis, senz'altro aggiungere o argomentare.

Pertanto, così criticate le dette **“opinioni (in sostanza) non argomentate”**, giova proseguire confutando altresì la tesi di cui al prossimo punto 2.3.

2.3-. Segue: confutazione della tesi che argomenta nel solo senso che l'art. 186-bis dovrebbe sempre applicarsi in tutela della newco affittuaria d'azienda.

Secondo un'altra tesi, «*allorché si voglia proseguire nella gestione dell'impresa, può essere preferibile la formula dell'affitto d'azienda (...) in capo a una newco facente capo ai medesimi portatori di capitale. Il concordato in continuità potrebbe dunque essere riservato (...) ai casi in cui vi siano oggettive difficoltà ad avviare l'attività in capo ad una società (...) di norma per l'assenza di liquidità atta a consentire di reggere il primo impatto finanziario sul ciclo produttivo*»²⁷⁷.

A parere dello scrivente anche tale tesi non è condivisibile, in quanto riferita al solo affitto concluso allo scopo di permettere all'affittuario di beneficiare dei vantaggi discendenti dal rilevare un'attività in continuità (senza dover ricorrere ai tradizionali investimenti iniziali nel capitale di rischio)²⁷⁸. Ed invero, come chiarito nella precedente sezione di questa ricerca, l'operazione di cui trattasi può essere compiuta per tutta una serie di ragioni tra cui (anche ma non solo) quella del trasferimento (temporaneo del godimento) dell'azienda costituente “forma di finanziamento per l'esercizio di un'attività”²⁷⁹.

Per questi motivi, la tesi di tale Autore non appare avvalorabile in questa sede, giacché meramente parziale. Del resto, non potrebbe certo (fondatamente) sostenersi la **ric conducibilità dell'affitto all'art. 186-bis sol per agevolare l'avvio**

²⁷⁶ Nonché al (differente) conferimento (cfr. BIANCO, *op., cit.*, pag. 7).

²⁷⁷ Cfr. CLEMENTE, *op., cit.*, pag. 2, che fa riferimento ai noti problemi che una *newco* è tenuta ad affrontare (e superare) al fine di avviare positivamente la propria attività (es. «*costi per stipendi, materie prime, energia ecc. fino all'incasso dei crediti*»).

²⁷⁸ Al riguardo di tale opportunità pratica di stipula dell'affitto, si rinvia a quanto detto nella precedente sezione 2 (v. cap. 1, par. 1, p. 1.2).

²⁷⁹ Conf. LA ROSA, *op., cit.*, pag. 59, già citato nella precedente sezione 2 (v. cap. 1, par. 1, p. 1.2).

d'attività dell'affittuario²⁸⁰, così postergando i prevalenti interessi di creditori ed affittante in continuità.

2.4-. Opinioni e questioni problematiche: confutazioni varie.

Venendo ora alle opinioni più "problematiche", di seguito saranno analizzati i temi inerenti il rapporto di strumentalità tra affitto e soddisfo del ceto, il trasferimento del rischio d'impresa dall'affittante alla controparte contrattuale, nonché la permanenza in capo al primo della qualità d'imprenditore.

2.5-. Segue: il generale rapporto di strumentalità tra affitto e soddisfo del ceto.

Per quanto concerne il primo aspetto di cui sopra, è stato sostenuto che *«occorre (...) valutare caso per caso se sia qualificabile come concordato in continuità quello in cui sia unicamente previsto un contratto d'affitto (...). Se (...) l'affitto d'azienda diventa lo strumento su cui si regge economicamente la proposta (...) allora d(ovrebbe) trovare applicazione (...) la disciplina di cui all'art. 186 bis, poiché il soddisfacimento dei creditori è strettamente correlato alla continuazione (...) d'impresa»*²⁸¹. In altri termini, *«la compatibilità dell'affitto di azienda "fine a se stesso" con la disciplina dell'art. 186-bis d(ovrebbe) essere valutata caso per caso»*²⁸², a seconda che sussista o meno il predetto rapporto di strumentalità.

Tale dottrina ha trovato seguito in giurisprudenza, come dimostra il caso affrontato dal Tribunale di Bolzano con il provvedimento del 27 febbraio 2013²⁸³. Nel caso di specie, successivamente al deposito della cd. domanda in bianco, la società in "preconcordato" richiedeva, ex art. 161, settimo comma, l.f., che il Tribunale volesse autorizzare la conclusione di un contratto di subaffitto di ramo

²⁸⁰ Al riguardo, inoltre, si rileva che la tesi sotto critica si limita a considerare il solo affittuario *«newco facente capo ai medesimi portatori di capitale»*. Pertanto la stessa non è condivisibile anche perché riferita a solo tale affittuario, non già (come sarebbe stato opportuno) ad ogni e qualsivoglia controparte contrattuale (in ipotesi già attiva nel settore di riferimento).

²⁸¹ Cfr. LOLLI, *op. cit.*, pagg. 1086 ss., il quale afferma anche che, all'opposto, *«se il contratto d'affitto non rappresenta lo strumento per il pagamento dei creditori (...) viene meno la correlazione tra continuazione (...) e soddisfacimento dei creditori che sta alla base della qualificazione sostanziale della fattispecie»*.

²⁸² Cfr. PETTIROSSI, *op. cit.*, pag. 224, che conseguentemente critica la tesi secondo cui, invece, *«stando al [puro e semplice] dato letterale della norma, l'affitto fine a se stesso sarebbe da escludersi dall'ambito di applicabilità dell'art. 186-bis a causa della «provvisoria» del trasferimento della titolarità dell'impresa»*.

²⁸³ Cit.

d'azienda²⁸⁴. In particolare, secondo il Tribunale adito dal debitore, il subaffitto consisteva «(nell)l'unico strumento (...) per consentire (...) fino a formulazione del piano (...) la continuità (...) che (per) l'istante (era) il presupposto necessario alla [stessa] formulazione del piano (...). Specificatamente la stipula del contratto (...) da un lato (avrebbe) garanti(to) un incasso annuo per canoni [fissi] (...) dall'altro (...) l'incasso dei crediti vantati dalla società (...) che in caso di interruzione dell'attività (sarebbero) and(ati) persi». Pertanto, il Tribunale di Bolzano, sussistendo il detto rapporto di strumentalità tra il contratto considerato ed il soddisfacimento del ceto, autorizzava l'effettuazione dell'operazione, ritenendo inoltre applicabile (per le ragioni di cui *infra*²⁸⁵) la norma che qui si commenta.

Orbene, tale tesi (dottrinale e giurisprudenziale) appare, a parer mio, inconferente se si vuole sostenere (così come, all'opposto, criticare) l'applicabilità dell'art. 186-*bis* in caso d'affitto di azienda. Ed invero, come chiarito nella prima sezione di tesi di laurea, il rapporto di strumentalità di cui trattasi deve sussistere in ogni concordato che si voglia qualificare come cd. con continuità. Diversamente, infatti, a monte lo stesso non potrebbe denominarsi come tale, essendo un elemento intrinseco del concordato *ex art. 186-bis* il fatto che debba sussistere (sempre e comunque) un **rapporto di strumentalità tra prosecuzione d'attività e soddisfo del ceto**²⁸⁶.

Alla luce di ciò, le opinioni di cui al presente punto 2.5 paiono "problematiche", giacché le stesse sono (sì) condivisibili da un punto di vista generale (v. sez. 1, cap. 2, par. 2, pp. 2.5 ss.) ma, per contro, non dirimenti per i fini di cui consta la presente ricerca. Per ciò, tali opinioni (dottrinali e giurisprudenziali) non possono essere (pianamente) condivise in questa sede.

2.6-. Segue: la questione del trasferimento del rischio dall'affittante all'affittuario.

Venendo ora alla questione del trasferimento del rischio d'impresa, è stato affermato che «l'opinione [la quale sarebbe] prevalente in dottrina e giurisprudenza» - per cui «è (...) d(a) escludere che» l'affitto fine a se stesso «possa rientrare nella fattispecie con continuità aziendale, argomentando in merito al verificarsi di un trasferimento del rischio di impresa» - «(sarebbe) agevolmente supera(bile)

²⁸⁴ Al riguardo si precisa che, a parere di chi scrive, il subaffitto solleva (in sostanza) le medesime problematiche (generali) proprie dell'affitto.

²⁸⁵ V. successivo p. 2.6.

²⁸⁶ Al riguardo si rinvia (anche) alla precedente sezione 1, capitolo 2, paragrafo 2, punto 2.5, ove s'è dato ampio spazio al tema qui solo brevemente riproposto.

considerando che nella stessa cessione d'azienda e nel conferimento si verifica il medesimo trasferimento del rischio»²⁸⁷.

Dal canto suo, la giurisprudenza di merito ha avuto modo di statuire - sempre in relazione al tema inerente il trasferimento del rischio - che «*in sostanza chi sostiene l'incompatibilità dell'affitto (...) con il concordato in continuità (...) fonda le proprie argomentazioni sul rilievo che il rischio d'impresa (...) non si possa spostare sull'affittuario (...). A tal proposito si osserva che in tutti i casi in cui l'imprenditore intenda avvalersi dello strumento del contratto d'affitto (...) l'attività (...) continua a proseguire in capo allo stesso (...). In tutti i casi (...) permane un rischio (...) in quanto (...) prosegue l'attività»²⁸⁸.*

Tali tesi (dottrinali e giurisprudenziali) non sono condivisibili. Anzitutto si rileva che le due opinioni, benché prendano le mosse dallo stesso presupposto (i.e. dalla critica alla tesi contraria all'applicabilità dell'art. 186-bis in caso d'affitto), giungono a risultati esattamente opposti. Infatti, da una parte, la citata dottrina argomenta nel senso che, in ogni caso, l'affitto determinerebbe una traslazione del rischio d'impresa dall'affittante all'affittuario. Dall'altra parte ed al contrario, la giurisprudenza statuisce che, in ogni caso, l'affitto non produrrebbe un riallocamento del rischio imprenditoriale tra le parti contrattuali. Ciò che appare, *de visu*, sintomo del fatto che la questione inerente il trasferimento o non trasferimento del rischio non risulta affatto pacifica.

A ciò si aggiunge il fatto che, come evidenziato nella precedente sezione di tesi di laurea, il rischio viene trasferito dall'affittante in concordato preventivo alla controparte solo se il contratto prevede il cd. conguaglio finale e/o l'obbligo in capo all'affittuario di provvedere alla manutenzione straordinaria e/o, ancora, la natura fissa del canone²⁸⁹.

Pertanto, così (brevemente) riproposto il **tema inerente il trasferimento del rischio**, lo scrivente ritiene di non poter avvalorare le dette tesi dottrinali e

²⁸⁷ Cfr. PETTIROSSI, *op. cit.*, pag. 224, che quindi prosegue la propria Opera enunciando la tesi (già criticata) di cui al precedente punto 2.5.

²⁸⁸ In particolare ci si riferisce al provvedimento già citato del Tribunale di Bolzano, ove si legge anche che «*nel caso di affitto (...) non cessa nel modo più assoluto la (...) attività d'impresa, in quanto (...) avrà dei ricavi, rappresentati dal canone (...) e dei costi, composti in via esclusiva o parziale dalla gestione de(l) contratt(o) d'affitto (...). Inoltre i ricavi possono essere (...) variabili, e lo sono nella maggior parte dei casi»* (tra i quali, peraltro, non rientra il caso di cui al provvedimento emesso proprio dal Tribunale di Bolzano).

²⁸⁹ Pertanto, lo stesso rischio non viene trasferito né sempre come afferma la prima tesi sotto critica, né giammai come statuisce la giurisprudenza citata.

giurisprudenziali, in quanto difformi rispetto ai rilievi svolti sul punto dalla dottrina commercialistica (v. sez. 2, cap. 2, par. 1, pp. 2.1 ss.).

2.7-. Segue: la permanenza in capo al proprietario d'azienda della qualità di imprenditore.

Venendo infine al tema inerente la qualità d'imprenditore in capo all'affittante in concordato, merita di essere segnalata quella dottrina che ha affermato quanto segue: (i) «*la stipula del contratto di affitto (...) non pone problemi (...) in tal caso, infatti, l'impresa prosegue e l'attività imprenditoriale non cessa*»²⁹⁰; (ii) «*mant(iene) l'affittante (...) la qualità di imprenditore (...) onerato dall'obbligo di tenuta della contabilità (...). Ed infatti l'attività imprenditoriale non cessa ed è anzi presupposta dal divieto di concorrenza stabilito dall'art. 2557, comma 4, c.c. (...). Essa piuttosto prosegue secondo una particolare disposizione del debitore (...) di natura temporanea*»²⁹¹.

A parere di chi scrive tali opinioni dottrinali sarebbero condivisibili²⁹², se non fosse che - detto quanto sopra - gli Autori proseguono le proprie Opere affermando l'indiscriminata applicabilità dell'art. 186-bis in caso di affitto dell'azienda in crisi²⁹³. Anche per ciò, dunque, le stesse devono, a parer mio, essere criticate.

In ogni caso, lo scrivente rileva che il **tema inerente la qualità d'imprenditore** (che resta) in capo all'affittante non appare dirimente ai fini di cui consta il presente paragrafo di tesi di laurea. Infatti, tale questione giuridica potrebbe (tutt'al più²⁹⁴) rilevare allorché si consideri il (distinto) tema relativo al momento d'effettuazione dell'operazione d'affitto²⁹⁵.

²⁹⁰ Cfr. NOCERA, *op., cit.*, pag. 992.

²⁹¹ Cfr. PATTI, *Il pagamento*, cit., pagg. 196-197; conf. PATTI, *Rapporti*, cit., pag. 269.

²⁹² Ferme (comunque) le precisazioni di cui alla precedente sezione 2, capitolo 3, paragrafo 1, punti 3.3 e 3.4 (replicate in una nota iniziale della presente sezione di tesi).

²⁹³ Ed invero, da una parte, NOCERA, *op., cit.*, pag. 992, afferma che «*la stipula del contratto (...) in data anteriore alla presentazione del ricorso per concordato preventivo non pone problemi di compatibilità con la continuità aziendale*». Tali (generali) considerazioni valgono, a parere del detto Autore, «*anche in caso di affitto d'azienda successivo alla (...) domanda*». Dall'altra parte, invece, il secondo Autore citato afferma che: (i) «*(sarebbe) (...) irrilevante la distinzione della stipulazione del contratto di affitto prima o dopo la presentazione della domanda*» (cfr. PATTI, *Il pagamento*, cit., pag. 197); (ii) l'operazione in commento risulta «*senz'altro ascrivibile alla fattispecie in esame se successivo alla domanda di concordato (...) tuttavia (...) anche (...) l'affitto d'azienda anteriore (...) vert(e) a pieno titolo nell'ipotesi di concordato con continuità*» (cfr. PATTI, *Rapporti*, cit., pag. 269).

²⁹⁴ E se proprio si vuole.

²⁹⁵ Il che, del resto, risulta implicitamente confermato anche dalle stesse tesi sotto critica, nella parte in cui - dapprima - si riferiscono alla qualità d'impresa (che resta) in capo al debitore in concordato preventivo, mentre - poi - considerano il (distinto) tema inerente il momento

Infine, più in generale, le tesi sotto critica (nonché le opinioni già confutate nei precedenti punti) appaiono manifestamente in contrasto col dato letterale di cui all'art. 186-bis. In particolare, tutte le tesi di cui *supra* non considerano (ovvero si limitano a criticare genericamente) il fatto che l'articolo in commento è chiaro nel prevedere che (solo) «quando» sussiste una delle tre fattispecie tipizzate «si applicano» le (note) disposizioni integrative²⁹⁶.

Per tutti questi motivi, le opinioni sopra considerate non possono essere condivise, (anche) per le specifiche ragioni di cui ai precedenti punti 2.2 e seguenti.

Paragrafo 2 – Affitto ponte (“con cessione”)

2.8-. *Personale rifiuto “a priori” delle tesi non particolarmente argomentate.*

A questo punto pare utile proseguire prendendo in considerazione il **cd. affitto ponte**. Anche al riguardo si sono espresse sia la dottrina sia la giurisprudenza, con tesi non pianamente condivisibili (a parere di chi scrive).

In particolare, secondo una prima opinione dottrinale, in generale l'«*ipotesi dell'affitto prodromico alla successiva cessione di azienda (...) non (...) sarebbe (...) incompatibil(e) con la disciplina del concordato con continuità*»²⁹⁷.

A parere di chi scrive tale tesi è criticabile per lo stesso ordine di ragioni per cui le opinioni di cui al precedente paragrafo 1, punto 2.2, non sono state avvalorate in questa sede. Nello specifico, trattasi di **una opinione non particolarmente argomentata**, giacché l'Autore si limita ad affermare quanto sopra senz'altro aggiungere. Per ciò, per brevità espositiva, ci si limita a rinviare alle critiche già mosse sopra; fermo quanto *infra* in relazione al cd. affitto ponte.

2.9-. *L'argomento della continuità oggettiva sottesa alle previsioni di cui all'art. 186-bis.*

Secondo un'altra tesi, l'affitto ponte risulta compatibile con l'art. 186-bis «*perché coerente con la declinazione normativa della continuità aziendale in senso*

d'effettuazione dell'affitto (per giungere - infine - ad affermare l'indiscriminata applicabilità dell'articolo in commento qualora il proponente sia parte di un simile contratto).

²⁹⁶ Al riguardo si rileva che è noto il fatto che, anzitutto, l'attività interpretativa dell'operatore del diritto deve muovere dalla lettera della legge (per poi - se del caso - tendere verso un'estensione che - comunque - risulti compatibile, anche a livello sistematico, con la norma di cui trattasi).

²⁹⁷ Cfr. PETTIROSSI, *op. cit.*, pag. 225.

oggettivo, piuttosto che soggettivo: rilevando (...) che l'impresa sia in esercizio, essendo poi indifferente la permanenza dell'azienda in capo al debitore o ad un soggetto terzo»²⁹⁸.

Tale tesi ha trovato seguito in giurisprudenza, come dimostrato dai provvedimenti emessi, in data 19 marzo 2013 e 27 marzo 2013, dal Tribunale di Firenze²⁹⁹. In particolare, il primo (decreto) affrontava un caso ove la soddisfazione dei creditori era previsto avvenisse anche grazie un affitto ponte concluso, prima del deposito della domanda in bianco, con una società appositamente costituita (la quale aveva avanzato una proposta irrevocabile d'acquisto condizionata, com'è prassi, all'omologazione)³⁰⁰. Tale caso, secondo il Tribunale fiorentino, risultava essere del tutto assimilabile a quello di cui al secondo "precedente" qui citato³⁰¹.

Orbene, in entrambi i decreti si legge che, dalla lettura della norma, ciò che caratterizzerebbe il concordato con continuità sarebbe l'«*elemento oggettivo della prosecuzione della attività di impresa, essendo del tutto irrilevante il soggetto che tale continuazione garantisce*». Ciò che appare, all'evidenza, del tutto conforme all'opinione dottrinale citata *ab inizio*.

Al riguardo lo scrivente rileva che, benché le tesi esposte possano essere condivise (se precisate nei termini di cui *infra*³⁰²), comunque le stesse non possono venire avvalorate, giacché i relativi fautori ne propugnano l'indiscriminata adottabilità anche in caso d'affitto fine a se stesso³⁰³. Infatti, sia la dottrina che la giurisprudenza citate affermano, genericamente, che il concordato *ex art. 186-bis* si caratterizzerebbe *sic et simpliciter* per l'«*elemento oggettivo*» della continuità

²⁹⁸ Cfr. PATTI, *Il pagamento*, cit., pag. 196. Tale opinione non si registra, invece, nell'altra citata Opera del medesimo Autore.

²⁹⁹ *Citt.*

³⁰⁰ Si dice "era previsto avvenisse" giacché lo stesso decreto del Tribunale toscano aveva dichiarato, per altre ragioni (di cui allo stesso provvedimento), l'inammissibilità del concordato proposto (oltre che, su istanza creditoria, il fallimento del debitore).

³⁰¹ A questo particolare riguardo, ci si limita a riportare quanto risultante dal detto decreto: (i) dapprima si legge che «(nell)'attestazione (...) era specificamente indicato che "il piano non prevede alcuna cessione di azienda in esercizio che risulta attualmente data in affitto senza alcuna proposta di acquisto"; (ii) successivamente, invece, si statuisce che «(ne)l programma indicato ai creditori dall'odierno debitore (parrebbe) già stato attuato l'affitto (...) ed eventualmente (...) cessione dell'azienda al medesimo affittuario». Il che appare, all'evidenza, una contraddizione in termini.

³⁰² In particolare, anche (ma non solo) nel capitolo conclusivo di tesi.

³⁰³ Che, come chiarito *supra*, non risulta affatto compatibile con la disposizione in commento.

aziendale, essendo poi - a parer loro - «indifferente»³⁰⁴ o, rispettivamente, «irrilevante»³⁰⁵ chi sia il soggetto che garantisce in fatto il prosieguo d'attività.

Orbene, tale (sostanziale) genericismo non pare sposabile da parte di chi scrive, il quale invece mira a specificare i precisi limiti di compatibilità tra l'art. 186-bis e l'operazione d'affitto (ponte). Pertanto, a questo punto, non resta che proseguire oltre con l'analisi del momento di possibile stipula di tale contratto, dopo - però - aver concluso il presente paragrafo con la seguente (ulteriore) critica³⁰⁶.

2.10-. Critica delle tesi che equiparano l'affitto ponte a quello fine a se stesso.

Secondo una ulteriore tesi, «assunta, come direttrice interpretativa, quella per cui il concordato con continuità aziendale si caratterizza per il legame esistente tra il pagamento dei creditori e la prosecuzione della attività d'impresa, (...) non vi s(arebbero) motivi per sottrarre alla applicazione della normativa (...) ipotesi (...) che vedano l'intervento del terzo con forme diverse da quelle menzionate espressamente (...). Una diversa opinione», escludente dall'ambito applicativo non solo l'affitto ponte ma anche quello fine a se stesso, «avrebbe, quale unico effetto, quello di eliminare la applicazione della disciplina di cui all'art. 186 bis l. fall. a tali fattispecie (...), rendendo comunque possibile la presentazione della proposta (...) senza le cautele - prima tra tutte quella relativa alla apposita attestazione - introdotte dall'art. 186 bis»³⁰⁷.

Al riguardo lo scrivente si limita a precisare quanto appena esposto in relazione alle opinioni criticate al precedente punto 2.9, ossia che ogni e qualsivoglia **tesi (dottrinale o giurisprudenziale) la quale equipari l'affitto ponte a quello fine a se stesso** non può essere avvalorata pianamente. Ciò in quanto, come chiarito nel precedente paragrafo 1³⁰⁸, il puro e semplice affitto d'azienda non risulta compatibile con il concordato tipizzato dall'art. 186-bis³⁰⁹.

Paragrafo 3 – Il momento d'effettuazione dell'operazione d'affitto

³⁰⁴ Secondo il detto Autore.

³⁰⁵ Secondo il Tribunale di Firenze.

³⁰⁶ Che inizia a precisare (in parte) l'opinione di chi scrive al riguardo dell'affitto ponte.

³⁰⁷ Cfr. LOLLI, op., cit., pagg. 1086 ss.

³⁰⁸ Mediante serrate critiche e consequenziali confutazioni.

³⁰⁹ Giacché, si ripete, incompatibile con il (chiaro) tenore letterale del disposto in commento.

2.11-. La non dirimenza del momento di stipula dell'affitto ai fini della configurabilità del concordato con continuità aziendale.

A questo punto pare necessario concludere il presente primo capitolo d'analisi del rapporto tra l'art. 186-bis e l'affitto d'azienda, approfondendo la questione relativa al **momento di possibile stipula del contratto** di cui trattasi.

Al riguardo, i fautori della tesi qui sotto critica - cioè *pro* indiscriminata applicabilità dell'art. 186-bis in caso d'effettuazione dell'operazione di affitto – affermano che il momento di stipula del contratto non rileva in alcun modo³¹⁰. Al più, infatti, tale momento rileverebbe da un **punto di vista d'opportunità pratica**, nel senso che qualora il debitore in concordato preferisse coinvolgere gli organi procedurali nella individuazione della miglior controparte possibile, nonché nella strutturazione dell'operazione da porre in essere, lo stesso dovrebbe predisporre piano e proposta sulla base (anche) di un affitto da concludersi nelle more della procedura. All'opposto, in caso di disinteresse pratico verso tale strategia di risanamento e/o ristrutturazione, il proponente potrebbe individuare da sé l'affittuario e, con quest'ultimo, strutturare liberamente il contratto da stipularsi *ante* ammissione³¹¹.

³¹⁰ Peraltro, occorre rilevare fin da subito che, secondo PETTIROSSI, *op., cit.*, pagg. 225-226, «pacifica è l'ipotesi di ammissibilità di un contratto (...) sottoscritto dopo l'ammissione (...) alla procedura (...), stante la necessità di autorizzazione (...) da parte del Tribunale [o del Giudice Delegato], configurandosi il medesimo quale atto di straordinaria amministrazione». Al contrario, secondo l'Autore, l'affitto concluso *ante* procedura sarebbe soggetto alle seguenti precisazioni: «l'affittuario – in quanto soggetto terzo alla procedura – non potrebbe (...) avvalersi di disposizioni quali, ad esempio, quelle di cui al comma 4 o 5 dell'art. 186-bis. Nel caso di specie l'impresa in concordato non potrebbe avvalersi neanche del beneficio di moratoria, venendo «liquidati» tutti i beni vincolati funzionalmente all'azienda. In conclusione [secondo tale Autore] la disciplina (...) sarebbe (...) di difficile applicazione al contratto (...) sottoscritto prima dell'ammissione (...), se non in quanto disciplina cautelativa».

³¹¹ A questo particolare riguardo LOLLI, *op., cit.*, pagg. 1086 ss., afferma che «tipicamente, prima della proposizione della domanda di concordato, viene stipulato un contratto di affitto (...). In tali ipotesi, la scelta dell'imprenditore che deve intervenire nell'ambito della proposta concordataria, nonché la determinazione delle condizioni economiche relative all'affitto (...), sono il frutto della scelta dell'imprenditore che presenta la proposta concordataria, che si accorda con il terzo (...). Sulla scelta del terzo e delle condizioni con questi concordate (...) interviene, successivamente, la attività di controllo degli organi della procedura (...). Certamente, se le condizioni economiche (...) non garantiscono il miglior ritorno possibile sotto un profilo economico, il commissario giudiziale, prima, ed i creditori poi, potranno valutare negativamente la convenienza della proposta concordataria, il primo con una relazione (...) i secondi manifestando il loro voto in senso contrario alla approvazione». Invece, «al fine di ottenere una maggiore condivisione preventiva della proposta concordataria da parte degli organi della procedura, è allora possibile che la individuazione del terzo nonché delle modalità e del contenuto del suo stesso intervento venga effettuata all'interno del procedimento concordatario, quale atto di straordinaria amministrazione (...) ex art. 161, comma settimo l. fall. (...) ovvero (...) ex art. 167 l. fall.».

In particolare, al riguardo di quanto sopra si sono espresse sia le seguenti voci dottrinali³¹² sia i provvedimenti giudiziali di cui *infra*³¹³. Da un lato la dottrina ha affermato quanto segue: (i) «*la stipula del contratto (...) in data anteriore alla presentazione del ricorso per concordato preventivo non pone problemi di compatibilità con la continuità aziendale*», e ciò «*anche [e soprattutto] in caso di affitto d'azienda successivo alla presentazione della domanda*»³¹⁴; in altri termini (ii) l'affitto è «*senz'altro ascrivibile alla fattispecie in esame se successivo alla domanda di concordato (...) [ma] anche (se) anteriore*»³¹⁵; pertanto (iii) «*diviene (...) irrilevante la distinzione della stipulazione (...) prima o dopo la presentazione della domanda*»³¹⁶.

Dall'altro lato, la giurisprudenza di merito ha avuto modo di affrontare casi di piani e proposte concordatarie strutturate (anche) su affitti già conclusi o prima dell'ammissione *ex art.* 163 l.f. ma in pendenza del cd. preconcordato, o financo *ante* deposito della domanda in bianco. Ed invero, come già detto *supra* (pur *en passant*), i predetti provvedimenti dei Tribunali di Bolzano e Firenze hanno - il primo - autorizzato la stipula di un subaffitto nelle more del preconcordato e - il secondo - statuito la compatibilità tra il concordato con continuità e l'affitto concluso *ante* ammissione.

Orbene, a parere di chi scrive, benché tutte le tesi ora considerate sono indivisibili per le ragioni specificate nei punti che precedono, comunque le medesime sono avvalorabili (nella parte in considerazione nel presente punto 2.11) giacché l'art. 186-*bis* non pare distinguere in alcun modo tra operazioni di *restructuring* effettuate *ante* o *post* ammissione (o omologazione). Infatti, la norma in commento si limita a disporre che «*quando*» sussiste una delle tre fattispecie tipizzate «*si applicano*» le (note) disposizioni integrative. In altri termini e come chiarito in più occasioni, ciò che rileva è la sussistenza in concreto di un rapporto di strumentalità tra l'operazione di cui trattasi ed il soddisfo del ceto creditorio, non già il momento d'effettuazione della stessa.

In ogni caso, di tale aspetto e di molti altri ancora³¹⁷ ci si occuperà successivamente, anche tenendo conto della recentissima riforma del 2015 che, come noto, è intervenuta sul punto specifico mediante l'introduzione del nuovo

³¹² Già considerate *supra* al riguardo di altre questioni giuridiche.

³¹³ Parimenti già citati sopra.

³¹⁴ Cfr. NOCERA, *op. cit.*, pag. 992, che argomenta l'assunto sulla base della non cessazione dell'impresa in caso d'effettuazione di tale operazione (ferma, a parere di chi scrive, la dovuta precisazione di cui alla precedente sezione 2, capitolo 3, paragrafo 1, punto 3.4).

³¹⁵ Cfr. PATTI, *Rapporti*, cit., pag. 269.

³¹⁶ Cfr. PATTI, *Il pagamento*, cit., pag. 197.

³¹⁷ Già trattati e/o non ancora discussi.

(e controverso) art. 163-*bis* l.f.³¹⁸. A questo punto, infatti, pare utile proseguire esponendo (e confutando) quanto sostenuto da un'altra corrente di pensiero (prevalentemente dottrinale³¹⁹), secondo la quale l'art. 186-*bis* non dovrebbe giammai applicarsi in caso di effettuazione dell'operazione d'affitto, per tutta una serie di (incondivisibili³²⁰) ragioni, letterali, sistematiche e teleologiche.

³¹⁸ Sul cui ambito applicativo s'è già scritto (in parte) nella prima sezione di tesi di laurea (v. cap. 2, par. 2, p. 2.7).

³¹⁹ E avvalorata (soltanto) da Trib. Milano, 28 novembre 2013, *cit.* (che cita a sua volta un precedente provvedimento emesso dallo stesso identico collegio giudicante), nonché Trib. Pordenone, 4 agosto 2015, *cit.*

³²⁰ Parzialmente. Al riguardo, infatti, si anticipa fin d'ora che lo scrivente condivide (tendenzialmente) gli argomenti impiegati da tale dottrina per negare la riconducibilità dell'affitto fine a se stesso all'art. 186-*bis*. Fermo che altro discorso va fatto sul (diversa) affitto ponte.

Capitolo 3 – Critica delle tesi che argomentano nel senso dell'inapplicabilità *tout court* dell'art. 186-bis in caso d'affitto

Paragrafo 1 – La lettera della legge in sfavore della compatibilità tra il contratto di affitto e il concordato con continuità aziendale

3.1-. *Premessa di merito: la strutturale differenza tra affitto fine a se stesso ed affitto ponte.*

Di seguito saranno rappresentati punto per punto gli argomenti sulla cui base taluni Autori (nonché tribunali) fondano la propria tesi favorevole all'inapplicabilità *tout court* dell'art. 186-bis in caso d'affitto.

Al riguardo occorre premettere che tale tesi è sostenuta sempre e comunque, senza alcuna **distinzione tra l'affitto fine a se stesso e quello ponte**. Pertanto, giova fin da subito anticipare l'opinione che chi scrive vuole assumere al riguardo³²¹: la tesi di cui trattasi appare insostenibile giacché equipara due operazioni che nulla hanno in comune se non il punto di partenza delle stesse. Ed invero, l'affitto "di risanamento" e quello "con cessione"³²² sono assimilabili (solo) poiché, entrambi, producono (anzitutto) un trasferimento temporaneo del godimento dell'azienda. Peraltro, appare evidente il fatto che, nella prassi, tali operazioni vengono poste in essere per scopi intimamente differenti, in quanto: da un lato (i) l'affitto fine a se stesso è volto al risanamento dell'azienda³²³, in vista di una retrocessione della medesima in condizioni non più dissestate; dall'altro lato, invece, (ii) l'affitto ponte è prodromico alla successiva cessione allo stesso affittuario³²⁴, la quale, al momento della stipula del primo contratto, non è stato possibile effettuare per tutta una serie di possibili ragioni pratiche che variano da caso a caso³²⁵.

A fronte di quanto precede, dunque, le tesi subito *infra* rappresentate non appaiono (pianamente) avvalorabili in questa sede.

3.2- *Premessa di metodo.*

³²¹ E che si tenterà di argomentare nelle pagine che seguono.

³²² Così rispettivamente ridenominati, in questa sede, quello fine a se stesso e quello ponte.

³²³ E non a caso lo stesso è stato qui ridenominato, appunto, come affitto "di risanamento".

³²⁴ Affitto che proprio per tale motivo è stato qui ridenominato come "con cessione".

³²⁵ Ragioni le quali si è tentato di rappresentare nella precedente sezione 2 (in particolare nel relativo capitolo 1).

Fatte queste premesse, a questo punto pare utile riportare testualmente le varie tesi sostenute dai predetti Autori, per poi commentarle (di volta in volta) tenendo conto di quanto chiarito sopra. Al contempo saranno rappresentati (e, quindi, criticati) i “precedenti” rilevanti sul tema qui in considerazione.

3.3-. Il chiaro tenore letterale della legge escluderebbe tout court la riconducibilità del piano fondato anche sull'affitto al concordato di cui all'art. 186-bis.

Al riguardo del tema in analisi la dottrina ha sostenuto, tra l'altro, che l'operazione d'affitto, quale che essa sia, non sarebbe compatibile con il concordato con continuità aziendale atteso che la **lettera** «(del)l'art. 186-bis (...) non parla assolutamente dell'affitto d'azienda»³²⁶. Ancora, «il nuovo articolo 186-bis l. fall. chiarisce (...) che (...) il caso dell'affitto (...) a rigore fuoriesce dalla definizione normativa»³²⁷. Ciò in quanto «la disciplina del concordato in continuità (...) si riferisce ad altre fattispecie»³²⁸, giacché la legge «utilizz(a) l'espressione “cessione dell'azienda in esercizio” o “conferimento dell'azienda in esercizio”»³²⁹. Nello specifico, secondo tali Autori, l'art. 186-bis «pur nella sua evidente atecnicità, è riferibile solo al trasferimento in proprietà dell'azienda a terzi»³³⁰.

Tale tesi dottrinale è stata sposata anche da alcuni tribunali (ivi compreso, financo, quello milanese). In particolare, secondo il decreto reso in data 4 agosto 2015 dal Tribunale di Pordenone³³¹ - il quale ha affrontato un caso d'affitto³³² ante domanda ad una *newco* partecipata totalmente dall'affittante in concordato -, l'operazione di cui trattasi risulta incompatibile con la norma in commento «sia per l'argomento testuale di cui al c. 1 (...) sia per la mancanza di riferimento all'affittuaria al c. 3 dello stesso art., laddove sono menzionate (...) solo le (...) cessionarie o conferitarie dell'azienda». Da parte sua il Tribunale di Milano, in una singola procedura, ha

³²⁶ Cfr. LAMANNA, *Ancora sull'incompatibilità*, cit., pag. 2, che aggiunge che «tale norma, nella sua formulazione letterale, sembrerebbe riferire la figura della continuità solo al caso in cui sia l'impresa in concordato a gestire direttamente l'azienda» (v. al riguardo sez. 1, cap. 2, par. 2, p. 2.8, infine).

³²⁷ Cfr. AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e requisiti di ammissibilità*, cit., pag. 3. Nello stesso senso AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e affitto d'azienda*, cit., pag. 1.

³²⁸ Cfr. QUAGLIOTTI, *op.*, cit., pag. 4.

³²⁹ Cfr. FICO, *Domanda*, cit., pag. 2.

³³⁰ Cfr. GALLETTI, *La strana vicenda*, cit., pag. 2.

³³¹ *Cit.*

³³² Fine a se stesso o “di risanamento”.

avuto modo di statuire - dapprima³³³ - che «la definizione normativa, proprio in quanto (...) non contempla espressamente l'affitto, induce ad escludere dal suo ambito (...) l'ipotesi», e - poi³³⁴ - che «in linea generale, può parlarsi di concordato in continuità (...) solo nei casi previsti (...) e non invece in caso di affitto d'azienda, tanto più se stipulato e già impegnativo (...) in data antecedente al deposito»³³⁵.

Orbene, a parere di chi scrive tali tesi sono solo parzialmente condivisibili, per le ragioni già espresse sopra e subito *infra* riproposte.

3.4- Segue: personale rifiuto di ogni e qualsivoglia tesi che, al fine di escludere sempre e comunque l'applicabilità dell'art. 186-bis, equipari l'affitto fine a se stesso al distinto affitto ponte.

Come già anticipato, in generale l'operazione d'affitto è strutturabile dalle parti, liberamente, sia al fine di risanare l'azienda in crisi sia allo scopo di cedere quest'ultima ad omologazione intervenuta. Tale libertà contrattuale induce a ritenere che i due contratti in considerazione devono essere tenuti chiaramente distinti, sia in linea generale sia - a maggior ragione - allorché si consideri il (delicato) rapporto tra l'art. 186-bis e l'affitto.

In particolare, lo scrivente condivide la tesi qui sotto critica nella (sola) parte in cui esclude dall'ambito applicativo della norma l'**affitto fine a se stesso** (comunque stipulabile, ovviamente). Ciò in quanto, come chiarito nel capitolo che precede³³⁶, tale affitto risulta nettamente in contrasto con l'interpretazione preferibile dell'art. 186-bis e, cioè, quella che, restrittivamente, ne limita l'ambito alle sole fattispecie tipizzate³³⁷.

³³³ In sede di decreto di fissazione del termine, pari a quindici giorni, per integrare/modificare la domanda e/o la documentazione allegata (cfr. Trib. Milano, 13 novembre 2013, *cit.*).

³³⁴ In sede di decreto d'ammissione al concordato - peraltro - liquidatorio (cfr. Trib. Milano, 28 novembre 2013, *cit.*).

³³⁵ In particolare, il piano concordatario del caso di specie si fondava (anche) su un affitto concluso prima del deposito della domanda, ma divenuto efficace successivamente al ricorso (ancorché «non soggetto a condizioni sospensive»). Tale operazione prevedeva anche, alla scadenza dell'affitto, il riconoscimento all'affittuaria di un diritto d'opzione per l'acquisto del ramo già affittato (con l'espressa esclusione di alcuni beni da retrocedersi, invece, all'impresa in concordato).

Oltre a tale operazione complessiva il piano del caso di specie prevedeva (anche) la prosecuzione diretta dell'attività riferibile al ramo non oggetto d'affitto (cui, all'esercizio del *call*, sarebbero andati ad aggiungersi i detti beni da retrocedersi).

³³⁶ Nonché affermato dall'autorevole dottrina e giurisprudenza citate nel presente capitolo.

³³⁷ Ed invero, il legislatore del 2012 ben avrebbe potuto tipizzarne di altre. Se così non ha fatto (pur potendo) è perché lo stesso ha inteso delimitare, chiaramente e precisamente, i confini del "nuovo" concordato con continuità aziendale.

Peraltro, come anticipato sopra, lo scrivente ritiene - al contempo - che il concordato con continuità possa configurarsi anche allorché il proponente basi il piano sull'affitto concluso quale strumento per - in ipotesi - mantenere operativa un'azienda, altrimenti destinata a chiudere, oggetto del potenziale interesse d'acquisto di un altro imprenditore. In tal caso, infatti, a parere di chi scrive l'art. 186-bis risulta rispettato (sia letteralmente che teleologicamente, oltre che sistematicamente).

Ed invero, limitandosi (ora) a considerare la lettera della norma³³⁸, quest'ultima verrebbe rispettata non solo nell'ipotesi in cui il trasferimento definitivo d'azienda fosse effettuato in via diretta ed immediata, bensì anche qualora sia preceduto, appunto, da un **affitto ponte**. Quest'ultimo contratto, infatti, costituirebbe un "mero" mezzo contrattuale per realizzare la complessiva operazione tra le parti, le quali non sono interessate, al momento della stipula, ad effettuare fin da subito il passaggio di proprietà³³⁹. In altri termini, ciò che conta è che, in concreto, la complessiva operazione posta in essere dalle parti sia comunque riconducibile ad una delle fattispecie di (trasferimento definitivo) di cui all'art. 186-bis.

Diversamente, qualora il contratto d'affitto preveda il puro e semplice trasferimento temporaneo del godimento dell'azienda, allora lo stesso non garantirebbe all'affittante l'indubbia applicabilità della disposizione, atteso che quest'ultima tipizza "soltanto" il (vero e proprio) passaggio di proprietà³⁴⁰.

Paragrafo 2 – La fondamentale questione del rischio d'impresa

3.5-. *Opinioni inerenti il trasferimento del rischio dall'affittante all'affittuario: la dottrina.*

Venendo ora alla fondamentale **questione del rischio d'impresa**, in **dottrina** è stato congruamente affermato che, «come osservato dalla gran parte degli interpreti, la continuità aziendale presuppone comunque una sopportazione del rischio d'impresa da parte dei creditori da riferirsi necessariamente al debitore proponente»³⁴¹. Peraltro, nello specifico, è stato sostenuto che «la disciplina del concordato con continuità p(uò) trovare applicazione esclusivamente nei casi (...) [ove] viene richiesto

³³⁸ Già di per sé argomento più che dirimente.

³³⁹ Per tutta una serie di possibili ragioni pratiche che variano da caso a caso (v. precedente punto 3.1).

³⁴⁰ Sia in forma di cessione che in forma di conferimento.

³⁴¹ Cfr. LAMANNA, *Ancora sull'incompatibilità*, cit., pag. 2.

al ceto creditorio di sopportare il generale rischio d'impresa inevitabilmente connesso alla continuazione (e si tratt(erebbe) di circostanza che non si verific(erebbe) mai dal momento in cui l'azienda venga trasferita (...) nella disponibilità di un terzo)»³⁴². Tale tesi è stata sposata da svariati Autori, ancorché la stessa non sia condivisibile a parere di chi scrive. Ed invero, se è vero che «il concordato con continuità presuppone (...) la (...) imputazione del rischio di impresa al debitore», altrettanto non può dirsi³⁴³ circa il fatto che «la disciplina (...) non par(rebbe) quindi applicabile all'affitto d'azienda, ove il rischio anzidetto ricad(rebbe)» sempre e comunque «direttamente sull'affittuario»³⁴⁴. La presente critica ben può essere mossa anche verso chi afferma che «il concordato in continuità non par(rebbe) compatibile con l'affitto d'azienda, fattispecie nella quale il rischio (...) ricad(rebbe) direttamente sull'affittuario e non sul debitore concordatario e, conseguentemente, sui creditori concorsuali»³⁴⁵. Del resto, le medesime considerazioni potrebbero riproporsi anche nei riguardi di chi sostiene che «quando sia concluso un contratto di affitto (...) allora dal momento della stipula (...) il rischio di impresa grav(erebbe)» in ogni caso «sull'affittuario. Cosicché o non graver(erebbe) mai sui creditori concorsuali (nel caso in cui il contratto (...) sia stato stipulato prima dell'apertura della procedura di concordato) oppure cessar(erebbe) di gravare sui creditori (...) dal momento in cui (...) sarà stipulato»³⁴⁶.

A quanto sopra è stato aggiunto, da altri parimenti autorevoli Autori, che «il rischio presupposto dal Legislatore non è solo quello che il compendio (...) si svalorizzi, bensì quello che i creditori subiscano gli effetti dell'assunzione di passività in prededuzione, per effetto della eventuale incapacità dei flussi della gestione (...) di estinguere le nuove passività (...). E dunque la disciplina non (sarebbe) applicabile all'affitto dell'azienda, ove il rischio (...) incomb(erebbe)» comunque «sull'affittuario»³⁴⁷. Tale (medesimo) Autore, peraltro, aggiunge che il «debitore (...) [ben] può essere remunerato in modo variabile e parametrato all'andamento [incerto

³⁴² Cfr. QUAGLIOTTI, *op.*, *cit.*, pag. 5, che riferisce le proprie argomentazioni ad ogni e qualsivoglia trasferimento d'azienda (ivi compreso quello in forma di cessione e conferimento).

³⁴³ Per le ragioni di cui al successivo punto 3.7.

³⁴⁴ Cfr. FICO, *Domanda*, *cit.*, pag. 2.

³⁴⁵ Cfr., ancora, FICO, *Affitto*, *cit.*, pag. 2.

³⁴⁶ Cfr. DI MARZIO, *Affitto*, *cit.*, pag. 2, che quindi si riferisce sia alla fase «precedent(e) all'apertura della procedura» sia al contratto concluso «nel corso della stessa».

³⁴⁷ Cfr. GALLETTI, *La strana vicenda*, *cit.*, pag. 1.

Al riguardo delle passività prededucibili è stato sostenuto altresì che l'affitto, in ogni caso, non sarebbe compatibile con la disposizione in commento «perché il debitore [in ipotesi] (potrebbe) torn(are) ad essere gravato dalle passività (nel frattempo con ogni probabilità incrementate) che l'affittuario si fosse impegnato a mantenere a proprio carico (in particolare per retribuzioni, permessi e ferie arretrate, e trattamento di fine rapporto dei dipendenti)» (cfr. CATALDO, *op.*, *cit.*, pag. 466).

e, quindi, rischioso] *della gestione*». Ciò che non solo appare una contraddizione in termini, ma che, inoltre, appare *de visu* in contrasto con quanto sostenuto da chi argomenta nel senso che, in caso di stipula di qualsiasi contratto di affitto, «*si produ(rrebbe)*» sempre e comunque «*la situazione per cui i risultati di gestione spett(erebbero)* [in misura fissa, giammai variabile] *all'affittuario*»³⁴⁸.

Orbene, prima di serrare la critica di cui *infra* nei confronti di tutte le predette tesi dottrinali, giova segnalare che (anche) il Tribunale di Milano, nella medesima procedura citata sopra³⁴⁹, ha statuito quanto subito *infra*.

3.6-. Segue: la giurisprudenza sul tema inerente il rischio imprenditoriale in capo all'affittante in concordato preventivo.

Nel caso di specie (di cui alla predetta procedura), il provvedimento milanese emesso il 13 novembre 2013³⁵⁰ ha statuito che «*l'affitto (...) costituisce strumento per la (...) trasla(zione) sull'affittuario (de)l rischio d'impresa*». Successivamente, col decreto del 28 novembre 2013³⁵¹, il **Tribunale di Milano** ha statuito che «*dal momento della stipulazione del contratto (...) [indifferentemente] sia prima che dopo l'apertura del procedimento, il rischio di impresa grava sull'affittuario e non sui creditori concorsuali e dunque non vi è ragione per riservare all'azienda condotta da un soggetto estraneo (...) le speciali "utilità" previste dagli artt. 186 bis e 182 quinquies*»³⁵².

3.7-. Serrata critica verso tutte le tesi le quali ritengono che, a mezzo d'affitto, il debitore trasferisca sempre e comunque il rischio d'impresa.

Venendo infine all'anticipata **critica** verso le tesi di cui sopra, giova ripetere quanto ampiamente chiarito nella precedente sezione di tesi di laurea³⁵³, ossia che la struttura contrattuale dell'affitto d'azienda costituisce un elemento fondamentale per discernere in quali casi il rischio d'impresa viene trasferito

³⁴⁸ Cfr. AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e requisiti di ammissibilità*, cit., pagg. 3 e 4. Nello stesso senso AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e affitto d'azienda*, cit., pag. 2.

³⁴⁹ In particolare nel precedente punto 3.3.

³⁵⁰ Cit.

³⁵¹ Cit.

³⁵² Peraltro, «*ciò naturalmente non vuol dire che non sia legittima una proposta di concordato che preveda l'affitto dell'azienda quale strumento di soddisfacimento dei creditori concorsuali, ma che, in questo caso, non sarà possibile – in relazione all'attività dell'affittuario – essere autorizzati al pagamento di creditori anteriori o invocare le previsioni dell'art. 186 bis in tema di prosecuzione dei contratti, essendo questi "benefici" riservati solo al debitore*».

³⁵³ V. cap. 2, par. 1, pp. 2.1 ss.

dall'imprenditore in concordato al terzo. In particolare, occorre tenere conto della concreta strutturazione dell'operazione al fine di distinguere i casi in cui il rischio imprenditoriale resta in capo all'affittante, da quelli in cui lo stesso viene traslato sull'affittuario. Nello specifico occorre distinguere - da un lato - il contratto il quale (i) non prevede il cd. conguaglio finale, (ii) pone in capo all'affittante l'obbligo di manutenzione straordinaria e (iii) riconosce natura variabile al canone d'affitto. Dall'altro lato, invece, si pone il contratto che, al contrario, rispettivamente contempla clausole inerenti (i) il detto conguaglio, (ii) l'obbligo manutentivo a carico dell'affittuario e, infine, (iii) la natura fissa del canone.

Orbene, benché ciò sia stato già detto in più occasioni, in questa sede si ripete - *ad abundantiam* - che solo e soltanto nella seconda operazione descritta, non già nella prima, il rischio viene trasferito dal proprietario d'azienda alla controparte contrattuale.

Pertanto, in questi termini riproposta la questione di cui sopra, pare coerente concludere nel senso che (a parer mio) tutte le tesi ora considerate appaiono manifestamente indivisibili, giacché le stesse si limitano a discutere del rischio imprenditoriale senz'entrare nel merito (e nel vivo) della questione medesima. Tali tesi, infatti, si fermano (potrebbe dirsi) "in superficie", senza tenere conto di quanto scritto sopra e, cioè, che nei soli casi in cui il rischio viene (effettivamente) traslato sull'affittuario, l'operazione in commento può (e deve) considerarsi «uno strumento di risk management»³⁵⁴.

Per tutti questi motivi, lo scrivente ritiene che sia la dottrina sia la giurisprudenza citate³⁵⁵ non paiono condivisibili, perché escludono *tout court* l'applicabilità dell'art. 186-bis ritenendo - erroneamente (secondo me) - che, a mezzo d'affitto, il debitore trasli, sempre e comunque, il (fondamentale) rischio imprenditoriale³⁵⁶.

³⁵⁴ Conf. LA ROSA, *op., cit.*, pag. 63, già citato nella precedente sezione 2 (qui ampiamente riproposta, *ad abundantiam*).

³⁵⁵ Benché, all'evidenza, assai autorevoli e citate dai più.

³⁵⁶ Al riguardo, s'anticipa fin d'ora che l'operazione che *infra* (*rectius* in fine) verrà denominata come "l'unica compatibile con il concordato con continuità aziendale" terrà conto (com'è doveroso) di quanto qui sostenuto. In particolare, evidentemente il contratto d'affitto (ponte) dovrà (i) non prevedere il cd. conguaglio finale, (ii) porre in capo all'affittante l'obbligo di manutenzione straordinaria e, soprattutto, (iii) riconoscere la natura variabile al canone pattuito. Diversamente, non solo il rischio imprenditoriale sarebbe traslato sulla controparte contrattuale, ma ogni e qualsivoglia tesi sostenuta dallo scrivente apparirebbe, *de visu*, assolutamente incoerente e, dunque, manifestamente indivisibile.

Paragrafo 3 – L'argomento delle agevolazioni *pro* continuità aziendale previste dall'art. 186-bis

3.8-. L'inapplicabilità tout court delle disposizioni di favore in caso d'affitto.

Per quanto concerne l'argomento delle (note) agevolazioni pro continuità aziendale, la tesi che qui si vuole avvalorare è quella per cui «(l)e disposizioni di cui agli artt. 186-bis (...) e 182-quinquies, comma 4, l. fall. (autorizzazione per i pagamenti di crediti anteriori) [sono] compatibili con la continuità dell'azienda da parte del debitore, ma non certo con l'affitto»³⁵⁷ (affitto qui da intendersi - anzitutto - come fine a se stesso). Ciò in quanto «deve ritenersi che la specialità della norma non possa tollerare - attraverso una applicazione analogica della stessa - una estensione dei benefici (...) ad ipotesi non contemplate»³⁵⁸, quali - appunto - quella della complessiva operazione che realizza il (puro e semplice) trasferimento temporaneo del godimento dell'azienda. Ed invero, in tal caso «non vi è ragione per riservare all'azienda (...) le speciali "utilità" previste (delle quali, in verità, neppure si vede come potrebbe fruire); né, d'altra parte, può sussistere (...) un interesse meritevole di tutela, da parte del debitore, proprio in quanto egli è [ormai] estraneo a tale attività»³⁵⁹. In altri termini, «non sarebbero prospettabili, nemmeno in tesi, norme di favore quali quelle previste dalla legge (...) di cui mai potrebbe giovare non l'imprenditore in procedura bensì un soggetto estraneo alla (...) medesima (...) perché (...) si altererebbero le condizioni (...) del mercato, consentendo indebiti vantaggi differenziali ad un operatore rispetto a tutti gli altri», fermo che - comunque - «all'applicazione di tali regole non sarebbe nemmeno interessato l'imprenditore in procedura, giacché quelle stesse (...) sono relative alla conduzione di una azienda che egli non sta conducendo»³⁶⁰.

Pertanto, (anzitutto) in caso d'affitto fine a se stesso le agevolazioni *pro* continuazione d'attività non risultano applicabili né in favore del debitore in procedura né, tanto meno, per agevolare (indebitamente ed irragionevolmente) l'impresa affittuaria. Fermo che, a parere di chi scrive, altro discorso va sviluppato (subito *infra*) in relazione al distinto caso dell'affitto ponte³⁶¹, giacché

³⁵⁷ Cfr. FICO, *Domanda*, cit., pag. 2.

³⁵⁸ Cfr. AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e requisiti di ammissibilità*, cit., pag. 5. Nello stesso senso AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e affitto d'azienda*, cit., pag. 2.

³⁵⁹ Cfr., in giurisprudenza, Trib. Milano, 28 novembre 2013, cit.

³⁶⁰ Cfr. DI MARZIO, *Affitto*, cit., pag. 2.

³⁶¹ Nel suo (specifico) rapportarsi con la (sola) agevolazione data dalla possibilità di continuazione dei contratti pubblici pendenti. Fermo comunque che, in relazione alle altre disposizioni di favore, quanto appena detto va affermato anche in caso di affitto ponte.

diversa è, come detto sopra, l'operazione complessiva che le parti intendono porre in essere in codesta ipotesi.

3.9-. Continuazione di contratti pubblici e affitto ponte: argomenti contro.

Al riguardo delle agevolazioni pro continuità è stato sostenuto altresì che «nel caso (...) in cui il concordato sia (...) impuro, ossia quando (...) prevede la cessione o il conferimento dell'azienda (...) solo in un caso l'art. (...) estende uno dei (...) benefici a un'impresa diversa (...) ed è quello contemplato dal terzo comma, laddove» è previsto testualmente che «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». Tale Autore, dunque, ritiene che «tale restrittiva delimitazione (...) (sarebbe) conclusiva (...) perché dimostra senza equivoci come il legislatore non abbia per nulla considerato l'ipotesi dell'affitto»³⁶².

In ogni caso, al detto argomento letterale l'Autore ne affianca uno di ordine sistematico, aggiungendo che «la disposizione che prevede la possibilità di **continuazione dei contratti pubblici da parte del cessionario o conferitario d'azienda** è posta parzialmente in deroga all'art. 2558 [primo comma] c.c., laddove quest'ultima norma prevede» testualmente che «se non è pattuito diversamente, l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale». Orbene, atteso che «gli appalti pubblici sono (...) connotati (...) dall'intuitus personae» - «restando conseguentemente esclusi dalla possibilità di subentro (...) prevista dall'art. 2558 c.c.» -, deve ritenersi che «l'art. 186-bis, nel prevedere (...) espressamente tale subentro (...) pone una (...) deroga all'art. 2558 c.c., consentendo il subentro (...) anche in contratti - come quelli pubblici - di carattere personale». Per tutti questi motivi, «una norma che presenta tale carattere derogatorio (andrebbe) interpretata restrittivamente, e pertanto, siccome l'art. 2258 [terzo comma] c.c. prevede che anche in caso di affitto d'azienda si verifica (...) il subentro (...) nei contratti (...) non strettamente personali, il subentro endo-

³⁶² Cfr. LAMANNA, *Ancora sull'incompatibilità*, cit., pagg. 2 e 3, che aggiunge: «ciò senza poi considerare la dubbia operatività degli altri benefici (...). Quanto alla moratoria annuale, infatti, si stenta a comprendere come essa potrebbe conciliarsi – se non in astratto, quanto meno in concreto – con il caso in cui (...) l'azienda fosse gestita da un terzo affittuario. Non si comprende neppure che senso potrebbe avere la possibilità di pagare crediti anteriori per prestazioni essenziali se nel frattempo l'impresa fosse gestita da un terzo».

concordatario in contratti pubblici [i.e. personali] (...) non potr(erebbe) (giam)mai verificarsi a favore dell'affittuario, in difetto di una norma espressa»³⁶³.

3.10-. Segue: argomenti in favore della possibilità di subentro nei contratti pubblici da parte dell'affittuario promittente o promissario acquirente d'azienda.

A parere di chi scrive le argomentazioni impiegate dall'illustre Autore di cui sopra, al fine di escludere la possibilità di subentro in contratti pubblici da parte dell'affittuario d'azienda, sono condivisibili se e nella misura in cui le stesse vengon riferite al (solo) caso d'affitto fine a se stesso. Infatti, in apertura (nonché in svolgimento) di capitolo si è chiarito che l'affitto fine a se stesso e quello ponte sono assimilabili sol perché, entrambi, producono un trasferimento temporaneo d'azienda. Per il resto, invece, le due operazioni sono strutturalmente differenti, essendo la seconda (e non già la prima) volta al trasferimento definitivo dell'azienda medesima³⁶⁴.

Orbene, atteso che il terzo comma dell'art. 186-*bis* prevede l'unica³⁶⁵ disposizione di favore la quale può essere applicata anche nei riguardi della cessionaria o conferitaria, lo scrivente ritiene che non v'è ragione (nemmeno sistematica) per escludere la possibilità di subentro in contratti pubblici da parte dell'affittuario che sia, al contempo, promittente o promissario acquirente d'azienda. Diversamente argomentando, infatti, sarebbe possibile la continuazione dei detti contratti solo dal e nel momento in cui la controparte acquisisca la titolarità dell'azienda. Il che, all'evidenza, sarebbe inutile da un punto di vista pratico, stante il fatto che, in pendenza del contratto d'affitto, la stessa controparte non potrebbe succedere in tali contratti i quali, con ogni probabilità, verrebbero sciolti dall'amministrazione appaltante.

Quanto sopra, a parer mio, non contrasta nemmeno con la lettera della norma, che come noto estende espressamente l'applicabilità della predetta agevolazione anche nei riguardi dell'acquirente d'azienda. Ed invero, la

³⁶³ Cfr. LAMANNA, *Ancora sull'incompatibilità*, cit., pagg. 2 e 3, che conclude il tutto affermando che «ciò dimostra come la disposizione in esame (sarebbe) stata articolata dal legislatore sul presupposto che non vi sia, né possa mai esservi nel concordato con continuità aziendale, né un affitto d'azienda anteriore, né un affitto d'azienda interinale nella fase endo-concordataria», sia esso cd. fine a se stesso ovvero - indifferentemente - cd. ponte.

³⁶⁴ Che, come noto, rappresenta una (*rectius* due) delle fattispecie espressamente tipizzate.

³⁶⁵ Sul che non paiono poter essere (fondatamente) avanzate opinioni contrarie, atteso che la lettera della legge è chiara nel limitare a sola tale ipotesi l'estendibilità delle agevolazioni *pro* continuità (conf. LAMANNA, *Ancora sull'incompatibilità*, cit., pag. 2).

medesima verrebbe rispettata non solo nella prevista ipotesi in cui il passaggio della proprietà fosse effettuato in via diretta ed immediata, bensì anche qualora lo stesso venga preceduto da un cd. affitto ponte. In tale situazione, infatti, il trasferimento temporaneo costituirebbe uno strumento, appunto, temporaneo nell'attesa di finalizzare l'operazione complessivamente programmata dalle parti, interessate a produrre il passaggio di proprietà solo in un secondo momento.

A fronte di tutto ciò, deve concludersi avvalorando la tesi per cui la «*restrittiva delimitazione* [di cui all'art. 186-bis terzo comma] (...) è *conclusiva* (...) perché dimostra senza equivoci come il legislatore non abbia per nulla considerato l'ipotesi dell'affitto»³⁶⁶, precisandola nel senso che per affitto è qui da intendersi (soltanto) quello fine a se stesso³⁶⁷.

Paragrafo 4 – Il tema inerente la qualità d'impresa in capo al debitore affittante

3.11-. La (ritenuta non) permanenza in capo all'affittante in concordato della qualità d'imprenditore.

Venendo a questo punto al **tema inerente la qualità d'impresa in capo all'affittante in concordato preventivo**, merita di essere rilevata (e commentata brevemente) quell'opinione secondo la quale «*il contratto (...) se costituisce atto d'impresa, per ciò stesso non si identifica con l'impresa medesima. In altri termini e con maggiore brevità: mentre l'imprenditore è sempre contraente, il contraente non è sempre imprenditore. Se poi l'imprenditore concede in affitto l'unica azienda esercitata, abdica addirittura alla sua attività*»³⁶⁸.

A parere di chi scrive, tale opinione appare incondivisibile se non precisata nei termini di cui alla precedente sezione di tesi³⁶⁹, ossia che: (i) l'affittante non resta imprenditore a condizione che si tratti di una società la quale abbia ultimato la liquidazione di tutti i propri cespiti³⁷⁰; inoltre (ii) la considerazione in

³⁶⁶ Cfr. LAMANNA, *Ancora sull'incompatibilità*, cit., pag. 2.

³⁶⁷ Ferma ed impregiudicata l'applicabilità della (sola) agevolazione in considerazione al (distinto) caso d'affitto prodromico alla successiva vendita allo stesso affittuario d'azienda.

³⁶⁸ Cfr. DI MARZIO, *Concordato*, cit., pag. 2.

³⁶⁹ V. sez. 2, cap. 3, par. 1, pp. 3.3 e 3.4, cui per brevità si rinvia.

³⁷⁰ Conf. AMBROSINI, *Il concordato*, cit., pag. 118.

commento rileva nella misura in cui riferita al solo imprenditore individuale (titolare di un'unica azienda)³⁷¹.

Quanto sopra fermi i rilievi critici espressi nel precedente capitolo³⁷², cioè che - comunque - il tema in considerazione non appare dirimente ai fini che qui ci interessano, tale questione potendo (tutt'al più) rilevare allorché si tratti del (distinto) tema relativo al momento di stipula dell'affitto³⁷³.

Paragrafo 5 – Il momento d'effettuazione dell'operazione d'affitto

3.12-. La (non) dirimenza del momento di conclusione dell'affitto (ponte) ai fini della configurabilità o meno del concordato ex art. 186-bis.

In conclusione, lo scrivente intende considerare brevemente il **tema inerente il momento d'effettuazione dell'operazione di affitto**. Al riguardo è stato sostenuto che «è senza dubbio ammissibile la sottoscrizione del contratto (...) dopo la presentazione del ricorso ex art. 161, comma 6, l. fall. (...) [ancorché] si tende ad escludere che il concordato preventivo sia qualificabile come (...) con continuità»³⁷⁴. Inoltre è stato affermato che «il piano che dovesse essere imperniato su un affitto (...) sarebbe (...) in continuità (...) soltanto sino al momento del passaggio delle consegne. Non (...) ove (...) conclus(o) prima del deposito della domanda»³⁷⁵.

A parere di chi scrive, tali tesi dottrinali sono criticabili in quanto, come già rilevato³⁷⁶, l'art. 186-bis non pare distinguere in alcun modo tra operazioni di *restructuring* effettuate *ante* o *post* ammissione (od omologazione). Infatti, tale norma si limita a disporre che «quando» sussiste una delle fattispecie rilevanti «si applicano» le previste disposizioni integrative. Detto altrimenti, ciò che rileva è

³⁷¹ Non già altresì ad una impresa societaria (conf. PAOLINI, *op. cit.*, pagg. 1044 ss., già citato in una nota della precedente sezione di tesi di laurea).

³⁷² V. cap. 2, par. 1, p. 2.7.

³⁷³ Ed invero, come già rilevato in precedenza, «la stipula del contratto (...) in data anteriore alla presentazione del ricorso per concordato preventivo non pone problemi di compatibilità con la continuità aziendale (...) in tal caso, infatti, l'impresa prosegue e l'attività imprenditoriale non cessa»; tali considerazioni valgono «anche in caso di affitto d'azienda successivo alla (...) domanda» (cfr. NOCERA, *op. cit.*, pag. 992). Anche secondo un altro Autore, stante il fatto che l'attività non cessa: (i) è «irrelevante la distinzione della stipulazione del contratto di affitto prima o dopo la presentazione della domanda» (cfr. PATTI, *Il pagamento*, cit., pag. 197); (ii) l'affitto (ponte) risulta «ascrivibile alla fattispecie in esame se successivo alla domanda di concordato (...) tuttavia (...) anche (...) l'affitto (...) anteriore (...) vert(e) nell'ipotesi di concordato con continuità» (cfr. PATTI, *Rapporti*, cit., pag. 269).

³⁷⁴ Cfr. FICO, *Affitto*, cit., pagg. 2 e 3.

³⁷⁵ Cfr. VITIELLO, *Brevi (e scettiche) considerazioni*, cit., pag. 2.

³⁷⁶ V. cap. 2, par. 3, p. 2.11.

(tra l'altro) la sussistenza in concreto del (fondamentale) rapporto di strumentalità tra l'operazione di cui trattasi - nel nostro caso l'affitto (ponte) - e la soddisfazione dei creditori, non già l'irrilevante momento di conclusione del contratto³⁷⁷.

Pertanto, il debitore ben potrà stipulare un affitto ponte sia in un momento antecedente alla presentazione della domanda (anche in bianco) sia nelle more del concordato (anche cd. "preconcordato"). Ciò, a maggior ragione, ora che è stato introdotto il nuovo art. 163-bis l.f.³⁷⁸, nella misura in cui lo stesso prevede testualmente che «*il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e), [può] comprend(ere) una offerta da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione (...) dell'azienda o di uno o più rami (...). Le disposizioni (...) si applicano anche quando il debitore ha stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda*», qual è - com'è ovvio - proprio l'affitto ponte³⁷⁹.

Al riguardo, invero, si pone solo un tema d'opportunità, cioè di condivisione o non condivisione (dell'individuazione della controparte e delle clausole preferibili) con gli organi procedurali. Fermo che, oggi, a seguito della riforma dell'estate 2015, in ogni caso³⁸⁰ "s'aprirà al mercato" la proposta debitoria, consentendo - dunque - a chiunque fosse interessato all'azienda (o al ramo) da cedersi (o affittarsi) di proporsi quale (miglior) acquirente (o affittuario) della medesima.

³⁷⁷ Nello stesso senso (una parte di) dottrina e giurisprudenza (cfr. precedente capitolo 2, paragrafo 3, punto 2.11, cui, per brevità espositiva, si rinvia).

³⁷⁸ Che, come chiarito nella prima sezione, è applicabile anche (ma non solo) al concordato ex art. 186-bis (cfr. sez. 1, cap. 2, par. 2, p. 2.7; conf. LAMANNA, *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie"* n. 83/2015: un primo commento. Concordato preventivo - "Proposte/piani", cit., pag. 21).

³⁷⁹ In ogni caso l'ultimo comma del detto articolo prevede quanto segue: «*la disciplina dell'art. 163-bis si applica, in quanto compatibile, anche (...) all'affitto di azienda o di uno o più rami di azienda*», con ciò sgombrando ogni dubbio (anche) al riguardo di quanto qui (specificatamente) affermato (i.e. dell'irrilevanza, ai fini dell'applicabilità dell'art. 186-bis, del momento d'effettuazione dell'operazione considerata).

³⁸⁰ Ai sensi del nuovo art. 163-bis l.f. o dell'art. 182 l.f. o, comunque, per prassi.

Capitolo 4 – Tendentiale avvaloramento delle tesi che qualificano come concordato con continuità aziendale quello fondato sull'affitto ponte

Paragrafo 1 – Premessa comune alle tesi in questa sede avvalorate: l'incontrovertibile incompatibilità tra il concordato con continuità ed il mero affitto fine a se stesso

4.1-. *L'inapplicabilità dell'art. 186-bis in caso di stipula di un contratto d'affitto non funzionalizzato al successivo passaggio di proprietà.*

Alla luce dell'intera ricostruzione che precede (v. capp. 2 e 3), emerge in modo lampante ed incontrovertibile che l'affitto fine a se stesso, allo stato attuale della normazione, non è compatibile con l'art. 186-bis. Sul punto meritano di essere segnalate (*ad abundantiam*) le seguenti voci dottrinali e giurisprudenziali³⁸¹.

In particolare è stato rilevato che «*numerosi elementi depongono (...) per escludere l'affitto di azienda dall'ambito di applicazione dell'art. 186-bis l.f. Anzitutto, la lettera della norma, in quanto l'art. 186-bis, comma 1, l.f. richiama solo la cessione di azienda in esercizio ed il conferimento (...). L'art. 186-bis, comma 3, l.f., poi, richiama nuovamente solo la cessionaria o la conferitaria*»³⁸². È «*problematico [dunque] fare rientrare nella previsione della norma il caso dell'affitto dell'azienda (...) sia perché la lettera della disposizione non lo prevede, sia perché in tale ipotesi non solo non si ha trasferimento di proprietà, ma si produce la situazione per cui i risultati della gestione spettano all'affittuario ed il debitore (...) può contare soltanto sul canone*»³⁸³. Del resto «*in tal caso (...) non v'è alcuna necessità di garantire i creditori concorsuali dai rischi della prosecuzione dell'attività*»³⁸⁴. Pertanto, l'affitto fine a se stesso «*non rientra certamente nel perimetro della fattispecie in esame, come [tra l'altro] lo stesso tenore letterale dell'art. 186-bis l.fall. dimostra in modo chiaro*»³⁸⁵.

Alla luce di ciò «*occorre distinguere l'affitto "fine a se stesso" da quello prodromico al trasferimento del complesso aziendale o di un ramo (...), giacché il primo pacificamente non rientra nel perimetro della fattispecie (...), come lo stesso tenore (...)*

³⁸¹ Per poi procedere oltre analizzando particolarmente le tesi (dottrinali e giurisprudenziali) che qui saranno avvalorate.

³⁸² Cfr. D'ORAZIO, *op. cit.*, pag. 83.

³⁸³ Cfr. MAFFEI – ALBERTI, *op. cit.*, pag. 1328.

³⁸⁴ Cfr. Trib. Patti, 12 novembre 2013, *cit.*

³⁸⁵ Cfr. COVINO – JEANTET, *op. cit.*, pag. 3.

dell'art. 186-bis dimostra in modo sufficientemente chiaro»³⁸⁶. In altri termini, «mentre il solo affitto di azienda non sembra rientrare tra le ipotesi elencate dall'art. 186 bis (...) vi rientra tuttavia nell'ipotesi in cui sia finalizzato e prodromico alla cessione dell'azienda»³⁸⁷.

Paragrafo 2 – La compatibilità tra l'affitto ponte e il concordato ex art. 186-bis

4.2-. Premessa metodologica.

Venendo quindi all'**affitto ponte**, di seguito verranno rappresentate (e avvalorate) le tesi che - affermando la **generale compatibilità tra tale operazione e il concordato con continuità** - precisano i limiti da rispettare in sede di strutturazione della medesima operazione, nonché il momento d'effettuabilità di quest'ultima. Il tutto considerando sia la dottrina sia i precedenti giurisprudenziali più rilevanti.

4.3-. La generale compatibilità tra l'operazione d'affitto ponte e il concordato di cui all'art. 186-bis: la dottrina.

Per quanto concerne il primo aspetto di cui sopra, - rilevato che costituisce «oramai prassi consolidata nelle procedure di concordato preventivo sottoscrivere un contratto di affitto di azienda con la previsione della possibilità di un successivo trasferimento a titolo definitivo, previa omologa del concordato stesso, proprio allo scopo di salvaguardare il valore dell'impresa stessa, al fine di tutelare e di soddisfare nel miglior modo possibile (e in tempi ragionevolmente brevi) il ceto creditorio»³⁸⁸ - la dottrina si è (condivisibilmente) espressa nel senso che «nell'accezione lata di continuità introdotta dall'art. 186 bis l.fall. vengono ricomprese anche quelle proposte concordatarie (...) come quella che preveda l'affitto e la cessione a terzi dell'azienda o di un suo ramo a fronte del pagamento, immediato o garantito, del relativo prezzo con il quale saranno soddisfatti i creditori concorsuali»³⁸⁹. Tale soddisfazione, del resto, potrà essere realizzata anche mediante il «cumul(o)» tra il prezzo di vendita e «il canone [variabile] dell'affitto di azienda che la cessione abbia preceduto»³⁹⁰. Fermo in ogni caso

³⁸⁶ Cfr. AMBROSINI, *Il concordato*, cit., pag. 116. Nello stesso senso anche AMBROSINI, *Appunti*, cit., pag. 6.

³⁸⁷ Cfr. Trib. Treviso, 11 giugno 2015, cit.

³⁸⁸ Cfr. LACCHINI, *op., cit.*, pagg. 1 e 2. Nello stesso sostanziale senso ARATO, *op., cit.*, pag. 4.

³⁸⁹ Cfr. NARDECCHIA – RANALLI, *op., cit.*, pag. 2285.

³⁹⁰ Cfr. ROLFO – RANALLI, *op., cit.*, pag. 10.

che il «*successiv(o)*» passaggio di proprietà ben potrà essere effettuato mediante l'(analoga) operazione di «*conferimento*» d'azienda³⁹¹.

Quanto sopra³⁹² giacché «*non apparirebbe espressamente permessa, ma neppure esclusa, la possibilità che le operazioni di cessione del ramo d'azienda siano in qualche modo precedute da un'operazione "ponte", come appunto un affitto (...). Del resto, se l'intenzione del legislatore è stata proprio quella di favorire la continuità aziendale e in questo modo il soddisfacimento delle ragioni creditorie, l'operazione sottoposta al vaglio del Tribunale appare non solo giuridicamente, ma anche logicamente preposta proprio al conseguimento di tale obiettivo*»³⁹³. Infatti, «*se condividiamo l'idea che il legislatore del 2012 abbia inteso favorire il risanamento "diretto" o "indiretto" dell'azienda e attraverso il suo mantenimento in esercizio il pagamento dei creditori concorsuali, ogni negozio giuridico prodromico e funzionale al risanamento medesimo (...) deve essere assoggettato alla disciplina (...) [se] strumental(e) alla cessione (...), come l'affitto (...) accompagnato da una proposta irrevocabile d'acquisto ad un prezzo garantito*»³⁹⁴.

Il tutto ancor più oggi che è entrata in vigore la riforma dell'estate 2015, in quanto «*l'aver [il nuovo quarto comma dell'art 160 l.f.] fatto (...) riferimento al concordato "di cui all'art. 186-bis", che continua a menzionare (...) la cessione dell'azienda in esercizio, sembra in qualche modo "portare ulteriore acqua" alla tesi che riconduce il caso del trasferimento di azienda nel perimetro applicativo della norma di cui trattasi, quand'anche la cessione sia preceduta da un contratto di affitto (...) contenente l'impegno dell'affittuario all'acquisto*»³⁹⁵.

4.4-. Segue: la giurisprudenza di merito.

Venendo ora alla **giurisprudenza** edita sul punto, meritano di essere segnalati (tra gli altri) i seguenti provvedimenti (*infra* commentati): decreto emesso dal Tribunale di Monza in data 11 giugno 2013; dal Tribunale di Roma in data 12 luglio 2013; dal Tribunale di Vercelli in data 31 luglio 2013; dal Tribunale di Mantova in data 19 settembre 2013 e 17 ottobre 2013; dal Tribunale di Cuneo

³⁹¹ Cfr. NARDECCHIA, *op., cit.*, pag. 847, nonché RIVA, *Concordato*, *cit.*, pag. 19, i quali equiparano (congruamente) il conferimento alla cessione d'azienda.

³⁹² Fermo che «*non paiono applicabili le disposizioni concernenti gli obblighi informativi sulle dinamiche dell'azienda (...) una volta [si badi] che questa sia trasferita all'acquirente*» (cfr. BORSARI – ZOCCA, *op., cit.*, pag. 10).

³⁹³ Cfr. VARRASI, *op., cit.*, pagg 2 e 3, che aggiunge che «*la presenza di un impegno di carattere inderogabile all'acquisto del ramo d'azienda è peraltro condizione necessaria*» ai fini dell'applicabilità dell'art. 186-bis.

³⁹⁴ Cfr. CASA, *op., cit.*, pag. 1383.

³⁹⁵ Cfr. AMBROSINI, *Il nuovo concordato*, *cit.*, pag. 368.

in data 31 ottobre 2013; dal Tribunale di Patti in data 12 novembre 2013; dal Tribunale di Padova in data 27 marzo 2014 e 30 giugno 2014; dal Tribunale di Cassino in data 31 luglio 2014; dal Tribunale di Vercelli in data 13 agosto 2014; dal Tribunale di Avezzano in data 22 ottobre 2014; dal Tribunale di Bolzano in data 10 marzo 2015; dal Tribunale di Roma in data 24 marzo 2015³⁹⁶.

4.5-. Segue: il decreto emesso in data 12 luglio 2013 dal Tribunale di Roma.

Prendendo le mosse dal **decreto del Tribunale di Roma in data 12 luglio 2013**³⁹⁷, nel caso di specie il debitore aveva proposto di realizzare il («miglior») soddisfacimento delle ragioni creditorie (anche) mediante un contratto d'affitto prodromico alla successiva cessione di azienda al medesimo affittuario, da stipularsi in esecuzione del concordato omologato.

In particolare, il Tribunale romano ha (condivisibilmente) statuito che «*nel caso di specie non si valuta(va) la compatibilità dell'affitto d'azienda sic et simpliciter finalizzato al reperimento della provvista necessaria a finanziare il piano, ma si prende(va) in considerazione la diversa ipotesi del contratto di affitto inserito in un più complesso negozio di cessione d'azienda*». Ed invero, il contratto d'affitto del caso in analisi - da concludersi ad intervenuta omologazione - prevedeva la contestuale «*offerta irrevocabile di acquisto da parte della medesima società affittuaria*» con efficacia «*allo scadere del contratto*» (di durata pari a tre anni).

Pertanto, il Tribunale di Roma ha riconosciuto - congruamente a parer mio - natura in continuità al concordato proposto, essendo lo stesso comunque riconducibile alla fattispecie di «*cessione dell'azienda in esercizio*» di cui all'art. 186-bis.

4.6-. Segue: i provvedimenti emessi in data 19 settembre 2013 e 17 ottobre 2013 dal Tribunale di Mantova.

Meritano poi di essere segnalati i **provvedimenti del Tribunale di Mantova in data 19 settembre 2013 e 17 ottobre 2013**³⁹⁸, che possono essere esaminati congiuntamente giacché emessi entrambi in seno a procedure avviate a seguito della stipula (*ante domanda*³⁹⁹) di contratti d'affitto ponte.

³⁹⁶ *Citt.* Tali decreti saranno subito *infra* commentati in ordine "sparso", non già secondo l'ordine cronologico appena adottato. Inoltre, in nota si darà conto del recentissimo Trib. Alessandria, 18 gennaio 2016, *cit.*

³⁹⁷ *Cit.*

³⁹⁸ *Citt.*

³⁹⁹ Cd. in bianco.

Nello specifico, col primo decreto il Tribunale lombardo ha affrontato un caso di proposta concordataria fondata (anche) su tre affitti di rami d'azienda e contestuali preliminari di cessione, già conclusi con tre distinte società. Nel secondo caso in considerazione, invece, il piano si basava (tra l'altro) su di un contratto d'affitto e contestuale cessione sospensivamente condizionata all'omologazione.

Orbene, in entrambe le occasioni il Tribunale di Mantova ha statuito - condivisibilmente a parere di chi scrive - che *«la fattispecie (...) rientra nella previsione dell'art. 186 bis l.f. contemplando la prosecuzione dell'attività per mezzo della cessione dell'azienda nel suo complesso in esercizio»*, essendo irrilevante che la stessa venga preceduta da un affitto funzionalizzato al trasferimento definitivo (comunque programmato e voluto dalle parti contraenti).

4.7-. Segue: i provvedimenti emessi in data 27 marzo 2014 e 30 giugno 2014 dal Tribunale di Padova.

Da parte sua il **Tribunale di Padova**, in un'unica procedura, ha emesso due provvedimenti⁴⁰⁰ mediante cui ha riconosciuto natura in continuità al piano fondato (anche) sull'affitto ponte concluso - previa autorizzazione *ex art. 161*, settimo comma, l.f. - nelle more del preconcordato.

Ed invero, l'operazione complessiva contemplava - da un lato - l'affitto del ramo d'azienda costituente il *«maggior "asset" aziendale»* e - dall'altro lato - il preliminare di cessione sospensivamente condizionato (tra l'altro⁴⁰¹) all'omologazione. Tanto basta, dunque, per condividere in questa sede l'assunto del Tribunale veneto, nella parte in cui afferma esplicitamente che trattasi *«di concordato con continuità aziendale (...) quello prospettato dalla ricorrente»*.

4.8-. Segue: il "caso L'Unità" di cui al decreto del Tribunale di Roma in data 24 marzo 2015.

Venendo ora al **noto "caso L'Unità"**⁴⁰², in data 24 marzo 2015 il Tribunale di Roma ha aperto la procedura concordataria della Nuova Iniziativa Editoriale s.p.a. in liquidazione, proprietaria della storica testata editoriale fondata da Antonio Gramsci nel lontano 1924. In particolare, la proponente basava il proprio piano su una complessiva operazione *«finalizzata ad un rilancio immediato*

⁴⁰⁰ *Citt.*

⁴⁰¹ Essendo anche soggetto a plurime condizione sospensive d'ordine *labour*.

⁴⁰² *Cit.* Tale noto caso è stato affrontato anche dal successivo Trib. Roma, 18 dicembre 2015, *cit.* (citato *supra* e *infra*).

dell'attività editoriale sicché l'affitto del ramo di azienda (era) fondamentale per evitare che il trascorrere del tempo po(tesse) comportare (...) l'azzeramento del valore dell'intero ramo» medesimo⁴⁰³. Affitto che, nella specie, era prodromico alla successiva cessione allo stesso affittuario, ovvero a chiunque fosse interessato all'acquisto del ramo in vendita (e intendesse partecipare alla procedura competitiva avviata *ad hoc* dagli organi procedurali).

Ebbene, al riguardo dell'operazione così strutturata dal debitore il Tribunale romano ha riconosciuto - congruamente a parere dello scrivente - «*natura (...) in continuità*» al concordato proposto, atteso che lo stesso si proponeva di realizzare «*una continuazione (...) della vita dell'azienda (...) in capo a terzi affittuari-acquirenti*».

4.9-. Segue: i decreti emessi in data 31 luglio 2013 e 13 agosto 2014 dal Tribunale di Vercelli.

Dal canto suo, invece, il **Tribunale di Vercelli** ha emesso due decreti⁴⁰⁴ con cui ha affrontato e risolto - congruamente a parere dello scrivente - un caso di piano e proposta fondati (anche) su due contratti di affitto di ramo d'azienda stipulati - l'uno - *ante* domanda e - l'altro - nella fase di preconcordato. Contratti che prevedevano - l'uno come l'altro - un *call* in favore dell'affittuario (poi acquirente).

Innanzitutto tale fattispecie il Tribunale piemontese ha ampiamente argomentato la propria tesi favorevole alla natura in continuità del concordato appena descritto. In particolare: (i) col primo decreto, in data 31 luglio 2013, ha statuito che «*appare riduttivo ritenere che non si possa parlare di concordato preventivo con continuità aziendale in presenza di "affitto d'azienda [ponte]" (...) per il solo fatto che manca una specifica previsione normativa in tal senso; d'altra parte lo stesso art. 186 bis l.f. non (...) esclude che la continuità dell'attività d'impresa faccia capo ad un nuovo imprenditore, anzi, la ratio della norma appare essere quella della tutela e della salvaguardia della continuità dell'azienda tout court e non dell'azienda in capo all'imprenditore [affittante]*»; (ii) col secondo decreto, in data 13 agosto 2014, ha

⁴⁰³ Nello specifico, in data 31 luglio 2014 "L'Unità" aveva cessato le pubblicazioni e qualora l'interruzione avesse superato l'anno solare si sarebbe verificata la decadenza dalla registrazione di cui all'articolo 7 della legge n. 47 del 1948 (registrazione necessaria, per legge, affinché si possa procedere con le pubblicazioni giornalistiche). Donde «*l'importanza dell'esercizio di un diritto di godimento della testata (...) [che] con(sentisse) di mantenere in vita l'importante patrimonio storico-culturale del quotidiano*».

⁴⁰⁴ *Citt.* Decreti emessi in un'unica medesima procedura.

affermato che «l'art. 186 bis l. fall. non preclude l'esercizio indiretto dell'attività imprenditoriale, come dimostra chiaramente il riferimento [tra l'altro] al conferimento dell'azienda in esercizio (...); la nozione di continuità aziendale deve, quindi, essere letta in senso oggettivo, con la conseguenza che l'applicazione delle previsioni di cui all'art. 186 bis l. fall. non può essere esclusa laddove l'affitto di azienda [ponte] non sia esclusivamente preordinato ad una conservazione dei valori aziendali in vista della successiva liquidazione ma sia (altresì) finalizzato al mantenimento in esercizio dell'attività». In breve: «l'affitto di azienda (...) funzionale al trasferimento dell'impresa con mantenimento in esercizio della stessa rappresenta null'altro che una modalità (temporanea) di esercizio dell'attività imprenditoriale, non diversamente dall'alternativa (definitiva e questa esplicitamente contemplata dall'art. 186 bis l. fall.) della cessione [o conferimento]».

4.10-. Segue: il provvedimento emesso in data 31 ottobre 2013 dal Tribunale di Cuneo.

Per quanto concerne il **provvedimento del Tribunale di Cuneo in data 31 ottobre 2013**⁴⁰⁵, di fronte ad una fattispecie concreta di affitto d'azienda cd. preconfezionato (oltre che ponte⁴⁰⁶), il Tribunale piemontese ha (condivisibilmente) deciso che «lo spartiacque tra concordato liquidatorio e con continuità aziendale (...) è (...) di tipo oggettivo e non soggettivo: ciò che conta è che l'azienda sia in esercizio (...) apparendo in tal caso 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»⁴⁰⁷. Fermo, ovviamente, che «non può (...) dubitarsi della permanenza della qualifica di imprenditore in capo (...) a chi conceda (...) in affitto l'azienda oggetto dell'impresa, la cui allocazione è in linea di principio temporanea (...). Ma, argomento che maggiormente rileva, è che l'attività imprenditoriale in sé non cessa».

4.11-. Segue: il decreto emesso in data 10 marzo 2015 dal Tribunale di Bolzano.

⁴⁰⁵ Cit.

⁴⁰⁶ In particolare accompagnato da una proposta d'acquisto condizionata all'omologazione.

⁴⁰⁷ Ferme, in ogni caso, le precisazioni di cui alla precedente sezione di tesi di laurea, in relazione alla questione del trasferimento del rischio imprenditoriale (v. cap. 2, par. 1, pp. 2.1 ss.).

Venendo ora al **Tribunale di Bolzano**, quest'ultimo ha emesso un decreto⁴⁰⁸ con il quale - premesso che *«l'affitto (...) ove vi sia la previsione di successiva cessione (...) [costituisce] un mero strumento giuridico ed economico finalizzato proprio ad evitare una perdita di funzionalità ed efficienza dell'intero complesso aziendale in vista di un suo successivo passaggio a terzi (...) [quale] "strumento ponte"»*⁴⁰⁹ - ha *«rit(enuto) che lo spartiacque fra il concordato liquidatorio e quello in continuità (è) l'oggettiva, e non soggettiva, continuazione del complesso produttivo, sia direttamente da parte dell'imprenditore, che indirettamente da parte di un terzo (affittuario, cessionario, conferitario)»*.

Il che, a parere di chi scrive, è del tutto condivisibile, se e nella misura in cui tali argomentazioni vengono riferite al solo affitto ponte, non già al distinto (ed irrilevante ai nostri scopi) affitto fine a se stesso - come, invece, aveva in precedenza sostenuto lo stesso Tribunale di Bolzano, con il decreto in data 27 febbraio 2015⁴¹⁰ -.

4.12-. Segue: il provvedimento emesso in data 22 ottobre 2014 dal Tribunale di Avezzano.

Da parte sua il **Tribunale di Avezzano, con il provvedimento del 22 ottobre 2014**⁴¹¹, ha avuto l'occasione di cimentarsi con un concordato fondato su un puro e semplice affitto di azienda, il quale prevedeva soltanto *«l'impegno a carico dell'affittuario di sostenere tutte le spese di straordinaria manutenzione necessarie al corretto funzionamento dell'azienda e del locale commerciale sede di svolgimento dell'attività di impresa»*⁴¹².

⁴⁰⁸ Cit. Nel caso di specie l'affitto ponte (*«accompagnato da proposta irrevocabile di acquisto garantita da fideiussione»*) era già stato concluso prima del deposito della domanda di concordato preventivo.

⁴⁰⁹ Parla di *«strumento ponte»* anche Trib. Alessandria, 18 gennaio 2016, cit. (secondo cui, in particolare, *«alla riconduzione nell'ambito della continuità aziendale non osta la previsione del contratto di affitto d'azienda finalizzato al suo trasferimento, contratto che riveste la funzione di mero "strumento ponte" giuridico ed economico diretto ad evitare la perdita di funzionalità ed efficienza dell'intero complesso aziendale in vista del successivo trasferimento, in modo da arrivare alla cessione o al conferimento dello stesso senza il rischio di vedere pregiudicati i valori intrinseci e più significativi, quali l'avviamento o il prestigio di marchi e segni distintivi»*).

⁴¹⁰ Cit. (v. cap. 2, par. 1, p. 2.5).

⁴¹¹ Cit.

⁴¹² Il che, di per sé, rendeva già il concordato proposto incompatibile con l'art. 186-bis, in quanto il contratto produceva l'effetto economico di trasferire il rischio d'impresa dall'affittante in crisi alla controparte (v. al riguardo sez. 2, cap. 2, par. 1, p. 2.2; sez. 3 capp. 2 e 3, rispettivamente parr. 1 p. 2.6 e 2 p. 3.7).

Orbene, il Tribunale adito dal debitore - ribadito che «una proposta e, di conseguenza, un piano possono dirsi in continuità in quanto la proponente preveda esplicitamente l'obbligo di acquisto dell'azienda (...), la previsione (...) risulta(ndo) necessaria per rendere la proposta (...) conforme al dettato normativo (...) [che] annovera la cessione e il trasferimento (...) definitivo» - ha provveduto a non qualificare il concordato proposto nel senso di cui all'art. 186-bis. Tale precedente, all'evidenza (e *ad abundantiam*), dimostra come l'affitto fine a se stesso, a differenza di quello cd. ponte, non possa giammai ricondursi entro l'ambito applicativo della norma in commento.

4.13-. Segue: il provvedimento emesso in data 11 giugno 2013 dal Tribunale di Monza.

Parimenti, anche il **provvedimento reso in data 11 giugno 2013 dal Tribunale di Monza**⁴¹³ non ha riconosciuto la natura di concordato *ex art. 186-bis* a quello proposto dal ricorrente⁴¹⁴ - benché quest'ultimo avesse invece «*delineat(o) [lo stesso] come ipotesi di concordato con continuità*»⁴¹⁵ -. Ciò in quanto «*il contratto di affitto è compatibile con lo strumento del concordato con continuità aziendale quando è propedeutico alla successiva cessione dell'azienda funzionante all'affittuario, cessione che deve essere già prevista come obbligatoria nella proposta (...). Nel caso in esame [al contrario] non risulta(va) [come sarebbe stato doveroso] quale (fosse) la sorte delle porzioni aziendali al termine dell'affitto, cioè se si (sarebbe) realizz(ato) o meno il trasferimento della proprietà*».

4.14-. Segue: il provvedimento emesso in data 12 novembre 2013 dal Tribunale di Patti.

⁴¹³ Cit.

⁴¹⁴ Nella specie il «piano (...) [era] articolato con la finalità di preservare il valore dell'azienda attraverso interventi di ristrutturazione e riorganizzazione societaria ed aziendale mirati ad assicurare la prosecuzione dell'attività (...) preve(dendo) la creazione (...) di quattro nuove società, controllate da(la ricorrente), alle quali sar(ebbero state) trasferite, con la conclusione di quattro distinti contratti di affitto di ramo d'azienda (...), le attività».

⁴¹⁵ Il che, peraltro, non rilevava (e non rileva) in alcun modo, atteso che - come chiarito nella prima sezione di tesi di laurea (v. cap. 1, par. 3, p. 1.16) - il Tribunale può sempre e comunque disattendere le prospettazioni del ricorrente al riguardo della (ritenuta) riconducibilità (o meno) del concordato al disposto di cui all'art. 186-bis.

Ancora, anche il **Tribunale di Patti, in data 12 novembre 2013**⁴¹⁶, ha condiviso l'assunto secondo il quale «*la proposta (...) [deve] prevede(re) (...) clausol(e) circa l'obbligo di acquisto*» in capo all'affittuario. Diversamente, «*non v'è dubbio che (...) si sia al di fuori del concordato con continuità aziendale con conseguente inapplicabilità della disciplina dettata dall'art. 186 bis L.F.*»⁴¹⁷.

Tale statuizione, peraltro, è preceduta dall'assunto per cui l'affittante «*abdic(herebbe) allo stesso esercizio dell'attività tipica per limitarsi ad incassare i canoni d'affitto*». Ciò che, a parer mio, determina la necessità di non avvalorare pianamente le argomentazioni addotte dal Tribunale siciliano. Ed invero, come già detto più volte⁴¹⁸, l'affitto non produce la cessazione dell'impresa in capo all'affittante, salvo il caso in cui quest'ultimo sia un imprenditore individuale che trasferisca l'intera unica azienda di proprietà, ovvero - ancora - salva l'eccezione costituita dall'intervenuta liquidazione di tutto il patrimonio aziendale.

4.15-. Segue: l'ordinanza emessa in data 31 luglio 2014 dal Tribunale di Cassino.

Infine, nell'**ordinanza resa in data 31 luglio 2014 dal Tribunale di Cassino**⁴¹⁹, le argomentazioni testé addotte dai Tribunali di Vercelli e Cuneo⁴²⁰ hanno trovato ulteriore seguito, nella parte in cui il Tribunale laziale - premessa l'ovvietà per cui «*l'affittante, sebbene nel temporaneo affidamento della gestione dell'attività al terzo affittuario, comunque conserva la qualità di imprenditore*»⁴²¹ - ha

⁴¹⁶ Cit. In tal caso l'affitto (fine a se stesso) era stato stipulato ben un anno prima del deposito della domanda ex artt. 160 ss. l.f.

⁴¹⁷ Tali argomenti hanno condotto il Tribunale siciliano a non ricondurre il concordato preventivo del caso di specie entro l'ambito applicativo dell'art. 186-bis (giacché basato su un mero affitto fine a se stesso).

⁴¹⁸ Anzitutto nella precedente sezione di tesi (v. cap. 3, par. 1, pp. 3.2 ss.), oltre che nel punto 4.10 di cui *supra* (conf. Trib. Cuneo, 31 ottobre 2013, *cit.*).

⁴¹⁹ Cit.

⁴²⁰ Condivise, da ultimo, anche da un altro tribunale piemontese (quello di Alessandria), secondo il quale «*il segno distintivo del concordato con continuità aziendale va individuato nella oggettiva, e non soggettiva, continuazione del complesso produttivo, sia direttamente da parte dell'imprenditore, che indirettamente da parte di un terzo (affittuario, cessionario, conferitario), come del resto evidenziato dalla stessa formulazione della norma di cui all'art. 186-bis, comma 1, legge fall., la quale distingue tra prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore e la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento della stessa in esercizio in una o più società, così che la previsione dell'affitto come elemento del piano concordatario, ove sia finalizzato al successivo trasferimento dell'azienda, deve essere ricondotta nell'ambito dell'art. 186-bis legge fall. con conseguente applicazione della relativa specifica disciplina*» (cfr. Trib. Alessandria, 18 gennaio 2016, *cit.*).

⁴²¹ *Contra* Trib. Patti, 12 novembre 2013, *cit.* (appena commentato; v. p. 4.14).

ribadito che «avendo il legislatore tipizzato la (...) cessione dell'azienda (...) pare arduo ritenere che sia incompatibile con la continuità l'affitto (...) proprio per la peculiare caratterizzazione del concordato preventivo con continuità in base all'elemento oggettivo della prosecuzione dell'attività di impresa (...) purché [trattasi di affitto] prodromico ad una futura cessione (...). Prodromicità (...) che, tuttavia, nel caso in esame, nemmeno è prospettata dal debitore, il che è (...) ostativo a(l)» riconoscimento della natura in continuità al concordato in esame.

Paragrafo 3 – *Segue*: i limiti da rispettare in sede di strutturazione dell'operazione d'affitto ponte

4.16-. Il fondamentale limite della previsione di un obbligo d'acquisto dell'azienda affittata o, comunque, della prodromicità dell'affitto alla successiva vendita del complesso produttivo.

Dall'analisi della (copiosa) giurisprudenza edita sul punto in considerazione emerge, anzitutto, che il primo ed indiscutibile limite da rispettare (allorché il debitore in crisi intenda strutturare un' **operazione che sia compatibile con l'art. 186-bis**) è l'espressa previsione - nella proposta concordataria - di procedere (obbligatoriamente) con la liquidazione dell'azienda, in attuazione del piano di restructuring.

In dottrina si è in proposito rilevato che «l'intervento legislativo di riforma della legge fallimentare ha contribuito a favorire la continuità aziendale, autorizzando a ritenere che possano rientrare in tale ipotesi anche quelle in cui sia un terzo e non lo stesso debitore ad attivarsi per consentire all'azienda (o a un suo ramo) di continuare a operare; ciò che accade in presenza di un contratto di affitto [ponte]»⁴²². In particolare, «la presenza di un impegno di carattere inderogabile all'acquisto del ramo d'azienda è (...) condizione necessaria per valutare la volontà dei ricorrenti di garantire una continuità aziendale»⁴²³.

Insomma, ciò che conta è la **funzionalizzazione dell'affitto alla successiva vendita del complesso produttivo**, indipendentemente dalle specifiche modalità contrattuali mediante cui le parti, di volta in volta, preferiscono liquidare (o acquistare⁴²⁴) l'azienda. Detto altrimenti, tali modalità contrattuali ben possono essere - indifferentemente -: (i) una proposta

⁴²² Cfr. VARRASI, *op. cit.*, pag. 3.

⁴²³ Cfr., ancora, VARRASI, *op. cit.*, pag. 3.

⁴²⁴ A seconda dei punti di vista.

irrevocabile d'acquisto proveniente dall'affittuario; (ii) un contratto preliminare di cessione d'azienda⁴²⁵, ovvero anche (iii) un preliminare unilaterale con obbligo di concludere il contratto definitivo soltanto in capo alla controparte; oppure (iv) un *put* in favore dell'affittante in concordato o, altresì, (v) un *call* in favore dell'affittuario medesimo (purché previsto da un più ampio accordo di *put & call*⁴²⁶)⁴²⁷. Il tutto, se del caso, sotto la condizione sospensiva dell'omologa del concordato preventivo, o sotto quella risolutiva della mancata omologazione, eventualmente da verificarsi (o non verificarsi) entro un termine predeterminato⁴²⁸.

In breve: quel che conta è che il debitore assuma un obbligo, nei confronti ed in favore dei creditori concorsuali, di procedere con la vendita⁴²⁹ dell'azienda in attuazione del piano ed in adempimento della proposta concordataria. Tale obbligo deve essere previsto («necessariamente», oltre che nell'operazione complessiva di cui sopra, anche) nella proposta di concordato preventivo (accettata dal ceto in sede d'adunanza).

4.17-. La dottrina favorevole alla natura variabile del canone d'affitto.

Ulteriore limite da rispettare in sede di strutturazione dell'operazione d'affitto ponte è (secondo alcuni) quello rappresentato dalla **natura variabile del canone** pattuito⁴³⁰. In particolare, il «piano concordatario (deve) prescriv(ere) la

⁴²⁵ Conf. D'ORAZIO, *op. cit.*, pag. 84, che specifica «ove il prezzo della cessione sia dilazionato rispetto al trasferimento della proprietà». A parer mio, il prezzo ben può essere versato anche immediatamente, senz'alcuna dilazione. Del resto - quanto meno per opportunità pratica - la dilazione richiederebbe la previsione, in favore dell'affittante in concordato preventivo, di una garanzia circa la solvibilità della controparte (futura) acquirente. Il che, all'evidenza, potrebbe ritenersi non necessario (o almeno opportuno) nel (preferibile) caso di pagamento immediato.

⁴²⁶ A questo particolare riguardo giova precisare che, a parer mio, il *call* è ammissibile se e nella misura in cui lo stesso è previsto da un più ampio accordo di *put & call*, potendo - altrimenti - l'affittuario non procedere all'acquisto dell'azienda. Al contrario, mediante tale più ampio accordo, qualora l'affittuario non dovesse esercitare il *call*, comunque l'affittante potrebbe attuare il *put* (rispetto cui la controparte si porrebbe in posizione di soggezione).

⁴²⁷ *Put* e *call* che, come noto, costituiscono opzioni rispettivamente di vendita ed acquisto.

Al riguardo della prevalenza (in prassi) di una modalità contrattuale piuttosto che un'altra, si rinvia alla personale analisi statistica di cui *infra* (v. cap. 5).

⁴²⁸ Il che, come noto (nonché in questa sede ampiamente provato), è assai frequente in prassi (benché oramai, dopo la recentissima riforma dell'anno 2015, non più ammissibile, *ex art. 163-bis l.f.*).

⁴²⁹ Competitiva (*ex art. 163-bis l.f. o, comunque, per prassi*).

⁴³⁰ Meglio, quello inerente il (necessario) mantenimento in capo al debitore (e quindi ai creditori) del rischio d'impresa. Il che impone di richiamare quanto esposto nella precedente sezione 2,

strada del risanamento attraverso un affitto d'azienda in cui il canone sia parametrato agli utili dell'affittuario»⁴³¹ o, più in generale⁴³², «con corrispettivo (...) determinato in base ai flussi finanziari della» controparte contrattuale⁴³³. Ciò in quanto costituente «cas(o) ne(l) qual(e) il rischio d'impresa ricade, anche indirettamente, sull'imprenditore-debitore»⁴³⁴.

Quanto sopra giacché, come si è tentato di argomentare in più punti⁴³⁵, nei soli casi in cui il rischio imprenditoriale viene (effettivamente) traslato sull'affittuario, l'operazione in commento può considerarsi «uno strumento di risk management»⁴³⁶. Tale è la situazione in cui l'operazione complessiva (i) prevede il cd. conguaglio finale, (ii) pone in capo al terzo l'obbligo di manutenzione straordinaria e (iii) riconosce natura fissa al canone pattuito.

Peraltro, a parere di chi scrive tale operazione non risulta compatibile con l'art. 186-bis che, come noto, disciplinando il concordato cd. con continuità aziendale, richiede (anche teleologicamente) che il ricorrente continui a correre un qualche rischio d'impresa. Per ciò, - stante il fatto che la struttura contrattuale dell'affitto d'azienda costituisce un elemento fondamentale per discernere in quali casi il rischio imprenditoriale viene traslato dall'affittante alla controparte - occorre articolare l'operazione d'affitto ponte nel seguente senso: il contratto (i) non dovrà prevedere il conguaglio finale, (ii) dovrà porre a carico del proprietario

capitolo 2, paragrafo 1, punto 2.2 (in particolare, in relazione al cd. conguaglio finale, nonché alla disciplina della manutenzione straordinaria).

⁴³¹ Cfr. CASA, *op., cit.*, pag. 1384.

⁴³² Potendo essere il canone parametrato - come affermato da BAVAGNOLI, *op., cit.*, pag. 61 - sull'«sull'utile al lordo del canone e delle imposte» ovvero anche «sul fatturato» (con, in tale seconda ipotesi, «variabilità dei costi operativi (...) interamente a carico (o a beneficio) dell'affittuario»).

⁴³³ Cfr. D'ORAZIO, *op., cit.*, pag. 84.

⁴³⁴ Cfr. VELLA, *op., cit.*, pag. 182, che aggiunge: invece, «laddove i canoni di locazione siano stabiliti in misura fissa e indipendente dall'andamento dell'attività, il rischio dei creditori sarà piuttosto legato alla solvibilità dell'affittuario». Ciò che, peraltro, non pare condivisibile a parere dello scrivente, atteso che - come si è tentato di sostenere *supra* (v. sez. 2, cap. 2, par. 1, p. 2.3) - il rischio di solvibilità della controparte costituisce un puro e semplice rischio economico (d'inadempimento) discendente dall'effettuazione di qualsivoglia operazione, senza che lo stesso possa caratterizzarsi quale rischio imprenditoriale propriamente inteso. Infatti, il rischio economico derivante dalla stipula di un contratto (d'ogni tipo) incombe su qualunque contraente, sia esso un imprenditore oppure un cd. privato. Al contrario, il rischio d'impresa è - in quanto tale - proprio soltanto di soggetti qualificabili - appunto - come imprenditori. Donde l'incondivisibilità di tale precisazione dottrinale.

⁴³⁵ V. sez. 2, cap. 2, par. 1, pp. 2.1 ss., nonché sez. 3, cap. 3, par. 2, p. 3.7.

⁴³⁶ Cfr. LA ROSA, *op., cit.*, pag. 63.

d'azienda gli oneri economici connessi all'eventuale manutenzione straordinaria nonché - soprattutto - (iii) dovrà riconoscere natura variabile al canone d'affitto.

Diversamente, a parere di chi scrive, il debitore in crisi che intenda strutturare un'operazione compatibile con l'art. 186-bis correrebbe il rischio di non vedersi riconosciuta, da parte del tribunale, la natura in continuità del concordato, con tutte le conseguenze del caso.

Peraltro, giova sottolineare che quanto sopra rappresenta una opinione sostenuta solo da una parte della dottrina⁴³⁷, che chi scrive condivide. Pertanto, a questo punto, pare utile proseguire oltre con l'analisi del momento di possibile stipula del contratto d'affitto, dopo - però - aver concluso il presente paragrafo con la seguente critica.

4.18-. La questione del (generale) rapporto di strumentalità tra contratto d'affitto e soddisfo del ceto.

Secondo una tesi «là dove il piano preveda la cessione dei complessi produttivi a terzi verso un corrispettivo in denaro da distribuire ai creditori concorrenti, si potrebbe ritenere che si sia in presenza, a ben vedere, di un mero concordato di liquidazione (...) venendo a mancare (...) la prosecuzione dell'attività (...) in chiave di tramite necessario per la realizzazione del piano»⁴³⁸. Insomma, «si potrebbe ritenere che là dove la prosecuzione (...) di impresa non sia direttamente rilevante ai fini del soddisfacimento dei creditori non potrebbe parlarsi di concordato con continuità aziendale»⁴³⁹.

Ebbene, tale tesi appare, a mio avviso, inconferente se si vuole sostenere (così come - in ipotesi - criticare) l'applicabilità dell'art. 186-bis in caso d'affitto ponte. Ed invero, il rapporto di strumentalità cui fa riferimento tale dottrina deve sussistere in ogni concordato con continuità aziendale. Diversamente, infatti, quest'ultimo non potrebbe giammai configurarsi, essendo un elemento intrinseco del concordato ex art. 186-bis il fatto che debba sussistere - in ogni caso - un rapporto di strumentalità tra continuazione (anche oggettiva) dell'impresa e soddisfazione dei creditori.

Pertanto, pare coerente concludere avvalorando quella tesi secondo la quale - nello specifico caso qui considerato - «si potrebbe (...) far rientrare nel "concordato con continuità aziendale" anche un concordato con cessione (...) ove sia prevista una continuazione (...) anche mediante affitto (...) sostenendo che ciò sia

⁴³⁷ Nonché dalla giurisprudenza di cui al capitolo conclusivo di tesi (laddove l'opinione di cui al presente punto 4.17 sarà ampiamente riproposta ed argomentata).

⁴³⁸ Cfr. NIGRO – VATTERMOLI, *Art. 186-bis*, cit., pag. 563.

⁴³⁹ Cfr., ancora, NIGRO – VATTERMOLI, *Art. 186-bis*, cit., pag. 563.

comunque previsto dal piano e che sia [soprattutto] funzionale (alla conservazione del valore aziendale e quindi) al miglior soddisfacimento dei creditori»⁴⁴⁰.

Paragrafo 4 – Il momento d'effettuazione dell'operazione d'affitto ponte

4.19-. Le tesi favorevoli all'effettuabilità in ogni tempo dell'affitto ponte.

A questo punto, venendo al tema (già affrontato⁴⁴¹ *supra*⁴⁴²) concernente il **momento di possibile conclusione del contratto** di cui trattasi, si è deciso - in generale - che «appare (...) riduttivo ritenere che non si possa parlare di concordato preventivo con continuità aziendale in presenza di "affitto d'azienda" in corso [cioè ante domanda] per il solo fatto che manca una specifica previsione normativa in tal senso»⁴⁴³. Ed invero, «la tesi restrittiva sembra muovere dal presupposto (...) discutibile che l'imprenditore in crisi, nel momento in cui chiede di essere ammesso al concordato, debba essere ancora alla testa della propria impresa, mentre la realtà dimostra che spesso la stipulazione del contratto di affitto (...) rappresenta precisamente quella garanzia di continuità (...) non altrimenti perseguibile. Del resto (...) ciò che conta è che l'azienda sia in esercizio (...) tanto al momento dell'ammissione al concordato quanto all'atto del suo successivo trasferimento»⁴⁴⁴. Pertanto, «sia l'affitto stipulato prima della (...) domanda (...) che quello da stipularsi in corso di procedura concordataria, ove vi sia la previsione di successiva cessione dell'azienda, non (sono) di ostacolo all'applicabilità della disciplina (...) essendo (...) mer(i) (...) "strument(i) ponte"»⁴⁴⁵.

Quanto sopra poiché «nell'ipotesi in cui il piano di concordato preveda l'affitto (...) e la (...) successiva cessione (**irrilevante se l'affitto sia anteriore o successivo alla domanda di concordato**) l'elemento della continuità aziendale appare

⁴⁴⁰ Cfr. TOMBARI, *op., cit.*, pag. 4. Fermo che, a parer mio, l'attestatore dovrà comunque condividere l'assunto del debitore.

⁴⁴¹ E risolto.

⁴⁴² V. in particolare cap. 2, par. 3, p. 2.11, nonché cap. 3, par. 5, p. 3.12 (cui, per brevità, si rinvia per quanto qui non riscritto).

⁴⁴³ Cfr., in giurisprudenza, Trib. Vercelli, 31 luglio 2013, *cit.*

⁴⁴⁴ Cfr., in dottrina, AMBROSINI, *Il concordato*, *cit.*, pagg. 117-119, il quale specifica quanto segue: «va comunque chiarito, per quanto forse superfluo, che anche nell'eventualità di ritenuta inconciliabilità tra affitto di azienda in essere e disposto dell'art. 186-bis non ci si troverebbe (...) di fronte all'alternativa fra lo scioglimento di detto contratto ante deposito (...) e la riqualificazione del concordato con liquidazione (...) ma semplicemente all'impossibilità di applicare la (...) disciplina, ferma la natura di concordato "di fatto in continuità"».

Nello stesso senso di quanto sopra, *ex multis*, AMBROSINI, *Appunti*, *cit.*, pagg. 7 e 9.

⁴⁴⁵ Cfr., in giurisprudenza, Trib. Bolzano, 10 marzo 2015, *cit.*

determinante»⁴⁴⁶. In altri termini, non pare congruo «aderire all'orientamento che distingue il concordato con continuità da quello liquidatorio sulla base del solo dato cronologico (il trasferimento, anche solo in godimento, dell'azienda in data anteriore al deposito del ricorso); infatti, l'art. 186-bis L.F. riguarda anche il caso in cui il piano prevede "la cessione dell'azienda in esercizio" e, cioè, la cosiddetta "continuità indiretta"»⁴⁴⁷.

In ogni caso, «in questa ipotesi l'attività imprenditoriale non cessa (...). L'affitto (...) anche se anteriore (...) in quanto funzionale al trasferimento dell'impresa con mantenimento della stessa, constitui(sce) null'altro che una modalità (temporanea) di esercizio dell'attività»⁴⁴⁸. Detto altrimenti, «anche in tale ipotesi l'attività imprenditoriale non cessa, ma è addirittura presupposta dal divieto di concorrenza stabilito dall'art. 2557, comma 4, c.c. (...). Insomma, il fulcro dell'indagine non è la preesistenza del contratto (...): quel che conta (...) è che sia sufficientemente attenuata l'asimmetria informativa tra il debitore, i suoi creditori e gli organi della procedura, ponendoli in grado di compiere i controlli e le valutazioni di rispettiva competenza»⁴⁴⁹. In breve: «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»⁴⁵⁰. Anzi, «l'affitto (...) anteriore (...) rappresenta null'altro che una modalità (...) di esercizio dell'attività (...) non diversamente dall'alternativa (definitiva e questa esplicitamente contemplata dall'art. 186 bis l. fall.) della cessione (...), sicché in presenza delle condizioni descritte nulla osta all'applicazione dell'art. 186 bis l. fall.»⁴⁵¹.

Tutto quanto precede fermo, comunque, che «anche in questo caso (...) potrà configurarsi una continuità aziendale soltanto se nella proposta concordataria sia prevista come obbligatoria la cessione»⁴⁵². Diversamente, qualora «la stessa ricorrente (dovesse) escludere la cosiddetta continuità (...) dichiara(ndo) che sono in corso [semplici] trattative per la stipulazione di accordi che prevedano l'affitto d'azienda eventualmente finalizzato alla cessione», allora «siffatta prospettazione (...) escluderebbe la sussunzione della fattispecie concreta nell'ambito anche della cosiddetta continuità funzionale, posto che (...) non vi (sarebbe) alcuna certezza» circa la

⁴⁴⁶ Cfr., in giurisprudenza, Trib. Roma, 12 luglio 2013, *cit.*

⁴⁴⁷ Cfr., in giurisprudenza, Trib. Reggio Emilia, 21 ottobre 2014, *cit.*

⁴⁴⁸ Cfr., in dottrina, NARDECCHIA – RANALLI – SALVATO, *op. cit.*, pagg. 2329-2330.

⁴⁴⁹ Cfr., in giurisprudenza, Trib. Cassino, 31 luglio 2014, *cit.*

⁴⁵⁰ Cfr., in giurisprudenza, Trib. Cuneo, 31 ottobre 2013, *cit.*

⁴⁵¹ Cfr., in giurisprudenza, Trib. Vercelli, 13 agosto 2014, *cit.*

⁴⁵² Cfr., in dottrina, MAFFEI – ALBERTI, *op. cit.*, pag. 1328.

prodromicità dell'affitto alla successiva dismissione (la quale, come noto, «*deve essere già prevista come obbligatoria nella proposta di concordato*»)⁴⁵³.

4.20-. Le tesi contrarie all'autorizzabilità dell'affitto ponte nelle more del preconcordato: critica personale.

Peraltro, giova evidenziare che la (condivisibile) tesi di cui sopra non è pacifica né in dottrina né in giurisprudenza⁴⁵⁴. Ed invero, secondo un'altra opinione⁴⁵⁵, l'affitto ponte non sarebbe compatibile con l'articolo in commento (solo) qualora sia richiesto di concludere lo stesso in **pendenza del preconcordato**. Infatti, è stato affermato che «(sarebbe) *ragionevole escludere che la (...) sottoscrizione possa essere autorizzata durante la fase di concordato con riserva. In questa (...) infatti il debitore (...) non ha ancora presentato il piano concordatario, sicché il Tribunale non sarebbe in condizione di verificare se ed in quali termini l'affitto e l'eventuale conseguente cessione siano effettivamente funzionali alla miglior soddisfazione dei creditori*»⁴⁵⁶. Tale dottrina specifica comunque che, in relazione al contratto stipulato ante domanda, «*se si considera che nulla esclude che il piano concordatario faccia riferimento ad un contratto precedentemente concluso, incorporandone gli effetti economici, e che la continuità (...) potrebbe essere collegata al dato oggettivo che l'azienda sia in esercizio a prescindere dal soggetto che la conduce, allora potrebbe ritenersi che (...) il contratto (...) cd. "ponte cessione" ricada sotto la disciplina (...) se concluso prima dell'accesso alla procedura*»⁴⁵⁷.

A parere dello scrivente, invece, il tribunale ben potrebbe autorizzare la stipula di tale contratto (così come, del resto, di qualsivoglia altro atto), qualora sussistano i (noti) presupposti all'uopo richiesti dall'art. 161, settimo comma, l.f. Diversamente opinando, infatti, a rigore il tribunale non potrebbe giammai

⁴⁵³ Cfr., in giurisprudenza, Trib. Padova, 8 ottobre 2014, *cit. Contra* Trib. Trento, 14 febbraio 2015, *cit.*, secondo cui - nonostante il fatto che «*nella proposta [di specie] si prospett(i) (...) [soltanto] l'eventualità che nelle more dello svolgimento (...) possano concretizzarsi trattative, che si affermano pendenti*» - per il solo «*affermare che ciò garantirebbe un miglior soddisfacimento dei creditori, (la ricorrente) richiama, implicitamente, (...) il disposto dell'art. 186 bis*» (il quale, dunque, opererebbe).

⁴⁵⁴ Benché, comunque, la stessa sia maggioritaria (anche tenendo conto della dottrina, nonché giurisprudenza, di cui alle precedenti due sezioni).

⁴⁵⁵ Sposata unicamente da una parte (esigua) della dottrina.

⁴⁵⁶ Cfr., in dottrina, COVINO – JEANTET, *op., cit.*, pag. 3, che comunque ritiene che «*discorso diverso può, invece, essere fatto rispetto all'ipotesi che (...) chieda di essere autorizzato (...) dopo la pronuncia del decreto ammissivo e prima dell'omologa, giacché, in questo caso, il Giudice delegato avrebbe a disposizione gli elementi sufficienti e necessari per verificare la compatibilità del negozio con gli scopi, i termini e le condizioni della proposta*» ex art. 186-bis.

⁴⁵⁷ Cfr., ancora, COVINO – JEANTET, *op., cit.*, pag. 3.

autorizzare con «urgen(za)» ogni e qualsivoglia atto giuridico che il ricorrente proponga di porre in essere nelle more del preconcordato (con continuità aziendale). Il che, evidentemente, potrebbe ridurre financo le stesse possibilità di effettivo risanamento del, e/o ristrutturazione dei debiti in capo al, debitore in concordato. Ciò, per di più, nonostante - in ipotesi - l'impresa abbia comunque dato contezza della sussistenza in concreto dei presupposti di cui agli artt. 186-bis e - soprattutto - 161, settimo comma, l.f. (ancorché penda il cd. concordato grigio⁴⁵⁸).

In altri termini, al riguardo occorre distinguere l'ipotesi in cui il ricorrente non sia stato in grado di provare la sussistenza dei predetti requisiti, da quella in cui - al contrario - lo stesso sia riuscito nello scopo. Solo nel primo caso, infatti, il tribunale potrà (e dovrà) rigettare l'istanza di autorizzazione (comunque promuovibile, anche ai sensi dell'art. 186-bis⁴⁵⁹).

Tali considerazioni possono essere replicate anche oggi che è entrata in vigore la riforma dell'estate 2015, nonostante secondo autorevole dottrina «*il riferimento all'art. 161, comma 7, [di cui al nuovo art. 163-bis, ultimo comma, l.f.] sembr(i) (...) distinguere gli atti autorizzabili ai sensi di tale disposizione, dall'affitto d'azienda, che viene citato separatamente (...). Occorre considerare (...) che nella fase ante decreto di ammissione (...) l'autorizzazione a stipulare affitti d'azienda dovrebbe darsi quasi sempre al buio (...). Probabilmente il legislatore (...) (avrebbe) tenuto conto di queste controindicazioni, sottraendo, come par(rebbe), la stipula dell'affitto d'azienda agli atti concretamente autorizzabili*»⁴⁶⁰. Al contrario, (a parer mio) non v'è chi non vede come tali riflessioni paiono del tutto smentite da quanto espressamente risultante dalla stessa relazione alla riforma, ove si legge (tra l'altro) che «*tale previsione ha l'effetto di legittimare la prassi delle cessioni [o affitti d'azienda] in pendenza del termine per la presentazione del piano e della proposta ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, che in certi casi si rivelano particolarmente opportune tenuto conto del rischio (...) di perdita dell'avviamento o della continuità aziendale*».

⁴⁵⁸ Ove la documentazione nella disponibilità del tribunale (e di tutti gli organi della procedura) risulta assai limitata (benché, comunque, integrabile al precipuo scopo di ottenere l'autorizzazione di cui all'art. 161, settimo comma, l.f.).

⁴⁵⁹ Come dimostrano alcuni precedenti analizzati nel precedente paragrafo (tra cui anche ma non solo i decreti emessi, in data 31 luglio 2013 e 13 agosto 2014, dal Tribunale di Vercelli, *citt.*), nonché Trib. Treviso, 11 giugno 2015, *cit.*, secondo il quale - in generale (ed anche durante il concordato cd. grigio) - «*ciò che conta è che l'azienda sia in esercizio, posto che in tal caso il rischio di impresa continua a gravare, seppure indirettamente, sul soggetto in (pre)concordato*».

⁴⁶⁰ Cfr. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma*, *cit.*, pag. 48.

4.21-. Le tesi che negano la possibilità di compiere l'operazione complessiva ante domanda ex artt. 160 ss. l.f.: critica personale.

Venendo ora alle **tesi che negano la possibilità di compiere l'operazione d'affitto ponte ante domanda**, è stato sostenuto che «la soluzione dell'affitto (...) in tanto può ritenersi compatibile con l'istituto (...) in quanto tale negozio si inserisca (...) in corso di procedura»⁴⁶¹. Ciò poiché «il sistema delineato dalla norma citata sembr(erebbe) riferirsi all'atto di disposizione realizzato successivamente al deposito della proposta concordataria e non anche a quello già concluso»⁴⁶². Ma soprattutto perché «se l'affitto è (...) anteriore, in pendenza di concordato la continuità non vi (sarebbe) mai stata, e dunque non po(trebbero) applicarsi le norme (...). L'affitto è stato infatti effettuato prima della procedura e al di fuori di essa, secondo le regole del codice civile»⁴⁶³.

Al riguardo di tale tesi restrittiva, chi scrive si limita a segnalare che l'art. 186-bis non pare distinguere in alcun modo tra operazioni di *restructuring* effettuate *ante* o *post* ammissione. Anzi, la norma si limita a prevedere che l'azienda debba essere «*in esercizio*», senz'altro specificare. Donde la necessità che l'operatore del diritto interpreti la medesima in conformità ai noti canoni ermeneutici, i quali - anzitutto - richiedono il rispetto della lettera della legge.

A questa stregua, a parer mio - rilevata l'assenza di ogni e qualsivoglia riferimento espresso alla necessità di effettuare l'operazione di cui trattasi, esclusivamente, *post* ammissione - l'affitto ponte ben può essere strutturato e, quindi, concluso anteriormente al deposito della domanda di concordato preventivo. Nulla osta al riguardo, nemmeno un'interpretazione teleologica o sistematica del disposto in commento. Ed invero, come appena rilevato, l'azienda dev'essere «*in esercizio*», non già «in esercizio al momento della presentazione del ricorso ex artt. 160 ss. l.f.».

Insomma, il legislatore del 2012 ben avrebbe potuto limitare il momento d'effettuabilità delle operazioni tipizzate alla sola fase *post* ammissione. Se così non ha fatto (pur potendo) è perché lo stesso ha inteso non delimitare i confini

⁴⁶¹ Cfr. TRENTINI, *op. cit.*, pag. 397.

⁴⁶² Cfr. Trib. Patti, 12 novembre 2013, *cit.*

⁴⁶³ Cfr. STANGHELLINI, *Il concordato*, *cit.*, pagg. 1230-1231, il quale comunque ribadisce che «se l'affitto dell'azienda è successivo alla domanda (o, benchè anteriore, prende effetto successivamente alla domanda (...)), il concordato è da qualificare «con continuità»». *Contra*, in relazione all'elemento dell'efficacia *post* domanda (del contratto concluso *ante* ricorso), Trib. Milano, 28 novembre 2013, *cit.*

del "nuovo" concordato con continuità aziendale sulla base del solo (e mero) dato cronologico.

Per tutti questi motivi, tale assunto non può essere condiviso, in quanto contrastante (tra l'altro) con la lettera (*rectius* il voluto silenzio) della legge⁴⁶⁴.

4.22-. Confutazione della tesi favorevole alla sola possibilità di stipulare il contratto di affitto d'azienda nella fase esecutiva del concordato omologato.

Infine, per quanto concerne l'(isolata) **tesi giurisprudenziale favorevole alla (sola) possibilità di effettuare l'affitto ponte nella fase esecutiva del concordato omologato**⁴⁶⁵, è stato statuito che, al fine di qualificare il concordato come con continuità aziendale, «non (sarebbe) decisiva l'eventuale prosecuzione dell'azienda nel periodo compreso tra il deposito del ricorso (...) e l'omologazione ove tale gestione non sia prevista anche nella successiva fase attuativa»⁴⁶⁶. In particolare, il concordato potrebbe essere ricondotto all'art. 186-bis solo allorquando il debitore prosegua nell'esercizio dell'attività dopo l'omologa (in via temporanea perché in vista di una dismissione dell'azienda oppure definitivamente in previsione di un risanamento d'impresa). Nello specifico, «non rientr(erebbero) nella nozione di concordato con continuità aziendale le ipotesi in cui (il) contratto [d'affitto], sia pure corredato da un impegno irrevocabile di acquisto da parte dell'affittuario, sia stato stipulato prima del deposito della domanda (...) o comunque prima dell'omologazione, atteso che (...) la [successiva] cessione dell'azienda avverrà quando questa non sarà più in esercizio da parte del debitore».

A parer mio, tale tesi va confutata⁴⁶⁷ in quanto, come già rilevato in plurime occasioni⁴⁶⁸, l'art. 186-bis si limita a disporre che «quando» sussiste una delle fattispecie rilevanti «si applicano» le note disposizioni. Ciò che rileva, infatti, è (tra l'altro) la sussistenza in concreto del (più volte citato) rapporto di

⁴⁶⁴ Silenzio mantenutosi tale almeno fino all'estate 2015 (v. subito *infra*, p. 4.22).

⁴⁶⁵ In particolare, soltanto dopo che il debitore abbia mantenuto in esercizio l'azienda per un dato tempo, prima dell'effettuazione dell'operazione complessiva.

Conf. in dottrina, (solo) sul punto specifico qui in analisi: QUAGLIOTTI, *op., cit.*, pagg. 3 e 4; LAMANNA, *Ancora sull'incompatibilità*, cit., pag. 3; FICO, *Affitto*, cit., pag. 2; GALLETTI, *L'insostenibile leggerezza dell'essere*, cit., pag. 1. Da ultimo: FICO, *Riflessioni*, cit., pag. 8.

⁴⁶⁶ Cfr. Trib. Busto Arsizio, 1 ottobre 2014 (già citato e criticato nella prima sezione di tesi).

⁴⁶⁷ Nuovamente (v. già sez. 1, cap. 2, par. 2, p. 2.8).

⁴⁶⁸ V. (tra l'altro) cap. 3. par. 5, p. 3.12.

strumentalità tra l'affitto ponte ed il soddisfo dei creditori, non già l'irrilevante momento d'effettuazione dell'operazione complessiva⁴⁶⁹.

Ed invero, il proponente può stipulare il contratto sia anteriormente al ricorso ex artt. 160 ss. l.f. sia in pendenza del concordato grigio (o preconcordato), come chiarito - da ultimo - dal nuovo art. 163-bis l.f. che prevede testualmente quanto segue: «il piano (...) [può] comprend(ere) una offerta da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione (...) dell'azienda o di uno o più rami (...). Le disposizioni (...) si applicano anche quando il debitore ha stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda», qual è - com'è ovvio - proprio l'affitto ponte. In ogni caso, l'ultimo comma del nuovo articolo recita: «la disciplina del(l'art.163-bis) si applica, in quanto compatibile, anche (...) all'affitto di azienda o di uno o più rami di azienda», con ciò sgombrando ogni dubbio al riguardo di quanto qui (nuovamente) ribadito.

Pertanto, in relazione al momento d'effettuazione dell'operazione d'affitto ponte, si pone solo e soltanto un tema di cd. opportunità pratica, cioè di condivisione o non condivisione (dell'individuazione dell'affittuario e delle condizioni contrattuali) con gli organi della procedura.

4.23-. Conclusioni sul momento d'effettuabilità dell'operazione d'affitto ponte.

In conclusione, in relazione a quest'ultimo punto specifico, chi scrive condivide integralmente l'opinione secondo cui, nella prassi, sarebbe opportuno che la **struttura dell'operazione** fosse la seguente⁴⁷⁰: «A. prima della presentazione della domanda di concordato preventivo⁴⁷¹: - stipula dell'affitto (...) a favore di una (...) NewCo [o altra società già esistente]; - formalizzazione dell'impegno all'acquisto (...) da parte della NewCo [o comunque di controparte] subordinato al passaggio in giudicato del decreto di omologa; - subentro nei contratti inerenti l'azienda affittata da parte del(l'affittuario); B. dopo il decreto di ammissione (...): - (...) pagamento dei canoni di affitto (...); C. dopo il passaggio in giudicato del decreto di omologa: - acquisto dell'azienda e pagamento del corrispettivo (...) scomputando i canoni (...) già

⁴⁶⁹ Nello stesso senso la dottrina e la giurisprudenza citate in questo paragrafo ed altrove (v., per esempio, cap. 2, par. 3, p. 2.11).

⁴⁷⁰ Fermi, a parer mio, i limiti esposti nel precedente paragrafo (e che saranno riepilogati, nonché integrati, in conclusione di tesi).

⁴⁷¹ Giacché, così, l'impresa potrebbe liberamente individuare il soggetto affittuario (poi acquirente) e, con questi, trattare le condizioni contrattuali preferibili.

corrisposti⁴⁷². Una variante allo schema ["tipo"] (...) illustrato può consistere nell'ipotesi in cui l'impresa in crisi costituisca una NewCo alla quale concede in affitto un ramo (...) ("buono") e dopo l'omologa: - cede a terzi le quote della NewCo e, successivamente, cede il ramo (...) alla NewCo stessa; - ovvero conferisce il ramo (...) oggetto dell'affitto nella NewCo e poi cede le quote della NewCo a terzi»⁴⁷³.

⁴⁷² I quali, secondo tale opinione, sarebbero deducibili dal prezzo di cessione (conf. CERADINI – CASCELLA, *op.*, *cit.*, pag. 7). Sul punto specifico si rinvia al capitolo conclusivo di tesi (ove lo scrivente argomenterà nel senso che i canoni d'affitto debbono essere indeducibili, al fine di poter ricondurre l'operazione complessiva entro l'ambito applicativo dell'art. 186-bis).

⁴⁷³ Cfr. SANDRINI, *op.*, *cit.*, pagg. 3 e 4.

Capitolo 5 – Analisi statistica dei precedenti giurisprudenziali concernenti il rapporto tra l'art. 186-bis e l'affitto d'azienda

Paragrafo 1 – In generale: i precedenti *pro* e *contro* la compatibilità tra il concordato con continuità e l'affitto dell'azienda in crisi

5.1-. *Analisi statistica.*

A questo punto pare opportuno proseguire la presente ricerca con la seguente **analisi statistica dei precedenti giurisprudenziali inerenti il rapporto tra l'art. 186-bis e l'affitto d'azienda**. Questa analisi è - infatti - funzionale a provare (ulteriormente) la fondatezza della tesi secondo cui è configurabile un concordato con continuità aziendale allorché il debitore stipuli, anche anteriormente all'ammissione alla procedura, un contratto d'affitto ponte.

Ed invero, prendendo le mosse da un'analisi generale quale quella avente ad oggetto i **precedenti *pro* e *contro* la compatibilità tra il concordato con continuità e l'affitto dell'azienda in crisi**, giova rappresentare - anche mediante il grafico di cui *infra* - il fatto che la giurisprudenza di merito (finora edita) sostiene quasi unanimemente la compatibilità tra l'art. 186-bis ed il contratto d'affitto. Infatti, in generale, ben trenta provvedimenti⁴⁷⁴ dei trentatré⁴⁷⁵ analizzati sopra⁴⁷⁶ argomentano nel senso che, allorché il debitore stipuli un tale contratto,

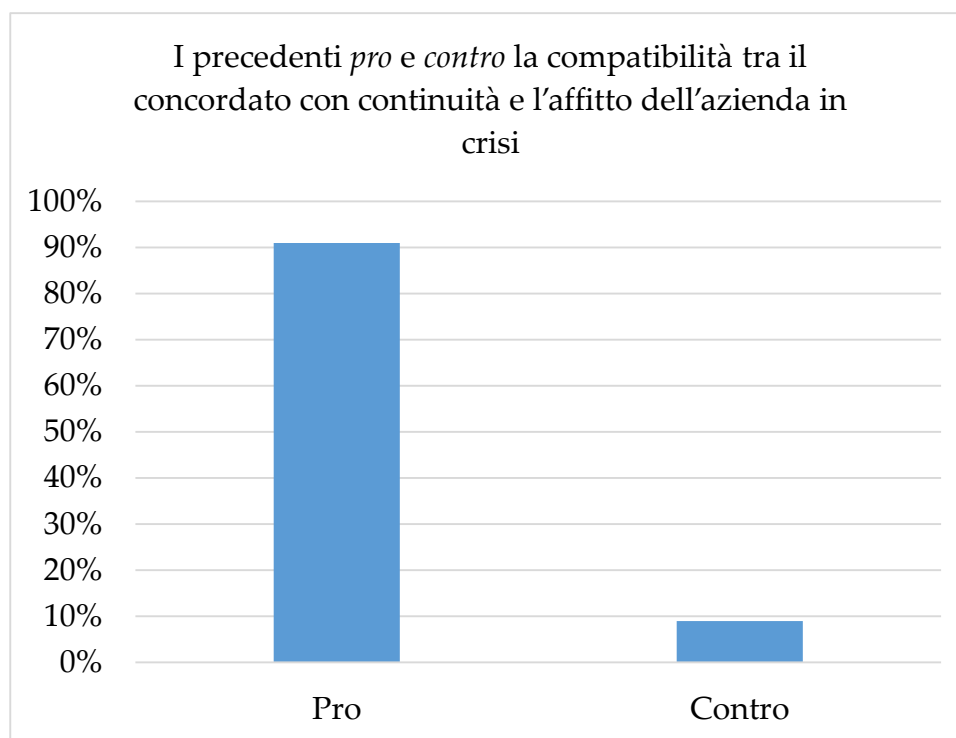
⁴⁷⁴ Trattasi di: Trib. Bolzano, 27 febbraio 2013, *cit.*; Trib. Firenze, 19 marzo 2013, *cit.*; Trib. Firenze, 27 marzo 2013, *cit.*. Ancora: Trib. Monza, 11 giugno 2013, *cit.*; Trib. Roma, 12 luglio 2013, *cit.*; Trib. Vercelli, 31 luglio 2013, *cit.*; Trib. Mantova, 19 settembre 2013, *cit.*; Trib. Mantova, 17 ottobre 2013, *cit.*; Trib. Cuneo, 31 ottobre 2013, *cit.*; Trib. Patti, 12 novembre 2013, *cit.*; Trib. Padova, 27 marzo 2014, *cit.*; Trib. Treviso, 11 giugno 2015, *cit.*; Trib. Padova, 30 giugno 2014, *cit.*; Trib. Cassino, 31 luglio 2014, *cit.*; Trib. Vercelli, 13 agosto 2014, *cit.*; Trib. Padova, 8 ottobre 2014, *cit.*; Trib. Reggio Emilia, 21 ottobre 2014, *cit.*; Trib. Avezzano, 22 ottobre 2014, *cit.*; Trib. Trento, 14 febbraio 2015, *cit.*; Trib. Bolzano, 10 marzo 2015, *cit.*; Trib. Roma, 24 marzo 2015, *cit.*. Inoltre: Trib. Terni, 28 gennaio 2013, *cit.*; Trib. Terni, 12 febbraio 2013, *cit.*; Trib. Terni, 2 aprile 2013, *cit.*; Trib. Ravenna, 29 ottobre 2013, *cit.*; Trib. Ravenna, 19 agosto 2014, *cit.*; Trib. Ravenna, 22 ottobre 2014, *cit.*. Ma altresì Trib. Busto Arsizio, 1 ottobre 2014, *cit.*. Da ultimo: Trib. Roma, 18 dicembre 2015, *cit.*; Trib. Alessandria, 18 gennaio 2016, *cit.*

⁴⁷⁵ Sono nettamente contrari a tale compatibilità: Trib. Milano, 13 novembre 2013, *cit.*; Trib. Milano, 28 novembre 2013, *cit.*; Trib. Pordenone, 4 agosto 2015, *cit.*

⁴⁷⁶ Al riguardo, in questa sede, lo scrivente si limita a rinviare alle analisi già effettuate *supra*, e ciò per brevità e non ridondanza della presente rappresentazione statistica.

L'articolo in commento possa (e debba) trovare applicazione.

Di seguito un grafico rappresenta chiaramente quanto appena scritto.



5.2-. Segue: commento personale.

Come appena detto, tale grafico rappresenta che, secondo la giurisprudenza finora edita, allorché l'impresa in crisi stipuli un affitto di azienda, l'art. 186-*bis* possa e debba operare. Ed invero, ben il 91% dei precedenti in materia affermano - in un modo o nell'altro⁴⁷⁷ - quanto (tendenzialmente) condiviso da parte di chi scrive. All'opposto, solo il 9% di tali precedenti nega *tout court* l'applicabilità dell'articolo in commento nel caso qui considerato, argomentando nel senso che: (i) una interpretazione letterale imporrebbe cotale (rigida) conclusione; (ii) a mezzo d'affitto il debitore trasferirebbe (sempre e comunque) il rischio d'impresa; (iii) le agevolazioni *pro* continuità aziendale (ivi compresa quella inerente la continuazione dei contratti pubblici) non potrebbero giammai operare; (iv) all'atto della stipula di tale contratto l'affittante in concordato perderebbe (in ogni caso) la qualità d'imprenditore⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ V. subito *infra*, par. 2 (relativo agli argomenti addotti per precisare l'ambito applicativo dell'art. 186-*bis*).

⁴⁷⁸ Cfr., nei limiti di cui *supra* (v. cap. 3), Trib. Milano, 13 novembre 2013, *cit.*, Trib. Milano, 28 novembre 2013, *cit.*, nonché Trib. Pordenone, 4 agosto 2015, *cit.*

Peraltro, tali argomenti non vengono condivisi⁴⁷⁹ dalla maggioritaria giurisprudenza, che - al contrario - approfondisce il tema in considerazione nel senso di cui subito *infra*⁴⁸⁰.

Paragrafo 2 – In particolare: i limiti di compatibilità tra il concordato *ex art. 186-bis* ed il contratto di affitto

5.3-. *Analisi statistica.*

In particolare, la giurisprudenza (favorevole all'operatività dell'art. 186-*bis* in caso di effettuazione dell'operazione in commento) limita la **compatibilità tra il concordato *ex art. 186-bis* ed il contratto di affitto** nei seguenti termini: (i) da una parte viene sostenuto ciò solo allorquando il debitore strutturato (insieme alla controparte affittuaria) l'operazione in funzione della successiva vendita dell'azienda (alla medesima società affittuaria)⁴⁸¹; (ii) dall'altra parte v'è chi limita tale compatibilità al caso di previsione di un canone d'affitto di natura variabile (non già fissa)⁴⁸². Da un'altra parte ancora, invece, si pone quella (minoritaria) giurisprudenza che non pone alcun limite di compatibilità, affermando l'indiscriminata applicabilità dell'articolo in commento⁴⁸³.

In particolare, ben ventuno dei trenta provvedimenti favorevoli all'operatività dell'art. 186-*bis* ne limitano l'ambito applicativo al solo caso d'affitto ponte. Peraltro, tale tesi viene contrastata da quei sei provvedimenti⁴⁸⁴ i quali affermano che l'articolo debba applicarsi soltanto nell'ipotesi in cui il

⁴⁷⁹ Oltre che dallo scrivente (v. cap. 3).

⁴⁸⁰ Tutelando, conseguentemente, le attività aziendali oggettivamente proseguibili.

⁴⁸¹ Affermano ciò: Trib. Monza, 11 giugno 2013, *cit.*; Trib. Roma, 12 luglio 2013, *cit.*; Trib. Vercelli, 31 luglio 2013, *cit.*; Trib. Mantova, 19 settembre 2013, *cit.*; Trib. Mantova, 17 ottobre 2013, *cit.*; Trib. Cuneo, 31 ottobre 2013, *cit.*; Trib. Patti, 12 novembre 2013, *cit.*; Trib. Padova, 27 marzo 2014, *cit.*; Trib. Padova, 30 giugno 2014, *cit.*; Trib. Cassino, 31 luglio 2014, *cit.*; Trib. Vercelli, 13 agosto 2014, *cit.*; Trib. Padova, 8 ottobre 2014, *cit.*; Trib. Reggio Emilia, 21 ottobre 2014, *cit.*; Trib. Avezzano, 22 ottobre 2014, *cit.*; Trib. Trento, 14 febbraio 2015, *cit.*; Trib. Bolzano, 10 marzo 2015, *cit.*; Trib. Roma, 24 marzo 2015, *cit.*; Trib. Treviso, 11 giugno 2015, *cit.* Ancora: Trib. Busto Arsizio, 1 ottobre 2014, *cit.* Da ultimo: Trib. Roma, 18 dicembre 2015, *cit.*; Trib. Alessandria, 18 gennaio 2016, *cit.*

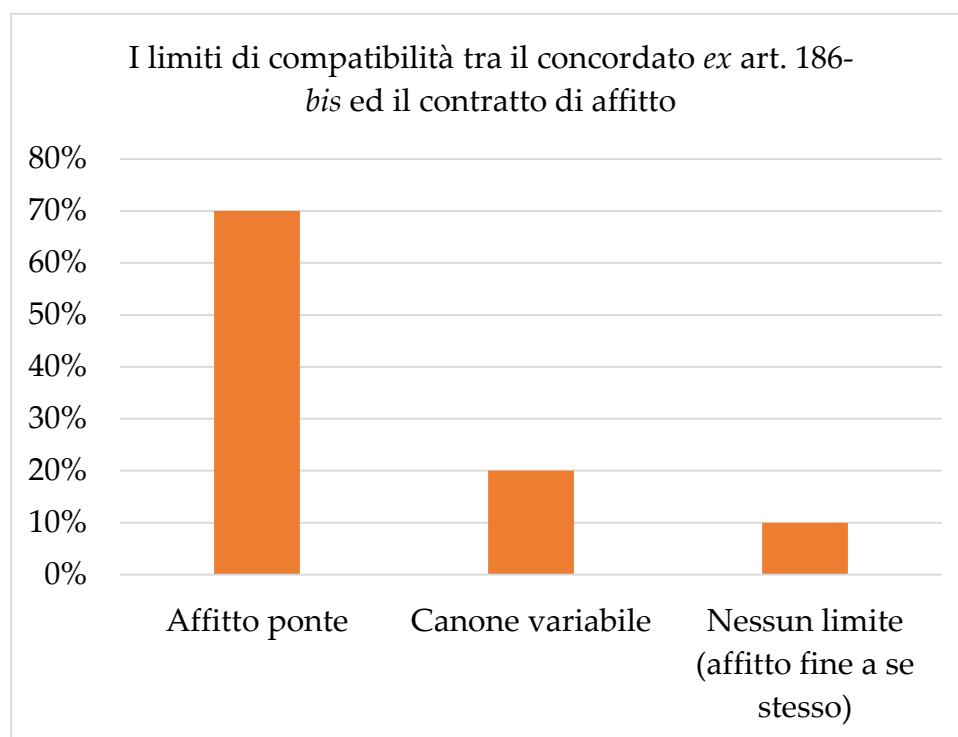
⁴⁸² Trattasi di: Trib. Terni, 28 gennaio 2013, *cit.*; Trib. Terni, 12 febbraio 2013, *cit.*; Trib. Terni, 2 aprile 2013, *cit.*; Trib. Ravenna, 29 ottobre 2013, *cit.*; Trib. Ravenna, 19 agosto 2014, *cit.*; Trib. Ravenna, 22 ottobre 2014, *cit.*

⁴⁸³ Trattasi di: Trib. Bolzano, 27 febbraio 2013, *cit.*; Trib. Firenze, 19 marzo 2013, *cit.*; Trib. Firenze, 27 marzo 2013, *cit.*

⁴⁸⁴ Emessi da due soli tribunali (in particolare, quelli di Terni e di Ravenna). Al riguardo, vedi *infra*, capitolo 6, paragrafo 2, punto 6.7.

canone sia parametrato sull'utile o sul fatturato. Invece, solo tre provvedimenti⁴⁸⁵ non pongono alcun limite di compatibilità.

Di seguito un istogramma rappresenta graficamente quanto appena scritto.



5.4-. Segue: commento personale.

Quanto sopra comprova il fatto che la giurisprudenza quasi unanime tende a negare che l'affitto di azienda sia sempre e comunque riconducibile entro l'ambito applicativo dell'art. 186-bis. Ed invero, il 70% dei precedenti afferma la compatibilità di cui sopra nel (solo) caso di stipula di un affitto ponte, essendo espressamente contemplata dalla legge l'ipotesi di «cessione dell'azienda in esercizio». Inoltre, un ulteriore 20% nega la predetta compatibilità qualora il canone d'affitto abbia natura fissa, giacché in tale situazione il rischio d'impresa viene trasferito dall'affittante in concordato preventivo (e, perciò, dai creditori concorsuali) all'affittuario. Residuale, dunque, appare il (solo) 10% favorevole all'applicabilità in ogni caso dell'art. 186-bis, anche (e precipuamente) qualora venga concluso un affitto fine a se stesso.

⁴⁸⁵ Anch'essi emessi da due soli tribunali (in particolare, quelli di Bolzano e di Firenze). Peraltro, il primo ha poi modificato la propria posizione sul punto, come dimostra il successivo provvedimento del 10 marzo 2015, *cit.* (favorevole al solo affitto ponte, contro il provvedimento qui considerato e reso in data 27 febbraio 2013, *cit.*).

Quest'ultimo contratto non solo è ritenuto compatibile con il concordato con continuità soltanto dalla giurisprudenza minoritaria, ma è altresì nettamente contrastante con la chiara lettera della legge, la quale si limita a prevedere che (se e) «quando» sussiste una delle fattispecie rilevanti «si applicano» le note disposizioni integrative. Insomma, (secondo la giurisprudenza prevalente) qualora la fattispecie concreta non sia riconducibile ad un'ipotesi tipizzata, l'art. 186-bis non potrebbe (né dovrebbe) operare.

Paragrafo 3 – I precedenti *pro* affitto ponte: le modalità contrattuali utili per strutturare l'operazione complessiva in funzione della successiva vendita

5.5-. *Analisi statistica.*

Venendo ora alle **modalità contrattuali utili per strutturare l'operazione d'affitto ponte in funzione della successiva dismissione d'azienda**, in questa sede ci si limita a dare atto che, in generale, occorre prevedere l'obbligo d'acquisto in capo all'affittuario. Nello specifico, poi, gli strumenti contrattuali a disposizione delle parti (ed, *in primis*, del debitore in concordato) sono molteplici e viepiù ammissibili nel caso di nostro interesse.

Ed invero, una (gran) parte di giurisprudenza⁴⁸⁶ ha ammesso la possibilità di stipulare un contratto d'affitto accompagnato da, o comprensivo di, una proposta (irrevocabile) d'acquisto proveniente dall'affittuario. Ancora, un'altra parte di giurisprudenza ha riconosciuto la natura in continuità al concordato fondato, oltre che su un affitto ponte, anche su un preliminare di cessione d'azienda⁴⁸⁷, o (financo) su una cessione immediata (sospensivamente condizionata all'omologazione)⁴⁸⁸. Inoltre, è stato ritenuto compatibile con l'art. 186-bis un concordato basato su un affitto affiancato da una pura e semplice

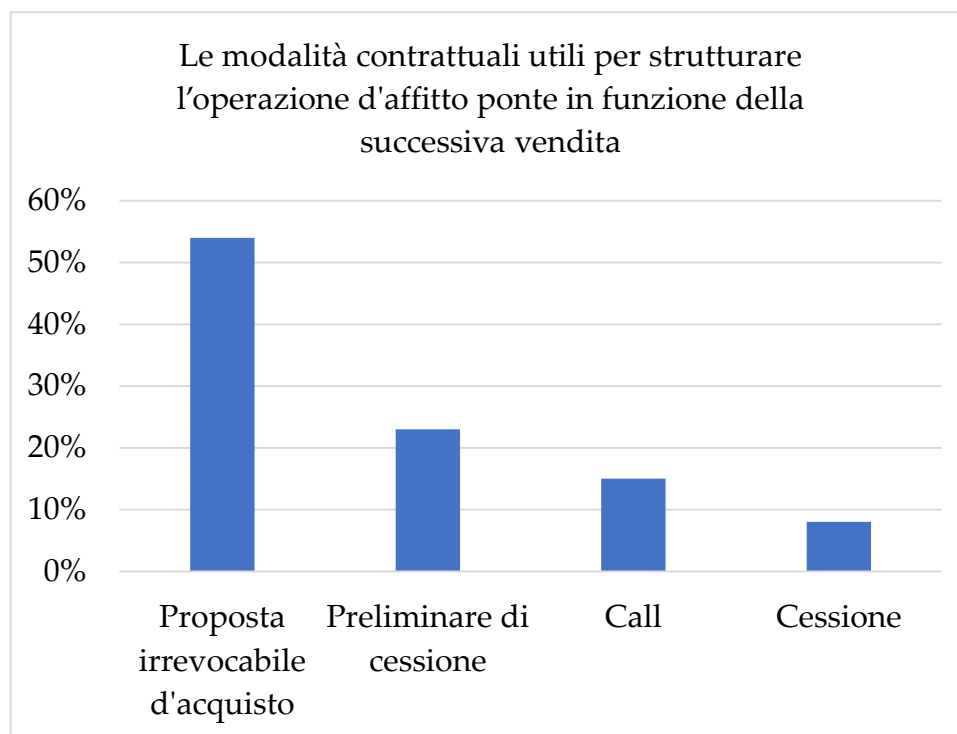
⁴⁸⁶ Trattasi dei seguenti sette provvedimenti: Trib. Roma, 12 luglio 2013, *cit.*; Trib. Cuneo, 31 ottobre 2013, *cit.*; Trib. Busto Arsizio, 1 ottobre 2014, *cit.*; Trib. Bolzano, 10 marzo 2015, *cit.*; Trib. Roma, 24 marzo 2015, *cit.*; Trib. Treviso, 11 giugno 2015, *cit.*; Trib. Roma, 18 dicembre 2015, *cit.* (quest'ultimo relativo alla medesima procedura concorsuale di cui al precedente Trib. Roma, 24 marzo 2015, *cit.*).

⁴⁸⁷ Affermano ciò i seguenti tre provvedimenti: Trib. Mantova, 19 settembre 2013, *cit.*; Trib. Padova, 27 marzo 2014, *cit.*; Trib. Padova, 30 giugno 2014, *cit.*

⁴⁸⁸ In tal caso trattasi di Trib. Mantova, 17 ottobre 2013, *cit.*

opzione d'acquisto⁴⁸⁹, la quale - come noto - non obbliga altri se non l'affittante (non già, come detto sopra, la controparte contrattuale).

Quanto detto è rappresentabile statisticamente come segue⁴⁹⁰.



5.6-. Segue: *analisi critica*.

Orbene, dall'istogramma che precede emerge che le predette modalità contrattuali possono essere indifferentemente: (i) una proposta irrevocabile d'acquisto proveniente dall'affittuario⁴⁹¹, (ii) un contratto preliminare di cessione d'azienda⁴⁹² o - financo - (iii) una vendita immediata (ancorché non subito

⁴⁸⁹ Cfr. Trib. Vercelli, 31 luglio 2013, *cit.*, nonché Trib. Vercelli, 13 agosto 2014, *cit.* (peraltro riconducibili ad un'unica medesima procedura).

⁴⁹⁰ Al riguardo si precisa che sono stati considerati soltanto tredici dei ventuno provvedimenti favorevoli alla sola compatibilità dell'art. 186-bis con l'affitto ponte, giacché: (i) alcuni non paiono esplicitare (chiaramente) le dette modalità contrattuali (cfr. Trib. Padova, 8 ottobre 2014, *cit.*, Trib. Reggio Emilia, 21 ottobre 2014, *cit.*, Trib. Trento, 14 febbraio 2015, *cit.*, nonché Trib. Alessandria, 18 gennaio 2016, *cit.*), mentre (ii) altri affrontano casi ove difetta l'elemento della prodromicità dell'affitto rispetto alla successiva compravendita (cfr. Trib. Monza, 11 giugno 2013, *cit.*, Trib. Patti, 12 novembre 2013, *cit.*, Trib. Cassino, 31 luglio 2014, *cit.*, nonché Trib. Avezzano, 22 ottobre 2014, *cit.*).

⁴⁹¹ Così è stato nel 54% delle volte qui considerate.

⁴⁹² Così nel 23% delle occasioni.

efficace⁴⁹³)⁴⁹⁴, oppure ancora (iv) un *call* in favore dell'affittuario⁴⁹⁵. Il tutto, se del caso⁴⁹⁶, sotto la condizione sospensiva dell'omologa del concordato, o sotto quella risolutiva della mancata omologazione⁴⁹⁷.

Peraltro, a parere di chi scrive, alle modalità di cui sopra sono affiancabili anche (ed a maggior ragione): (a) un preliminare unilaterale con obbligo di concludere il contratto definitivo soltanto in capo alla controparte affittuaria, nonché (b) un *put* in favore dell'affittante in concordato⁴⁹⁸.

In ogni caso, a parere di chi scrive⁴⁹⁹, il *call* può considerarsi ammissibile soltanto nell'ipotesi di stipula di un più ampio accordo di *put & call*, grazie cui, qualora l'affittuario non dovesse esercitare l'opzione di acquisto, comunque l'affittante potrebbe attuare il *put* (rispetto al quale la controparte si porrebbe in posizione di soggezione). Altrimenti, in astratto, l'affittuario potrebbe non procedere con la compravendita, con conseguente (potenziale) ineffettività del (generale) limite rappresentato dal suo obbligo d'acquisto dell'azienda.

Paragrafo 4 – *Segue*: il momento per effettuare l'operazione d'affitto ponte secondo la giurisprudenza finora edita

5.7-. *Analisi statistica.*

Infine, per quanto concerne il **momento di effettuabilità dell'operazione d'affitto prodromico alla successiva cessione**, giova evidenziare che ben quindici provvedimenti dei citati precedenti "*pro*" affitto ponte⁵⁰⁰ hanno sostenuto la natura in continuità di quei concordati fondati (anche) su contratti conclusi: (i) *ante* domanda o, comunque, (ii) *ante* ammissione (*i.e.* in pendenza del preconcordato, previa autorizzazione del tribunale), ovvero anche (iii) nelle more

⁴⁹³ Stante la condizione sospensiva dell'omologa del concordato preventivo.

⁴⁹⁴ Tale ipotesi si è verificata nel solo 8% dei casi.

⁴⁹⁵ Rappresentante il (solo) 15% dei casi considerati.

⁴⁹⁶ Ma necessariamente in ipotesi di contestuale compravendita.

⁴⁹⁷ Eventualmente da verificarsi o, rispettivamente, non verificarsi entro un termine predeterminato dai contraenti.

⁴⁹⁸ Cfr. BORSARI - ZOCCA, *op. cit.*, pag. 7, in relazione al preliminare unilaterale.

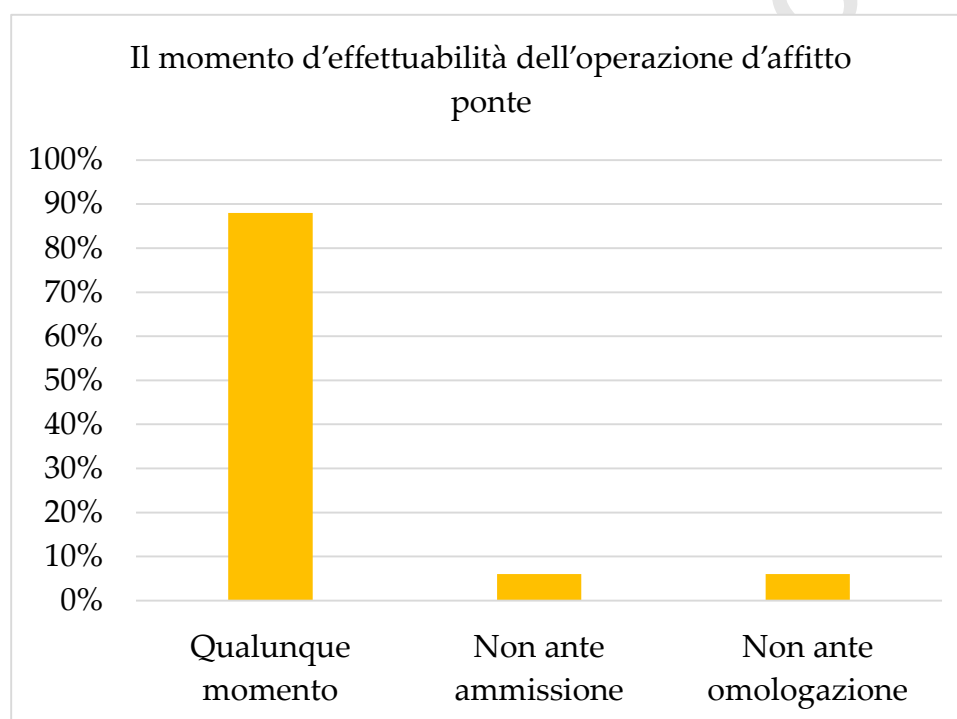
⁴⁹⁹ Diversamente da quanto statuito dai provvedimenti citati del Tribunale di Vercelli.

⁵⁰⁰ S'anticipa fin d'ora che quest'ultima analisi statistica non considera i seguenti quattro provvedimenti (dei totali ventuno *pro* affitto ponte), poiché gli stessi non prendono (esplicitamente e/o chiaramente) posizione sul punto: Trib. Monza, 11 giugno 2013, *cit.*; Trib. Padova, 8 ottobre 2014, *cit.*; Trib. Avezzano, 22 ottobre 2014, *cit.*; Trib. Trento, 14 febbraio 2015, *cit.*

della procedura o (iv) *post* omologa⁵⁰¹. Peraltro, il punto non è pacifico in giurisprudenza, come dimostrano due precedenti che hanno negato la riconducibilità dell'affitto ponte all'art. 186-bis - l'uno - in caso d'effettuazione dello stesso *ante* domanda o, comunque, prima dell'ammissione⁵⁰² e - l'altro - financo *ante* omologazione⁵⁰³.

In breve: (i) secondo una parte (cospicua) della giurisprudenza, l'operazione può essere compiuta in ogni tempo; al contrario (ii) secondo un'altra parte della giurisprudenza, l'affitto ponte non potrebbe giammai concludersi prima del deposito della domanda o, comunque, *ante* ammissione.

Di seguito il grafico inerente il momento d'effettuabilità dell'operazione in analisi ai fini della qualificazione del concordato.



5.8-. Segue: *analisi critica*.

⁵⁰¹ Trattasi (indistintamente) di: Trib. Roma, 12 luglio 2013, *cit.*; Trib. Vercelli, 31 luglio 2013, *cit.*; Trib. Mantova, 19 settembre 2013, *cit.*; Trib. Mantova, 17 ottobre 2013, *cit.*; Trib. Cuneo, 31 ottobre 2013, *cit.*; Trib. Padova, 27 marzo 2014, *cit.*; Trib. Padova, 30 giugno 2014, *cit.*; Trib. Cassino, 31 luglio 2014, *cit.*; Trib. Vercelli, 13 agosto 2014, *cit.*; Trib. Reggio Emilia, 21 ottobre 2014, *cit.*; Trib. Bolzano, 10 marzo 2015, *cit.*; Trib. Roma, 24 marzo 2015, *cit.*; Trib. Treviso, 11 giugno 2015, *cit.*; Trib. Roma, 18 dicembre 2015, *cit.*; Trib. Alessandria, 18 gennaio 2016, *cit.* (i quali - tutti - hanno sostenuto ciò, anche solo implicitamente o *en passant*).

⁵⁰² Cfr. Trib. Patti, 12 novembre 2013, *cit.*

⁵⁰³ Cfr. Trib. Busto Arsizio, 1 ottobre 2014, *cit.*

Alla luce della rappresentazione statistica che precede, emerge in modo lampante ed incontrovertibile il fatto che, secondo la quasi unanime giurisprudenza finora edita sul punto specifico, l'affitto ponte può essere posto in essere in ogni tempo, non rilevando affatto il momento d'effettuazione dello stesso ai fini di cui consta la presente ricerca. Ed invero, l'88% dei precedenti qui considerati non discrimina il concordato con continuità da quello liquidatorio sulla base del mero dato cronologico, posto che l'art. 186-bis si limita a prevedere che l'azienda dev'essere «*in esercizio*» (senza distinguere tra operazioni di *restructuring* effettuate *ante* o *post* ammissione od omologa).

In conclusione, la tesi che delimita l'ambito applicativo dell'art. 186-bis anche in ragione del momento d'effettuazione della (predetta) operazione appare, *de visu*, minoritaria (quantomeno in giurisprudenza⁵⁰⁴), posto che - come *testé* provato - oggi, dopo quasi quattro anni dall'introduzione dell'art. 186-bis, «*trova [ampia] conferma la tesi che riconduce al perimetro della continuità il diffuso modello dell'affitto di azienda, finalizzato al suo trasferimento ed eventualmente stipulato anche anteriormente alla richiesta di concordato*»⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ Ove solo il 12% dei precedenti qui considerati afferma ciò (in particolare, il 6% si pone contro la possibilità d'effettuazione *ante* ammissione, mentre un altro 6% contro - addirittura - la stipula *ante* omologa).

Da parte sua, invece, la dottrina si divide nel senso indicato infine al punto 2.8 del paragrafo 2, capitolo 2, sezione 1 (cui, per brevità, si rinvia integralmente). Al riguardo, in questa sede ci si limita a segnalare che - da ultimo - un illustre autore ha affermato che «*a favor(e) (del)la risoluzione dei nodi interpretativi ed applicativi posti più frequentemente in luce dall'esperienza pregressa (...) [nella Relazione allo Schema di "DdL delega Rordorf"] sono state fornite indicazioni concernenti (...) la possibilità di procedere medio tempore [proprio] all'affitto (...) dell'azienda del debitore*» in concordato preventivo (cfr. RORDORF, *op. cit.*, pag. 20, che - dunque - parrebbe porsi contro quella, pur autorevole, dottrina che limita l'applicabilità dell'articolo in commento alla sola cd. continuità diretta nelle more della procedura).

⁵⁰⁵ Cfr. MACAGNO, *Il concordato con continuità aziendale: il confine ultimo di un istituto sotto accusa*, nota a Trib. Ravenna, 28 aprile 2015, Trib. Roma, 24 marzo 2015, e Trib. Bolzano, 10 marzo 2015, in *Fallimento*, 1/2016, pagg. 77 ss., il quale afferma ciò «*muovendo da un terreno relativamente più assestato, quanto meno sotto il profilo statistico - numerico delle decisioni rinvenibili*» a (quasi) quattro anni dall'avvento del cd. concordato con continuità.

Capitolo 6 – Conclusioni: proposta di soluzione del problema della compatibilità tra l'art. 186-bis e l'operazione di affitto dell'azienda in crisi, anche alla luce del recentissimo D.L. n. 83/15 (convertito con modificazioni dalla L. n. 132/15)

Paragrafo 1 – L'operazione d'affitto: ramo d'azienda in potenziale continuità, fabbisogno finanziario, *due diligence*, persona dell'affittuario, nonché condizioni contrattuali preferibili

6.1-. Le attività prodromiche alla stipula del contratto d'affitto di azienda.

A questo punto, - prima di elencare per punti le condizioni di compatibilità tra affitto (ponte) e concordato con continuità⁵⁰⁶ - pare utile immaginare di immedesimarsi in quell'«operatore»⁵⁰⁷ che, «davanti al bivio se procedere con la cessazione dell'attività d'impresa o prevederne la continuità»⁵⁰⁸, abbia preferito quest'ultima via di risanamento e, dunque, debba effettuare tutta quella serie di **attività prodromiche alla stipula del contratto d'affitto di azienda**.

Tra queste ultime possono essere citate (schematicamente) le seguenti⁵⁰⁹: dapprima andrebbero delimitati i confini del ramo aziendale in potenziale continuità⁵¹⁰; poi occorrerebbe procedere con la stima del fabbisogno finanziario necessario⁵¹¹; in seguito dovrebbe individuarsi la persona del (miglior) affittuario⁵¹² (possibile)⁵¹³; infine, con quest'ultimo, potrebbe essere strutturata l'operazione complessiva⁵¹⁴.

6.2-. Segue: la delimitazione dei confini del ramo aziendale in potenziale continuità.

⁵⁰⁶ Anche tenendo conto dell'introduzione del nuovissimo art. 163-bis l.f.

⁵⁰⁷ Senza distinguere, peraltro, tra *advisors* legali e finanziari della società in concordato.

⁵⁰⁸ Cfr. BIANCO, *op. cit.*, pag. 3.

⁵⁰⁹ Che - subito *infra* - saranno analizzate solo brevemente, nel rispetto dell'oggetto della presente tesi di laurea.

⁵¹⁰ Ramo e non azienda in quanto, come noto, spesse volte la continuità aziendale è (e può essere) solo parziale.

⁵¹¹ Alla miglior soddisfazione dei creditori.

⁵¹² E promissario/promittente acquirente d'azienda.

⁵¹³ Che, anzitutto, dev'essere imprenditore affidabile (sia dal punto di vista del ceto, anche e soprattutto bancario, sia - specialmente - agli occhi degli organi procedurali).

⁵¹⁴ Il tutto senza dimenticare una preventiva attività di *due diligence* (che anticipi quella che - con ogni probabilità - vorrà effettuare anche il potenziale affittuario/acquirente).

Prendendo le mosse dalla prima attività di cui sopra, la stessa va svolta in collaborazione con l'imprenditore in crisi per verificare se vi siano aree di attività che consentono di ipotizzare (concretamente) un rendiconto economico compatibile con il rischio di insuccesso nonché soddisfacente da un punto di vista quantitativo. Si tratta, in particolare, di un approccio che trae spunto dall'analisi del mercato e dei *competitors*, finalizzato alla verifica delle misure indispensabili per il raggiungimento dei risultati desiderati, in termini sia di riduzione dei costi produttivi sia di eventuali investimenti opportuni e/o necessari. Al riguardo è stato rilevato che «è (...) assolutamente raro che tale circostanza non sia verificata, perché quasi tutte le aziende, pur profondamente indebitate e non remunerative (...), presentano rami più o meno significativi, che se isolati dal resto esprimono potenzialità interessanti»⁵¹⁵.

Nello specifico, il **perimetro aziendale in potenziale continuità** può comprendere *assets* materiali e, se del caso, anche eventuali *intangibles*, se ancora presenti in azienda. A quest'ultimo riguardo, infatti, si rileva che «nel momento in cui l'imprenditore decide di concedere in affitto la propria azienda ovvero un ramo della stessa, nella maggior parte dei casi in una fase (...) avanzata di crisi (e quasi irreversibile in talune circostanze), l'azienda (avrà) già eroso in maniera significativa (...) proprio (le) immaterialità [prima] presenti»⁵¹⁶.

Orbene, nell'ambito della delimitazione del perimetro aziendale occorre individuare i beni (e/o rapporti) funzionali alla continuità aziendale in capo all'affittuario. Trattasi, in particolare, (tra l'altro) di beni materiali strumentali (quali immobili, attrezzature, macchinari), di (eventuali) beni immateriali (es. marchi, brevetti, licenze), oltre che - se del caso - di eventuali passività contabili⁵¹⁷.

6.3-. Segue: la stima del fabbisogno finanziario e la due diligence.

Così delimitati i confini del ramo ancora produttivo, successivamente potrà procedersi con la stima del fabbisogno finanziario nonché con la (doverosa) *due diligence*.

⁵¹⁵ Cfr. CERADINI – CASCELLA, *op., cit.*, pag. 5.

⁵¹⁶ Cfr. LACCHINI, *op., cit.*, pagg. 2 e 3.

⁵¹⁷ Secondo LACCHINI, *op., cit.*, pag. 3, «sarebbe idoneo valutare l'opportunità di includere (...) il TFR maturato nei confronti del personale (...) trasferito (...); difatti, la tutela dei posti di lavoro e la loro pronta remunerazione viene generalmente vista con un certo riguardo da parte del Tribunale, compatibilmente [s'intende] con l'effettiva convenienza economica dell'operazione». Ciò, come si dirà *infra*, risulta confermato (tra l'altro) da Trib. Udine, 15 ottobre 2015, in *unijuris.it* (ossia uno dei primi precedenti editi in materia di procedura competitiva ex art. 163-bis l.f.).

Per quanto riguarda il primo aspetto, - dopo aver accertato la remuneratività del ramo di azienda - insieme all'imprenditore in crisi dovrà essere quantificato il **fabbisogno necessario al pagamento dei creditori**, considerando altresì «(i)l prevedibile sviluppo del capitale circolante»⁵¹⁸.

In particolare, spesso si è propensi ad adottare un criterio di stima che tenga anzitutto conto delle attività materiali d'impresa, essendo le stesse di più facile individuazione e stima (oltre che dotate di una maggiore «*tenuta di valore nel tempo*»⁵¹⁹). Al contrario, per quanto detto sopra, risulta più complesso procedere con la valutazione degli *intangibles* aziendali, poiché il disequilibrio economico degli ultimi esercizi sociali non consente di mantenere nel tempo il valore delle immaterialità d'impresa⁵²⁰. Peraltro, nell'ipotesi (forse più teorica che pratica) in cui si dovesse «*intervenire con tempestività ed efficacia*, (diverrebbe)

⁵¹⁸ Cfr. CERADINI – CASCELLA, *op. cit.*, pag. 5. Conf. BORSARI – ZOCCA, *op. cit.*, pag. 6, che affermano a quest'ultimo riguardo che «il canone di affitto dovrà essere adeguato [non solo] in relazione al valore dell'azienda» ma anche «alle capacità reddituali della stessa».

⁵¹⁹ Cfr. LACCHINI, *op. cit.*, pag. 4.

⁵²⁰ Donde la necessità (e doverosità) di procedere con il cd. *impairment test*, previsto (anche) dallo IAS36. Come noto, l'*impairment test* è il procedimento che verifica (annualmente) la recuperabilità del valore di iscrizione contabile di attività patrimoniali iscritte in bilancio. Tale test è finalizzato a determinare eventuali perdite di valore derivanti dalla differenza tra il valore di iscrizione contabile e il valore recuperabile (ove per valore recuperabile s'intende il minore tra valore d'uso - ossia il valore attuale dei flussi di cassa attesi da un'attività - e valore equo - cioè il prezzo che si percepirebbe per la vendita di un'attività, ovvero che si pagherebbe per il trasferimento di una passività, in una regolare transazione tra operatori di mercato alla data di valutazione -). Laddove, in esito al cd. *impairment*, un'attività risulti iscritta in bilancio a un valore superiore a quello recuperabile (i.e. se dovesse risultare che il suo valore contabile eccede l'importo che potrebbe essere ottenuto dall'utilizzo o dalla vendita dell'attività medesima), si renderebbe necessario procedere con la svalutazione del bene considerato.

Come noto, sono oggetto di *impairment test* (tra gli altri) gli *assets* costituiti da immobilizzazioni immateriali a vita utile definita e le attività immateriali a vita utile indefinita. Tra queste ultime, va indubbiamente compreso anche l'avviamento, «definito come la capacità dell'azienda di conseguire redditi nel tempo, la sua attitudine a ottenere utili (...). L'azienda bene avviata (...) fa leva su un aggregato di condizioni immateriali favorevoli che le danno maggiore attitudine a raggiungere i propri obiettivi e a produrre utili. Di conseguenza chi ottiene per trasferimento un'azienda funzionante riconosce al trasferente un "valore" di avviamento (...). L'avviamento comprende, in definitiva, una serie di "fattori" (...) classificati in soggettivi e oggettivi. I fattori soggettivi o personali sono strettamente inerenti alla personalità dell'imprenditore, al suo apporto/impulso lavorativo, alle sue qualità commerciali, alla sua capacità di gestione aziendale, alle sue relazioni esterne (...). I fattori oggettivi o reali, invece, sono intrinseci all'organizzazione aziendale e alle circostanze/congiunture del mercato e "spersonalizzati" rispetto a chi ha assunto la conduzione aziendale» (cfr. BALDUCCI, *L'affitto d'azienda*, 2010, pag. 22).

possibile tutelare [anche] il valore dei beni immateriali (...) valorizza(ndo) ulteriormente il ramo» individuato come *supra*⁵²¹.

Per quanto concerne invece l'**attività di due diligence**, essa può essere definita come un'«attività di analisi e controllo svolta da un team di consulenti (...) per verificare se l'azienda oggetto di affitto abbia adempiuto in maniera corretta agli obblighi previsti dalle diverse norme»⁵²². Tale attività (che può essere contabile, fiscale e/o legale) consta di «fasi procedurali»⁵²³ quali (tra l'altro) la raccolta di dati e informazioni (es. analisi delle problematiche, specifiche del settore, definizione degli obiettivi e delle aree d'indagine, richiesta dei documenti da verificare), la verifica presso l'azienda, nonché il rapporto finale (*i.e.* riepilogo delle problematiche emerse, analisi dei risultati delle verifiche, esposizione dei risultati in uno o più elaborati)⁵²⁴.

⁵²¹ Cfr. LACCHINI, *op.*, cit., pag. 4.

⁵²² Cfr. BALDUCCI, *op.*, cit., pag. 64.

⁵²³ Cfr., ancora, BALDUCCI, *op.*, cit., pag. 64.

⁵²⁴ Al riguardo della *due diligence*, DRAGHETTI - CARAMUSCIO - BAMPO - DE LUCA - ORNELLA - BERTI, *op.*, cit., pagg. 305 ss., propongono la seguente «check list due diligence in ipotesi di affitto d'azienda»: «A. INFORMAZIONI GENERALI. 1. Organigramma dell'Azienda oggetto di affitto con l'indicazione delle mansioni e delle responsabilità dei dirigenti / dipendenti. 2. Elenco dei soggetti che possono impegnare l'Azienda oggetto di affitto verso terzi e dei relativi poteri conferiti. 3. Libri contabili. 4. Elenco dei beni (mobili ed immobili) di proprietà dell'Azienda oggetto di affitto e copia dei relativi atti di provenienza. B. LICENZE – AUTORIZZAZIONI – CERTIFICAZIONI. 1. Copia delle licenze, permessi, concessioni, autorizzazioni, iscrizioni e/o omologazioni necessarie per lo svolgimento delle attività dell'Azienda oggetto di affitto. 2. Certificazioni di qualità (ISO 9000, GMP, ecc.), ove disponibili. 3. Contenzioso attuale e potenziale nei confronti della Società concedente in materia amministrativa. C. DIRITTI DI PROPRIETÀ INDUSTRIALE ED INTELLETTUALE. 1. Informazioni in merito a tutti diritti di proprietà industriale o intellettuale (quali brevetti, marchi, diritti di autore, know-how, nomi commerciali, copyright, registrazioni sanitarie ecc.) concernenti l'Azienda ed i prodotti aziendali, con copia di eventuali domande, certificazioni di registrazione e relativi versamenti. 2. Copia di ogni accordo di licenza (attiva o passiva), acquisto, cessione e di ogni patto di non concorrenza e/o esclusiva concernente la proprietà industriale o intellettuale dell'Azienda oggetto di affitto. 3. Descrizione dei servizi dati / manutenzione di sistemi informatici e copia dei relativi contratti. D. CONTRATTI. 1. Copia di ogni contratto che contenga clausole di limitazione al diritto di trasferimento dell'Azienda ovvero che richieda il consenso di terzi. 2. Copia dei contratti infragruppo e con parti interessate. 3. Descrizione di ogni rapporto contrattuale non disciplinato per iscritto, ovvero copia dei contratti, di durata superiore ad un anno (ovvero con durata anche inferiore ma con clausola di rinnovo automatico), ivi inclusi senza alcun limite: - contratti di affitto, locazione, locazione finanziaria, compravendita a rate; - contratti per l'acquisto e la fornitura di beni o servizi; - offerte contrattuali presentate a clienti o ricevute da fornitori; - contratti di agenzia o di distribuzione; - contratti di finanziamento, mutuo; - contratti di appalto di servizi; - transazioni di vertenze o cause presenti, passate o potenziali. 4. Copia di ogni accordo, convenzione, proposta di accordo o convenzione con la pubblica amministrazione. 5. Copia dei contratti di consulenza (rapporti con consulenti fiscali, legali, del lavoro, tecnici e commerciali), lavoro autonomo, prestazioni d'opera anche intellettuale, servizi e simili. 6. Garanzie, fidejussioni, o impegni di indennizzo da parte di o a favore dell'Azienda. 7.

6.4-. Segue: l'individuazione della persona dell'affittuario.

Venendo ora all'**individuazione dell'affittuario/acquirente d'azienda**, è stato ritenuto «improbabile che il medesimo imprenditore, seppur sotto la diversa veste giuridica della nuova società conduttrice, po(ssa) avere accesso sia al mercato del credito, sia anche alle dilazioni commerciali mediamente offerte dai fornitori nel settore»⁵²⁵. Tale considerazione, peraltro, contrasta con la realtà dei fatti, *supra* rappresentata a mezzo di (plurimi) precedenti conformi a quanto affermato (congruamente) da altra dottrina, secondo cui «una ragionata ricognizione della casistica consente di ricondurre la maggior parte dei piani concordatari presentati nel vigore della disciplina antecedente a quella scaturita dal d.l. n. 83/15 e della relativa legge di conversione, ad uno schema collaudato: la presentazione di un piano imperniato sull'affitto dell'azienda ad un soggetto, spesso costituito ad hoc, riconducibile [si badi] direttamente o indirettamente alla medesima compagine sociale del debitore in crisi»⁵²⁶.

Utenze (per es. elettricità, gas, acqua, telefono ecc.). 8. Elenco delle polizze assicurative (indicante i principali rischi assicurati, valori assicurati, massimali / limiti di indennizzo, franchigie, periodo di copertura, scadenza della polizza, periodo di disdetta. E. PERSONALE. 1. Elenco del personale dipendente e copia delle relative lettere di assunzione. 2. Copia del contratto di lavoro dei dirigenti. 3. Copia dei contratti di collaborazione autonoma. 4. Individuazione dei contratti collettivi nazionali applicati e copia degli eventuali accordi aziendali applicati. 5. Documentazione relativa a bonus, incentivi, fringe-benefits o altre forme di retribuzione. 6. Documentazione relativa ad eventuali piani pensionistici, fondi di previdenza integrativa, piani di compartecipazione (ad es. stock option plans) o altri benefici previsti a favore del personale dipendente. 7. Elenco e descrizione degli eventuali patti di non concorrenza in essere con indicazione delle mansioni dei clienti interessati, dell'ammontare dei compensi pattuiti e del trattamento contributivo e fiscale applicato. 8. Documentazione relativa agli adempimenti previsti dalla legislazione in materia di sicurezza sul lavoro. 9. Copia delle transazioni intervenute con il personale dipendente. 10. Documentazione relativa al contenzioso in essere. F. CONTENZIOSO. 1. Elenco di qualsiasi contenzioso, procedimento e arbitrato di natura civile, penale, amministrativa, tributaria e/o fiscale, pendente o minacciata. 2. Descrizioni delle eventuali ispezioni o procedimenti in corso o minacciate avanti enti/autorità governative. G. DOCUMENTAZIONE CONTABILE. (...). H. DICHIARAZIONI FISCALI (...). 1. Copia delle dichiarazioni dei redditi UNICO della società con: - ricevute di presentazione; - quietanze di pagamento per IRPEG/IRES, IRAP ed IVA; - dettagli delle riprese operate; - copia bilanci di esercizio (bilanci sottoscritti e relazione sulla gestione); 2. Copia di dichiarazioni relative a condoni e sanatorie, con ricevute di presentazione e di pagamento; 3. Documentazione relativa alle operazioni straordinarie aventi per oggetto la società e riferibili all'azienda, quali: - fusioni; - scissioni; - conferimenti e scorpori; - rivalutazioni e svalutazioni di attivo; - altre operazioni straordinarie; - documentazione di cui al punto 1 (...) delle società incorporate».

⁵²⁵ Cfr. CERADINI – CASCELLA, *op. cit.*, pag. 5.

⁵²⁶ Cfr. VITIELLO, *Vendite concorsuali e offerte concorrenti: la fine dell'era delle proposte di concordato chiuse*, pag. 1, in *ilfallimentarista.it*, 2 novembre 2015. Peraltro, le stesse considerazioni valgono anche al riguardo della (similare) ipotesi in cui la *newco* venga costituita (e partecipata) dallo stesso debitore in concordato.

In ogni caso, benché - come appena detto - il caso dell'affitto ad una *newco* partecipata dallo stesso debitore in concordato⁵²⁷ rappresenti l'ipotesi più frequente nella prassi, resta comunque ferma la possibilità di «coinvol(gere) un socio terzo, che [agevolmente] consenta l'accesso al credito, o (...) (un)a società (...) già operativa e dotata di affidamenti adeguati ad assorbire il fabbisogno che si genererà per effetto della nuova attività recepita»⁵²⁸.

6.5-. I limiti di compatibilità tra il concordato ex art. 186-bis ed il contratto di affitto: riepilogo delle condizioni contrattuali necessarie.

Premessi questi (breve) cenni d'ordine pratico, venendo ai **limiti di compatibilità tra il concordato ex art. 186-bis e l'affitto d'azienda**, pare utile riepilogare (schematicamente) le condizioni contrattuali necessarie per poter beneficiare delle (note) agevolazioni *pro* continuità⁵²⁹.

Anzitutto, come già rilevato⁵³⁰, l'affitto di azienda dev'essere funzionalizzato al **successivo trasferimento definitivo allo stesso affittuario, già obbligato ad effettuare l'acquisto**. Ed invero, l'articolo in commento prevede che «quando» è integrata una delle fattispecie tipizzate «si applicano» le note disposizioni. Pertanto, solo prevedendo nella proposta concordataria che l'affitto risulta prodromico alla cessione o al conferimento d'azienda («in [oggettivo] esercizio»), il piano può dirsi in continuità. Diversamente, in caso di mero affitto fine a se stesso, l'operazione non sarebbe in alcun modo riconducibile all'art. 186-bis, che prevede soltanto il trasferimento definitivo, non già solo temporaneo, dell'azienda «in [oggettivo] esercizio».

Nello specifico, poi, le parti possono strutturare l'operazione a piacimento, servendosi delle molteplici modalità contrattuali che l'ordinamento riconosce e garantisce. Come già detto⁵³¹ le stesse possono essere: una proposta irrevocabile d'acquisto proveniente dall'affittuario, un contratto preliminare di compravendita ovvero anche un preliminare unilaterale con obbligo di concludere il definitivo soltanto in capo alla controparte, un *put* in favore dell'affittante in concordato o, altresì, un *call* in favore dell'affittuario⁵³².

⁵²⁷ O comunque riconducibile alla medesima compagine.

⁵²⁸ Cfr. CERADINI – CASCELLA, *op. cit.*, pag. 5.

⁵²⁹ Per un maggiore approfondimento, invece, si rinvia ai precedenti capitoli 2, 3 e 4.

⁵³⁰ V. (da ultimo) cap. 5, par. 2, p. 5.3.

⁵³¹ V. (da ultimo) cap. 5, par. 3, p. 5.5.

⁵³² Purché - a parer mio - quest'ultimo sia previsto da un più ampio accordo di *put & call*.

Ancora, l'operazione ben può essere effettuata in qualsiasi momento, sia *ante* ammissione⁵³³, sia nelle more della procedura (anche in bianco), sia - infine - *post* omologa⁵³⁴. Infatti, l'articolo in commento non limita l'effettuazione delle operazioni tipizzate alla sola fase esecutiva, prevedendo soltanto che l'azienda debba essere «*in esercizio*» (non già «*in esercizio al momento della, e dopo la, omologazione*»).

Il tutto, ovviamente, al primario scopo della «*miglior*» soddisfazione del ceto, nel rispetto del **generale limite costituito dal rapporto di strumentalità tra continuità (oggettiva) e pagamento dei creditori**⁵³⁵.

6.6-. Segue: le questioni della natura del canone d'affitto, nonché della deducibilità o indeducibilità dello stesso dal prezzo della successiva cessione.

Peraltro, oltre alle condizioni contrattuali di cui sopra, comunque l'operazione dovrebbe riconoscere **natura variabile al canone d'affitto**, come chiarito da parte della giurisprudenza di merito (nonché da autorevoli autori⁵³⁶). Ed invero, a mio avviso, in caso di canone fisso il contratto non sarebbe compatibile con l'art. 186-*bis*, il quale - come noto - richiede (teleologicamente) che il debitore (e, per il tramite di questi, i creditori concorsuali) continui a correre un qualche rischio d'impresa⁵³⁷.

Quanto sopra sarà approfondito subito *infra*⁵³⁸, anche mediante l'analisi della giurisprudenza edita sul punto specifico⁵³⁹. Successivamente, invece, lo scrivente tenterà di argomentare nel senso che, comunque, l'operazione

⁵³³ Com'è preferibile per il seguente ordine di ragioni: libera effettuabilità delle attività di cui ai precedenti punti 6.1 e seguenti, nonché libera strutturabilità dell'operazione complessiva con l'affittuario/acquirente.

⁵³⁴ V. al riguardo (tra l'altro) cap. 5, par. 4, p. 5.7.

⁵³⁵ V. al riguardo (tra l'altro) cap. 4, par. 3, p. 4.18.

⁵³⁶ V. al riguardo (da ultimo) cap. 4, par. 3, p. 4.17.

⁵³⁷ *Ex se* insussistente nell'ipotesi di canone fisso (v. comunque sez. 2, cap. 2, par. 1, pp. 2.2 e 2.3). Ed invero, il rischio di solvibilità della controparte - cioè l'unico altro ipotizzabile rischio imprenditoriale in capo al debitore in concordato - costituisce un puro e semplice rischio economico (d'inadempimento) discendente dall'effettuazione di qualsiasi operazione, senza che lo stesso possa caratterizzarsi quale rischio d'impresa in senso stretto. Infatti, il rischio (economico) derivante dalla conclusione di un contratto (d'ogni tipo) incombe su qualunque contraente, sia esso un imprenditore oppure un cd. privato. Al contrario, il rischio imprenditoriale è - in quanto tale - proprio soltanto di soggetti qualificabili - appunto - come imprenditori *ex art.* 2082 c.c.

⁵³⁸ Ove verrà approfondito un tema (quello del canone variabile) che, comunque, è stato già affrontato *supra* (sebbene per sommi capi e, talvolta, in nota).

⁵³⁹ Per l'analisi della dottrina, invece, si rinvia al precedente capitolo 4, paragrafo 3, punto 4.17.

complessiva non sarebbe compatibile con il concordato con continuità laddove il canone (variabile) dovesse venire dedotto dal prezzo di cessione (**cd. indeducibilità dal prezzo d'acquisto**)⁵⁴⁰.

Paragrafo 2 – *Segue*: la necessaria natura variabile del canone pattuito

6.7-. La giurisprudenza favorevole alla natura variabile del canone.

Di seguito saranno analizzati i provvedimenti resi in data 28 gennaio 2013, 12 febbraio 2013 e 2 aprile 2013 ed in data 29 ottobre 2013, 19 agosto 2014 e 22 ottobre 2014, rispettivamente, dai **Tribunali di Terni e di Ravenna**⁵⁴¹.

Prendendo le mosse dai decreti del Tribunale umbro, in essi quest'ultimo ha deciso che «*laddove il legislatore ha fatto riferimento alla "cessione di azienda in esercizio", sembra aver chiaramente escluso la distinta ipotesi dell'affitto (...) laddove si tratti di condizioni di rischio proprie dell'affittuario, che non ricadrebbero dunque sul ceto creditorio, quantomeno a fronte di un compenso (...) che sia predeterminato in misura fissa, e non parametrato sull'andamento dell'attività*»⁵⁴². Ed invero, «*la necessità che il piano preveda "un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi (...), delle risorse finanziarie (...) e delle (...) modalità di copertura" e che il professionista attesti "che la prosecuzione (...) è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori" non risulta conciliabile con il caso in cui il rischio d'impresa non gravi sul debitore (...). Tutt'al più, solo laddove il canone non sia pattuito in misura fissa, ma parametrato sull'andamento dell'attività dell'affittuario, l'alea della gestione ricade indirettamente sul ceto creditorio, perciò dischiudendo la necessità che il piano e l'attestazione (...) si conformino alle prescrizioni(i) dell'art. 186 bis l. fall., le quali (...) sono disposizioni (...) di tutela del ceto (...) dai rischi (...), sia per l'alea dei flussi economici in entrata (...) sia per l'incremento delle passività in prededuzione*»⁵⁴³.

⁵⁴⁰ Al riguardo di tale specifico argomento (*i.e.* deducibilità/indeducibilità), chi scrive rileva fin d'ora il sostanziale silenzio della giurisprudenza (ad oggi) edita nella specifica materia del cd. concordato con continuità aziendale. Tale considerazione, peraltro, può essere replicata anche in relazione alla (maggior parte della) dottrina.

⁵⁴¹ *Citt.*

⁵⁴² Cfr. Trib. Terni, 28 gennaio 2013, *cit.*, dinanzi un caso di preliminare d'affitto concluso *ante* ammissione, «*a fronte della proposta dell'affittuario di acquistare l'azienda (...) alla (...) condizione (...) dell'omologa del concordato*». Peraltro, nel caso di specie «*il concordato proposto non rientra nella figura del concordato con continuità*», stante la natura fissa del canone pattuito dalle parti (cfr. Trib. Terni, 12 febbraio 2013, *cit.*, relativo alla medesima procedura concorsuale in considerazione).

⁵⁴³ Cfr. Trib. Terni, 2 aprile 2013, *cit.*, dinanzi un caso di affitto con canone fisso.

Venendo ora al Tribunale romagnolo, lo stesso ha deciso che «le disposizioni speciali in tema di continuità concordataria (...) in tanto si giustificano in quanto la debitrice prospetti la permanenza di un rischio (...) su cui i creditori sono chiamati ad esprimere il proprio voto. Laddove invece (...) la continuazione (...) è in capo ad un soggetto (...) diverso (...) impegnato a pagare un canone fisso, si dovrà (...) discutere (...) di uno schema concordatario (...) puramente liquidatorio»⁵⁴⁴. Ancora, «le particolari cautele a favore dei creditori (...) si giustificano in quanto (...) vi sia una prosecuzione (...) foriera di rischi (...) e, in particolare, di quello specifico (...) rappresentato dalla maturazione di un ulteriore indebitamento in prededuzione, tale da peggiorare se non addirittura annullare le stesse iniziali prospettive di soddisfacimento (...), salva la sola ipotesi in cui talune clausole (...) facciano dipendere la regolazione dei valori economici dall'andamento dell'attività»⁵⁴⁵.

6.8-. Argomenti pro natura variabile.

Da quanto precede emerge che l'ulteriore limite da rispettare in sede di strutturazione dell'operazione d'affitto ponte è quello rappresentato dalla **natura variabile del canone** pattuito⁵⁴⁶. Nello specifico, il piano di *restructuring* deve prescrivere la strada del risanamento attraverso un affitto ponte in cui il canone sia parametrato agli utili dell'affittuario o, più in generale, con corrispettivo determinato in base ai flussi finanziari della controparte.

Quanto sopra giacché, a mio avviso, la differenza tra il concordato con continuità aziendale ed il concordato liquidatorio consiste proprio nel fatto che nel primo, non già nel secondo, il ceto è tenuto a valutare la convenienza di piano e proposta alla luce della permanenza (più o meno estesa) sul patrimonio debitorio del rischio d'impresa. Ed invero, stante l'inscindibile correlazione tra quest'ultimo rischio e qualsivoglia attività d'impresa, è lo stesso legislatore a pretendere che venga offerto un *quid pluris* ai creditori nel caso di continuità aziendale. Tale *quid pluris*, come affermato anche dalla giurisprudenza di cui sopra, consiste nella previsione dei seguenti oneri aggiuntivi (rispetto al concordato meramente liquidatorio): (i) a carico del debitore, la predisposizione

⁵⁴⁴ Cfr. Trib. Ravenna, 29 ottobre 2013, *cit.*, dinanzi un caso di affitto stipulato *ante* deposito del ricorso, con - ancora - canone fisso.

⁵⁴⁵ Cfr. Trib. Ravenna, 19 agosto 2014, *cit.*, nonché Trib. Ravenna, 22 ottobre 2014, *cit.*

⁵⁴⁶ Meglio: il contratto non solo (i) dovrà riconoscere natura variabile al canone d'affitto, ma - inoltre - (ii) non dovrà prevedere il cd. conguaglio finale e (ii) dovrà porre a carico del proprietario d'azienda gli oneri economici connessi all'eventuale manutenzione straordinaria (e ciò per lo stesso, identico, ordine di ragioni. Per un approfondimento a questo particolare riguardo v. anche cap. 4, par. 3, p. 4.17).

di una sorta di *business plan* ad integrazione del piano concordatario (che, dunque, deve contenere «anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa (...), delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura»); (ii) "a carico" del professionista, la specifica attestazione che «la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori». Il che, all'evidenza, non si giustificerebbe nel «caso in cui il rischio d'impresa non gravi sul debitore», essendo fissa (e non variabile) la misura del canone di affitto⁵⁴⁷.

Peraltro occorre precisare che, secondo la (stessa) giurisprudenza di cui sopra, non rilevarebbe il fatto che l'affitto d'azienda sia «in funzione della successiva cessione» (importando solo che il canone non sia fisso)⁵⁴⁸. Ciò che, a parer mio, non corrisponde al vero, come chiarito (anche) nel precedente paragrafo, nella parte in cui lo scrivente ha ribadito che solo prevedendo nella proposta concordataria che l'affitto risulta prodromico al trasferimento definitivo (già programmato dalle parti) il piano può dirsi in continuità.

Insomma, le condizioni della variabilità del canone⁵⁴⁹ e della funzionalizzazione alla successiva cessione (o conferimento), ben lungi dall'essere alternative⁵⁵⁰, - a parere di chi scrive - debbono sussistere contemporaneamente, al fine di poter (e dover) ricondurre il concordato al disposto di cui all'art. 186-bis. Ciò poiché, rispettivamente, la prima condizione è necessaria stante la *ratio* dell'articolo in commento⁵⁵¹, mentre la seconda è richiesta espressamente dalla lettera della legge⁵⁵². Fermo che, comunque, resta del tutto irrilevante il momento d'effettuazione dell'operazione complessiva.

⁵⁴⁷ Cfr. Trib. Terni, 2 aprile 2013, *cit.* Come già detto più volte, infatti, il rischio di insolvenza di controparte costituisce un semplice rischio (economico) d'inadempimento discendente dall'effettuazione di qualunque operazione, senza che lo stesso possa caratterizzarsi quale rischio d'impresa (che, in quanto tale, è proprio soltanto di soggetti qualificabili - appunto - come imprenditori *ex art.* 2082 c.c.). Per un maggior approfondimento al riguardo si rinvia alla precedente sezione 2, capitolo 2, paragrafo 1, punti 2.2 e - soprattutto - 2.3.

⁵⁴⁸ Cfr., *ex multis*, Trib. Terni, 12 febbraio 2013, *cit.*

⁵⁴⁹ Nonché (i) della non previsione del cd. conguaglio, oltre che (ii) della previsione, in capo all'affittante in concordato, dell'obbligo di manutenzione straordinaria.

⁵⁵⁰ Come emerge, invece, dall'analisi statistica di cui al precedente capitolo 5, paragrafo 2, punti 5.3 e 5.4.

⁵⁵¹ Che poggia, tra l'altro, sul mantenimento in capo al debitore (e, per il tramite di questi, dei creditori), di un qualche rischio imprenditoriale (conf. App. Firenze, 31 agosto 2015, *cit.*, secondo cui «per concordato in continuità aziendale deve intendersi il concordato strutturato sopra un piano aziendale che prevede, in qualsivoglia prospettiva, la prosecuzione della attività di impresa e quindi l'assunzione del relativo rischio»).

⁵⁵² Nella parte in cui tipizza le due fattispecie di cd. continuità indiretta.

Paragrafo 3 – *Segue*: l'indeducibilità del canone variabile dal prezzo pattuito per la successiva cessione d'azienda

6.9-. Premessa.

Venendo ora alla questione della deducibilità o meno del canone (variabile) dal prezzo (predeterminato) di cessione, chi scrive rileva il (sostanziale) silenzio (sul punto) della giurisprudenza finora edita (nella specifica materia del cd. concordato con continuità aziendale). Tale considerazione, peraltro, potrebbe essere replicata anche in relazione alla maggior parte della dottrina.

Ed invero, parrebbero essere pochi gli autori che si sono soffermati sul punto specifico. In particolare, in un contributo (che propone una soluzione pratica al problema della compatibilità tra l'art. 186-bis e l'affitto ponte) si legge (semplicemente) che, «*dopo il passaggio in giudicato del decreto di omologa*», sarebbe opportuno procedere al già programmato «*acquisto dell'azienda*» dietro «*pagamento del corrispettivo (...) scomputando [si badi] i canoni (...) già*» versati per l'affitto⁵⁵³. Tale questione giuridica, peraltro, a mio avviso andrebbe maggiormente approfondita, non solo in modo da analizzare l'operazione da un punto di vista più complessivo (e quindi completo), ma anche per il medesimo ordine di ragioni per cui *supra* s'è argomentato nel senso che il canone dev'essere variabile (non già fisso).

A quest'ultimo riguardo, infatti, subito *infra* si tenterà di argomentare nel senso che l'operazione complessiva - per poter essere compatibile con la *ratio* dell'art. 186-bis⁵⁵⁴ - dovrebbe prevedere l'indeducibilità del canone dal prezzo di vendita.

6.10-. Argomenti apparentemente contra l'indeducibilità del canone variabile di affitto.

⁵⁵³ Cfr. SANDRINI, *op., cit.*, pagg. 3 e 4 (conf. CERADINI – CASCELLA, *op., cit.*, pag. 7). Parla di «*canoni "in conto prezzo"*» anche AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, pag. 38, in *ilcaso.it*.

Da parte sua, invece, ROLFO – RANALLI, *op., cit.*, pag. 10, parla di «*cumul(o)*» tra il prezzo di vendita e «*il canone dell'affitto di azienda che la cessione abbia preceduto*».

⁵⁵⁴ Che poggia (tra l'altro) sul mantenimento in capo al debitore del rischio d'impresa (conf. App. Firenze, 31 agosto 2015, *cit.*).

Prendendo le mosse dagli **argomenti (solo apparentemente) contra l'indeducibilità del canone**, anzitutto verrebbe da pensare che - stante la variabilità di quest'ultimo - l'affittuario potrebbe opportunisticamente produrre meno utile al fine ultimo di pagare un corrispettivo inferiore (per l'affitto di azienda). Evidente è il fatto che, essendo il piano fondato su un contratto in cui il corrispettivo (per il trasferimento) risulta determinato in base ai flussi di controparte, quest'ultima potrebbe abusare di ciò, gestendo l'azienda affittata non secondo gli *standard* ottimali e (concretamente) possibili. Di tal ch , l'affittante in concordato (e, per il tramite di costui, i creditori) beneficerebbe di una minore somma di danaro da porre al servizio della ristrutturazione⁵⁵⁵.

Alla luce di ci , dunque, verrebbe da concludere nel senso che il canone dovrebbe necessariamente (ed opportunamente) essere fisso (non gi  variabile), ovvero che lo stesso debba poter essere dedotto dal prezzo di cessione⁵⁵⁶. Ci  che, peraltro, non sarebbe ammissibile, per quanto (s'  detto sopra e) si dir  (ancora) subito appresso.

In ogni caso, a mio sommosso avviso, non   conferente l'(eventuale altro) argomento *contro* l'indeducibilit  in base al quale la soluzione *infra* prospettata sarebbe irrealizzabile nella pratica, alla luce delle (ipotizzate) ritrosie dei potenziali investitori verso una operazione che non predetermini con certezza la complessiva uscita di cassa per l'affittuario/acquirente (essendo il canone, appunto, indeducibile dal prezzo di vendita). Ed invero, quand'anche cos  fosse (cosa che non necessariamente  ⁵⁵⁷), residuerebbe la possibilit  di affittare/cedere l'azienda (o il ramo) ad una *newco* appositamente costituita dallo stesso debitore, o - comunque - riconducibile alla medesima compagine sociale di quest'ultimo. Il che, del resto, costituisce l'ipotesi di affitto (riconducibile all'art. 186-*bis*) pi  frequente nella prassi⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ Pari al prezzo fisso di vendita, maggiorato della (minor) somma dovuta a titolo di canone variabile.

⁵⁵⁶ Onde evitare il detto rischio d'abusi da parte dell'affittuario.

⁵⁵⁷ Potendosi, comunque, (magari non immediatamente) reperire controparti imprenditoriali che manifestino il proprio interesse verso l'operazione di cui *infra*.

⁵⁵⁸ Cfr. VITIELLO, *Vendite concorsuali e offerte concorrenti*, cit., pag. 1, ove si legge - appunto - che «una ragionata ricognizione della casistica consente di ricondurre la maggior parte dei piani concordatari presentati nel vigore della disciplina antecedente a quella scaturita dal d.l. n. 83/15 e della relativa legge di conversione, ad uno schema collaudato: la presentazione di un piano imperniato sull'affitto dell'azienda ad un soggetto, spesso costituito ad hoc, riconducibile [si badi] direttamente o indirettamente alla medesima compagine sociale del debitore in crisi».

6.11-. Argomenti contra la deducibilità del canone.

Venendo ora agli **argomenti contra la cd. deducibilità**, a mio avviso, non solo il canone dev'essere variabile, ma lo stesso non può essere dedotto dal prezzo predeterminato di vendita, pena un'inammissibile violazione dell'art. 186-bis, nella parte in cui quest'ultimo richiede che il ricorrente depositi la documentazione integrativa di cui sopra⁵⁵⁹. Infatti, come noto, tale onere aggiuntivo trova giustificazione nell'essere l'attività del debitore in continuità (soggettiva oppure oggettiva) e, in ultima analisi, nel mantenimento in capo a quest'ultimo di un rischio d'impresa⁵⁶⁰.

Invece, ammettendo la deducibilità del canone, il rischio connesso alla variabilità di quest'ultimo diverrebbe irrilevante. Ed invero, l'incidenza del canone sul costo (per l'affittuario/acquirente) dell'operazione complessivamente considerata diverrebbe, come si suol dire, meramente "finanziaria", potendo le parti - fin dal momento della stipula dell'affitto ponte - (pre)determinare con certezza l'entrata o l'uscita (a seconda dei punti di vista) dipendente dall'effettuazione dell'operazione complessiva. In particolare, deducendo il canone (variabile)⁵⁶¹ dal prezzo (predeterminato) di cessione⁵⁶², sarebbe del tutto irrilevante l'entrata o l'uscita (variabile) a titolo di corrispettivo per l'affitto⁵⁶³, giacché l'affittante incasserebbe - comunque - la complessiva somma pattuita (in misura fissa) per il trasferimento (definitivo) dell'azienda⁵⁶⁴.

In altri termini, se il canone dev'essere variabile per le ragioni di cui sopra, allora lo stesso non può venire dedotto dal prezzo di dismissione dell'azienda, poiché - altrimenti - non sussisterebbe più alcun rischio d'impresa in capo al debitore ed ai creditori concorsuali. Ciò in quanto l'andamento dell'attività svolta

⁵⁵⁹ I.e. il *business plan* e la particolare attestazione del professionista.

⁵⁶⁰ Cfr., *ex multis*, Trib. Terni, 2 aprile 2013, *cit.*, Trib. Ravenna, 19 agosto 2014, *cit.*, nonché Trib. Ravenna, 22 ottobre 2014, *cit.* (citare anche sopra; v. par. 2, p. 6.7).

⁵⁶¹ Per esempio pari a 100.000 o 200.000 euro, a seconda dell'andamento dell'attività dell'affittuario.

⁵⁶² Per esempio pari a 1.000.000 euro in totale.

⁵⁶³ Secondo l'esempio fatto, 100.000 o 200.000 euro (a seconda dell'andamento di controparte).

⁵⁶⁴ Ed invero, - con la vendita - che sia 1.000.000 (per cessione) - 100.000 (per affitto), ovvero 1.000.000 - 200.000 (a seconda dell'andamento dell'affittuario), comunque nelle casse della procedura entrerebbe, e da quelle di controparte uscirebbe, (solo) il complessivo importo fisso pari a 1.000.000 euro. Il che determinerebbe il venir meno del rischio d'impresa (connesso all'alea della continuità oggettiva) in capo al debitore ed al ceto (senza che al riguardo possa comunque parlarsi di rischio da inadempimento di controparte, atteso che lo stesso non è, in quanto tale, qualificabile come rischio imprenditoriale in senso stretto; v. anche sez. 2, cap. 2, par. 1, pp. 2.2 e 2.3, nonché le note che qui precedono).

dall'affittuario diverrebbe circostanza del tutto irrilevante al fine del risanamento e/o ristrutturazione dell'impresa in crisi, beneficiando quest'ultima (soltanto) della somma predeterminata, in misura fissa, per il passaggio di proprietà dell'azienda⁵⁶⁵.

Alla luce di tali argomenti *contro* la deducibilità del canone d'affitto, - a parer mio - quest'ultimo non può che essere (non solo variabile ma anche) versato in aggiunta alla somma (fissa) pattuita per la vendita⁵⁶⁶.

6.12-. Argomenti pro ineducibilità, anche alla luce della recentissima riforma dell'estate 2015.

Da quanto precede deriva che gli argomenti *contro* la deducibilità del canone inducono a concludere nel senso anzidetto. Peraltro, ciò non fa venir meno l'ipotizzato rischio d'abuso di controparte (connesso alla variabilità del canone dovuto), posto che l'affittuario ben potrebbe - opportunisticamente - produrre meno al fine di pagare una minor somma per l'affitto (fermo - comunque - il pattuito per la compravendita). Evidente è il fatto che, se le parti hanno concordato (per esempio⁵⁶⁷) il prezzo (fisso) di 1.000.000 euro per la vendita, l'affittuario potrebbe valutare positivamente l'opportunità di condurre l'azienda secondo *standard* non concretamente possibili, fintanto che non venga perfezionato l'acquisto. In tal modo, la sua uscita di cassa (a titolo d'affitto) sarebbe minore (e, per esempio, pari a 100.000 e non già 200.000 euro oltre il prezzo d'acquisto).

Peraltro, occorre rilevare che, ai sensi del nuovissimo art. 163-bis l.f., oggi «quando il piano (...) comprende una offerta [cd. preconfezionata] da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore (...) verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, il tribunale dispone (...) l'apertura di un procedimento competitivo», e ciò altresì «quando il debitore ha stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni» o «anche (...) [un] affitto di azienda o di uno o più rami di azienda». In

⁵⁶⁵ Pari, secondo l'esempio di cui alle note precedenti, a 1.000.000 euro (né più né meno).

⁵⁶⁶ Esemplificando, euro 100.000 o 200.000 - a seconda dell'andamento dell'attività dell'affittuario - per affitto, più euro 1.000.000 per (la successiva) cessione. Solo così, infatti, l'affittante in concordato correrebbe ancora un rischio d'impresa (in connessione all'alea della continuità aziendale - *rectius* alla variabilità del canone e, dunque, alla somma non fissa dovuta per l'operazione complessiva -).

⁵⁶⁷ Specifico che l'esempio di cui subito appresso è eguale a quello di cui alle note che subito precedono.

ogni caso, anche laddove l'operazione non sia stata predisposta *ante* ammissione, comunque verrebbe avviata una procedura competitiva *ex art.* 182 l.f. o per prassi⁵⁶⁸.

Quanto sopra, - a parere di chi scrive - induce a pensare che, oggi, l'affittuario (già individuato o meno) non sia (né possa essere) interessato a valutare positivamente l'opportunità di produrre meno al fine di pagare una minor somma per l'affitto. Anzi, lo stesso dovrebbe condurre l'azienda secondo *standard* più che ottimali, a pena di non risultare - agli occhi degli organi procedurali - quale la miglior controparte possibile⁵⁶⁹. Infatti, come si vedrà nel successivo paragrafo 5 (pp. 6.17 e 6.18), - in generale - la pubblicizzazione dell'avviso di vendita *ex art.* 163-*bis* l.f. (o di qualsiasi altra liquidazione concorsuale) potrebbe essere ineffettiva ed inefficace, anche per il breve lasso di tempo (che deve intercorrere) tra l'(obbligatoria) apertura del procedimento competitivo e l'udienza fissata per la vendita/gara. Evidente - pertanto - è il fatto che, in caso di conduzione inefficiente dell'azienda da parte dell'affittuario, gli organi procedurali potrebbero anche (tentare di) rendere effettiva ed efficace la pubblicità dell'avviso di vendita, alla luce dello scarso *appeal* dell'operazione predisposta (e già posta in esecuzione) da affittante e controparte, nonché al fine di massimizzare le entrate nelle casse della procedura.

Insomma, oggi l'affittuario/acquirente (tendenzialmente già individuato dal ricorrente nonché *newco*⁵⁷⁰) è motivato⁵⁷¹ dalla legge (*ex artt.* 163-*bis* o 182 l.f.), o comunque dalla prassi⁵⁷², ad apparire affidabile secondo l'attenta lente di tribunale, giudice delegato e commissario giudiziale. Laddove, in caso (per esempio) di affitto ponte *ante* ammissione, la controparte non avesse già iniziato a condurre l'attività secondo le (concrete) possibilità proprie ed offerte dal mercato, allora la stessa correrebbe il rischio che, in seno alla procedura (competitiva), l'affare salti o, comunque, non giunga a termine (mediante l'effettuazione dell'acquisto dell'azienda).

⁵⁶⁸ Cfr., *ex multis*, LA MALFA, *Le offerte concorrenti*, pag. 5, in corso di pubblicazione nel volume collettaneo *Il diritto della crisi d'impresa dopo la riforma del 2015*, a cura di AMBROSINI (editrice Zanichelli). Di tale Opera parla AMBROSINI, *Il diritto della crisi*, cit., pag. 37.

⁵⁶⁹ Donde, mediante tali argomenti, il venir meno del (solo) paventato rischio (astratto) di abusi dell'affittuario/acquirente.

⁵⁷⁰ Cfr. VITIELLO, *Vendite concorsuali e offerte concorrenti*, cit., pag. 1.

⁵⁷¹ Non già non motivato (come taluno afferma pur autorevolmente; v. *infra*, pp. 6.16 ss.).

⁵⁷² Al riguardo dei (proposti plurimi) riferimenti normativi in materia di procedura competitiva, v. *infra*, par. 4, p. 6.14.

Anche per questi motivi dunque, a mio avviso, l'ulteriore limite da rispettare in sede di strutturazione dell'operazione d'affitto ponte (che risulti compatibile con l'art. 186-bis) è quello rappresentato dalla **indeducibilità del canone (variabile) dal prezzo (fisso) di cessione**. Di ciò beneficerebbe, anzitutto, l'affittante in concordato (e, dunque, il ceto), il quale godrebbe di una maggior somma di danaro da porre al servizio della ristrutturazione, pari al prezzo predeterminato (in misura fissa) di cessione maggiorato del canone corrisposto da controparte (in funzione dell'andamento - si spera buono - dell'azienda affittata). Non solo, giacché ne beneficerebbe altresì lo stesso affittuario (se del caso *newco*), che - altrimenti, in caso di conduzione inefficiente dell'azienda - correrebbe il rischio che l'affare programmato (e, se del caso, già avviato) salti (magari in corso d'opera).

Paragrafo 4 – Cenni sulla nuova procedura competitiva *ex art. 163-bis l.f.*

6.13-. Il nuovo art. 163-bis l.f.

A questo punto, prima di concludere la presente tesi di laurea, giova aprire una (pur breve) parentesi al riguardo della recentissima riforma, nella parte in cui il legislatore del 2015 ha introdotto, *ex novo*, l'**art. 163-bis** nella legge fallimentare⁵⁷³.

⁵⁷³ Che, disponendo testualmente quanto segue, induce lo scrivente a ritenere che la novella debba venire applicata (anche) in caso di stipula dell'affitto ponte di cui ai precedenti paragrafi 2 e 3 (i.e. l'unico affitto che sia compatibile con l'art. 186-bis): «quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e), comprende una offerta da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, il tribunale dispone la ricerca di interessati all'acquisto disponendo l'apertura di un procedimento competitivo a norma delle disposizioni previste dal secondo comma del presente articolo. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche quando il debitore ha stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni. Il decreto che dispone l'apertura del procedimento competitivo stabilisce le modalità di presentazione di offerte irrevocabili, prevedendo che ne sia assicurata in ogni caso la comparabilità, i requisiti di partecipazione degli offerenti, le forme e i tempi di accesso alle informazioni rilevanti, gli eventuali limiti al loro utilizzo e le modalità con cui il commissario deve fornirle a coloro che ne fanno richiesta, la data dell'udienza per l'esame delle offerte, le modalità di svolgimento della procedura competitiva, le garanzie che devono essere prestate dagli offerenti e le forme di pubblicità del decreto. Con il medesimo decreto è in ogni caso disposta la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche di cui all'articolo 490 del codice di procedura civile ed è stabilito l'aumento minimo del corrispettivo di cui al primo comma del presente articolo che le offerte devono prevedere. L'offerta di cui al primo comma diviene irrevocabile dal momento in cui viene modificata l'offerta in conformità a quanto

Ai sensi del primo comma della nuova disposizione, quando il piano concordatario (sia esso cd. liquidatorio, ovvero anche cd. con continuità aziendale) si basa, in tutto o in parte, su un'offerta proveniente da un soggetto già individuato, avente ad oggetto il trasferimento a titolo oneroso - dal debitore all'offerente - dell'azienda, di uno o più rami, o di specifici beni, il tribunale - obbligatoriamente - dispone la ricerca di ulteriore interessati all'acquisto, mediante una procedura competitiva *ad hoc*. L'articolo in questione dispone, espressamente, che l'operazione può effettuarsi anche *ante omologa*⁵⁷⁴; inoltre, viene ricompreso nell'ambito applicativo sia il contratto che miri al trasferimento non immediato del cespite considerato, sia gli atti autorizzabili *ex art. 161*, settimo comma, l.f., sia - infine - l'affitto d'azienda (o di rami aziendali)⁵⁷⁵.

Il decreto di apertura del predetto procedimento deve stabilire: le modalità di presentazione di offerte irrevocabili (assicurandone la comparabilità⁵⁷⁶), i requisiti di partecipazione all'eventuale gara, le forme ed i tempi d'accesso alle informazioni rilevanti (oltre che gli eventuali limiti all'utilizzo delle stesse, nonché le modalità con cui il commissario debba fornirle a chi le richieda), la data dell'udienza per l'esame delle offerte e, comunque, tutte le modalità di svolgimento dell'*iter* (ivi comprese quelle relative alle garanzie da prestarsi ed

previsto dal decreto di cui al presente comma e viene prestata la garanzia stabilita con il medesimo decreto. Le offerte, da presentarsi in forma segreta, non sono efficaci se non conformi a quanto previsto dal decreto e, in ogni caso, quando sottoposte a condizione. Le offerte sono rese pubbliche all'udienza fissata per l'esame delle stesse, alla presenza degli offerenti e di qualunque interessato. Se sono state presentate più offerte migliorative, il giudice dispone la gara tra gli offerenti. La gara può avere luogo alla stessa udienza o ad un'udienza immediatamente successiva e deve concludersi prima dell'adunanza dei creditori, anche quando il piano prevede che la vendita o l'aggiudicazione abbia luogo dopo l'omologazione. In ogni caso, con la vendita o con l'aggiudicazione, se precedente, a soggetto diverso da colui che ha presentato l'offerta di cui al primo comma, quest'ultimo è liberato dalle obbligazioni eventualmente assunte nei confronti del debitore e in suo favore il commissario dispone il rimborso delle spese e dei costi sostenuti per la formulazione dell'offerta entro il limite massimo del tre per cento del prezzo in essa indicato. Il debitore deve modificare la proposta e il piano di concordato in conformità all'esito della gara. La disciplina del presente articolo si applica, in quanto compatibile, anche agli atti da autorizzare ai sensi dell'articolo 161, settimo comma, nonché all'affitto di azienda o di uno o più rami di azienda».

⁵⁷⁴ Con ciò (in sostanza) avvalorando la maggioritaria tesi giurisprudenziale espressasi sul punto specifico (v. cap. 5, par. 4, pp. 5.7 e 5.8).

⁵⁷⁵ Cfr. AMBROSINI, *Il nuovo concordato*, cit., pag. 376. A questo particolare riguardo si rinvia ai "punti" subito seguenti.

⁵⁷⁶ In particolare «queste dovranno essere standardizzate e variare essenzialmente per un solo elemento, ossia il prezzo; in caso contrario la valutazione multidimensionale delle offerte, seppur astrattamente fattibile, risulterebbe estremamente complessa» (cfr. SAVIOLI, *Concorrenza nel mercato e per il mercato delle crisi d'impresa. Le innovazioni del D.L. 83/2015 per la procedura di concordato preventivo*, pag. 8, in *ilcaso.it*).

alle forme di pubblicità⁵⁷⁷). In ogni caso, stante il fatto che fra i proponenti offerte concorrenti si potrebbe aprire una gara, il decreto dovrà fissare altresì l'ammontare del rilancio minimo⁵⁷⁸.

La legge precisa, inoltre, che l'offerta cd. preconfezionata (di cui al piano di concordato) diviene irrevocabile - laddove già non lo sia - dal momento in cui la stessa venga modificata in conformità al decreto di cui sopra (sempre che sia prestata la specifica garanzia stabilita da quest'ultimo)⁵⁷⁹.

Ai sensi della novella, poi, è possibile disporre la presentazione delle offerte concorrenti in forma segreta, ma le medesime saranno efficaci soltanto se conformi a quanto previsto dal decreto di cui sopra (ferma ed impregiudicata l'impossibilità di sottoporle a condizione, come espressamente disposto dall'articolo in commento). In ogni caso, tali offerte vengono rese pubbliche all'udienza fissata come sopra, alla presenza degli offerenti e di ogni altro interessato⁵⁸⁰.

In caso di offerte migliorative, il giudice dispone la gara in sede di udienza per l'esame delle stesse (ovvero anche previo rinvio d'udienza), fermo che il tutto dovrà concludersi prima dell'adunanza dei creditori. Qualora (a seguito della fase di rilancio) l'offerta vittoriosa non coincida con quella cd. preconfezionata, colui che ha proposto quest'ultima dovrà considerarsi, *ex lege*, automaticamente liberato dalle obbligazioni ivi previste; in tal caso, il commissario provvederà al rimborso, in suo favore, delle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta medesima (comunque entro il limite del 3% del relativo prezzo). Nel medesimo scenario⁵⁸¹, il debitore è tenuto a modificare piano e proposta concordatari in conformità all'esito dell'eventuale gara⁵⁸².

6.14-. Segue: l'ambito applicativo della novella legislativa.

⁵⁷⁷ Cfr. AMBROSINI, *Il nuovo concordato*, cit., pag. 376, il quale aggiunge che «il provvedimento dispone in ogni caso la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche di cui all'art. 490 cod. proc. civ.».

⁵⁷⁸ Cfr., *ex multis*, SAVIOLI, *op. cit.*, pag. 8.

⁵⁷⁹ Cfr. AMBROSINI, *Il nuovo concordato*, cit., pag. 376.

⁵⁸⁰ Cfr., ancora, AMBROSINI, *Il nuovo concordato*, cit., pagg. 376 e 377.

⁵⁸¹ Il quale, secondo Trib. Udine, 15 ottobre 2015, *cit.*, «comporta (...) il potere/dovere del giudice di sciogliere il debitore dagli obblighi contrattualmente assunti (...), come si (evincesse) (da)l comma 4°, nel quale (...) il legislatore minus dixit quam voluit, posto che (il) soggetto [pre-individuato] deve essere "liberato" anche dai diritti contrattualmente acquisiti» (non già solo dalle obbligazioni di cui all'offerta preconfezionata).

⁵⁸² Cfr. AMBROSINI, *Il nuovo concordato*, cit., pag. 377.

Alla luce della lettura di quanto sopra, emerge fin da subito che «*la norma solleva problemi interpretativi e soprattutto applicativi che [peraltro] risultano, in questa sede, insuscettibili anche solo di compiuta enucleazione*»⁵⁸³. Ciò nonostante, chi scrive ritiene di dover (quanto meno) approfondire il tema inerente l'**ambito applicativo della novella**, sì da verificare in che termini la stessa andrebbe considerata ad "applicazione necessaria" in caso di concordato con continuità fondato (anche) sull'affitto ponte di cui sopra⁵⁸⁴.

In particolare, l'area di applicazione della nuovissima normativa può essere delineata, in generale, come segue: essa regola tutte le fattispecie in cui, al momento della proposizione della domanda di concordato (anche in bianco), sia presente una cd. offerta concorrente da parte di un soggetto già individuato, avente ad oggetto il trasferimento non gratuito, in favore di quest'ultimo, dell'azienda (o di suoi rami e/o beni individuati), da effettuarsi sia prima che dopo l'omologa⁵⁸⁵. Nello specifico, la novella non pone limiti in relazione alle modalità con cui il «*pacchetto confezionato (...) sia stat(o) in concreto (predisposto), e quindi sembra applicabile (...) al caso (...) di un'offerta*» non (ancora⁵⁸⁶) irrevocabile (i.e. «*semplice*»⁵⁸⁷), così come «*n(on) [ancora] accettata dal debitore*»⁵⁸⁸.

Su quest'ultimo aspetto, peraltro, si è già registrato un contrasto in dottrina, atteso che un altro autorevole autore ha affermato che «*l'area (...) della (...) applicazione (andrebbe) individuata solo laddove l'offerta sia stata conformata in modo da impegnare [anche] il debitore in concordato a darle obbligatoria attuazione. Se così non fosse, la norma sarebbe (...) superflua (...) perché finora non si è mai dubitato (...) [del fatto che] che se il debitore non si (fosse) impegnato in alcun modo a vendere l'azienda (...) non vi (sarebbe stato) alcun problema a porla in competizione (...) aprendosi la vendita al mercato (...) in forza dell'art. 182*»⁵⁸⁹.

⁵⁸³ Cfr., ancora, AMBROSINI, *Il nuovo concordato*, cit., pag. 377.

⁵⁸⁴ Ossia con canone variabile, indeducibile dal prezzo (predeterminato in misura fissa) per la successiva cessione d'azienda (i.e. l'unico affitto che sia - a mio avviso - compatibile con la disposizione introdotta dal legislatore del 2012).

⁵⁸⁵ Cfr. BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, pag. 84, in *fallimentiesocieta.it*.

⁵⁸⁶ Posto che, comunque, lo diverrà, ai termini ed alle condizioni di cui alla novella in commento.

⁵⁸⁷ Cfr. LAMANNA, *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento. Concordato preventivo - "Proposte/piani"*, cit., pag. 17.

⁵⁸⁸ Cfr. BOZZA, *op., cit.*, pag. 84. *Contra* (come si dirà subito *infra*), LAMANNA, *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento. Concordato preventivo - "Proposte/piani"*, cit., pagg. 17 e 18.

⁵⁸⁹ Cfr. LAMANNA, *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento. Concordato preventivo - "Proposte/piani"*, cit., pagg. 17 e 18, il quale specifica che «*la*

Peraltro, chi scrive ritiene di non poter condividere quest'ultima tesi restrittiva, atteso che - altrimenti - ne deriverebbe una inutile duplicazione di, nonché confusione tra, riferimenti normativi in materia di procedure competitive. Pertanto, lo scrivente considera preferibile la tesi non restrittiva di cui sopra, la quale non fa distinzioni a seconda della (irrilevante) vincolatività (o meno) dell'offerta per il debitore in concordato.

Tale assunto, del resto, (come si vedrà *infra*) è già stato confermato dalla (pur esigua) giurisprudenza (finora) edita sul punto⁵⁹⁰.

6.15-. Affitto d'azienda, procedura competitiva e concordato con continuità aziendale.

Per quanto concerne, invece, il **particolare rapporto tra affitto d'azienda e procedura competitiva ex art. 163-bis l.f.**⁵⁹¹, occorre sottolineare che l'ultimo comma della nuova disposizione precisa che la medesima disciplina debba essere applicata («in quanto compatibile») anche «all'affitto di azienda o di uno o più rami». Peraltro, giova evidenziare che, comunque, l'operazione di cui trattasi ben potrebbe essere ricondotta all'ultima parte del primo comma della novella, secondo cui «le disposizioni (...) si applicano anche quando il debitore ha stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni» - qual è l'affitto ponte⁵⁹² -.

questione (...) si era posta allorché il pacchetto (...) avesse (...) avuto ad oggetto un'offerta già impegnativa non solo per l'offerente, ma soprattutto per il debitore, ciò che presuppone (...) l'intervenuta stipula di un contratto preliminare o di una consimile pattuizione. Chiaro allora che proprio per tale [sola] evenienza (avrebbe) senso (...) il D.L.».

⁵⁹⁰ Cfr. Trib. Udine, 15 ottobre 2015, *cit.*, nonché Trib. Padova, 16 ottobre 2015, in *fallimentiesocieta.it*, dinanzi a casi di mere proposte (in quanto tali non ancora accettate dall'oblatore in concordato preventivo), rispettivamente, di cessione e di affitto d'azienda.

⁵⁹¹ Già affrontato altrove, anche in nota (benché *en passant*).

⁵⁹² Cfr., in giurisprudenza, Trib. Udine, 15 ottobre 2015, *cit.* Da parte sua, Trib. Alessandria, 18 gennaio 2016, *cit.*, ha affermato che «la disciplina delle "offerte concorrenti" di cui all'art. 163-bis legge fall., trova applicazione anche quando il debitore abbia stipulato, prima del deposito della domanda di concordato, un contratto che sia comunque finalizzato al trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni e quindi quando il debitore abbia concluso prima del deposito del ricorso un contratto le cui obbligazioni non abbiano avuto ancora esecuzione, come [tra l'altro] nel caso del contratto preliminare»; fermo che «nell'ambito di applicazione della norma in esame non rientra soltanto il caso del contratto preliminare ma anche più in generale l'ipotesi di ogni contratto già concluso dal debitore in vista della formulazione del piano concordatario che abbia comunque lo scopo del trasferimento non immediato dell'azienda, di un ramo d'azienda o di specifici beni, tale dovendosi ritenere anche l'affitto d'azienda ove sia stata pattuita la cessione della stessa al termine dell'affitto o sia stato concesso il diritto

Al riguardo, infatti, un illustre autore ha già proposto di distinguere tra affitto fine a se stesso, menzionato espressamente dall'ultimo comma di cui sopra, ed affitto ponte, riconducibile all'ultima parte del primo comma dell'art. 163-bis l.f.⁵⁹³. Donde, a parer mio, solo in quest'ultima situazione la novella potrebbe (e dovrebbe) essere applicata insieme all'art. 186-bis, stante la (provata) incompatibilità tra l'affitto fine a se stesso ed il concordato con continuità⁵⁹⁴. In caso di stipula di quest'ultimo, infatti, l'art. 163-bis (ultimo comma) l.f. verrebbe sì applicato, ma non insieme all'art. 186-bis. In ogni caso, «in presenza di una offerta di [mero] affitto (...) credo (...) che il tribunale non possa imporre, di sua iniziativa, che l'affitto sia propedeutico alla vendita»⁵⁹⁵, al fine di poter qualificare piano e proposta quale cd. concordato con continuità aziendale.

Paragrafo 5 – *Segue*: l'obbligatorietà d'avvio del procedimento *ex art.* 163-bis l.f. come presunto disincentivo per i potenziali investitori interessati all'azienda

6.16-. La presunta fine dell'era dell'affitto ponte predisposto ante ammissione: critica personale.

Come detto sopra, l'art. 163-bis l.f. e l'art. 186-bis possono trovare applicazione, congiuntamente, (solo) in caso di affitto ponte cd. preconfezionato. Fermo che, quand'anche l'operazione non venga predisposta *ante* ammissione, comunque l'azienda in crisi verrebbe dismessa mediante un procedimento competitivo *ad hoc*, anche ai sensi dell'art. 182 l.f.⁵⁹⁶.

A questo particolare riguardo, secondo alcuni «con l'introduzione dell'art. 163-bis l. fall. il legislatore (avrebbe) inteso porre fine al fenomeno delle proposte

di prelazione a favore dell'affittuario stesso, ipotesi questa del resto espressamente richiamata dal legislatore nell'ultimo comma».

⁵⁹³ Cfr. BOZZA, *op., cit.*, pag. 83.

⁵⁹⁴ V., tra l'altro, il precedente capitolo 2.

⁵⁹⁵ «Tuttavia in questi casi diventa indispensabile regolamentare la retrocessione dell'azienda che, come è noto, realizza un'ipotesi circolatoria alla quale consegue, per legge, l'applicazione del disposto di cui all'art. 2112 c.c. (...), nonché l'applicazione dell'art. 2558 c.c. (...). Per far fronte a questa eventualità, il legislatore del 2006 aveva disposto, al sesto comma dell'art. 104-bis, che "la retrocessione al fallimento (...) non comporta la responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga a quanto previsto dagli articoli 2112 e 2560 del codice (...)". Questa norma (...), poiché (...) determinante per le sorti del concordato, (...) deve [essere] po(sta) [dal tribunale] come clausola contrattuale obbligatoria, sia che l'offerta iniziale non faccia cenno al tema, sia che lo regoli in modo differente» (cfr. BOZZA, *op., cit.*, pagg. 89 e 90).

⁵⁹⁶ Cfr. LA MALFA, *op., cit.*, pag. 5.

vincolate»⁵⁹⁷, qual è il predetto affitto ponte preconfezionato. Ciò anche perché «l'estensione indiscriminata della obbligatorietà delle procedure competitive cont(errebbe) il germe di un forte disincentivo per i potenziali investitori, che dopo aver concordato con il debitore le condizioni per l'acquisto di una azienda, potrebbero vedersi modificate le condizioni pattuite e, comunque, di avere una risposta in tempi più lunghi del previsto»⁵⁹⁸. Secondo tale tesi, «questo rischio [non] può essere superato affidandosi a(l) giudice (...), perché (...) privo di qualsiasi discrezionalità (...) a causa della obbligatorietà del ricorso alle procedure competitive»⁵⁹⁹.

Peraltro, a mio avviso, l'obbligatorietà d'avvio del procedimento ex art. 163-bis l.f. non costituisce un disincentivo per i potenziali investitori interessati all'azienda. Ed invero, subito *infra* chi scrive tenterà di argomentare (anche mediante un'analisi giurisprudenziale) nel senso che la **presunta fine dell'era dell'affitto ponte preconfezionato**⁶⁰⁰ non rappresenta affatto una potenziale conseguenza dell'avvento della novella.

6.17-. Segue: analisi dei primi precedenti in materia di procedura competitiva ed affitto di azienda.

Uno dei primi provvedimenti editi in materia di procedura competitiva ex art. 163-bis l.f. ed affitto di azienda è il **decreto emesso, in data 15 ottobre 2015, dal Tribunale di Udine**⁶⁰¹. Nel caso di specie, il concordato si basava su un contratto (preconfezionato) di affitto di ramo d'azienda, di durata pari a tre anni⁶⁰², che prevedeva (tra l'altro) la proposta (già irrevocabile) dell'affittuaria all'acquisto - da effettuarsi entro 180 giorni dall'omologazione⁶⁰³ - a fronte di un prezzo (garantito e) predeterminato in misura fissa (salvo detrazione di quanto dovuto dall'affittuaria medesima, a titolo di accollo, nei confronti dei dipendenti

⁵⁹⁷ Cfr. VITIELLO, *Vendite concorsuali e offerte concorrenti*, cit., pag. 1.

⁵⁹⁸ Cfr. BOZZA, *op., cit.*, pag. 84, che aggiunge: «probabilmente i redattori della Relazione al decreto legge avevano intuito questo pericolo quando dicevano che le procedure competitive erano riservate alle vendite di aziende (...) di rilevante valore, perché è chiaramente antieconomico ricorrere allo stesso sistema per la cessione di beni di modesta entità».

⁵⁹⁹ Cfr. BOZZA, *op., cit.*, pag. 84, il quale - comunque - propone altre possibili soluzioni allo specifico problema di cui trattasi (su cui v. subito *infra*, anche in nota).

⁶⁰⁰ Il quale, come noto, costituisce l'ipotesi di affitto d'azienda (riconducibile all'art. 186-bis) più frequente in prassi (v. cap. 5; conf. VITIELLO, *Vendite concorsuali e offerte concorrenti*, cit., pag. 1).

⁶⁰¹ *Cit.*

⁶⁰² «Salvo minore durata in caso che nel frattempo intervenga l'acquisto del ramo d'azienda da parte [si badi] della parte affittuaria».

⁶⁰³ Acquisto che, dunque, era (formalmente) soggetto ad un termine e non già ad una condizione (che, in quanto tale, non è più ammissibile, ai sensi dell'art. 163-bis l.f.).

trasferiti nonché di un esponente del ceto bancario)⁶⁰⁴. Al tempo stesso, le parti avevano già concluso un contratto estimatorio (anch'esso cd. ponte⁶⁰⁵), in virtù del quale l'affittante si era obbligata a consegnare alcuni beni aziendali (non oggetto del ramo affittato), contro il pagamento da parte della controparte di una somma predeterminata. In particolare, sia il contratto di affitto sia quello estimatorio erano già in esecuzione al tempo della presentazione della domanda di concordato preventivo⁶⁰⁶.

Ebbene, nel caso di specie il tribunale friulano ha ritenuto opportuno (e doveroso) applicare il nuovo articolo in commento, aprendo al mercato la proposta d'acquisto (non già anche l'affitto ponte preconfezionato); il che, *de visu*, appare assai significativo, giacché taluno potrebbe ritenere che la novella non sia stata del tutto rispettata (stante la sua applicabilità anche all'affitto ponte preconfezionato⁶⁰⁷). Peraltro, chi scrive ritiene che il Tribunale di Udine ben abbia fatto ad avviare il nuovo procedimento solo in relazione alla proposta d'acquisto, stante il fatto che sia il contratto d'affitto sia quello estimatorio (e, dunque, l'operazione complessiva) risultavano essere già in esecuzione al tempo dell'ammissione. Non solo, giacché - altrimenti - sarebbe (soprattutto) derivata una inutile duplicazione dei costi procedurali connessi all'avvio, esperimento e conclusione del procedimento competitivo (avente ad oggetto, comunque, il medesimo ramo in vendita).

Orbene, nello specifico il tribunale friulano ha regolamentato il procedimento competitivo come segue (garantendo, così, la «comparabilità» delle offerte concorrenti⁶⁰⁸): (i) il prezzo d'acquisto avrebbe potuto essere parzialmente estinto anche mediante accollo liberatorio dei debiti esistenti verso i dipendenti⁶⁰⁹ (comunque da trasferirsi⁶¹⁰) e la banca di cui sopra⁶¹¹ (con un residuo da pagare

⁶⁰⁴ Nello specifico, la garanzia (bancaria cd. a prima richiesta) aveva ad oggetto (solo) la somma risultante dalla differenza tra il prezzo fisso di cessione e le dette detrazioni a titolo d'accollo (all'incirca il 25% del *quantum* senza deduzioni).

⁶⁰⁵ Ed invero, l'affittuaria si era impegnata altresì all'acquisto dei beni di cui al contratto estimatorio preconfezionato.

⁶⁰⁶ Il che, come si vedrà subito *infra*, rileva particolarmente.

⁶⁰⁷ V. (tra l'altro) precedente p. 6.15.

⁶⁰⁸ Ferma la fissazione dell'«*aumento minimo del corrispettivo*» per l'eventuale fase di rilancio.

⁶⁰⁹ Se «*consen(zienti)*».

⁶¹⁰ In fondamentale tutela dei livelli occupazionali in essere (e già garantiti dall'affittuario pre-individuato).

⁶¹¹ Se «*consen(ziente)*».

pari a circa il 25% del prezzo senza deduzioni)⁶¹²; (ii) la garanzia (che ogni e qualsivoglia interessato avrebbe dovuto prestare) avrebbe dovuto essere sostanzialmente conforme a quella già prestata dall'affittuario⁶¹³; (iii) il contratto estimatorio (ponte), in quanto «collegat(o) e accessori(o)» alla vendita, avrebbe dovuto essere comunque concluso dal terzo interessato⁶¹⁴; in ogni caso (iv) quest'ultimo avrebbe dovuto subentrare, obbligatoriamente, nel contratto d'affitto in esecuzione (anche perché prodromico alla vendita)⁶¹⁵.

Al fine di garantire adeguata pubblicità al decreto di cui sopra, il tribunale ha disposto che il commissario provvedesse sia a trasmettere l'avviso ivi contenuto alle organizzazioni rappresentative dell'imprenditoria del settore⁶¹⁶, sia a pubblicare il medesimo sui siti internet dedicati⁶¹⁷. Peraltro, merita di essere segnalato che il Tribunale di Udine ha fissato l'udienza di cui all'art. 163-bis l.f. di lì ad un mese dall'emissione del decreto (anche e soprattutto per primarie esigenze di rapidità procedurale⁶¹⁸). Donde, a mio avviso, il rischio (se proprio così lo si vuol vedere⁶¹⁹) che, poi, non vi fosse tempo a sufficienza⁶²⁰, per i terzi eventualmente interessati, per valutare congruamente l'opportunità di un investimento di tal genere⁶²¹.

Quanto sopra (ivi compresi questi ultimi rilievi) può replicarsi anche in relazione al **decreto del Tribunale di Padova in data 16 ottobre 2015**⁶²². Per brevità, peraltro, lo scrivente si limita a segnalare che, nel (differente) caso di

⁶¹² In conformità all'operazione complessiva già strutturata da affittante in concordato ed affittuario pre-individuato.

⁶¹³ Pertanto espressamente dispensato da tale onere. In particolare, la garanzia (comunque bancaria a prima richiesta) avrebbe dovuto assicurare il saldo del 20% del prezzo senza deduzioni.

⁶¹⁴ Dunque vincolato anche da tale onere aggiuntivo (di fonte convenzionale, non già legale - a differenza, per esempio, della garanzia sul prezzo -).

⁶¹⁵ Donde l'(ulteriore) impossibilità per il terzo di variare le condizioni contrattuali (anche) dell'affitto.

⁶¹⁶ Il che è da sottolineare.

⁶¹⁷ Il che, come noto, non ha garantito grandi risultati nella prassi delle vendite concorsuali.

⁶¹⁸ Pertanto, - alla luce della presente analisi giurisprudenziale - il timore (di controparte) di avere una risposta (sulla fattibilità dell'affare) in tempi più lunghi del previsto non appare concreto (almeno secondo l'opinione dello scrivente; *contra* BOZZA, *op. cit.*, pag. 84).

⁶¹⁹ Ma non è il caso di chi scrive (come si vedrà subito *infra*).

⁶²⁰ Dall'effettiva conoscenza dell'avviso (non già certo dall'avvenuto adempimento, da parte del commissario, degli obblighi pubblicitari).

⁶²¹ Che, comunque (dati gli importi non del tutto modesti), avrebbe potuto richiedere l'(immediata) erogazione di finanziamenti (salvo pronta liquidità).

⁶²² *Cit.*

specie, il tribunale veneto ha (financo) mantenuto testualmente ferme le condizioni contrattuali dell'operazione strutturata da affittante in concordato ed affittuario pre-individuato⁶²³. Ciò, anzitutto, per garantire la «comparabilità» delle eventuali offerte concorrenti⁶²⁴. Ma non solo, poiché tali (volute) modalità operative dei nostri tribunali (sostanzialmente limitative della libertà contrattuale dei terzi interessati - nella parte in cui vincolano costoro ad ogni e qualsivoglia clausola dell'operazione preconfezionata -⁶²⁵) potrebbero costituire (col tempo e se confermate) un disincentivo per gli eventuali competitors⁶²⁶ dell'affittuario pre-individuato⁶²⁷.

6.18-. Segue: la "personalizzazione" dell'operazione complessiva come solo uno dei possibili, molteplici, disincentivi per gli eventuali competitors della controparte affittuaria/acquirente.

Da tutto quanto precede, già emerge la posizione che chi scrive intende assumere al riguardo del rapporto tra la novella e l'affitto ponte preconfezionato (ossia l'operazione che preferibilmente andrebbe strutturata al fine di risanare l'impresa in crisi, anche ai sensi dell'art. 186-bis). Non solo, infatti, chi scrive auspica che i nostri tribunali proseguano nel regolamentare i procedimenti competitivi nel senso di cui sopra (anche al punto di privilegiare le esigenze di celerità su quelle di una maggiore, effettiva, pubblicità dell'avviso di vendita⁶²⁸). Ed invero, in ogni caso, pare opportuno che il debitore continui a prediligere la via del risanamento mediante la continuità in capo ad un affittuario/acquirente pre-individuato.

⁶²³ In particolare trattasi di mero affitto fine a se stesso (in quanto tale incompatibile con il diverso art. 186-bis).

⁶²⁴ Ferma la fissazione dell'«aumento minimo di cui all'art. 163 bis» per l'eventuale fase di rilancio.

⁶²⁵ A questo particolare riguardo, peraltro, occorre considerare che - comunque - è lo stesso art. 163-bis l.f. a richiedere ciò, nella parte in cui dispone che le offerte concorrenti debbano poter essere agevolmente «comparabil(i)» (mediante il puro e semplice confronto tra i prezzi dell'eventuale rilancio).

⁶²⁶ Tra l'altro solo potenziali, stante il rischio di mancata, effettiva, conoscenza dell'avviso di cui al decreto ex art. 163-bis l.f.

⁶²⁷ Donde maggior conferma della tesi di cui sopra, secondo cui l'obbligatorietà d'avvio del procedimento ex art. 163-bis l.f. non costituisce (né dovrebbe costituire) un disincentivo per gli affittuari da pre-individuare.

⁶²⁸ Il che, comunque, appare più che doveroso, posto che - *quoad naturam* - le operazioni di *restructuring* richiedono di essere effettuate nel più breve tempo possibile.

In particolare, al fine di ulteriormente limitare l'interesse dei *competitors* (peraltro solo eventuali - stante il rappresentato, fortunoso⁶²⁹, rischio di mancata effettiva conoscenza dell'avviso di vendita -), anzitutto occorrerebbe che l'affitto ponte non venisse concluso nell'immediatezza del deposito del ricorso *ex artt.* 160 ss. l.f. Al contrario, parrebbe doveroso che l'operazione sia già da tempo **in esecuzione** (cioè «che, se sotto il profilo giuridico lascia aperta la strada della competizione, non può non influenzare negativamente l'interesse di terzi a concorrere all'affitto»⁶³⁰). Il che - in ogni caso - permetterebbe anche di garantirsi il non avvio di due (inutilmente dispendiosi) procedimenti competitivi (ad oggetto il medesimo ramo d'azienda)⁶³¹.

Ancora, l'operazione complessiva dovrebbe essere il più possibile **conforme al dettato normativo dell'art. 163-bis l.f.**, prevedendo (già) sia una garanzia ragionevole⁶³², sia l'irrevocabilità dell'offerta⁶³³. Non solo, giacché l'affitto ponte dovrebbe anche essere di durata «compatibile con le esigenze della liquidazione dei beni»⁶³⁴, oltre che - comunque - non soggetto a condizioni di sorta⁶³⁵. Il tutto per opportunità pratica, al precipuo fine di aumentare l'*appeal* dell'operazione preconfezionata agli occhi di tribunale⁶³⁶, giudice delegato e commissario.

Quanto sopra, però, non appare sufficiente per poter sostenere che la (presunta) fine dell'era dell'affitto ponte preconfezionato non rappresenta affatto una potenziale conseguenza dell'avvento della novella. Ed invero, a parer mio occorrerebbe altresì che le parti strutturassero l'operazione complessiva in una modalità **talmente "personalizzata" da disincentivare i (solo potenziali) competitors dal partecipare alla procedura competitiva**. Del resto, questi ultimi dovrebbero, obbligatoriamente, subentrare nella posizione già in capo all'affittuario / promittente acquirente⁶³⁷ (sempre che le previsioni

⁶²⁹ Almeno per le parti dell'operazione cd. preconfezionata.

⁶³⁰ Cfr. BOZZA, *op., cit.*, pag. 84.

⁶³¹ Come dimostra l'analizzato provvedimento in data 15 ottobre 2015 del Tribunale di Udine.

⁶³² Per esempio pari al 20/25/30% del prezzo offerto (com'è il caso dei due provvedimenti analizzati sopra, ivi compreso quello del Tribunale di Padova).

⁶³³ Per aumentare l'affidabilità dell'affittuario pre-individuato.

⁶³⁴ Cfr. BOZZA, *op., cit.*, pag. 90, il quale aggiunge che - altrimenti - «il tribunale potrebbe intervenire disponendo (...) un(a) (...) durata più breve».

⁶³⁵ Restando, comunque, la possibilità di assoggettare la proposta di acquisto ad un termine (cfr. Trib. Udine, 15 ottobre 2015, *cit.*).

⁶³⁶ Che, poi, dovrà disporre l'apertura del procedimento di cui all'art. 163-bis l.f.

⁶³⁷ Cfr. Trib. Udine, 15 ottobre 2015, *cit.*, nonché - comunque - anche Trib. Padova, 16 ottobre 2015, *cit.*

dell'operazione preconfezionata vengano mantenute ferme dal tribunale, in sede di emissione del decreto *ex art. 163-bis l.f.*). Ciò che, potenzialmente, potrebbe non interessare l'eventuale *competitor*, (se e) nella misura in cui gli obblighi in capo alla parte affittuaria/acquirente appaiano gravosi o, comunque, del tutto "personalizzati". L'esempio del caso friulano di cui *supra* può forse aiutare a comprendere meglio tale assunto, posto che l'operazione complessiva (tra l'altro): (i) obbligava a garantire il trasferimento (ed il pagamento) dei dipendenti⁶³⁸ (nonché il soddisfacimento di un importante esponente del ceto bancario); nonché (ii) contemplava anche la stipula di un contratto estimatorio (peraltro ponte-cessione) che, in quanto «*collegat(o) e accessori(o)*», avrebbe dovuto essere comunque concluso dal terzo (magari non più) interessato (anche per ciò).

Tutto quanto sopra, ossia l'elenco dei **possibili disincentivi per i potenziali competitors dell'affittuario pre-individuato**, risulta - a parer mio - di fondamentale importanza, se si vuole (come, penso, si vuole) far proseguire l'era dell'affitto ponte preconfezionato (compatibile con l'art. 186-bis⁶³⁹). Del resto «*nel caso (...) che l'affitto contenga (...) un impegno all'acquisto, è chiaro che bisogna [pur sempre] dare all'affittuario, se non la sicurezza, l'alta probabilità che egli diventi anche acquirente dell'azienda, altrimenti non è [più] incentivato a fare investimenti*»⁶⁴⁰. Diversamente, infatti, il debitore rischierebbe di non (poter) garantire la benché minima solidità di piano e proposta concordatari (come sostanzialmente condiviso da attenta dottrina, secondo cui "solo" il previo «*impegno del terzo all'acquisto (...) permette (...) ai creditori di fare ragionevole affidamento sul valore di realizzo attribuito all'azienda, accrescendo così le chances di approvazione*» in sede d'adunanza⁶⁴¹).

⁶³⁸ A questo particolare riguardo, chi scrive condivide la tesi secondo cui «*sarebbe idoneo valutare l'opportunità di (...) [tutela] del personale (...); difatti, la tutela dei posti di lavoro e la loro pronta remunerazione viene generalmente vista con un certo riguardo da parte del Tribunale*» (cfr. LACCHINI, *op., cit.*, pag. 3, già citato).

⁶³⁹ V., al riguardo, parr. 2 e 3.

⁶⁴⁰ Cfr. BOZZA, *op., cit.*, pag. 90, che al riguardo ipotizza precipuamente di «*regolamentare quale [ulteriore] meccanismo di tutela (...) l'attribuzione del diritto di prelazione, sulla falsariga di quello di cui al comma quinto dell'art. 104-bis, anche ove non previsto nell'offerta allegata dal debitore*». Conf. (già) Trib. Padova, 16 ottobre 2015, *cit.*, ove – peraltro – era la stessa offerta preconfezionata a contemplare una simile clausola (senza che il tribunale sia dovuto / abbia potuto intervenire nel senso di cui all'Opera del citato illustre Autore).

⁶⁴¹ Cfr. BORSARI – ZOCCA, *op., cit.*, pag. 5.

Paragrafo 6 – Conclusioni

6.19-. La rilevanza pratica della distinzione tra concordato con continuità e concordato liquidatorio, anche alla luce della riforma del Governo Renzi.

Aperta e chiusa questa parentesi dedicata al nuovo procedimento di vendita concorsuale, in conclusione chi scrive⁶⁴² intende articolare una proposta di soluzione del problema della compatibilità tra l'art. 186-bis e l'affitto ponte (ancora da stipularsi *ante* ammissione⁶⁴³). Ciò in quanto, oggi più di prima, è necessario saper (chiaramente) distinguere il concordato con continuità da quello liquidatorio, giacché alla errata autoqualificazione potrebbe seguire la declatoria di inammissibilità del tribunale, qualora il concordato (non ritenuto, erroneamente, liquidatorio) non dovesse garantire l'effettivo pagamento del 20% dei creditori⁶⁴⁴. Ed invero, se prima della riforma del 2015 la non **congrua autoqualificazione del concordato** non avrebbe (agevolmente) prodotto conseguenze di tal genere⁶⁴⁵, oggi «è (...) facile prevedere che risulterà esacerbato il dissidio, già esistente, tra i sostenitori della cd. continuità indiretta (che considerano applicabile la disciplina dell'art. 186-bis anche qualora il debitore affitti l'azienda nella prospettiva della cessione) e coloro che al contrario ritengono applicabile la disciplina (...) ai soli casi in cui sia il debitore a proseguire l'impresa durante la procedura, o per risanare o per cedere l'azienda nella fase esecutiva del concordato»⁶⁴⁶.

6.20-. Auspicio personale verso il "DdL delega Rordorf".

⁶⁴² Tirando le fila dell'intero discorso svolto in questa sede.

⁶⁴³ Per nulla incidendo, o dovendo incidere (sul punto specifico), la riforma del 2015 nella parte in cui ha introdotto il predetto procedimento di vendita forzata.

⁶⁴⁴ V., al riguardo del rischio d'inammissibilità, sez. 1, cap. 1, par. 3, p. 1.17 (ed i relativi riferimenti dottrinali e/o giurisprudenziali). Al riguardo, merita di essere segnalata l'opinione del recentissimo Trib. Firenze, 8 gennaio 2016, in *ilcaso.it*, secondo cui «per effetto dell'introduzione del requisito del pagamento di almeno il 20% dell'ammontare dei crediti chirografari, il potere del tribunale è limitato alla verifica che la proposta contenga l'assicurazione di detto soddisfacimento sulla base di un piano che non possa essere qualificato come manifestamente inidoneo a raggiungere tale obiettivo, trattandosi di una verifica della conformità della proposta al modello normativo».

⁶⁴⁵ Salvi, ovviamente, (tra l'altro) gli effetti della mancata produzione della documentazione integrativa di cui all'art. 186-bis.

⁶⁴⁶ Cfr. VITIELLO, *Concordato con continuità e liquidatorio dopo la riforma*, cit., pag. 2.

Fermo quanto precede⁶⁴⁷ (e ciò che si dirà subito *infra*⁶⁴⁸), chi scrive auspica che l'appena pubblicato **Schema di DdL Rordorf (*rectius* il successivo DdL Delega del 10 febbraio 2016**⁶⁴⁹) possa (tra l'altro) risolvere una volta per tutte l'annoso problema di cui trattasi in questa sede. Al riguardo, merita di essere (ri)segnalato quanto esplicitamente disposto dallo Schema elaborato dalla Commissione Rordorf: in particolare, l'art. 2 prevede - quale (proposto) principio direttivo *ex art. 76 Cost.* - di «*reformulare le disposizioni che hanno originato contrasti interpretativi, al fine di favorirne il superamento*» (tra le quali ben può, e dovrebbe, venire considerata anche quella di cui alla presente ricerca). Da parte sua, il Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 103 recita, testualmente, quanto segue: «*con il disegno di legge delega (...) vengono semplificate le regole processuali con la riduzione delle incertezze interpretative e applicative che molto nuocciono alla celerità delle procedure concorsuali*»⁶⁵⁰.

Peraltro, occorre segnalare che nella Relazione al predetto Schema, l'illustre Presidente della Commissione si limita a specificare che «*a favor(e) (del)la risoluzione dei nodi interpretativi ed applicativi posti più frequentemente in luce dall'esperienza pregressa (...) sono state fornite indicazioni concernenti (...) la [sola] possibilità di procedere medio tempore all'affitto (...) dell'azienda del debitore*» in concordato preventivo⁶⁵¹. Il che, a parer mio, è indubbiamente fondamentale, stante il contrasto interpretativo sorto (anche) in merito al momento di effettuabilità delle operazioni di cui all'art. 186-*bis*⁶⁵². Peraltro, (a mio avviso) ciò non appare sufficiente.

Pertanto, chi scrive auspica che il legislatore, in sede di (prossima) riforma strutturale delle procedure concorsuali, voglia non solo dar corso all'esplicito ed autorevole invito del Relatore di cui sopra, ma - altresì - voglia prendere, specificatamente (e finalmente), posizione in merito al problema della compatibilità tra l'art. 186-*bis* e l'affitto d'azienda⁶⁵³.

⁶⁴⁷ Circa il rischio d'inammissibilità del concordato preventivo (- in ipotesi - ritenuto erroneamente in continuità, ma invece da qualificarsi come liquidatorio).

⁶⁴⁸ I.e. la proposta di soluzione pratica al problema della compatibilità tra l'art. 186-*bis* e l'affitto ponte (anche preconfezionato).

⁶⁴⁹ In *ilfallimentarista.it*, 12 febbraio 2016.

⁶⁵⁰ Al riguardo lo scrivente evidenzia il (voluto) riferimento esplicito alle (sole) regole «*processuali*»; il che è da sottolineare.

⁶⁵¹ Cfr. RORDORF, *op. cit.*, pag. 20.

⁶⁵² V. (tra l'altro) cap. 4, par. 4, pp. 4.19 ss.

⁶⁵³ Si spera nel senso di cui alla presente tesi di laurea (v. anche precedenti parr. 2 e 3), in (tendenziale) conformità all'orientamento (giurisprudenziale) maggioritario (v. cap. 5).

6.21-. Oltre i meri auspici, in attesa del Legislatore: proposta di soluzione del problema della compatibilità tra l'art. 186-bis e l'affitto ponte (ancora da concludersi ante ammissione).

Quanto sopra (*rectius* i meri auspici personali di chi scrive) - peraltro - non pare sufficiente. Donde la necessità di articolare la seguente **proposta di soluzione del problema della compatibilità tra l'art. 186-bis e l'affitto ponte (ancora da concludersi ante ammissione)**⁶⁵⁴.

Anzitutto, l'operatore che, davanti al bivio se procedere con la cessazione dell'attività o prevederne la continuità, abbia preferito quest'ultima opzione (e, pertanto, debba effettuare le predette attività prodromiche alla stipula del contratto d'affitto), potrebbe procedere continuando a privilegiare **la via della continuità in capo ad un affittuario/acquirente da pre-individuare**⁶⁵⁵. Infatti, la stipula *ante* ammissione⁶⁵⁶ permetterebbe di svolgere tali attività (ivi compresa quella dell'individuazione della controparte, preferibilmente *newco*⁶⁵⁷), nonché di strutturare l'operazione complessiva, in assoluta libertà (senza dover dar preventivo conto agli organi della procedura)⁶⁵⁸. Tale, dunque, è la specifica opinione di chi scrive al riguardo del tema inerente l'opportunità pratica di condividere (o meno) l'individuazione della controparte e delle clausole preferibili con gli organi procedurali.

Successivamente allo svolgimento delle dette attività prodromiche alla predisposizione dell'operazione, l'imprenditore (insieme all'operatore di cui sopra) potrebbe strutturare la medesima liberamente, servendosi delle molteplici modalità contrattuali che l'ordinamento riconosce e garantisce, ossia⁶⁵⁹: una

Auspica una chiara presa di posizione del legislatore anche FICO, *Riflessioni*, cit., pag. 12.

⁶⁵⁴ Proposta che riepiloga in breve tutto quanto scritto *supra* (cui, per brevità, si rinvia per quanto qui non riscritto specificatamente).

⁶⁵⁵ In conformità a quella che, come ampiamente argomentato e provato (anche statisticamente), risulta essere la prassi prevalente finora (v. cap. 5; in particolare par. 4). A nulla rileva (o dovrebbe rilevare), infatti, la recente riforma dell'estate 2015, nella parte in cui ha introdotto la nuova procedura competitiva per le cd. offerte concorrenti (v. precedenti pp. 6.16 ss.).

⁶⁵⁶ Preferibilmente non nell'immediatezza dell'apertura della procedura o del deposito del ricorso (v., a questo particolare riguardo, il precedente punto 6.18).

⁶⁵⁷ Ed invero, la costituzione di una *newco* da parte del debitore (cui affittare l'azienda) permetterebbe di mantenere il complesso produttivo ancora nella disponibilità della medesima compagine sociale (magari d'ordine familiare). Il che, com'è naturale, garantirebbe alla persona-imprenditore un ritorno non solo (e "semplicemente") di natura giuridico-economica.

⁶⁵⁸ A differenza del caso in cui l'operazione venisse effettuata *post* ammissione.

⁶⁵⁹ Come già ampiamente detto (anche) nel precedente capitolo 4 (cui si rinvia).

proposta irrevocabile d'acquisto proveniente dall'affittuario, un contratto preliminare di cessione ovvero anche un preliminare unilaterale con obbligo di concludere il definitivo soltanto in capo alla controparte, un *put* in favore dell'affittante o, altresì, un *call* in favore dell'affittuario⁶⁶⁰. Quel che conta, infatti, è che l'affitto di azienda sia prodromico al **successivo trasferimento definitivo allo stesso affittuario, già obbligato ad effettuare l'acquisto**.

Peraltro giova evidenziare che, oggi, in caso di affitto preconfezionato, parrebbe non essere più ammissibile (*rectius* «*efficace*») la classica condizione sospensiva dell'omologa del concordato (ovvero risolutiva della mancata omologazione), stante il divieto espresso di cui all'art. 163-*bis* l.f.; ferma ed impregiudicata, comunque, la possibilità di assoggettare la proposta di acquisto ad un termine (iniziale)⁶⁶¹.

⁶⁶⁰ Purché - a parer mio - quest'ultimo sia previsto da un più ampio accordo di *put & call* (v. al riguardo anche cap. 5, par. 3, pp. 5.5 e 5.6).

⁶⁶¹ Cfr. Trib. Udine, 15 ottobre 2015, *cit.* Nello stesso senso parrebbe porsi anche Trib. Alessandria, 18 gennaio 2016, *cit.*

Peraltro, a parer mio, una clausola contrattuale che facesse decorrere l'impegno dell'affittuario/acquirente a far data da "n." giorni dall'omologazione costituirebbe non già un termine propriamente inteso, bensì - ancora - una (inammissibile/inefficace) condizione. Ed invero, ancorché tale (ipotizzata) clausola non si autoqualifichi quale condizione, ma quale (presunto) termine, la stessa sarebbe - comunque - da (ri)qualificare come (sostanziale) condizione. Infatti, è nozione istituzionale quella per cui il termine consiste in un evento futuro e certo, a differenza della condizione la quale è - invece - un evento futuro ed incerto (cfr., *ex multis*, ROPPO, *op. cit.*, pagg. 573 e 603). Pertanto, posto che l'omologa del concordato è - *quoad naturam* - un evento incerto, la detta (ipotizzata) clausola configurerebbe (in sostanza) una (inammissibile) condizione, non già un (solo formale) termine iniziale (al riguardo della doverosa interpretazione "*pro sostanza*", non già "*pro forma*", di termine/condizione, v. ROPPO, *op. cit.*, pag. 603).

Alla luce di ciò, lo scrivente ritiene preferibile predisporre la predetta clausola sì da far decorrere l'impegno dell'affittuario/acquirente a far data dal (preciso) giorno "X", coincidente con il (presunto) di successivo di "n." giorni/settimane/mesi dalla data di ipotizzata e presumibile (eventuale) omologa. Per esempio, - considerando i tempi medi delle procedure concordatarie (almeno fino alla riforma del 2015, che li/e ha allungati/e) - se l'affitto (ponte) preconfezionato venisse stipulato l'1 gennaio 2016 e il ricorso (in bianco) fosse depositato l'1 febbraio 2016, con (ipotizzata e) presumibile omologa in data 31 marzo 2017, secondo me la detta clausola dovrebbe far decorrere l'impegno di controparte - precisamente - "a far data dal giorno 30 giugno 2017" o, comunque, da altro (preciso) di successivo di "n." giorni dall'eventuale (presunta) omologazione in data 31 marzo 2017. Solo così, a mio avviso, l'offerta dell'affittuario pre-individuato sarebbe compatibile con il nuovo art. 163-*bis* l.f. Diversamente, in caso di sostanziale condizione sospensiva o risolutiva, le parti correrebbero il rischio che il tribunale (ri)qualifichi (congruamente) la clausola del tipo "a far data da 180 giorni dall'omologazione" quale «(in)efficace» condizione.

Peraltro, quanto precede configura una "mera" prospettazione dello scrivente, già disattesa dai primi precedenti in materia di procedimento *ex art. 163-bis* l.f. e affitto d'azienda (cfr. Trib. Udine,

In ogni caso, come già detto, occorrerebbe altresì che l'operazione fosse **il più possibile in linea con il nuovo art. 163-bis l.f.** e quindi che la stessa⁶⁶²: sia già irrevocabile, assicuri già la garanzia (possibilmente bancaria ed a prima richiesta) del pagamento (di buona parte) del corrispettivo, abbia una durata contrattuale compatibile con le esigenze della liquidazione concorsuale, nonché sia quanto più "personalizzata", così da disincentivare i (potenziali) *competitors* dell'affittuario pre-individuato dal partecipare al procedimento *ex art. 163-bis l.f.*⁶⁶³.

Come detto (e argomentato) sopra, poi, l'affitto ponte (preconfezionato) dovrebbe anche riconoscere **natura variabile al canone**, il quale - inoltre - dovrebbe essere **indeducibile dal prezzo predeterminato (in misura fissa) per la successiva compravendita**. Diversamente, infatti, - a mio avviso⁶⁶⁴ - l'art. 186-bis non verrebbe del tutto rispettato, stante la necessità che il debitore (e, dunque, i creditori concorsuali) continui a correre un qualche rischio d'impresa (che - invece - non sussisterebbe in caso di canone fisso, magari deducibile dal prezzo di vendita⁶⁶⁵). Di ciò beneficerebbero, si ripete, (i) sia l'affittante e il ceto - che godrebbero di una maggior somma di denaro da porre al servizio della ristrutturazione (pari al prezzo fisso di cessione, maggiorato del canone parametrato all'andamento dell'azienda) -, (ii) sia lo stesso affittuario⁶⁶⁶ che - mediante una conduzione efficiente dell'azienda - potrebbe dimostrare agli organi procedurali di essere la miglior controparte possibile (anche ai fini del procedimento *ex art. 163-bis l.f.*)⁶⁶⁷.

15 ottobre 2015, *cit.*, che - incongruamente a mio avviso - non ha ritenuto inefficace proprio una clausola del tipo "a far data da 180 giorni dall'omologazione").

⁶⁶² Oltre a non prevedere, come appena chiarito, alcuna condizione sospensiva e/o risolutiva (ivi compresi i termini solo formali).

⁶⁶³ Per un maggior approfondimento al riguardo di quanto appena riepilogato si rinvia ai precedenti punti 6.16 ss.

⁶⁶⁴ Nonché secondo la (pur esigua) giurisprudenza e dottrina citate *supra* (v. precedente par. 2).

⁶⁶⁵ V. *supra*, parr. 2 e 3. Al riguardo, si ripete che il (potenziale) rischio d'insolvenza di controparte costituisce un (mero) rischio (economico) d'inadempimento discendente dall'effettuazione di qualunque operazione, senza che lo stesso possa caratterizzarsi quale rischio imprenditoriale in senso stretto (per un maggior approfondimento al riguardo si rinvia specificatamente anche alla precedente sezione 2, capitolo 2, paragrafo 1, punti 2.2 e 2.3).

⁶⁶⁶ Preferibilmente *newco* (come detto poco *supra*, anche in nota). V., al riguardo di tale specifica caratteristica, (anche) p. 6.10.

⁶⁶⁷ Sul punto specifico si rinvia integralmente (anche) al precedente p. 6.12 (ivi espressamente compreso il rinvio al paragrafo 5, punti 6.17 e 6.18).

Tutto quanto sopra fermi i seguenti accorgimenti di natura pratica e cautelativa: in particolare, per scrupolo, sarebbe opportuno **depositare sempre e comunque la documentazione integrativa di cui all'art. 186-bis** (i.e. il *business plan* e l'attestazione specifica), nonché predisporre il piano di *restructuring* assicurando il **(ragionevole) pagamento effettivo del 20% dei creditori chirografari**⁶⁶⁸. Ciò in quanto, comunque, non è pacifico (né in giurisprudenza, né in dottrina) che l'affitto così come sopra strutturato possa (e debba) essere ricondotto alla disciplina di cui all'art. 186-bis. Donde la necessità/opportunità di tali accorgimenti, al precipuo scopo di evitare un'erronea autoqualificazione del concordato proposto, dalla quale possa derivare - nella migliore delle ipotesi - la fissazione giudiziale di un termine di quindici giorni per il deposito della documentazione di cui sopra⁶⁶⁹ (e per la modifica del piano⁶⁷⁰), oppure - nell'ipotesi peggiore - direttamente l'inammissibilità della domanda⁶⁷¹ (nonché

⁶⁶⁸ Meglio il 40%, stante il nuovo riformulato art. 163 l.f., il quale ora dispone (tra l'altro) che «*uno o più creditori che, anche per effetto di acquisti successivi alla presentazione della domanda di cui all'articolo 161, rappresentano almeno il dieci per cento dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale depositata ai sensi dell'articolo 161, secondo comma, lettera a), possono presentare una proposta concorrente di concordato preventivo e il relativo piano non oltre trenta giorni prima dell'adunanza dei creditori. (...) Le proposte di concordato concorrenti non sono ammissibili se nella relazione di cui all'articolo 161, terzo comma, il professionista attesta che la proposta di concordato del debitore assicura il pagamento di almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari o, nel caso di concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis, di almeno il trenta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari*». Alla luce della (semplice) lettura di tale norma deriva l'(ulteriore) opportunità di prevedere il pagamento del 40% dei detti creditori, stante il rischio di (ritenuta) natura liquidatoria del concordato proposto e, quindi, stante il rischio di (possibile) formulazione delle nuove cd. proposte concorrenti. Tale punto, peraltro, non è stato affrontato in questa sede per (evidenti ed immaginabili) ragioni d'opportunità (e brevità), benché anch'esso sia di particolare interesse ed attualità (come dimostra quanto autorevolmente sostenuto da LAMANNA, *Le nuove proposte concorrenti: è configurabile un concordato con continuità aziendale del creditore competitor? A quali limiti è soggetta la sua proposta?*, pagg. 1 ss., in *ilfallimentarista.it*, 23 ottobre 2015, secondo cui - nel particolare - non sarebbe «*configurabile un concordato con continuità aziendale del creditore competitor*»).

⁶⁶⁹ Termine che, comunque, sarebbe assai breve, posto che tale documentazione richiederebbe (ovviamente) del tempo per la sua (congrua) predisposizione.

⁶⁷⁰ Piano che, nell'ipotesi considerata, verrebbe ritenuto liquidatorio da parte del tribunale (disattendendo l'autoqualificazione del ricorrente).

⁶⁷¹ Per violazione del nuovo quarto comma dell'articolo 160 l.f. (così come riformulato dalla riforma del 2015).

l'accoglimento delle eventuali istanze di fallimento già formulate - in ipotesi - dai creditori insoddisfatti)⁶⁷².

⁶⁷² Con conseguenziale rischio che l'intera operazione di *restructuring* strutturata dagli *advisors* legali e finanziari venga travolta e, pertanto, con venir meno delle (concrete) possibilità di risanamento e/o prosecuzione oggettiva dell'azienda ancora produttiva.

www.osservatorio-oci.org

FONTI BIBLIOGRAFICHE E GIURISPRUDENZIALI

Bibliografia

AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e affitto d'azienda*, nota a Trib. Bolzano, 10 marzo 2015, in *ilfallimentarista.it*, 8 ottobre 2015

AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e requisiti di ammissibilità*, nota a Trib. Firenze, 19 marzo 2013, in *ilfallimentarista.it*, 6 settembre 2013

AMATORE, *Il concordato con continuità aziendale*, in AMATORE - JEANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, 2013

AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in *ilcaso.it*

AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in VASSALLI - LUISO - GABRIELLI, *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali. Le altre procedure concorsuali*, 2014

AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, in *ilcaso.it*

AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo alla luce della «miniriforma» del 2015*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 5/2015, 359 ss.

AMBROSINI, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella «miniriforma» del 2015*, in *ilcaso.it*

ARATO, *Speciale Decreto Sviluppo. Il concordato con continuità aziendale*, in *ilfallimentarista.it*, 3 agosto 2012

BALDASSARRE - PERENO, *Speciale Decreto Sviluppo. Prime riflessioni in tema di concordato preventivo in continuità aziendale*, in *ilfallimentarista.it*, 3 agosto 2012

BALDUCCI, *L'affitto d'azienda*, 2010

BAVAGNOLI, *Profili economico-aziendali e contabili*, in BAVAGNOLI - DETTILA - FERRARO - RIVA, *L'affitto d'azienda. Profili giuridici, economico-aziendali e contabili. Il suo utilizzo nelle crisi d'impresa*, 2011

BIANCO, *Brevi riflessioni economiche sul concordato preventivo in continuità*, in *ilfallimentarista.it*, 19 dicembre 2012

BOCCHINI, *La vendita di cose mobili. Artt. 1510-1536*, 2004, in BUSNELLI (diretto da) e SCHLESINGER (fondato da), *Il Codice Civile Commentario*

BONFATTI - CENSONI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, 2013

BORSARI - ZOCCA, *Affitto d'azienda come strumento negoziale per gestire la crisi d'impresa*, in *Rivista delle operazioni straordinarie*, 7/2013, 4 ss.

BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, in *fallimentiesocieta.it*

CAIAFA, *Sulla deroga all'art. 2112 cod. civ. nel trasferimento del ramo di azienda nella società in concordato preventivo prenotativo*, nota a Trib. Padova, 27 marzo 2014, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 3-4/2015, 487 ss.

CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, 2015

CAROTA, *Sulla qualità di imprenditore del disponente nel patto di famiglia*, in *Contratto e impresa*, 2008, 560 ss.

CASA, *Controversie teoriche e discussioni pratiche sull'art. 186 bis l.fall.*, nota a Trib. Terni, 12 febbraio 2013, in *Fallimento*, 2013, 1378 ss.

CATALDO, *Prosecuzione dell'impresa mediante affitto d'azienda nel concordato preventivo e offerta di pagamento dilazionato ai creditori privilegiati*, nota a Trib. Terni, 2 aprile 2013, in *Fallimento*, 2014, 459 ss.

CERADINI - CASCELLA, *L'utilizzo dell'affitto di azienda nelle operazioni di concordato preventivo*, in *Rivista delle operazioni straordinarie*, 4/2012, 4 ss.

CIAN, *L'azienda*, in CIAN (a cura di), *Diritto commerciale*, 2015

CLEMENTE, *Il concordato in continuità: proposte operative per un più efficace utilizzo dell'istituto*, in *ilfallimentarista.it*, 6 giugno 2014

COVINO - JEANTET, *Il concordato con continuità aziendale: compatibilità con l'affitto d'azienda e durata poliennale del piano*, nota a Trib. Monza, 11 giugno 2013, in *ilfallimentarista.it*, 14 novembre 2013

D'ORAZIO, *Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa*, 2013

DE TILLA - FERRARO, *Profili giuridici*, in BAVAGNOLI - DE TILLA - FERRARO - RIVA, *L'affitto d'azienda. Profili giuridici, economico-aziendali e contabili. Il suo utilizzo nelle crisi d'impresa*, 2011

DI MARZIO, *Affitto d'azienda e concordato in continuità*, in *ilfallimentarista.it*, 15 novembre 2013

DI MARZIO, *Concordato con continuità aziendale ed affitto di azienda*, nota a Trib. Bolzano, 27 febbraio 2013, in *ilfallimentarista.it*, 6 novembre 2013

DI MARZIO, *Liquidazione e continuità nel concordato preventivo*, in *ilfallimentarista.it*, 15 maggio 2013

DRAGHETTI - CARAMUSCIO - BAMPO - DE LUCA - ORNELLA - BERTI, *Affitto d'azienda*, 2010

DRAGO, *Il concordato con continuità aziendale*, in CAIAFA - ROMEO (a cura di), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2014

FABIANI, *Il concordato preventivo*, 2014, in SCIALOJA - BRANCA - GALGANO (a cura di DE NOVA), *Commentario del Codice Civile e codici collegati FERRO, Sub art. 186-bis*, in FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico - pratico*, 2014

FICO, *Affitto d'azienda successivo al deposito della domanda di concordato con riserva*, in *ilfallimentarista.it*, 20 marzo 2014

FICO, *Domanda di concordato con riserva, affitto d'azienda e concordato in continuità*, in *ilfallimentarista.it*, 6 agosto 2013

FICO, *Riflessioni sul concordato con continuità dopo il d.l. 83/2015*, in *ilfallimentarista.it*, 9 febbraio 2016

GALLETTI, *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto di azienda*, in *ilfallimentarista.it*, 3 ottobre 2012

GALLETTI, *L'insostenibile leggerezza dell'essere "concordato con continuità aziendale"*, in *ilfallimentarista.it*, 15 dicembre 2015

GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, 2015

LACCHINI, *La determinazione del canone congruo di affitto di azienda nel concordato preventivo*, in *ilfallimentarista.it*, 13 dicembre 2013

LAMANNA, *Ancora sull'incompatibilità tra affitto d'azienda e concordato con continuità aziendale*, in *ilfallimentarista.it*, 18 giugno 2015

LAMANNA, *Che cos'è e quando è configurabile il cd. concordato "misto"?*, in *ilfallimentarista.it*, 16 settembre 2015

LAMANNA, *E' opportuno che il Tribunale specifichi la natura del concordato con continuità aziendale quando pronuncia il decreto di ammissione*, in *ilfallimentarista.it*, 11 febbraio 2013

LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, in *Il Civilista*, speciale n. 3/2012

LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, in *Il Civilista*, speciale del settembre 2015

LAMANNA, *Le nuove proposte concorrenti: è configurabile un concordato con continuità aziendale del creditore competitor? A quali limiti è soggetta la sua proposta?*, in *ilfallimentarista.it*, 23 ottobre 2015

LAMANNA, *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento. Concordato preventivo - "Proposte/piani" ed "offerte" concorrenti*, in *ilfallimentarista.it*, 29 giugno 2015

LAMANNA, *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento. Concordato preventivo - Finanziamenti e contratti pendenti*, in *ilfallimentarista.it*, 29 giugno 2015

LA MALFA, *Le offerte concorrenti*, in corso di pubblicazione nel volume collettaneo *Il diritto della crisi d'impresa dopo la riforma del 2015*, a cura di AMBROSINI (editrice Zanichelli)

LA ROSA, *Le operazioni straordinarie temporanee e di cessazione delle aziende*, 2010

LEVIS - DI TRANA, *L'affitto d'azienda. Disciplina civilistica del contratto. Aspetti contabili e fiscali. Formulario*, 2006

LOLLI, *Il concordato con continuità aziendale mediante l'intervento di terzi nel processo di risanamento: alcune considerazioni*, in *Contratto e impresa*, 2013, 1086 ss.

LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure concorsuali*, 2015

MACAGNO, *Il concordato con continuità aziendale: il confine ultimo di un istituto sotto accusa*, nota a Trib. Ravenna, 28 aprile 2015, Trib. Roma, 24 marzo 2015, e Trib. Bolzano, 10 marzo 2015, in *Fallimento*, 1/2016, 77 ss.

MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, 2013, 1326 ss.

MARELLI, *Trasferimento del ramo d'azienda prima della domanda e concordato con continuità aziendale: continua il contrasto in giurisprudenza*, in *nctm.it*

NARDECCHIA, *Il concordato con garanzia e la continuità aziendale*, nota a Trib. Avezzano, 22 ottobre 2014, in *Fallimento*, 7/2015, 842 ss.

NARDECCHIA - RANALLI, *Sub art. 186-bis*, in LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento*, 2014

NARDECCHIA - RANALLI - SALVATO, *Sub art. 186-bis*, in LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento*, 2015

NIGRO - VATTERMOLI, *Art. 186-bis. Concordato con continuità aziendale*, in NIGRO - SANDULLI - SANTORO, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli*, 2014

NIGRO - VATTERMOLI, *Diritto delle crisi delle imprese: le procedure concorsuali*, 2014

NOCERA, *Concordato con riserva: omessa produzione dell'ultimo bilancio e compatibilità con la continuità aziendale*, nota a Trib. Cassino, 31 luglio 2014, in *Fallimento*, 8-9/2015, 984 ss.

PALETTA, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: aspetti economico-aziendali*, in FERRO - BASTIA - NONNO, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, 2013

PALETTA, *Tempestiva emersione dello stato di crisi e qualità dei piani di concordato: prime evidenze empiriche*, in *Fallimento*, 2013, 1037 ss.

PAOLINI, *Imprenditore individuale e affitto dell'unica azienda: aspetti fiscali*, in *Società*, 1994, 1044 ss.

PATTI, *Il pagamento di debiti anteriori ex art. 182 quinquies, comma 4, l.fall. in favore dell'affittuario in continuità aziendale*, nota a Trib. Cuneo, 31 ottobre 2013, in *Fallimento*, 2014, 191 ss.

PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fallimento*, 2013, 261 ss.

PETTIROSSI, *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2/2015, 205 ss.

QUAGLIOTTI, *L'incerta perimetrazione del concordato in continuità*, relazione al convegno *L'impresa recuperata - La soluzione delle crisi di impresa dopo il decreto sviluppo 2012* tenutosi in San Miniato (PI) il 28 marzo 2013

RIVA, *Affitto d'azienda e crisi*, in BAVAGNOLI - DE TILLA - FERRARO - RIVA, *L'affitto d'azienda. Profili giuridici, economico-aziendali e contabili. Il suo utilizzo nelle crisi d'impresa*, 2011

RIVA, *Concordato preventivo e operazioni straordinarie*, in *Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma*, quaderno n. 43 della Scuola di Alta Formazione presso l'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Milano

ROLFO - RANALLI, *Il concordato in continuità*, 2015

ROPPO, *Il contratto*, 2011, in IUDICA - ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*

RORDORF, *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, in *ilcaso.it*

SABATELLI, *Appunti sul concordato preventivo dopo la legge di conversione del d.l. n. 83/2015*, in *ilcaso.it*

SANDRINI, *L'affitto d'azienda e il concordato preventivo con continuità aziendale*, in *unijuris.it*

SAVIOLI, *Concorrenza nel mercato e per il mercato delle crisi d'impresa. Le innovazioni del D.L. 83/2015 per la procedura di concordato preventivo*, in *ilcaso.it*

STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2013, 1222 ss.

STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, 2007

TASSINARI, *L'affitto d'azienda tra norme di legge e clausole di autonomia privata*, in *Notariato*, 2010, 531 ss.

TERRANOVA, *Le nuove forme di concordato*, 2013

TOMBARI, *Alcune riflessioni sulle fattispecie del concordato con continuità aziendale*, in *ilfallimentarista.it*, 19 luglio 2013

TRENTINI, *I concordati preventivi*, 2014

VARRASI, *L'ammissibilità dell'affitto di azienda con successiva cessione nel concordato preventivo*, nota a Trib. Roma, 24 marzo 2015, in *ilfallimentarista.it*, 17 settembre 2015

VELLA (a cura di) e LAMANNA - PACCHI (con il contributo di), *Il concordato con continuità aziendale*, in FERRO - BASTIA - NONNO, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, 2013

VITIELLO, *Brevi (e scettiche) considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale*, in *ilfallimentarista.it*, 21 gennaio 2013

VITIELLO, *Concordato con continuità e liquidatorio dopo la riforma: elementi critici e proposte de iure condendo*, in *ilfallimentarista.it*, 15 ottobre 2015

VITIELLO, *Vendite concorsuali e offerte concorrenti: la fine dell'era delle proposte di concordato chiuse*, in *ilfallimentarista.it*, 2 novembre 2015

Giurisprudenza

Cass., 27 giugno 2002, n. 9354

Cass., 26 settembre 2006, n. 20815

Trib. Roma, 10 marzo 2010, in *Pluris*

Trib. Salerno, 9 novembre 2010, in *Pluris*

Trib. Arezzo, 23 novembre 2010, in *De Jure*

Trib. La Spezia, 2 maggio 2011, in *Pluris*

Trib. Milano, 27 ottobre 2011, in *De Jure*

Trib. Milano, 7 maggio 2012, in *Società*, 2012, 839 ss.

Trib. Terni, 28 gennaio 2013, in *ilcaso.it*

Trib. Como, 29 gennaio 2013, in *Pluris*

Trib. Terni, 12 febbraio 2013, in *Fallimento*, 2013, 1378 ss.

Trib. Bolzano, 27 febbraio 2013, in *ilfallimentarista.it*, 6 novembre 2013

Trib. Firenze, 19 marzo 2013, in *ilfallimentarista.it*, 6 settembre 2013

Trib. Benevento, 27 marzo 2013, in *ilcaso.it*

Trib. Firenze, 27 marzo 2013, in *commercialisti.fi.it*

Trib. Terni, 2 aprile 2013, in *Fallimento*, 2014, 459 ss.

Trib. Padova, 30 maggio 2013, in *Pluris*

Trib. Monza, 11 giugno 2013, in *ilfallimentarista.it*, 14 novembre 2013

Trib. Roma, 12 luglio 2013, in *De Jure*

Trib. Vercelli, 31 luglio 2013, inedita

Trib. Mantova, 19 settembre 2013, in *ilcaso.it*

Trib. Mantova, 17 ottobre 2013, in *ilcaso.it*

- Trib. Como, 22 ottobre 2013, in *Pluris*
Trib. Ravenna, 29 ottobre 2013, in *ilcaso.it*
Trib. Cuneo, 31 ottobre 2013, in *Fallimento*, 2014, 191 ss.
Trib. Terni, 7 novembre 2013, in *ilcaso.it*
Trib. Patti, 12 novembre 2013, in *ilcaso.it*
Trib. Milano, 13 novembre 2013, inedita
Trib. Milano, 28 novembre 2013, in *ilfallimentarista.it*
Trib. Forlì, 12 dicembre 2013, in *Fallimento*, 1/2015, 95 ss.
Trib. Roma, 29 gennaio 2014, in *Pluris*
Trib. Padova, 27 marzo 2014, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 3-4/2015, 487 ss.
Trib. Palermo, 3 giugno 2014, in *ilcaso.it*
Trib. Padova, 30 giugno 2014, in *fallimentiesocieta.it*
Trib. Mantova, 11 luglio 2014, in *ilcaso.it*
Trib. Cassino, 31 luglio 2014, in *Fallimento*, 8-9/2015, 984 ss.
Trib. Vercelli, 13 agosto 2014, in *ilcaso.it*
Trib. Ravenna, 19 agosto 2014, in *ilcaso.it*
Trib. Benevento, 25 settembre 2014, in *Pluris*
Trib. Busto Arsizio, 1 ottobre 2014, in *ilcaso.it*
Trib. Padova, 8 ottobre 2014, in *fallimentiesocieta.it*
Trib. Reggio Emilia, 21 ottobre 2014, in *ilcaso.it*
Trib. Avezzano, 22 ottobre 2014, in *Fallimento*, 7/2015, 842 ss.
Trib. Ravenna, 22 ottobre 2014, in *ilcaso.it*
Trib. Forlì, 24 dicembre 2014, in *ilcaso.it*
Trib. Monza, 13 febbraio 2015, in *ilcaso.it*
Trib. Trento, 14 febbraio 2015, in *fallimentiesocieta.it*
Trib. Bolzano, 10 marzo 2015, in *ilfallimentarista.it*, 8 ottobre 2015
Trib. Roma, 24 marzo 2015, in *ilfallimentarista.it*, 17 settembre 2015
Trib. Ravenna, 28 aprile 2015, in *Fallimento*, 1/2016, 77 ss.
Trib. Treviso, 11 giugno 2015, in *fallimentiesocieta.it*
Trib. Rovereto, 16 luglio 2015, inedita
Trib. Pordenone, 4 agosto 2015, in *De Jure*
App. Firenze, 31 agosto 2015, in *ilcaso.it*
Cass., 13 ottobre 2015, n. 20559
Trib. Udine, 15 ottobre 2015, in *unijuris.it*
Trib. Padova, 16 ottobre 2015, in *fallimentiesocieta.it*
Trib. Roma, 18 dicembre 2015, in *fallimentiesocieta.it*

Trib. Firenze, 8 gennaio 2016, in *ilcaso.it*

Trib. Alessandria, 18 gennaio 2016, in *ilcaso.it*

www.osservatorio-oci.org

RINGRAZIAMENTI

Ringrazio la Professoressa Elena S. C. Marinucci per avere acconsentito ad essere mia relatrice quando ancora non avevo sostenuto l'esame di Diritto Fallimentare.

Ringrazio la Professoressa Alessandra Daccò per avermi messo in contatto con l'avvocato Claudio Tatozzi e ringrazio quest'ultimo, nonché lo Studio Legale 5Lex Craca Di Carlo Guffanti Pisapia Tatozzi, per avermi permesso di vivere un'importante esperienza formativa e professionale negli ultimi due anni.

Ringrazio gli avvocati Daniele A. Cugini e Daniele De Russis per tutto quanto da loro pazientemente insegnatomi negli ultimi due anni.

Ringrazio soprattutto Veronica Bozzon, per avermi permesso di comprendere che è più bello amare piuttosto che essere amati, oltre che per essere stata, prima, il mio bastone e, poi, la mia energia.

Ringrazio, infine, tutti coloro che mi hanno sempre sostenuto durante il percorso universitario oggi giunto al termine.

www.osservatorio-oci.org