

STEFANO AMBROSINI

## La Cassazione risolve i dubbi sulla c.d. continuità indiretta nel concordato preventivo

Brevi note a margine di Cassazione, Sez. I Civile, 19 novembre 2018, n. 29742, Pres. De Chiara, Rel. Campese

Con l'attesa e pregevole pronuncia qui brevemente commentata, la Suprema Corte dirime l'annosa *querelle* circa la natura – liquidatoria o con continuità aziendale – del concordato preventivo basato sull'affitto di azienda o di un ramo di essa.

In piena aderenza alla tesi della continuità aziendale in senso oggettivo, da tempo propugnata in dottrina (fra i primi da chi scrive<sup>1</sup>) e progressivamente condivisa da larga parte della giurisprudenza di merito<sup>2</sup>, la Cassazione

---

<sup>1</sup> AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in *ilcaso.it*, 4 agosto 2013, p. 9. Nello stesso senso, fra gli altri, PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Fallimento*, 2013, p. 1101; ARATO, *Questioni controverse nel concordato preventivo con continuità aziendale: il conferimento e l'affitto d'azienda, il pagamento ultrannuale dei creditori privilegiati, l'uscita dalla procedura*, in *ilcaso.it.*, 9 agosto 2016, pp. 10-11. *Contra* DI MARZIO, *Affitto d'azienda e concordato in continuità*, in *ilfallimentarista.it*, 2013, p. 4, secondo il quale “continuità aziendale e affitto d'azienda si pongono in un rapporto di reciproca esclusione: dove vi è continuità non può esservi affitto d'azienda; dove vi è affitto d'azienda non vi è continuità”; GALLETTI, *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto d'azienda*, *ivi*, 2012, p. 3; VITIELLO, *Brevi e scettiche considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale*, *ivi*, 2013, p. 2; LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il decreto sviluppo*, Milano, 2012, p. 58.

<sup>2</sup> Tribunale fallimentare di Roma, *Linee guida in ordine a talune questioni controverse della procedura di concordato preventivo*, in *ilfallimentarista.it*, 6 maggio 2016, pp. 3-4: “dal momento che l'affitto costituisce null'altro che lo strumento per mantenere l'azienda in vita, la continuità sussiste anche nel caso in cui la proposta di concordato provenga da una società che abbia concesso in affitto a terzi la propria azienda, ravvisandosi in entrambi i casi l'elemento qualificante della presenza di un'azienda in esercizio”; *Linee guida interpretative su alcuni profili della L. 132/2015*, *ivi*, 17 maggio 2016, pp. 3-4. Fra le decisioni in tal senso v. Trib. Milano, 28 dicembre 2017, ric. Waste Italia SpA, inedito; Trib. Rimini, 9 novembre 2017, in *ilcaso.it*; Trib. Alessandria, 18 gennaio 2016, *ivi*; Trib. Udine, 5 maggio 2016, *ivi*; Trib. Roma, 24 marzo 2015, *ivi*; Trib. Bolzano, 10 marzo 2015, *ivi*; Trib. Reggio Emilia, 21 ottobre 2014, *ivi*; Trib. Avezzano, 22 ottobre 2014, *ivi*; Trib. Vercelli, 13 agosto 2014, *ivi*; Trib. Cassino,

sancisce la riconducibilità sia dell'affitto "ponte", sia di quello "puro" (cioè non prodromico alla cessione), all'ambito applicativo dell'art. 186-*bis*<sup>3</sup>, con quanto ne consegue in termini, da un lato, di attestazione "rafforzata" dell'esperto, dall'altro, di non operatività della soglia percentuale minima del 20% di cui all'u.c. dell'art. 160<sup>4</sup>.

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

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

La Corte, rilevato come il legislatore del 2012 abbia "inteso favorire la prosecuzione dell'attività d'impresa in senso tanto soggettivo quanto oggettivo (basti soltanto pensare alla compiuta disciplina sui contratti in corso di esecuzione o alla puntuale regolamentazione dei finanziamenti)", osserva correttamente che ciò su cui l'attenzione della legge "ha mostrato di appuntarsi è la "azienda in esercizio", indipendentemente dalla circostanza che essa sia condotta dal debitore, o da soggetti diversi. Di qui, fra l'altro, la riconducibilità dell'affitto di azienda stipulato anteriormente al deposito della domanda nel perimetro applicativo dell'art. 186-*bis*

---

31 luglio 2014, *ivi*; Trib. Mantova, 19 settembre 2013, *ivi*; Trib. Monza, 11 giugno 2013, *ivi*; fra quelle in senso contrario cfr. Trib. Como, 29 aprile 2016, *ivi*; Trib. Firenze, 1° gennaio 2016, *ivi*, Trib. Ravenna, 22 ottobre 2014, *ivi*; Trib. Busto Arsizio, 1° ottobre 2014, *ivi*.

<sup>3</sup> Il contributo dottrinale più recente dove la questione è impostata in questi termini è AMBROSINI, *Concordato preventivo con continuità aziendale: problemi aperti in tema di perimetro applicativo e di miglior soddisfacimento dei creditori*, in *ilcaso.it*, 25 aprile 2018, pp. 2-4 (che riprende, in parte, il precedente contributo *Il nuovo concordato preventivo alla luce della «miniriforma»*, in *Dir. fall.*, 2015, pp. 359 ss.).

<sup>4</sup> Sul punto cfr., in luogo di altri, SANDULLI, *La rilevanza del livello di soddisfazione dei creditori (le percentuali concordatarie)*, in SANDULLI-D'ATTORRE (a cura di), *La nuova mini-riforma della legge fallimentare*, Torino, 2016, pp. 102-103.

(fattispecie che va sotto il nome di continuità indiretta)”<sup>5</sup>.

In ordine al momento di stipulazione del contratto d'affitto d'azienda, la decisione di cui trattasi afferma, convincentemente, come risulti “affatto indifferente la circostanza che, al momento della ammissione al concordato o del deposito della domanda, l'azienda sia esercitata dal debitore o, come nel caso dell'affitto della stessa, da un terzo, in quanto, in ogni caso, il contratto d'affitto costituisce un semplice strumento per giungere alla cessione o al conferimento dell'azienda senza il rischio della perdita dei valori intrinseci, primo tra tutti l'avviamento, che un suo arresto, anche momentaneo, produrrebbe in modo irreversibile”<sup>6</sup>.

Con riferimento, poi, al rilievo dottrinale circa la non persistente “pienezza” della qualità d'imprenditore in capo al debitore che abbia concesso in affitto l'azienda prima del deposito della domanda<sup>7</sup>, la Corte, superando l'obiezione, rileva giustamente che “l'imprenditore che affitti la sua azienda conserva ancora una serie di obblighi giuridici, come il divieto di concorrenza ex art. 2557 cod. civ. e la tutela dei segni distintivi, i quali non fanno venire meno la sua natura di imprenditore commerciale a prescindere dal venir meno del suo rapporto materiale con l'azienda”.

Ed invero, come da tempo osservato, appare “incontestabile che il rischio d'impresa continui a gravare, seppur indirettamente, sul soggetto in concordato e che l'andamento dell'attività incida, in ultima analisi, sulla fattibilità del piano”<sup>8</sup>. Non a caso la Suprema Corte statuisce in proposito che, “ogni qualvolta la prosecuzione dell'attività di impresa da parte dell'affittuario (a prescindere dal momento della stipulazione del contratto di affitto) sia rilevante ai fini del piano, e cioè influenzi la soddisfazione dei creditori concorsuali, il concordato preventivo dovrà essere qualificato con continuità aziendale”<sup>9</sup>.

Quanto all'ipotesi in cui l'affitto non sia strutturato in chiave prodromica

---

<sup>5</sup> L'assunto riprende *verbatim* il corrispondente passo del saggio *Concordato preventivo con continuità aziendale: problemi aperti in tema di perimetro applicativo e di miglior soddisfacimento dei creditori*, cit., p. 2.

<sup>6</sup> Per l'opposta tesi dell'impossibilità di applicare l'art. 186-bis all'affitto d'azienda ove stipulato prima del deposito della domanda di concordato v. invece STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2013, pp. 1222 e ss.

<sup>7</sup> Cfr. FABIANI, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca al codice civile*, Bologna, 2014, p. 194, secondo il quale “il debitore, pur se non perde la qualifica di imprenditore si trasforma in «imprenditore quiescente» perché solo al momento della cessazione del contratto di affitto riprenderà, a pieno, il suo ruolo”.

<sup>8</sup> AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, cit., p. 9.

<sup>9</sup> L'assunto riproduce *verbatim* quanto osservato al riguardo da ARATO, *Questioni controverse nel concordato preventivo con continuità aziendale: il conferimento e l'affitto d'azienda, il pagamento ultrannuale dei creditori privilegiati, l'uscita dalla procedura*, cit., p. 10.

alla cessione ma risulti, per così dire, “fine a se stesso”, la Cassazione, facendo propria (testualmente) una recente opinione dottrinale sul punto<sup>10</sup>, afferma: “Discorso analogo vale, *mutatis mutandis*, per il cd. affitto puro, quello, cioè, che non risulti prodromico alla cessione dell’azienda, ma alla sua semplice dislocazione in capo all’affittuario, con successiva retrocessione, durante la fase esecutiva del piano o al termine di essa, al debitore. Non ha infatti senso annettere natura liquidatoria a tale fattispecie, nella quale il piano consente il ritorno *in bonis* dell’imprenditore addossando temporaneamente a terzi gli oneri ed i rischi connessi alla conduzione dell’attività, senza che vi sia, tendenzialmente, alcuna dismissione di cespiti aziendali (salva l’ipotesi di alienazione di beni non funzionali alla “riperimetrata” continuità, espressamente contemplata dall’art. 186-*bis* l. fall.)”.

Volendo infine accennare alle prospettive *de jure condendo*, va detto che la legge delega n. 155 del 19 ottobre 2017, con una scelta da salutare anch’essa con favore, aveva anticipato la soluzione oggi accolta dalla Suprema Corte (e anche di ciò la sentenza dà, pur fuggacemente, atto), stabilendo, nell’ambito dei principi generali (e precisamente all’art. 2, 1° c., lett. g), la necessità di “dare priorità di trattazione, fatti salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, *anche tramite un diverso imprenditore (...)*”; e individuando altresì all’art. 6, 1° c., lett. i), fra i principi e i criteri direttivi in materia di concordato preventivo, quello di “integrare la disciplina del concordato con continuità aziendale, prevedendo (...) che tale disciplina si applichi *anche nei casi in cui l’azienda sia oggetto di contratto di affitto, anche se stipulato anteriormente alla domanda di concordato*” (corsivi aggiunti).

E nello schema di decreto legislativo delegato recante il “Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza” (nella versione diffusa a novembre 2018) si prevede, al riguardo, che “la continuità può essere diretta in capo all’imprenditore che ha presentato la domanda di concordato, ovvero indiretta, in caso sia prevista la gestione dell’azienda in esercizio o la ripresa dell’attività da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, affitto, stipulato anche anteriormente alla presentazione del ricorso, conferimento dell’azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, o a qualunque altro titolo, ed è previsto dal contratto o dal

---

<sup>10</sup> Si tratta nuovamente del saggio *Concordato preventivo con continuità aziendale: problemi aperti in tema di perimetro applicativo e di miglior soddisfacimento dei creditori*, cit., pp. 4-5.

titolo il mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per i successivi due anni” (così l’art. 84, 2° c.).