

Master Universitario di Secondo livello in
“Diritto di Impresa”
a.a. 2012/2013

Il concordato preventivo con continuità
aziendale e il caso di “confine” dell’affitto
d’azienda.

Direttore del Master
Prof. Gustavo Visentini

Vincenzo Floccari

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un’autorizzazione preliminare per la riproduzione o l’impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

Abstract

Il presente lavoro ha ad oggetto l'analisi del concordato preventivo con continuità aziendale ex art. 186-bis l. fall. introdotto dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (c.d. Decreto Sviluppo), convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, con particolare riferimento alla possibilità o meno di ricondurre nel paradigma di tale norma la fattispecie dell'affitto d'azienda, posto che l'art. 186-bis l. fall. non fa alcuna esplicita menzione di detta ipotesi.

La questione non ha soltanto carattere dogmatico in quanto qualificare un concordato con "continuità" aziendale comporta, oggi, rilevanti riflessi sui contenuti e sull'estensione del piano ovvero sull'attività del professionista incaricato, nonché la possibilità o meno di applicare i benefici previsti esclusivamente per la figura tipizzata.

Trattandosi di una disciplina di recente introduzione, si è cercato di dar conto delle prime pronunce giurisprudenziali - chiaramente di merito - che hanno affrontato il tema dell'affitto d'azienda nell'ambito del nuovo concordato preventivo con continuità aziendale, nonché delle varie opinioni dottrinali che sono già state espresse sul punto.

Da un punto di vista strutturale, invece, alla descrizione del quadro normativo ante d.l. 22 giugno 2012, n. 83 segue l'analisi delle novità introdotte dalla riforma, tanto con riferimento alle possibili modalità di articolazione della domanda - nello specifico con riferimento alla fattispecie dell'affitto d'azienda - e al contenuto del piano concordatario, quanto con riferimento ai benefici previsti per la continuità aziendale.

Sommario: 1. Premessa - 2. Il concordato con continuità aziendale *ante* d.l. 83/2012. - 3. Il quadro normativo dopo il d.l. 83/2012: il concordato con continuità aziendale *ex* art. 186-bis l. fall. - 4. Le possibili modalità di articolazione della domanda. - 5. Segue. La fattispecie dell'affitto d'azienda. - 6. Le cautele: il contenuto del piano. - 7. Segue. La relazione del professionista. - 8. I benefici specifici per la continuità aziendale: il trattamento dei creditori privilegiati *ex* art. 186-bis, comma 2, lett. c), l. fall. - 9. Segue. I contratti giuridici pendenti *ex* art. 186-bis, comma 3, l. fall. - 10. Segue. la possibilità di partecipare all'assegnazione di contratti pubblici anche in raggruppamento temporaneo di imprese *ex* art. 186-bis, comma 4, l. fall. - 11. Segue. La possibilità di pagare i fornitori strategici per la continuazione dell'attività di impresa *ex* art. 182-*quinquies*, comma 4, l. fall. - 12. La

cessazione dell'attività e l'applicazione dell'art. 173 l. fall. - 13.
Conclusioni.

1. Premessa.

Il presente lavoro ha ad oggetto l'analisi del concordato preventivo con continuità aziendale *ex* art. 186-bis l. fall. introdotto dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (c.d. Decreto Sviluppo), convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, con particolare riferimento alla possibilità o meno di ricondurre nel paradigma di tale norma la fattispecie dell'affitto d'azienda. Si tratta, come si avrà modo di esporre nel prosieguo, di una delle questioni più controverse dell'intervento normativo sopra richiamato e dalla cui soluzione discendono conseguenze pratiche di non scarso rilievo. Ed infatti, dalla risposta a tale interrogativo derivano (i) rilevanti riflessi sui contenuti e sull'estensione del piano ovvero sull'attività del professionista incaricato, (ii) nonché la possibilità o meno di applicare i benefici previsti esclusivamente per la figura tipizzata. Trattandosi di una disciplina di recente introduzione, si cercherà di dar conto, per una più completa e articolata trattazione, delle prime pronunce giurisprudenziali - chiaramente di merito - che hanno affrontato il tema dell'affitto d'azienda nell'ambito del nuovo concordato preventivo con continuità aziendale, nonché delle varie opinioni dottrinali che sono già state espresse sul punto¹.

¹ Sulla disciplina del concordato in continuità si ritiene opportuno citare, senza presunzione di completezza ed oltre agli Autori che verranno citati nel prosieguo, Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, *commento all'art. 186-bis*; Ferro, Bastia, Maria Nonno, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2013; Bertacchini, *Crisi d'impresa tra contraddizioni e giuridica*

2. Il concordato con continuità aziendale ante d.l. 83/2012.

Prima dell'entrata in vigore della l. 7 agosto 2012 n. 134, il concordato basato sulla prosecuzione dell'attività di impresa era una modalità applicativa già attuata nella prassi in ragione dell'ampissimo contenuto del piano concordatario di cui all'art. 160 l. fall.². Secondo tale norma, infatti, il piano di concordato poteva (e del resto può ancora) prevedere la “ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti in qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, acollo o altre operazioni straordinarie”. Sicché, l'espressione “qualsiasi forma” ha consentito ai vari operatori del diritto di strutturare concordati con elementi di continuità anche prima della riforma. Nella prassi, però, si parlava di continuità solo con riferimento ai concordati cc.dd. “di ristrutturazione³” nei quali l'attività proseguiva, dopo la ristrutturazione, in capo alla stessa impresa, senza cessione a terzi dell'attività. In altri termini, era la stessa impresa che grazie alla

“vaghezza”. *Riflessioni a margine del c.d. Decreto Sviluppo*, in *Contratto e Impresa*, n. 2/2013, p. 315; Vitiello, *Brevi (e scettiche) considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale*, in www.ilfallimentarista.it; Terranova, *Il concordato con “continuità aziendale” e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Il diritto fallimentare*, 2013, p. 1 ss.; Schiano Di Pepe, *Il concordato preventivo con continuità aziendale nel decreto legge 83/2012. Prime considerazioni*, in *Dir. Fall.*, 2012, I, p. 482 ss.

² Lamanna, *La legge Fallimentare dopo il decreto sviluppo*, Milano, 2012, 58; Mandrioli, *Struttura e contenuti dei “piani di risanamento” e dei progetti di “ristrutturazione” nel concordato preventivo e negli accordi di composizione negoziale delle situazioni di “crisi”*, in *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione della crisi di impresa*, a cura di Bonfatti-Falcone, Milano, 461; Esposito, *Il piano del concordato preventivo tra autonomia privata e limiti legali*, in Ambrosini (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali*, Torino, 2008, 543; Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, 610 ss.

³ Concordati detti anche “di risanamento” o con continuità “soggettiva” o “diretta”.

ristrutturazione del proprio indebitamento per il tramite del concordato ritornava *in bonis* e proseguiva l'attività⁴.

In base al fenomeno applicativo da ultimo richiamato, la stessa impresa beneficiaria dell'ammissione alla procedura concorsuale minore, proprio grazie alla ristrutturazione del proprio indebitamento, ritornava *in bonis* e proseguiva la propria attività⁵.

Occorre però ricordare che l'altra grande categoria di concordati - in relazioni ai quali però non si parlava di continuità - era quella dei "concordati con cessione" a terzi dei beni, in cui la cessione avveniva per lo più in forma aggregata attraverso il trasferimento dell'azienda a terzi (c.d. "concordati liquidatori").

In buona sostanza, sino all'introduzione dell'art. 186-bis l. fall. gli operatori, nell'affrontare la crisi di impresa e nell'individuare possibili soluzioni concordatarie, potevano prospettare sostanzialmente due principali ipotesi: un piano conservativo o un piano liquidatorio. Il primo prevedeva la continuità aziendale in seno alla stessa impresa sottoposta a procedura concorsuale; il secondo la liquidazione dell'intero attivo concordatario, in termini atomistici od unitari. Vi erano poi una serie di soluzioni intermedie, che prevedevano un piano misto liquidatorio e conservativo⁶.

La figura del concordato con continuità, dunque, era generalmente ammessa entro i limiti sopra descritti, benché non fosse

⁴ Arato, *Il concordato con continuità aziendale*, in *ifallimentarista.it*. Ed ancora, Pereno – Baldassarre, *Prime riflessioni in tema di concordato preventivo in continuità aziendale*, in *ifallimentarista.it*.

⁵ Amatore, in *Il nuovo concordato preventivo*, Giuffrè, 2013, 285.

⁶ Quattrocchio – Ranalli, *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione di principi di best practice*, in www.ifallimentarista.it.

oggetto di un'autonoma disciplina rispetto alle altre forme c.d. liquidatorie. Ragione per cui si osservava che il fatto che nel piano l'attività d'impresa non era, né si sarebbe, conclusa finiva per avere, essenzialmente, una finalità descrittiva⁷.

Ciò non di meno, la continuità dell'attività di impresa c.d. diretta, contemplante, cioè, la prosecuzione dell'attività in capo alla stessa impresa e l'estinzione dei debiti (integrale ovvero nella percentuale indicata nella proposta) attraverso gli utili che l'impresa prevede di realizzare entro il periodo di durata dei piani concordatari, era, di fatto, una *rara avis*⁸.

Più spesso, infatti, la prosecuzione dell'attività di impresa si realizzava con la separazione dell'azienda dall'imprenditore che ne era prima titolare, e dunque, in una forma che può definirsi spuria, mediante la cessione (quantomeno non immediata) dell'azienda a terzi, ovvero il suo conferimento in una o più società anche di nuova costituzione (la c.d. NewCo). Il medesimo risultato era spesso realizzato anche attraverso la previa temporanea gestione dell'azienda da parte di terzi (vale a dire attraverso il ricorso allo schema classico

⁷ Lamanna, *È opportuno che il Tribunale specifichi la natura del concordato con continuità aziendale quando pronuncia il decreto di ammissione*, in www.ilfallimentarista.it.

⁸ Lamanna, cit. *sub* nota 2, 58; L'indagine condotta da Assonime su 1218 procedure riferisce che *“fino al 2009 nessun concordato preventivo prevedeva la continuazione dell'attività di impresa in capo al debitore e nel biennio 2009-2011 solo pochissimi ricorsi hanno optato per una simile eventualità, nonostante l'introduzione nel 2010 della prededuzione accordata dall'art. 182quater l. fall. In questi ultimi casi, il risanamento è stato raramente basato sull'erogazione di nuova finanza e in nessun caso è stata concessa la c.d. finanza ponte per le necessità correnti tra il deposito del ricorso e l'omologa”* Assonime, *Rapporto sull'attuazione della riforma delle legge fallimentare e sulle sue più recenti modifiche*, Roma, 2012, 45 ss.

dell'affitto d'azienda) correlata ad una successiva cessione dell'azienda allo stesso affittuario⁹.

Queste ultime due fattispecie (cessione e affitto d'azienda) fino alla riforma del 2012 sono state fatte rientrare nella categoria dei concordati liquidatori, intendendosi appunto come concordati in continuità solamente quelli in cui vi fosse continuità giuridica oltre che continuità in senso economico aziendale di sopravvivenza dell'azienda e di ripristino del *going concern*.

Sicché, nell'impianto normativo *ante* riforma: (i) il concordato con continuità aziendale non era specificatamente previsto dal legislatore, ma veniva ricondotto nell'ambito dell'art. 160 l. fall. (ii) si parlava di concordato con continuità nella sola ipotesi di prosecuzione dell'attività di impresa in capo al debitore, richiedendosi, in altri termini, la continuità del soggetto giuridico oltre che quella dell'azienda (con l'escusione, quindi, del caso di affitto d'azienda) (iii) si trattava di una opzione concordataria che non aveva un'autonoma disciplina rispetto alle altre forme concordatarie c.d. liquidatorie (iii) tale ipotesi solo raramente si è tramutata in fattispecie concreta.

3. Il quadro normativo dopo il d.l. 83/2012: il concordato con continuità aziendale ex art. 186-bis l. fall.

Il d.l. 22 giugno 2012, n. 83 , convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, ha notevolmente modificato la disciplina concorsuale, intervenendo, tra le altre cose e per quel che qui rileva, sulla fattispecie del concordato con continuità aziendale.

⁹ Amatore, cit. 277.

Tale novità, unitamente alle altre¹⁰, è contenuta nell'art. 33 del Decreto Sviluppo rubricato "*Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*" e rende pertanto evidente l'intenzione legislativa di favorire soluzioni gestorie concordate volte a garantire la prosecuzione dell'attività di impresa in un contesto economico e finanziario caratterizzato da una grave crisi, in aderenza alla teoria del c.d. *going concern*, secondo cui un'impresa operativa genera, a beneficio dei suoi creditori, ricchezza maggiore rispetto a quella ricavabile in un contesto concorsuale liquidatorio¹¹. Il legislatore, infatti, non ha inteso tutelare "*la continuità aziendale come valore in sé, ma soltanto in quanto strumentale alla soddisfazione dell'interesse del ceto creditorio*"¹². A seguito di tale intervento normativo, dunque, il concordato con continuità aziendale è divenuto una figura tipizzata e formalizzata¹³, pertanto il precedente quadro di riferimento è stato totalmente modificato.

¹⁰ Il riferimento va agli interventi riguardanti: la figura dell'attestatore, il concordato preventivo con riserva, l'accordo di ristrutturazione e ad alcuni innesti sul fronte della normativa penale.

¹¹ È stato sottolineato che "*dal punto di vista strettamente economico tale orientamento può essere letto alla luce dello sviluppo dei modelli di business e della crescente smaterializzazione di processi produttivi e attività economiche. Il peso dei beni immateriali nell'equazione del valore economico delle imprese moderne, segnala il potenziale di distruzione di ricchezza nell'ipotesi di liquidazione atomistica dei complessi aziendali. Le imprese la cui ricchezza patrimoniale non deriva principalmente da beni materiali o da strumenti finanziari monetizzabili, bensì da risorse immateriali legate al marketing, alle risorse umane, alla tecnologia e all'organizzazione, in sede di liquidazione devono ridimensionare fino ad azzerare il valore degli attivi di bilancio, lasciando una massa insufficiente rispetto alle attese dei creditori sociali*" così Paletta, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Ipsos, 2013, 231.

¹² V. Relazione al ddl, p. 30.

¹³ In dottrina è stata espressa qualche riserva sulla scelta di collocare la disciplina del concordato con continuità aziendale all'art. 186-bis, l. fall., e pertanto nel Capo VI rubricato "Dell'esecuzione, della risoluzione e dell'annullamento del concordato preventivo", laddove invece sarebbe stato più coerente con il sistema normativo introdurre tale previsione quale articolo 161*bis* o comunque nel Capo I, anche in ragione del fatto che vi sono riferimenti al concordato in continuità in articoli che precedono il 186-bis l. fall. (ad esempio l'art. 182 *quinqüies*) in questo

Oggi, infatti, con il nuovo art. 186-bis l. fall. entrambe le fattispecie, ovvero il concordato con “continuità diretta” e quello con “continuità indiretta”, vengono fatte rientrare a pieno titolo nella categoria del concordato con continuità aziendale che, a questo punto, comprende tutti i concordati in cui l’attività imprenditoriale prosegue in qualunque modo, o in capo allo stesso imprenditore ovvero in capo a terzi. Si tratta, come è stato icasticamente osservato, di una sorta di “esercizio provvisorio dell’impresa” (per usare la terminologia fallimentare dell’art. 104 l. fall.) in vista del ritorno *in bonis* della medesima impresa ovvero del trasferimento a terzi dell’attività o dell’azienda “in esercizio”¹⁴.

Il nuovo art. 186-bis l. fall., inoltre, fa rientrare nella categoria dei concordati con continuità aziendale anche quelli “misti”, quelli nei quali l’attività prosegue mediante l’utilizzazione ovvero il mantenimento in esercizio di una parte soltanto del patrimonio aziendale, mentre per l’altra parte dell’attivo - i.e. quella non “funzionale all’esercizio dell’impresa” - si prevede la liquidazione atomistica¹⁵.

De residuo, quindi, si definiscono concordati liquidatori tutti quelli in cui non sarà possibile prevedere altro che la liquidazione dei

senso Baldassarre-Pereno, *Prime riflessioni in tema di concordato preventivo in continuità aziendale*, in www.ilfallimentarista.it. Inoltre, è stato osservato che sebbene la norma si riferisca alla continuità aziendale, quest’ultima al più può essere conservata o gestita con criteri di continuità, ma ciò che, più correttamente ed in effetti può proseguire è l’attività di impresa, così Lamanna, cit. *sub* nota 2, 58

¹⁴ Arato, cit. 3.

¹⁵ Arato, cit. 3.

singoli beni senza alcuna valorizzazione sistematica di tutti o di parte degli stessi¹⁶.

Va, però, subito precisato che quanto appena affermato vale solo con riferimento alle possibili articolazioni della domanda, in quanto, come si avrà modo di esporre successivamente, affinché possa ricorrere la figura concordataria in continuità occorrono ulteriori requisiti.

4. Le possibili modalità di articolazione della domanda.

Fatto tale inquadramento di carattere generale, si rende ora necessario verificare nello specifico quali siano le possibili modalità di articolazione della domanda *ex art. 186-bis l. fall.*, atteso che da essa dipende in *primis* - non certo l'accesso alla procedura, bensì - la possibilità per l'imprenditore di beneficiare delle specifiche agevolazioni previste per l'ipotesi della continuità. Peraltro, tali diverse articolazioni hanno riflessi anche sui contenuti e sull'estensione del piano oltre che sull'attività del professionista incaricato.

Per meglio comprendere i termini della riforma, giova riportare integralmente il testo della norma nella parte che qui interessa.

Ebbene, l'art. 186-bis, comma 1, l. fall. dispone che: *“Quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e) prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di*

¹⁶ È stato affermato che *“il nuovo criterio sulla base del quale è impostato il discrimen tra fattispecie in continuità e fattispecie liquidatorie è, più correttamente rispetto al passato, di natura squisitamente economico aziendale. Ancora una volta il legislatore riconferma la centralità del concetto di azienda come sistema complesso in grado di creare ricchezza e pertanto degno di specifica attenzione e di particolare tutela”*, così Riva-Cesare, in *Esercizio provvisorio e strumenti alternativa per la continuità aziendale*, Ipsa, 2013, 124.

nuova costituzione, si applicano le disposizioni del presente articolo. Il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa".

Dalla lettura della disposizione, pare dunque possibile delineare le seguenti ipotesi:

(i) concordato con continuità diretta, nel quale l'attività di impresa prosegue da parte del debitore;

(ii) concordato con continuità indiretta, nel quale l'attività di impresa prosegue in capo a terzi mediante la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione.

Inoltre, sia nell'ambito della continuità diretta sia in quello della continuità indiretta è altresì possibile prevedere la liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa.

5. Segue. La fattispecie dell'affitto d'azienda.

Alla luce di quanto detto occorre chiedersi se la fattispecie dell'affitto d'azienda rientri nel perimetro applicativo dell'art. 186-bis l. fall., posto che la norma non fa alcuna esplicita menzione di detta ipotesi.

Si tratta, come già evidenziato in premessa, di una delle questioni interpretative più controverse dell'intervento normativo del 2012, date anche le sue rilevanti implicazioni di ordine pratico.

Preliminarmente conviene chiarire il perché nella pratica la via dell'affitto d'azienda nell'ambito di un concordato preventivo sia una strada particolarmente seguita.

La scelta dello strumento dell'affitto d'azienda è dettata il più delle volte dall'esigenza di attuare un intervento tempestivo - nel bel

mezzo della crisi e prima che la stessa fagociti per intero lo “sfortunato” progetto imprenditoriale - volto ad assicurare la continuazione dell’attività d’impresa in capo ad un nuovo imprenditore che non vuole, da un lato, rispondere delle passività pregresse e, dall’altro lato, perdere l’avviamento dell’impresa in crisi. Inoltre, nella quasi totalità dei casi, il nuovo imprenditore vuole anche acquistare l’impresa e ciò lo fa per il tramite di una proposta sospensivamente condizionata all’omologa del concordato preventivo.

Il quesito circa la possibilità di ricondurre l’ipotesi dell’affitto d’azienda nel perimetro applicativo dell’art. 186-bis l. fall. non è di facile soluzione ed ha portato la dottrina e la giurisprudenza - per il momento chiaramente solo di merito - ad esprimere opinioni non univoche.

L’esame del panorama giurisprudenziale e dottrinale conduce ad individuare due contrapposte letture: una avente carattere soggettivo; l’altra avente carattere oggettivo. Vi sono poi una serie di tesi intermedie che, pur sempre basandosi in definitiva su criteri soggettivi o oggettivi, tengono in considerazione anche le modalità “temporali” in concreto adottate per articolare la proposta di affitto d’azienda.

Da un lato, vi è chi esclude in radice la possibilità di qualificare “con continuità aziendale” una domanda di concordato che preveda l’ipotesi dell’affitto d’azienda, in ragione del fatto che in tal caso si verifica una dissociazione tra titolarità dell’impresa ed esercizio della stessa, nonché in virtù del fatto che l’espressione legislativa “*cessione d’azienda in esercizio*” sembra escludere l’ipotesi dell’affitto d’azienda dal

perimetro applicativo dell'art. 186-bis l. fall. ricomprendendo, invece, solo il caso del trasferimento in proprietà dell'azienda a terzi¹⁷.

Tale orientamento rileva, infatti, che “*non avrebbe senso imporre l'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, delle risorse necessarie e delle relative modalità di copertura (art. 186-bis co. 2) lett. a), nonché l'attestazione che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori (art. 186-bis co. 2) lett. b), laddove si tratti di condizioni di rischio proprie dell'affittuario, che non ricadrebbero dunque sul ceto creditorio, quantomeno a fronte di un compenso (canone di affitto di azienda) che sia predeterminato in misura fissa, e non parametrato sull'andamento dell'attività svolta dall'affittuario*”¹⁸.

In altri termini, dunque, secondo tale tesi l'incompatibilità tra il concordato con continuità aziendale e l'affitto d'azienda è fondata sul rilievo per cui il rischio d'impresa collegato alla continuità aziendale non si può trasferire sull'affittuario, che è terzo estraneo all'attività imprenditoriale¹⁹. Si tratta dunque di una lettura avente carattere puramente soggettivo.

¹⁷ Parla genericamente di incompatibilità tra affitto d'azienda e concordato con continuità aziendale - senza distinguere a seconda del momento in cui l'azienda viene affittata - D. Galletti, *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto d'azienda*, in www.ifallimentarista.it, il quale afferma, tra l'altro, che “*la disciplina non è applicabile all'affitto d'azienda, ove il rischio descritto incombe direttamente sull'affittuario e non sul debitore; debitore che al limite può essere remunerato in modo variabile e parametrato all'andamento della gestione, ma non risponde delle passività contratte dall'affittuario. D'altro canto l'espressione “cessione d'azienda in esercizio” pur nella sua evidente tecnicità, è riferibile solo al trasferimento in proprietà dell'azienda a terzi*”. In questo senso anche L. Quagliotti, *l'incerta perimetrazione del concordato in continuità*, *Relazione al convegno L'impresa Recuperata – la soluzione delle crisi d'impresa dopo il decreto sviluppo 2012*.

¹⁸ Tribunale Terni, 28 gennaio 2012, in www.ilcaso.it

¹⁹ F. Di Marzio, in www.ifallimentarista.it, afferma che “*in virtù del contratto di affitto, l'azienda è restituita al mercato; è condotta sotto la responsabilità dell'affittuario: il quale sopporta il relativo rischio di impresa. Non sarebbero prospettabili, nemmeno in tesi, norme di favore quali quelle previste dalla legge fallimentare con riguardo alla continuità aziendale, di cui mai*

Dall'altro lato, invece, vi è chi sostiene che la fattispecie del concordato con continuità aziendale, ai sensi dell'art. 186-bis l. fall., vada intesa in senso oggettivo nel senso che occorre fare riferimento al dato per l'appunto oggettivo della prosecuzione dell'attività di impresa. Risulta, dunque, irrilevante sotto il profilo soggettivo che a proseguire l'attività sia il debitore oppure un terzo, anche mediante un affitto d'azienda in vista della successiva cessione²⁰.

Partendo da tale considerazione è stato affermato in giurisprudenza che *“in tutti i casi in cui l'imprenditore intenda avvalersi dello strumento del contratto di affitto di azienda, l'attività di impresa continua a proseguire in capo allo stesso”*. Inoltre è stato sottolineato che *“l'art. 186-bis l. fall. nel prevedere la forma della prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, non distingue fra attività esercitata direttamente ed attività esercitata indirettamente dal debitore imprenditore. Pertanto pare logico ritenere che l'attività di affitto d'azienda sia necessariamente compresa nell'esercizio dell'attività di impresa. Infatti, nel caso dell'affitto d'azienda, anche solo di un ramo di essa, da parte dell'imprenditore, non cessa nel modo più assoluto la sua attività di impresa, in quanto lo stesso avrà dei ricavi, rappresentati dal canone variabile o fisso e dei costi, composti in via esclusiva o parziale dalla gestione dei/l contratti/ o d'affitto. Il contratto d'affitto d'azienda è, quindi, semplicemente uno strumento con cui*

potrebbe giovare non l'imprenditore in procedura bensì un soggetto estraneo alla procedura medesima (...). In conclusione, poiché l'unico problema posto dalla continuità aziendale è nella sopportazione del rischio d'impresa da parte dei creditori concorsuali, tutte le volte che questo rischio di impresa non è sopportato o non è più sopportato dai creditori concorsuali, non si pone questione di continuità aziendale. Con riguardo al contratto di affitto, possiamo allora dire che continuità aziendale e affitto d'azienda si pongono in un rapporto di reciproca esclusione: dove vi è continuità aziendale non può esservi affitto d'azienda; dove vi è affitto d'azienda non può esservi continuità aziendale”.

²⁰ In dottrina, di questa opinione, seppur con alcune precisazioni in ordine alle diverse modalità di articolazione della domanda, S. Ambrosini, in *Profili giuridici della crisi di impresa alla luce della riforma del 2012*, in Ambrosini-Andreani-Iron, *Crisi d'impresa e restructuring*, Milano, 2013, 79 ss.

l'imprenditore potrà proseguire la sua attività non venendo meno per questo l'obbligo di indicare quanto specificatamente dettato dall'art. 186-bis lettere a) e b) l. fall.²¹”

Queste due soluzioni non sono state invece condivise dal Tribunale di Roma²² il quale, dopo averle definite non “*pienamente convincenti*”, si è preoccupato di verificare se il debitore affittante possa essere ritenuto imprenditore commerciale.

Non v'è dubbio - afferma il tribunale capitolino - che “*la norma dell'art. 186-bis l. fall. nel fare riferimento all'esercizio dell'azienda da parte del debitor abbia inteso effettivamente riferirsi alla sola ipotesi in cui il proponente (quanto meno con riferimento all'azienda esercitata) rivesta la qualifica di imprenditore. Tale qualifica è stata più volte negata dalla giurisprudenza di legittimità proprio al soggetto che, al di fuori di una specifica attività di carattere imprenditoriale, sia precettore di un reddito derivante dall'affitto d'azienda*”.

A ben vedere tale motivazione non coglie nel segno per due ordini di ragioni.

In primo luogo perché in dottrina si ritiene che l'imprenditore mantenga tale qualificazione nonostante il definitivo abbandono dell'attività caratteristica e fino a quando non abbia completato la liquidazione dei cespiti aziendali: il che equivale a dire, nella sostanza, che anche la liquidazione è a tutti gli effetti attività d'impresa²³.

In secondo luogo perché, l'esclusione dal fallimento (e dal concordato) opera, *ex art. 10 l. fall.*, soltanto una volta che sia trascorso

²¹ Tribunale di Bolzano, 27 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*

²² Tribunale di Roma, 12 luglio 2013, inedita. Il caso trattato dal tribunale capitolino riguardava un concordato preventivo nel quale l'ipotesi dell'affitto d'azienda, finalizzato alla successiva liquidazione, era un elemento del piano.

²³ Tra i tanti, Bonfante-Cottino, *L'imprenditore*, in Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, I, Padova, 2011, 556-556

l'anno dalla cancellazione dal registro delle imprese (e, per gli imprenditori individuali, dal momento, anche anteriore, in cui si sia verificata la cessazione dell'attività²⁴), con la conseguenza che in quel lasso di tempo deve comunque ritenersi ammissibile la presentazione del ricorso per concordato preventivo.

In definitiva, colui che affidi all'affittuario l'attività di impresa - almeno con riferimento al campo fallimentare - continua a mantenere in capo a se la qualità di imprenditore commerciale.

Le tesi appena descritte - espresse in termini generali - non tengono in considerazione le diverse variabili che possono riguardare un contratto d'affitto stipulato nell'ambito ovvero in vista di un concordato preventivo. Si rende pertanto necessario esaminare le opinioni interpretative che si sono formate in relazione alle modalità "temporali" in concreto adottate per articolare la proposta di affitto d'azienda.

A tal proposito, infatti, occorre distinguere l'affitto "fine a se stesso", vale a dire quello che non incorpori un impegno ovvero una promessa ad acquistare l'azienda (od un suo ramo), da quello prodromico al trasferimento del complesso aziendale (o di un ramo di esso) il c.d. affitto "ponte cessione".

La prima ipotesi sembra proprio non rientrare nel perimetro applicativo dell'art.186-bis, primo comma, l. fall., atteso che tale disposizione parla letteralmente di "*prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore*" ovvero di "*cessione dell'azienda in esercizio*" o ancora di

²⁴ Cavalli, *I presupposti del fallimento*, in Ambrosini-Cavalli-Jorio, *Il fallimento*, in Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XI, 2, Padova, 2009, 88 ss.

“conferimento dell’azienda in esercizio in una o più società”²⁵. In questo caso, ha chiarito la giurisprudenza di merito, “non v’è alcuna necessità di garantire i creditori concorsuali dai rischi della prosecuzione dell’attività, giacché l’imprenditore-proponente non risponde dei debiti dell’affittuario; non v’è quindi alcuna ragione per applicare la disciplina – di natura imperativa – di cui all’art. 186-bis L.F., che impone tra l’altro la previsione di un vero e proprio budget nel piano concordatario, nonché un particolare contenuto dell’attestazione del professionista, e detta una speciale disciplina per i rapporti pendenti”²⁶”

Con riferimento alla seconda ipotesi - che presuppone, ripetesì, che l’affittuario si impegni irrevocabilmente all’acquisto - occorre distinguere a seconda che il contratto di affitto costituisca un elemento del piano concordatario o che, invece, esso sia stato già stipulato prima del deposito del ricorso *ex art. 161 l. fall.*

Il primo caso viene ricondotto dalla dottrina maggioritaria alla fattispecie in esame senza particolari problemi²⁷. Anche la giurisprudenza di merito ha avuto modo di pronunciarsi positivamente su questa modalità di articolazione del piano sottolineando che *“Nel concordato preventivo la previsione dell’affitto come elemento del piano concordatario,*

²⁵ In questo senso, G. Covino – L. Jeantet, *Il concordato con continuità aziendale: compatibilità con l’affitto d’azienda e durata poliennale del piano*, in *www.ilfallimentarista.it*; S. Ambrosini cit.

²⁶ Tribunale di Patti, 12 novembre 2013, in *www.ilcaso.it*

²⁷ Sul punto, Maffei Alberti, cit. 1328 *“nessun dubbio che, in tal caso la norma si applichi direttamente, per espressa previsione del 1° co., laddove si fa riferimento ad un piano che preveda la cessione dell’azienda in esercizio”*. Nello stesso senso anche S. Ambrosini, cit. il quale precisa che *“Naturalmente, la fattibilità del piano dipende, in tale evenienza, dai flussi derivanti dal pagamento sia dei canoni, sia del prezzo di acquisto (calcolato, di regola, al netto dei canoni in conto prezzo), sicché il contenuto dell’attestazione deve incentrarsi, in tale ipotesi, sull’idoneità dell’affittuario-promissario acquirente a far fronte ai propri impegni, grazie non soltanto al patrimonio di cui dispone o alle garanzie su cui è in grado di fare affidamento, ma anche alla realizzazione di un adeguato piano industriale”*; L. Stanghellini, *Il concordato con continuità*

purché finalizzato al trasferimento dell'azienda e non destinato alla mera conservazione del valore dei beni aziendali al fine di una loro più fruttuosa liquidazione, e benché non espressamente contemplata dalla norma in questione, deve ritenersi riconducibile all'ambito disciplinato dall'art. 186-bis l.fall..". Dopo aver effettuato la superiore precisazione la medesima giurisprudenza ha chiarito che *"Lo spartiacque tra concordato liquidatorio e con continuità aziendale, secondo il nuovo disegno introdotto dal "decreto sviluppo" (d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in l. 7 agosto 2012, n. 134, in vigore dall'11 settembre 2012) è di tipo oggettivo e non soggettivo, rilevando in via principale che l'azienda sia in esercizio tanto al momento dell'ammissione al concordato, quanto all'atto del suo successivo trasferimento 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* ²⁸.

Il seconda caso - quello cioè relativo all'affitto che precede il deposito della domanda di concordato e contenente un impegno irrevocabile all'acquisto - è forse quello più problematico.

Di primo acchito, sembra che siano due gli ostacoli che non consentono di qualificare come concordato con continuità l'ipotesi in esame. Si tratto nello specifico di due osservazioni che discendono da una interpretazione letterale dell'art. 186-bis l. fall.: da un lato, infatti, sembra che la norma richieda che sia il piano a prevedere la cessione dell'azienda o il conferimento (e, quindi, non un contratto ad esso anteriore quale il contratto d'affitto); dall'altro lato, invece, sembra che

aziendale, in Il fallimento 10/2013, 1230 ss.; A. Patti, Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento, in Il fallimento 3/2013, 269.

²⁸ Tribunale di Cuneo, 29 ottobre 2013, in www.ilcaso.it; nello stesso senso anche Tribunale di Mantova 19 settembre 2013, in www.ilcaso.it, il quale ha affermato che *"Può rientrare nella previsione dell'art. 186-bis L.F. l'ipotesi in cui prima della presentazione della domanda di concordato la proponente abbia affittato l'azienda in esercizio, contemplando nel piano la prosecuzione dell'attività per mezzo della cessione dell'azienda"*.

la norma richieda che sia proprio l'imprenditore in crisi, nel momento in cui deposita la domanda, ad essere alla guida dell'azienda.

Parte della dottrina ha però precisato che tali ostacoli potrebbero essere superati laddove si consideri che (i) nulla esclude che il piano faccia riferimento a un contratto già in essere e che si fondi sull'esecuzione di esso (ii) la continuità potrebbe essere collegata al dato oggettivo che l'azienda sia in esercizio a prescindere dal soggetto che la conduce²⁹.

A tal proposito giova evidenziare come vi sia un filone giurisprudenziale volto a ricomprendere nella nozione di concordato in continuità anche l'ipotesi dell'affitto d'azienda stipulato anteriormente alla presentazione della proposta concordataria, ovviamente con impegno irrevocabile all'acquisto. È stato affermato, infatti, che *“Risulta applicabile la disciplina dettata dall'art. 186-bis l. fall. ed i relativi benefici anche all'ipotesi di piano concordatario che preveda la prosecuzione dell'attività di impresa tramite l'affitto d'azienda, dovendosi rintracciare la prevista “cessione dell'azienda in esercizio” allorché, essendo stato già attuato l'affitto d'azienda, sia altresì prevista la cessione d'azienda al medesimo affittuario, che in tal senso si è impegnato sottoscrivendo la proposta d'acquisto³⁰”*. Il medesimo tribunale ha inoltre

²⁹ Così, S. Ambrosini cit.; G. Covino – L. Jeantet, cit.. Inoltre, la medesima conclusione, ma con diverse motivazioni, viene proposta da A. Patti, cit. il, quale sostiene che *“anche per l'affitto anteriore e pertanto pendente al momento della domanda, si verta a pieno titolo nell'ipotesi di concordato con continuità. E ciò per la prosecuzione dell'attività imprenditoriale (che non cessa, essendo anzi presupposta dal divieto di concorrenza stabilito dall'art. 2557, quarto comma c.c., per l'affitto dell'azienda, che di regola comporta, nei rapporti con i terzi, il subentro dell'affittuario, nella posizione del locatore), secondo una particolare disposizione del debitore (se si vuole, non diversa, salvo che nella modalità tecnica, dall'allocazione che della medesima azienda egli faccia presso altri, soggetto cessionario o conferitario), di natura temporanea, in quanto destinata alla retrocessione nel suo patrimonio (cui mai venuta meno), per effetto di naturale scadenza convenzionale ovvero di scioglimento, a norma dell'art. 169 bis, primo comma l. fall., in quanto contratto appunto pendente”*.

³⁰ Tribunale di Firenze, sez. II 19 marzo 2013, in www.ilfallimentarista.it

affermando che *“appare evidente dalla lettura della norma di legge, che ciò che caratterizza il concordato in continuità è l'elemento oggettivo della prosecuzione della attività di impresa, essendo del tutto irrilevante il soggetto che tale continuazione garantisce, se il debitore, o imprenditore/società diversa (alla quale il debitore partecipi o meno) mediante cessione o conferimento”*.

L'impostazione, tuttavia, non appare convincente dal momento che il primo comma dell'art. 186-bis l. fall. fa espresso riferimento ad un piano che preveda la cessione o il conferimento dell'azienda *“in esercizio”*. Il che sembra presupporre la gestione diretta dell'impresa anche dopo la presentazione della domanda di concordato.

Non sembra che la cessione o il conferimento possano essere configurate come fattispecie realmente autonome, in quanto pare più corretto ritenere che la norma vada interpretata nel senso che l'azienda venga conservata in esercizio fino al momento del trasferimento. In altri termini l'imprenditore che vuole beneficiare delle specifiche agevolazioni previste per la fattispecie tipica non si dovrebbe spogliare della gestione dell'azienda prima della presentazione della domanda.

Sulla scorta di quanto precede appare ragionevole affermare che - eccezion fatta per l'ipotesi dell'affitto d'azienda fine a se stesso chiaramente non riconducibile alla fattispecie tipica qui esaminata - rientra nel perimetro applicativo dell'art. 186-bis l. fall. soltanto l'ipotesi dell'affitto d'azienda successivo al deposito della domanda quale elemento del piano, purché ovviamente l'affittuario si impegni irrevocabilmente all'acquisto. Di contro non dovrebbe rientrare il caso dell'affitto precedente il deposito della domanda, in quanto la gestione è già stata trasferita all'affittuario e, pertanto, non sarà applicabile la disciplina specifica della *“continuità aziendale”*. In questo caso il piano prevederebbe pur sempre la cessione dell'azienda *“in esercizio”*, come

previsto dall'art. 186-bis primo comma, lett. b), l. fall., ma non da parte del debitore.

Individuate le diverse modalità di articolazione della domanda con riferimento all'affitto d'azienda, si rende necessario individuare un criterio volto a qualificare la fattispecie e, quello soggettivo, sembra essere quello più aderente al testo e alla *ratio* della norma.

6. Le cautele: il contenuto del piano.

Come brevemente accennato in precedenza, affinché sia integrata la fattispecie tipica del “concordato con continuità aziendale” non è sufficiente la prosecuzione dell'attività di impresa secondo la triplice modalità prevista in modo legalmente tipico dall'art. 186-bis l. fall., eventualmente anche mediante l'ipotesi dell'affitto d'azienda. Tale condizione è sì assolutamente necessaria, ma non sufficiente³¹.

Occorrono infatti anche due ulteriori requisiti formali previsti dal secondo comma dell'art. 186-bis l. fall., e cioè che:

(i) il piano *ex* art. 161, secondo comma, lettera e) l. fall.³² contenga anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività di impresa, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura;

³¹ Lamanna, cit. *sub* nota 2, 1.

³² Art. 161, secondo comma, lett. e) l. fall. “l debitore deve presentare con il ricorso: un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta”.

(iii) la relazione del professionista di cui all'art. 161, terzo comma, l. fall.³³, attesti che la prosecuzione dell'attività d'impresa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

In estrema sintesi, dunque, la nuova disciplina richiede al debitore concordatario che aspira alla continuità - o meglio ai benefici della continuità - di rappresentare nel piano alcune specifiche indicazioni, che sono pertanto aggiuntive rispetto a quelle ordinarie. Si tratta in tutta evidenza di misure volte a ridurre il rischio che la continuità aziendale si risolva in un danno per i creditori stessi e che, pertanto, possono essere definite come vere e proprie cautele per i creditori stessi³⁴. La disposizione mira a fornire ai creditori adeguata evidenza, anche sotto il profilo economico e patrimoniale, delle conseguenze della continuazione della continuità aziendale, affinché essi possano soppesare con attenzione la proposta³⁵.

Con riferimento alla prima delle due cautele, ai sensi dell'art. 186-bis, comma 2, lett. a) il piano di concordato dovrà, dunque, contenere, oltre alla descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, anche l'analitica indicazione:

(i) dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività di impresa;

³³ Art. 161, terzo comma, l. fall. "Il piano e la documentazione di cui ai commi precedenti devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo".

³⁴ L. Stanghellini, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il Fallimento* 10/2013, secondo cui "le cautele, in particolare, sono dovute alla assoluta peculiarità del "bene continuità aziendale e dalla sua ambivalenza". Da un lato, la decisione se mantenere o meno la continuità aziendale non può essere rimandata, in quanto la perdita della continuità aziendale medesima (con il conseguente scattare di valori di liquidazione in sostituzione dei valori di continuità) è tendenzialmente irreversibile, ma, dall'altro, il vantaggio della continuità aziendale non è certo"

(ii) delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura.

L'indicazione dei costi/ricavi, da un lato, e delle risorse finanziarie, dall'altro, rappresentano le due facce della stessa medaglia "di pianificazione": soltanto muovendo dai costi e dai ricavi, infatti, è poi possibile poi individuare i fabbisogni finanziari necessari per realizzare il piano.

Con specifico riferimento al punto (i) che precede, sembra che la norma richieda che il piano di continuità debba guardare, prima di tutto, alle grandezze economiche, nella consapevolezza che il processo di pianificazione muova dal conto economico di previsione, sul quale si riflettono le eventuali azioni industriali ed organizzative programmate³⁶.

Tale osservazione, trova anche una conferma, nelle Linee Guida professionali dell'ordine dei dottori commercialisti³⁷, le quali definiscono il conto economico di previsione un prospetto che descrive, rappresenta e quantifica, secondo stime e previsioni, i componenti positivi e negativi che concorrono alla formazione del reddito in ciascuno dei periodi che compongono l'arco temporale di previsione del *business plan*. La formulazione del conto economico di previsione risulta, dunque, essenziale, in quanto consente di stimare la capacità di autofinanziamento dell'impresa, contribuendo alla successiva pianificazione finanziaria.

³⁵ Ambrosini, cit. 79 ss.

³⁶ Lo Cascio, *sub art. 186-bis*, in *Codice commentato del fallimento*, II edizione, Ipsoa.

Con riguardo al tema di quali costi e quali ricavi debbano essere indicati nel piano, è stato osservato che occorre riferirsi a tutti i costi e tutti i ricavi connessi alla prosecuzione dell'attività, in coerenza con il dettato normativo, senza che sia necessario adottare una logica "differenziale" rispetto ai ricavi e ai costi che sarebbero comunque sostenuti anche ove non si optasse per la continuità aziendale. Una simile logica differenziale, se appare coerente con la prospettiva della valutazione di convenienza, sotto il profilo del giudizio di fattibilità del piano e di riequilibrio finanziario non lo è affatto, poggiando tale giudizio su una valutazione complessiva dei dati economici e finanziari³⁸.

Come già detto [al punto (ii) che precede], il piano deve essere anche finanziario, deve cioè contenere informazioni sui flussi finanziari complessivi previsti per la realizzazione del progetto. Conseguentemente, il piano finanziario deve esplicitare le relative coperture finanziarie ipotizzate e fornire informazioni in merito ai loro elementi fondamentali: ammontare, forme tecniche di reperimento, tempi e costi.

Sul punto è stato osservato che, contrariamente a quanto affermato in tema di costi e ricavi, la logica "differenziale" possa essere adottata, in quanto adatta a dare una compiuta rappresentazione degli effetti della continuità aziendale. Si intende far riferimento, in particolare, ai valori di attività preesistenti che divengono realizzabili

³⁷ CNDCEC, *Linee Guida per la redazione del business plan*, pubblicate a cura del Gruppo di lavoro dell'Area finanza aziendale del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli esperti contabili nel maggio 2011.

³⁸ Lo Cascio, *cit.* 2292.

solo attraverso la prosecuzione dell'attività e che sarebbero, invece, persi nell'ipotesi di interruzione della stessa³⁹.

Altro elemento cardine del processo di pianificazione è costituito dalla definizione dell'orizzonte temporale che deve essere coperto dal piano.

Nel silenzio della norma si ritiene che la stessa vada valutata alla luce delle due diverse forme in cui può esprimersi la continuità aziendale: nella forma diretta o in quelle indiretta.

A tal proposito è possibile considerare, per un verso, che nella continuità diretta l'indicazione dei costi e dei ricavi non può che estendersi fino a quando il debitore non superi la crisi, onde poter soddisfare nei limiti proposti, e con le previste modalità, i creditori concorsuali⁴⁰, mentre nella continuità indiretta, invece, la questione si presenta in termini diversi a seconda della modalità in cui si articola la continuità. Ci si è chiesti, infatti, se nel caso di continuità aziendale realizzata attraverso un nuovo soggetto imprenditoriale, il contenuto del piano debba o meno estendersi anche ai costi e ricavi, alle risorse finanziarie e alla relative fonti derivanti dalla prosecuzione dell'attività in capo al nuovo soggetto, in quanto si tratta di un soggetto che si pone al di fuori del perimetro concordatario e non è soggetto alla vigilanza degli Organi della procedura.

La risposta dipende dalle modalità attraverso le quali si articola la continuità.

Nel caso in cui il trasferimento e il conferimento si realizzino immediatamente, con la previsione di pagamento immediato o garantito

³⁹ Lo Cascio, cit. 2291

⁴⁰ Lamanna, cit. 60.

del prezzo, sembra ragionevole ritenere, come autorevolmente osservato⁴¹, che il piano non debba e non possa contemplare le dinamiche dell'azienda, una volta che questa sia trasferita all'acquirente. In tal caso, infatti, la gestione successiva da parte dei terzi non è idonea, neanche in minima parte, ad influire sulle sorti del concordato. Si tratta, ad ogni modo, di una ipotesi statisticamente poco frequente⁴².

A conclusioni diverse si giunge nel caso in cui la continuità sia attuata mediante affitto e successiva cessione dell'azienda ad una società di nuova costituzione, con previsione di pagamento del prezzo dilazionato nel tempo e non garantito. In tal caso il piano dovrebbe riportare una verifica circa la sostenibilità del piano aziendale in capo alla società cessionaria, in quanto esso comunque rileva, in via immediata, ai fini del soddisfacimento dei creditori⁴³. Tale conclusione si adatta, inoltre, a tutte le ipotesi di continuità indiretta nelle quali il soddisfacimento dei creditori sia condizionato, anche solo in via mediata, dalla prosecuzione dell'attività d'impresa e dal ripristino di condizioni di equilibrio della stessa.

7. Segue. La relazione del professionista.

⁴¹ Lo Cascio cit. 2290;

⁴² Lamanna, cit. *sub* nota 2, 60.

⁴³ Tuttavia, in dottrina si evidenzia che “*anche nella diversa ipotesi di cessione dell'azienda con pagamento immediato del prezzo, il piano dovrebbe contenere anche un esame delle vicende dell'azienda presso il cessionario almeno quando la prosecuzione aziendale sia funzionale anche alla esecuzione della liquidazione dei restanti assets aziendali non trasferiti, ipotesi in cui l'ambito temporale di osservazione non si ferma al momento dell'incasso del prezzo, ma deve estendersi fino a quello del completamento dei lavori dai quali dipende l'incasso dei crediti, come avviene normalmente allorché le imprese lavorano su commesse e presentano crediti per acconti, la cui recuperabilità, qualora non siano stati trasferiti con l'azienda, è subordinata alla prosecuzione e al regolare completamento delle commesse in corso*”, così Quattrocchio-Ranalli, *Il Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione di principi di best practice*, in www.ilfallimentarista.it

La seconda cautela prevista a tutela dei creditori dal legislatore riguarda il contenuto della relazione dell'asseveratore. L'art. 186-bis, comma 2, l. fall., richiede, infatti, che la relazione del professionista attesti che *“la prosecuzione dell'attività d'impresa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori”*⁴⁴.

Ciò vuol dire che il salvataggio del valore dell'impresa non solo non deve andare a detrimento delle ragioni dei creditori, ma deve addirittura proporsi quale soluzione migliore possibile rispetto alle altre alternative percorribili.

Si tratta di una previsione ulteriore che si aggiunge, per il solo caso del concordato in continuità, alla verifica sulla veridicità dei dati e sulla fattibilità del piano e che comporta la necessità per l'attestatore di esprimersi sulla convenienza della proposta. Il professionista è dunque tenuto a un giudizio sulla efficienza della attività di impresa a contenere il depauperamento conseguente al fenomeno della crisi, scongiurando l'esito di una (ancor più) ridotta possibilità di soddisfacimento dei creditori. La norma però non specifica quale sia il termine di paragone rispetto al quale l'attestatore è chiamato a formulare il proprio giudizio. Tuttavia pare ragionevole ritenere che il professionista debba effettuare un confronto, in termini di convenienza, tra la prosecuzione dell'attività di impresa e il caso di non prosecuzione dell'attività.

Quest'ultima situazione sembra però essere corrispondere con l'ipotesi di una liquidazione fallimentare, salvo che ricorrano i presupposti per una liquidazione volontaria⁴⁵. Non sembra infatti

⁴⁴ È stato sottolineato che subordinare la prosecuzione dell'attività di impresa sempre e comunque al miglior soddisfacimento dei creditori sembra configurare un possibile arretramento delle finalità della riforma, così Lamanna, cit. *sub* nota 2, 61.

⁴⁵ Lo Cascio, cit. 2297; dello stesso avviso anche Ranalli, *Il giudizio integrativo sul miglior soddisfacimento dei creditori nei concordati in continuità: un profilo centrale*

prospettabile un giudizio comparativo rispetto ad altre ipotesi per la sistemazione della crisi su basi diverse rispetto a quelle risultanti dal piano, posto che l'attestatore è chiamato a conoscere della sola ipotesi di concordato di continuità che gli viene sottoposta, da confrontare con l'unica alternativa della discontinuità e quindi della liquidazione, verosimilmente ma non necessariamente atomistica dell'impresa⁴⁶.

Il professionista deve pertanto svolgere un ruolo ancor più complesso rispetto alle altre ipotesi concordatarie, compito che deve comunque poggiarsi sulle informazioni a lui disponibili a seguito della sua indagine ed esperienza, e che potranno condurlo ad affermare - sempre in termini di probabilità - che il mantenimento della continuità aziendale ragionevolmente consentirà di soddisfare i creditori in misura migliore rispetto alle alternative concretamente praticabili⁴⁷.

In definitiva è possibile osservare che la continuità aziendale, non va considerata un valore assoluto cui sacrificare tutti gli altri interessi, ma una tipologia di concordato alla quale il debitore non ha

dell'attestazione del professionista, in www.ilfallimentarista.it; Vi sono però anche opinioni differenti, in quanto è stato affermato che il giudizio di comparazione vada effettuato tra il caso della continuazione e il caso di una differente modalità di ristrutturazione della crisi, quale ad esempio un concordato che escluda la continuità ossia di un concordato di tipo liquidatorio. In questi termini Riva-Cesare, cit. 142.

⁴⁶ Lo Cascio, cit. 2297.

⁴⁷ L. Stanghellini, cit. 1126, il quale sottolinea come *“il professionista deve agire al meglio di scienza e coscienza. Se in seguito emergeranno informazioni diverse (ad esempio, per un peggioramento degli scenari) sarà compito del debitore e degli organi della procedura agire di conseguenza, rispettivamente con una modifica del piano (o con il suo abbandono) e con l'improcedibilità della domanda di concordato o revoca (art. 161, comma 6 e 186 bis ultimo comma, a seconda della fase in cui si trovi la procedura). La responsabilità del professionista deve essere misurata alla luce dell'art. 2236 c.c. (“soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà) e dunque egli risponde solo in caso di dolo o colpa grave. In caso di dolo, poi, scatta la responsabilità di cui all'art. 236 bis l. fall.”*

un diritto di accedervi incondizionatamente, ma deve necessariamente tener conto degli altri interessi in gioco⁴⁸.

8. I benefici specifici per la continuità aziendale: il trattamento dei creditori privilegiati ex art. 186-bis, comma 2, lett. c), 1. fall.

L'appena analizzato supplemento d'informazioni e attestazioni esclusivamente finalizzato a tutelare i creditori apre le porte alla continuità e, attraverso essa, anche ad una serie di rilevanti agevolazioni per l'imprenditore.

Si tratta di agevolazioni che rappresentano un'esclusiva del concordato con continuità aziendale; ovviamente queste ultime costituiscono un *surplus* di agevolazioni, in quanto sono destinate ad aggiungersi a quelle comuni a tutte le forme di concordato⁴⁹.

L'art. 186-bis, comma 2, lett. c) 1. fall., prevede, quale beneficio concesso per incentivare la continuità aziendale, che fermo restando quanto disposto dall'art. 160, comma 2, 1. fall.⁵⁰, il piano possa

⁴⁸ In dottrina c'è chi si interroga sulla possibilità di considerare tale requisito come una clausola di applicazione generale. In questo senso, A. Patti, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Il fallimento* n.9/2013.

⁴⁹ Si tratta principalmente: (i) della sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione in conseguenza del deposito di una domanda di concordato preventivo (ovvero di una domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182bis ovvero della proposta di accordo di cui al sesto comma dello stesso articolo) ex art. 182 *sexies* (ii) della possibilità di contrarre finanziamenti prededucibili in pendenza di un concordato preventivo ex art. 182 *quinques*, commi 1, 2 e 3 (iii) della possibilità di sciogliere selettivamente i contratti onerosi ex art. 169 bis.

⁵⁰ Art. 160, comma 2, 1. fall. "La proposta può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, purché

contemplare una moratoria sino ad un anno dalla 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 e che, in tal caso, i creditori muniti di cause di prelazione di cui al periodo precedente non hanno diritto al voto.

Dunque, fermo restando il principio di cui all'articolo 160, secondo comma, l. fall., è stata introdotta espressamente la possibilità, che prima della riforma era oggetto di incerte applicazioni nella prassi, di pagare con dilazione, entro un anno dalla omologazione del concordato, anche i creditori privilegiati⁵¹ senza consentire loro l'espressione del voto.

Va altresì evidenziato che la norma esclude la moratoria quando, nonostante sia prevista la prosecuzione dell'attività d'impresa, sia stata anche programmata la liquidazione dei beni ovvero dei diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. Ciò in quanto il concordato con continuità può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa. In tale ultimo caso, pertanto, il pagamento del creditore dovrebbe eseguirsi subito dopo la riscossione del prezzo di alienazione del bene, che dovrà avvenire a sua volta entro il termine di esecuzione indicato nella proposta.

La previsione relativa all'esclusione del diritto di voto costituisce un principio che trova la sua espressione nell'art. 177 l. fall.) per cui la

il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d). Il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione”.

⁵¹ Si badi che la norma fa espresso riferimento ai “creditori privilegiati” pertanto pare ragionevole ritenere che in tale “generica” espressione possano essere ricompresi tanto i creditori muniti di privilegio generale, tanto quelli muniti di privilegio speciale.

previsione (tendenziale) di integrale pagamento determina la perdita del diritto di voto.

Deve ritenersi in conclusione che tale beneficio per il debitore determini sul piano applicativo, la liberazione di ulteriori risorse finanziarie, integrando per tale via una forma di autofinanziamento del concordato in continuità⁵².

9. Segue. I contratti giuridici pendenti ex art. 186 bis, comma 3, 1. fall.

Il terzo comma dell'art. 186-bis l. fall. prevede ulteriori e specifici benefici per l'ipotesi di proposizione di una domanda di concordato con continuità aziendale.

La norma da ultimo richiamata, infatti, chiarisce che l'ingresso in procedura non è causa di risoluzione dei contratti in corso di esecuzione. Inoltre sanziona con la nullità eventuali patti contrari⁵³. Si tratta di un beneficio abbastanza ampio, previsto esplicitamente anche per l'ipotesi della continuità "indiretta", relativamente ai contratti che sono trasferiti alla società cessionaria o alla società conferitaria dell'azienda o di un suo ramo.

La norma, dunque, conferisce certezza ad un principio di stabilità dei contratti essenziale nella prospettiva di continuità aziendale, rendendo così inefficaci quelle clausole che, retaggio di una concezione per lo più disgregativa della procedura di concordato preventivo,

⁵² P. Vella, *autorizzazioni finanziamenti e prededuzioni nel nuovo concordato preventivo*, in *il Fallimento* 6/2013, 657.

⁵³ Si tratta di una clausola dettata in coerenza con la previsione già utilizzata dal legislatore all'art. 72, comma 6, l fall ove si legge "Sono inefficaci le clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento".

prevedono la risoluzione, automatica o facoltativa, del contratto all'ingresso di una delle parti in una procedura regolata dalla legge fallimentare⁵⁴.

Va aggiunto che la norma in esame si applica anche ai contratti in corso di esecuzione stipulati con pubbliche amministrazioni. Tuttavia, in tal caso la continuazione non è impedita solo se il professionista designato dal debitore ha attestato, nella propria relazione ai sensi del terzo comma dell'art. 161 l. fall., la conformità (della continuazione dei contratti pubblici⁵⁵) al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Vale la pena soffermarsi sui concetti di conformità e ragionevole capacità di adempimento.

L'attestazione di conformità della prosecuzione al piano sembrerebbe sostanziarsi in un giudizio di coerenza della prosecuzione del contratto rispetto al piano di concordato, con particolare riguardo all'esistenza di una correlazione tra la prosecuzione ed i flussi dalla stessa generati. È chiaro che ciò comporta inevitabilmente l'individuazione specifica e dettagliata dei contratti per i quali il piano preveda la continuazione. La ragionevole capacità di adempimento, invece, attiene alla verifica della sussistenza, attuale e prospettiva, delle

⁵⁴ Lo Cascio cit. 2304.

⁵⁵ Quanto alla nozione di contratto pubblico si rinvia all'art. 3, comma 3, del d.lgs. 12.4.2006, n. 163 "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE" a mente del quale "i contratti pubblici sono i contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori, dai soggetti aggiudicatori". Invero, tale norma non esaurisce l'intero ambito dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, inoltre, la pubblica amministrazione in senso stretto non è necessariamente la controparte nei contratti pubblici".

risorse tecnico-organizzative e di quelle finanziarie necessarie all'adempimento dei contratti in essere⁵⁶.

Sulla possibilità di prosecuzione del contratto pubblico nell'ambito di un concordato preventivo di risanamento si era peraltro già espressa favorevolmente prima della riforma anche l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici la quale, pur rilevando che il concordato anche di risanamento permane quale condizione ostativa alla partecipazione alle gare e, altresì, al conseguimento dell'attestazione di qualificazione, ha *“ravvisato l'opportunità di prospettare una interpretazione della norma volta a salvaguardare la continuazione dell'impresa, evitando di incidere sui rapporti contrattuali in essere o sul mantenimento del possesso della qualificazione rilasciata ante procedura in regime di solidità aziendale”*⁵⁷.

Il nuovo art. 186-bis ha dunque recepito e sviluppato le considerazioni svolte (*de jure condendo*) dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici ed ha disciplinato gli effetti del concordato preventivo con continuità aziendale in ordine alla possibilità di continuare ad eseguire i contratti pubblici già stipulati (previa attestazione del professionista designato dal debitore di cui all'articolo 67, circa la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento).

Da ultimo, non può essere dimenticato che la norma in esame fa salva la previsione normativa dell'art. 169-bis l. fall.

Ne discende che il tribunale, prima, ovvero il giudice delegato, dopo l'ammissione alla procedura concorsuale, possono autorizzare il

⁵⁶ Quattrocchio-Ranalli, cit. 11

⁵⁷ Comunicato n. 68 del 29.11.2011.

debitore a sospendere il contratto pendente ovvero a sciogliersi da esso, qualora non sia funzionale alla prosecuzione dell'attività.

10. Segue. La possibilità di partecipare all'assegnazione di contratti pubblici anche in raggruppamento temporaneo di imprese ex art. 186-bis comma 4, 1. fall.

Il comma quarto dell'art. 186-bis, 1. fall., prevede un ulteriore beneficio per il concordato con continuità aziendale, ovvero la possibilità dell'impresa in concordato di partecipare a procedure di assegnazione dei contratti pubblici.

Tuttavia per la rilevanza della materia, per la necessità di garantire il regolare completamento dell'opera e al fine di tutelare la parte pubblica del rapporto, il legislatore ha previsto due stringenti condizioni.

La prima condizione posta dalla norma è che l'impresa presenti in gara una relazione di un professionista con i requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d, 1. fall., che attesti la conformità al piano della partecipazione alla gara e la ragionevole capacità di adempimento.

La seconda condizione, invece, concerne la dichiarazione con la quale un altro operatore munito di tutti i requisiti (di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica e di certificazione) necessari per la partecipazione alla gara si impegni verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione e a subentrare all'impresa ausiliata in caso di fallimento (sia durante la gara che dopo la stipula del contratto) ovvero nel caso in cui non sia più in grado di dare esecuzione

all'appalto. La norma chiarisce, altresì, che si applica anche l'art. 49 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

Infine, l'art. 186-bis, comma 5, consente all'impresa in concordato con continuità di concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempreché le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale.

La ragione che ha indotto il legislatore a non consentire che l'impresa in concordato possa rivestire la qualifica di mandataria è abbastanza evidente, ovvero quella di assicurare l'esecuzione del contratto pubblico anche quando l'impresa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione, risultando già individuato il soggetto che ne prenderà il posto.

11. Segue. La possibilità di pagare i fornitori strategici per la continuazione dell'attività di impresa ex art. 182-quinquies, comma 4 l. fall.

L'art. 182-quinquies, comma 4, l.fall. prevede un altro beneficio per la parte proponente una domanda di concordato con continuità aziendale.

Il debitore, infatti, può chiedere al tribunale, anche con la domanda di concordato con riserva ex articolo 161, sesto comma, l. fall., di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, sempre che un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), attesti che tali prestazioni siano essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. Tale attestazione non è invece

richiesta nel caso in cui i pagamenti vengano 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.

Risulta evidente come la previsione normativa da ultimo richiamata rappresenti una notevole deroga al principio della *par condicio creditorum* nell'ambito del concordato, giacché consente di pagare i creditori concorsuali prima del tempo previsto ed al di fuori dei riparti⁵⁸.

Tale deroga trova la sua *ratio* sempre nell'esigenza di garantire la continuità aziendale, continuità che sarebbe nella pratica sostanzialmente impossibile da attuare se non si consentisse il pagamento anche dei debiti anteriori per forniture di beni e servizi strategici, ossia di importanza vitale per il mantenimento dell'azienda in esercizio⁵⁹.

12. La cessazione dell'attività e l'applicazione dell'art. 173 l. fall.

L'art. 186-bis, ultimo comma, l.fall. statuisce che se nel corso della procedura con continuità aziendale l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori, il tribunale provvede ai sensi dell'articolo 173, fatta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato.

⁵⁸ Tribunale Modena 12 dicembre 2012 in www.ilcaso.it.

⁵⁹ A ben vedere tale possibilità era già ammessa in passato, seppur in via eccezionale previa autorizzazione del giudice delegato ai sensi dell'art. 167, l. fall., quale atto di straordinaria amministrazione. Tuttavia, tale autorizzazione poteva intervenire, come tale, solo dopo il decreto di ammissione.

La norma introduce dunque una ulteriore ipotesi di revoca dell'ammissione rispetto a quelle previste dal richiamato art. 173 l. fall.

È stato osservato che la norma risulta essere quanto mai opportuna, atteso che, in sua assenza, avrebbe potuto porsi il dubbio se la cessazione dell'attività di impresa, ovvero la natura pregiudizievole della sua prosecuzione, integrassero una ipotesi di sopravvenuta inammissibilità del concordato, tenuto conto che la qualificazione della proposta nella versione di concordato con continuità aziendale non è un requisito di accesso alla procedura, ma solo condizione per l'attribuzione dei benefici speciali previsti dalla novella legislativa⁶⁰.

13. Conclusioni.

Per concludere è possibile affermare che il concordato potrà avere la configurazione della “continuità aziendale” in senso proprio solo qualora ricorrano i requisiti formali richiesti dall'art. 186-bis l. fall.. La nuova disposizione ha fatto pertanto certamente chiarezza sulla possibilità per l'imprenditore in crisi di perseguire l'obiettivo della continuazione della propria attività d'impresa.

Non è chiaro però se questo obiettivo - garantito mediante il riconoscimento di notevoli vantaggi e purché siano presenti delle precise cautele per i creditori - possa essere perseguito anche per il tramite dello strumento dell'affitto d'azienda.

Se ciò sembra essere consentito nel caso in cui il contratto d'affitto costituisca un elemento del piano, lo stesso non può dirsi con così decisa certezza nel caso in cui il contratto d'affitto d'azienda -

⁶⁰ Lamanna, cit. 69.

come di sovente avviene - sia stato stipulato anteriormente al deposito del ricorso ex art. 161 l. fall.

Tuttavia, in attesa di un intervento chiarificatore dei giudici di legittimità, è auspicabile che, nel caso in cui il tribunale ritenga che la fattispecie non rientri nel perimetro applicativo dell'art. 186-bis, comma 1, l. fall., la stessa sia ritenuta ammissibile come concordato "ordinario", naturalmente purché ricorrano gli altri presupposti di ammissibilità previsti dalla legge e in particolare quando sia attestata in modo motivato dall'esperto la fattibilità del piano.

La non ricorrenza dei requisiti tipici - e, quindi, anche la non "tipicità" dell'articolazione della domanda ai sensi del primo comma della predetta norma - dovrebbe avere come unica conseguenza di non consentire al proponente di fruire dei benefici previsti per la "continuità aziendale".