

**LA NEVERENDING STORY DEL CONCORDATO CON CONTINUITÀ E
DELL’AFFITTO DI AZIENDA: LE RESISTENZE DELLA
GIURISPRUDENZA (NOTA A CORTE APPELLO TRIESTE N. 243/2017
PUBBLICATA IL 20/04/2017)**

di

Marco Greggio e Gianfranco Peracin

SOMMARIO: *I. La pronunzia della Corte d’Appello di Trieste n. 243/2017 del 20 aprile 2017. – II. Il problema della qualificazione del concordato “con continuità aziendale”.– III. Alcune considerazioni critiche. – IV. Conclusioni.*

I. LA PRONUNZIA DELLA CORTE D’APPELLO DI TRIESTE N. 243/2017 DEL 20/04/2017.

La decisione qui annotata si inserisce nella diatriba che da tempo divide la giurisprudenza e la dottrina, riguardo la possibilità di configurare un concordato con continuità *ex art. 186-bis l.f.* nel caso di affitto a terzi dell’unico o del principale ramo aziendale con previsione di vendita in un momento successivo, nell’ambito di un piano concordatario.

Nel caso sottoposto all’esame della Corte d’Appello di Trieste, nel procedimento di reclamo *ex art. 18 l.f.*, una società (con sede a Pordenone) dopo aver depositato il ricorso *ex art. 161 sesto comma l.f.*, aveva proseguito per alcuni mesi l’esercizio dell’attività d’impresa *direttamente*, onde salvaguardare i livelli occupazionali e i relativi valori di funzionamento dell’azienda, nonché scongiurare il rischio di interruzione della fornitura di alcuni clienti, condizione questa che avrebbe

determinato non solo la perdita dell'avviamento commerciale, ma anche possibili azioni di risarcimento danni ad opera dei clienti stessi.

Venuto a mancare il sostegno finanziario degli istituti di credito, a seguito della presentazione del ricorso con riserva, la ricorrente aveva quindi avviato trattative per la vendita dell'azienda, ricevendo un'offerta di affitto temporaneo ed una separata offerta irrevocabile di acquisto da soggetti terzi, sempre nella fase c.d. "prenotativa".

A seguito della procedura competitiva disposta dal Tribunale di Pordenone ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 163-bis l.f., la società era stata autorizzata a sottoscrivere il contratto di affitto con la proponente, laddove il ramo affittato rappresentava la parte preponderante dell'attività svolta.

Poco prima della sottoscrizione del suddetto contratto, la società depositava la proposta ed il piano ad integrazione del ricorso *ex art. 161* sesto comma l.f. (concordato c.d. "pieno"), qualificandolo come piano concordatario a carattere *misto ex art. 186-bis l.f.* con *prevalenza* della componente *in continuità aziendale* rispetto a quella liquidatoria, con soddisfazione dei creditori chirografari in una percentuale inferiore al 20%. Nello specifico il piano, considerata la proposta irrevocabile d'acquisto formulata dall'affittuaria, prevedeva la successiva cessione dell'azienda all'aggiudicatario all'esito di una ulteriore procedura competitiva.

Il Tribunale di Pordenone, tuttavia, con decreto *ex art. 162 l.f.*, emesso in data 19.1.17 e depositato il 24.1.17¹, sanciva l'*inammissibilità* della domanda di concordato preventivo della società, escludendo l'applicazione dell'istituto di cui all'art. 186-bis l.f. nel caso in esame e, pendendo istanza di fallimento, provvedeva con separata sentenza a dichiararne il fallimento.

Il Tribunale, *«pur non ignorando le incertezze interpretative in ordine alla latitudine applicativa dell'art. 186 bis l.f.»*, riteneva *«che l'affitto dell'azienda non sia compatibile con il concordato c.d. in continuità e a tale conclusione depongono: I. l'omessa previsione normativa nell'ambito*

¹ Cfr. Tribunale di Pordenone, 19.1.17 in www.fallimentiesocieta.it. Dello stesso tenore anche la recente Corte Appello Firenze, 5.4.17 in www.fallimentiesocieta.it.

dell'art. 186 bis l.f.; II. la riferibilità a terzi della continuità temporanea cui è funzionale l'affitto; III. la cessazione dell'attività imprenditoriale del debitore conseguenti all'affitto e alla successiva vendita.

Invero, il concordato in continuità non può che comportare una sopportazione del rischio d'impresa da parte dei creditori concorsuali che può giustificarsi e sussistere se e fino a quando l'impresa sia gestita dall'imprenditore e la gestione continui a presentare dei profili di aleatorietà. Nella fattispecie in esame nessun rischio si può ravvisare dal momento che sono predeterminati i criteri e i corrispettivi dell'affitto e della successiva cessione dell'azienda».

A seguito del reclamo della società fallita, la Corte d'Appello di Trieste veniva investita della questione, peraltro già dibattuta da importanti Tribunali del suo distretto: da un lato Udine, che aveva aderito alla tesi secondo cui l'affitto formalizzato prima della domanda di concordato qualificava la procedura in continuità²; dall'altro Pordenone – come visto – era di diversa opinione, con le note conseguenze di cui all'art. 160 ultimo comma l.f. (obbligo di assicurare ai chirografari di una percentuale minima del 20%).

Ebbene, la Corte d'Appello in commento avalla la decisione del Tribunale di Pordenone, ritenendo estranea al dettato normativo dell'art. 186 bis l.f., (secondo cui il concordato con continuità aziendale può aver luogo o mediante «*prosecuzione dell'attività d'impresa da parte dello stesso debitore, oppure mediante cessione dell'azienda in esercizio, oppure ancora mediante conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società anche di nuova costituzione*»), la prosecuzione dell'attività da parte dell'affittuario dell'azienda, nella specie dopo la presentazione della domanda di concordato, quand'anche finalizzata alla sua cessione, in quanto, contrariamente:

- si determinerebbe “*un'inammissibile estensione analogica*” dell'art. 186 bis l.f., “*in contrasto con l'art. 14 delle disposizioni sulle legge in generale*”, trattandosi di norma che fa eccezione alla regola generale di cui all'art. 160, ultimo comma, l.f. (che prevede il pagamento di almeno il 20% dell'ammontare dei creditori chirografari);

²Tribunale di Udine, 5.5.2016, in www.fallimentiesocieta.it, secondo la quale rientra nell'ambito della continuità aziendale anche il caso in cui l'azienda sia stata affittata prima della presentazione della domanda di concordato.

- il rischio passerebbe all'affittuario e, in caso di fallimento di quest'ultimo, potrebbero ricadere sull'incolpevole debitore in concordato i provvedimenti punitivi previsti dall'ultimo comma dell'art. 186 *bis* (ossia la revoca del concordato *ex art.* 173 l.f. per il caso di cessazione dell'attività d'impresa);
- l'affitto d'azienda risulterebbe incompatibile con i precetti di cui alle lettere a) e b) del secondo comma dell'art. 186 bis l.f., con funzione di cautela per i creditori, e detta disposizione è comunque di difficile coordinamento con quelle di cui agli artt. 169-bis l.f. e 2558 c.c. in tema di rapporti giuridici in corso.

II. IL PROBLEMA DELLA QUALIFICAZIONE DEL CONCORDATO “CON CONTINUITÀ AZIENDALE”.

L'affitto d'azienda prodromico alla cessione (prevista nel piano concordatario) non trova, come noto, un univoco inquadramento in sede giurisprudenziale a causa della (infelice) formulazione dell'art. 186-bis, 1° co., l.f., che non menziona - appunto - l'affitto quale veicolo per la continuità³, *Vexata quaestio* a seguito della c.d. “miniriforma” del 2015, laddove il novellato art. 160 ultimo comma l.f. prevede che per i concordati con continuità aziendale di cui all'art. 186-bis l.f. *non* sia prevista la condizione di ammissibilità dell’“assicurazione” del pagamento di almeno il 20% dell'ammontare dei crediti chirografari⁴.

³ L'art. 186-bis l.f. infatti descrive soltanto due ipotesi di piano concordatario con continuità: (i) la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore (c.d. “continuità diretta”); (ii) la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il suo conferimento in una o più società, anche di nuova costituzione (c.d. “continuità indiretta”).

⁴ Sull'esatto significato precettivo da attribuire al verbo “assicurare” in giurisprudenza cfr. Trib. Firenze 8.1.2016, in *ilcaso.it*; Trib. Rovigo 1.8.2016, in *www.fallimentiesocieta.it*; Trib. Mantova 28.4.2016, in *www.ilcaso.it*; Trib. Pistoia 29.10.2015, in *www.ilcaso.it*. In dottrina cfr. ZANICHELLI, *Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno?*, 2015, in *www.ilcaso.it*; SABATELLI, *La novellata disciplina della domanda di ammissione al concordato preventivo*, in *ilfallimentarista.it*, parla dell'introduzione di “un nuovo requisito di ammissibilità al procedimento”; LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, in *Il Civilista*, 2015; BOZZA, *Brevi considerazioni su alcune norme della ultima riforma*, in *www.fallimentiesocieta.it*, 2016; GALLETTI, *Speciale Decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015. È ancora attuale dopo la*

La Corte d'Appello di Trieste abbraccia l'opzione interpretativa che *esclude*, in caso di affitto d'azienda con successiva cessione, la qualifica di concordato con continuità indipendentemente dalla circostanza che il contratto d'affitto sia concluso *prima o dopo* la pubblicazione del ricorso *ex art. 161* sesto comma l.f..

Le motivazioni della Corte giuliana rispecchiano quelle normalmente seguite dalla giurisprudenza che abbraccia questo orientamento⁵:

(i) l'interpretazione letterale dell'art. 186-bis, 1° co., l. f., che *non* contempla l'affitto di azienda (limitandosi a prevedere “la cessione dell'azienda in esercizio”)⁶, rendendo quindi inammissibile l'estensione analogica della norma eccezionale di cui all'art. 186 bis l.f. (essendo la previsione di cui all'ultimo comma dell'art. 160 l.f. norma generale);

(ii) l'interpretazione teleologica e sistematica della norma, secondo cui il **rischio** è elemento imprescindibile della continuità. Tipicamente, i fautori di tale tesi, ritengono che il rischio di impresa può sussistere solo nell'ipotesi in cui l'impresa sia gestita *direttamente* dall'imprenditore (presentando la gestione parametri di aleatorietà per i creditori concordatari), mentre, nel caso di affitto di azienda dell'impresa in concordato, il rischio graverebbe solo sull'affittuario, in quanto il canone in misura fissa previsto nel relativo contratto sarebbe indipendente dagli

riforma “d'urgenza” il misterioso ficus delle Sezioni Unite?, in www.ilfallimentarista.it.

⁵In giurisprudenza si veda Trib. Pordenone 19.1.17 in www.fallimentiesocieta.it ed ancora Trib. Pordenone 4.8.2015 sempre in www.fallimentiesocieta.it; nonché Trib. Terni 29.1.2013 e 12.2.2013; Trib. Trento 6.4.2013; Trib. Ravenna 29.10.2013; Trib. Patti 12.11.2013; Trib. Milano 28.11.2013; Trib. Busto Arsizio 1.10.2014; Trib. Ravenna 22.10.2014; Trib. Arezzo 27.2.2015; Trib. Firenze, 1.2.2016; Trib. Como 29.4.2016; (tutte in www.ilcaso.it). In dottrina cfr. GALLETTI, *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto di azienda*, in www.ilfallimentarista.it, 3.10.2012; DI MARZIO, *Affitto d'azienda e concordato in continuità*, in www.ilfallimentarista.it, 15.11.2013; LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n.83/2015*, cit., pp. 19 e ss..

⁶Trib. Ravenna 22.10.2014, cit.: “*nell'ambito del concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186 bis L.F., la esplicita previsione del requisito della “cessione di azienda in esercizio” consente di escludere che il concordato con continuità possa essere attuato tramite la distinta ipotesi dell'affitto di azienda*”.

esiti dell'attività svolta e il debitore in concordato si limiterebbe soltanto a riscuotere un canone di affitto prestabilito⁷.

In tema di *rischio*, tuttavia, la Corte giuliana aggiunge qualcosa di più: l'incolpevole debitore in concordato non deve sopportare le conseguenze dell'eventuale insolvenza dell'affittuario con il provvedimento punitivo della revoca del concordato *ex art. 173 l.f.*;

(iii) l'incompatibilità dell'ipotesi dell'affitto a terzi con la prescrizione dell'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dalla proposta concordataria, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura (art. 186-bis, co. 2, lett. a); con la richiesta di una attestazione che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori (art. 186-bis co. 2 lett. b); ed infine la non coerenza con l'essenziale **soggettività dell'imprenditore** che si ricava dall'art. 2558 c.c. (che limita la successione automatica nei contratti conseguente alla alienazione dell'azienda solo a quelli non caratterizzati dall'*intuitus personae*) e dall'art. 169 bis l.f.⁸.

Peraltro, mentre la Corte giuliana cita soltanto le suddette norme, i fautori della tesi che potremmo definire “soggettiva” ampliano il novero delle norme richiamate a supporto del proprio orientamento, ricordando altresì la nozione di azienda di cui all'art. 2555 c.c. (intesa quale complesso di beni organizzati *dall'imprenditore* finalizzato all'esercizio di attività di impresa) e le agevolazioni “speciali” previste dall'art. 186-bis l.f., in tema di prosecuzione dei contratti in corso di esecuzione,

⁷*Ex plurimis* in giurisprudenza cfr. Trib. Firenze, 1.2.2016, cit.; in dottrina cfr. DI MARZIO, *Affitto d'azienda e concordato in continuità*, cit..

⁸ Cfr. Trib. Milano 28.11.2013, cit.. Per alcuni Autori, l'esclusione dell'applicazione analogica dell'art. 182-quinquies e dell'art. 169-bis si ha per l'eccezionalità di tali disposizioni, non suscettibili di interpretazione analogica, perché la continuità è stata già assicurata con una operazione stabile, nonché per l'evidente disparità di trattamento con gli altri imprenditori sul mercato (cfr. AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e affitto d'azienda*, in *www.ilfallimentarista.it* del 8.10.2015; FABIANI, *Concordato preventivo. Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2014, 194).

anche se stipulati con pubbliche amministrazioni (cfr. terzo comma dell'art. 186-bis l.f.) ed, in particolare, dei contratti di appalto pubblici, caratterizzati dal c.d. *intuitus personae* e quindi dalla essenzialità delle qualità soggettive dell'appaltatore⁹. Argomentazioni tutte, peraltro, riprese dalla Corte d'Appello di Firenze nella recente pronuncia del 4.5.2017¹⁰.

III. ALCUNE CONSIDERAZIONI CRITICHE.

La sentenza qui commentata non appare convincente sotto molteplici profili.

Vari elementi non solo di natura testuale e sistematica, ma soprattutto legati alla scelta consapevole del Legislatore, portano a ritenere che il concetto di “continuità aziendale” debba essere inteso in senso *oggettivo* e non soggettivo, in quanto teso a privilegiare il funzionamento dell'azienda o del suo principale ramo¹¹.

Seguendo questo diverso filone interpretativo, perché si configuri la fattispecie di cui all'art. 186-bis l.f. assume rilievo il fatto che **l'azienda sia in esercizio** (indipendentemente se ad opera dell'imprenditore medesimo o di un terzo), tanto al momento dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo, quanto all'atto del suo successivo trasferimento. Questa posizione privilegia l'azienda quale entità socio-economica, rispetto alla garanzia di continuità dell'imprenditore, favorendo in altri termini, la funzionalità dell'impresa più che il mantenimento della conduzione soggettiva: la nozione di “continuità” si amplia ricomprendendo, pertanto, sia la fattispecie della prosecuzione dell'attività in capo all'imprenditore che richiede

⁹ Cfr. Trib. Como 29.4.2016, cit..

¹⁰ App. Firenze 5.4.2017, secondo cui il concordato preventivo in continuità presuppone la prosecuzione dell'attività di impresa e quindi l'assunzione del relativo rischio, il quale non risulta sussistere invece nel caso di affitto di azienda. Per tale ragione, oltre che per l'assenza di una specifica previsione nella norma di cui all'art. 186bis l.f., la sussistenza di un contratto di affitto in essere non permette di riconoscere l'elemento della continuità aziendale.

¹¹ Cfr. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato in continuità aziendale*, in www.ilcaso.it; PATTI, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Milano, 2014, 86. Nello stesso senso Trib. Bolzano 27.2.2013 in www.ilcaso.it e Trib. Bolzano 10.3.2015 in www.fallimentiesocieta.it.

l'accesso al beneficio del concordato, sia quella della continuità mediata dal trasferimento del complesso aziendale ad un soggetto terzo¹².

E in tale ottica l'affitto di azienda (prima o dopo la presentazione della domanda di concordato) con la previsione di successiva cessione dell'azienda in esercizio, rappresenta un mero “strumento ponte”, finalizzato ad evitare una perdita di funzionalità e di efficienza dell'intero complesso aziendale.

Per meglio inquadrare la *ratio* normativa è utile ricordare che l'art. 186-bis l.f. è stato introdotto dall'art. 33, primo comma lett. h) (rubricato “*Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*”) del D.L. n. 83/2012, convertito in Legge n. 134/2012, proprio “*con l'intento di favorire i piani di concordato preventivo finalizzati alla prosecuzione dell'attività d'impresa*”.

Scopo del Legislatore sembra, quindi, quello di privilegiare la salvaguardia del funzionamento dell'azienda o di un suo ramo attraverso la prosecuzione dell'attività a prescindere dallo strumento giuridico utilizzato e quindi anche mediante l'affitto¹³.

Il *favor* che il Legislatore dimostra verso questa tipologia di concordato (rispetto a quello liquidatorio), è stato chiaramente esplicitato con il recente D.L. del 27.6.2015 n. 83, convertito dalla L. 6.8.2015, n. 132, che ha imposto alla sola fattispecie liquidatoria la percentuale minima di soddisfacimento dei creditori chirografari nella misura del venti per cento e differenziato la possibilità di sottrarsi al rischio di una proposta concorrente, prospettando ai chirografari una percentuale di

¹²In tal senso *cf.* Trib. Roma 24.3.2015 e 29.1.2014; Trib. Vercelli 13.8.2014; Trib. Cuneo 29.10.2013; Trib. Reggio Emilia 21.10.2014; Trib. Rovereto 13.10.2014; Trib. Monza 26.7.16; Trib. di Firenze 11.5.2016; Trib. Macerata 12.1.17 (tutte in www.ilcaso.it).

¹³Considerato che il patrimonio del debitore, “*già dal momento della sua incapienza, è virtualmente destinato ai suoi creditori, è naturale che il diritto della crisi d'impresa consideri prioritario salvaguardarne l'integrità*” (STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fall.*, 2013, pp. 1222 e ss.), alla stregua di quanto dispone il codice civile al verificarsi di una causa di scioglimento e sui poteri dei liquidatori (artt. 2486-2487).

soddisfaccimento attestata al trenta per cento per il concordato con continuità, a fronte del quaranta per cento del concordato con cessione dei beni.

Appare evidente, quindi, la volontà di agevolare la conservazione degli organismi produttivi (in qualsiasi modo questo risulti realizzabile), sul presupposto che la perdita della continuità aziendale normalmente azzerava l'avviamento in tutte le sue componenti incidendo sul valore del patrimonio dell'impresa, sia con riguardo ai beni immateriali, sia per i valori d'uso dei beni strumentali, senza contare la vanificazione degli investimenti e le sopravvenienze passive derivanti da eventuali penali per inadempimenti contrattuali. Per converso, escludere la compatibilità dell'affitto "ponte" con il *concordato in continuità* limiterebbe l'applicazione dell'art. 186 bis l.f. alle sole fattispecie di continuità "diretta": conseguenza invero antitetica rispetto all'intento di favorire la salvaguardia e la continuità delle aziende, la cui fragilità economica nella fase di risanamento, peraltro, è ad evidenza paradossalmente accentuata nelle ipotesi in cui la continuità sia di tipo soggettivo, anziché coinvolgere una terza parte spesso capace di subentrare nella gestione in condizioni di maggior stabilità economica e finanziaria.

La preferenza per le soluzioni che privilegiano la sopravvivenza dell'azienda in crisi a prescindere dal soggetto al quale venga demandato l'esercizio dell'attività, risulta ancora più accentuata nello schema di disegno di legge delega elaborato dalla Commissione ministeriale istituita dal Ministero della Giustizia con decreto del 28.1.2015 per la riforma del diritto concorsuale (c.d. "Commissione Rordorf"), ove all'art. 2, lett. g) è previsto espressamente che la continuità aziendale abbia luogo «anche per il tramite di un diverso imprenditore»¹⁴. Principi ripresi, in maniera ancor più radicale, nel testo del disegno di legge delega n. 3671-bis ("Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza") approvato dalla Camera dei Deputati, laddove è previsto di «dare priorità di trattazione, fatti salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche

¹⁴ Testo licenziato il 22.12.2015, reperibile su *fallimentiesocieta.it*. Sul punto cfr. AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica*, Bologna, 2016, p. 89.

tramite un diverso imprenditore, riservando la liquidazione giudiziale ai casi nei quali non sia proposta un'adeguata soluzione alternativa»(art. 2, comma primo, lettera g).¹⁵

A ben vedere anche la **lettera** dell'art. 186-bis primo comma l.f. non osta alla soluzione interpretativa che prescinde dall'elemento della soggettività nella conduzione dell'azienda. È infatti prevista la «cessione dell'azienda in esercizio» ad un soggetto terzo: la norma nella formulazione attuale non menziona l'affitto, ma esso - come detto - rappresenta un semplice strumento (c.d. “ponte”) finalizzato alla successiva cessione alla stregua delle fattispecie esplicitamente elencate a fianco della ipotesi di continuazione diretta¹⁶.

In quest'ottica l'uso dell'argomento testuale per escludere l'affitto d'azienda dal novero degli atti negoziali destinati a realizzare la continuità aziendale appare quasi una forzatura, anche considerando la scadente tecnica legislativa del Legislatore della riforma del 2012. Non appare decisivo, peraltro, il fatto che la norma contenga un'esplicita disciplina di alcune situazioni di continuità che si possono presentare quali, ad esempio, l'obbligo di indicare in modo analitico i costi ed i ricavi della prosecuzione dell'attività, elemento che assume certamente rilievo nella continuità soggettiva, ma diviene marginale nell'affitto d'azienda a terzi. Trattasi di una regolamentazione di talune fattispecie che non può automaticamente limitarne il novero.

¹⁵Peraltro nel disegno di legge è prevista l'“*inammissibilità di proposte che in considerazione del loro contenuto sostanziale, abbiano natura essenzialmente liquidatoria*” (articolo 6, primo comma, lettera a), con ciò confermando la volontà di considerare la *sostanza* del piano concordatario, a prescindere dalla circostanza che l'affitto avvenga prima o dopo la presentazione del ricorso.

¹⁶L'affitto “fine a se stesso” – i.e. non prodromico al trasferimento della proprietà dell'azienda – non rientra nella fattispecie dell'art. 186-bis, perché non se ne prevede appunto la cessione, mentre il ritorno nelle mani del debitore concordatario è spostato nel tempo ad un momento non più rilevante ai fini della norma, di talché non può configurarsi una prosecuzione “diretta” dell'impresa.

Per quanto concerne l'aspetto del **rischio** di impresa sembra possa facilmente affermarsi che, **anche in caso di affitto**, lo stesso **ricada sui creditori concorsuali**¹⁷.

Appare infatti 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 piano¹⁸.

Su questo punto quindi la pronuncia della Corte giuliana qui commentata *non* appare persuasiva; anzi, la circostanza menzionata dalla Corte (l'ipotesi dell'insolvenza dell'affittuario) conferma che il tema del rischio non è dirimente per escludere l'applicabilità della norma di cui all'art. 186-bis l.f. in caso di affitto "ponte", atteso che – in ogni caso - il rischio (direttamente o indirettamente) viene di fatto sopportato – in caso di affitto dell'azienda- sempre dal debitore in concordato.

Le argomentazioni sin qui riportate d'altronde, sembrano oggi essere condivise dalla giurisprudenza maggioritaria¹⁹.

Invero alcuni Tribunali paiono aver mutato il proprio orientamento in senso estensivo proprio a seguito della riforma del 2015²⁰.

¹⁷ Sul punto cfr. BOTTAI, *Concordato con continuità aziendale*, in www.ilfallimentarista.it, 24.5.2016.

¹⁸ Cfr. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato in continuità aziendale*, cit.

¹⁹ Cfr. Trib. Como 9.2.2017, in ilcaso.it; Trib. di Alessandria del 22.3.2016 e 18.1.2016, entrambe in ilcaso.it; si vedano anche le "linee guida della Sezione fallimentare del Tribunale di Roma in ordine a talune questioni controverse della procedura di concordato preventivo" del maggio 2016, in www.ilcaso.it. Tra le più risalenti pronunzie, *ex plurimis* si veda: Trib. Avezzano 22.10.2014, in www.ilcaso.it; Trib. Vercelli, 13.8.2014, in www.ilcaso.it; Trib. Cassino, 31.7.2014, in www.ilcaso.it; Trib. Cuneo, 29.10.2013, in www.ilcaso.it; Trib. Mantova 19.9.2013, in www.ilcaso.it; Trib. Monza, 11.6.2013, in www.ilcaso.it (la pronuncia, peraltro, sia pure espressiva di un principio di diritto ampio, riguarda un caso nel quale il contratto d'affitto d'azienda è stato stipulato dopo l'ammissione dell'imprenditore alla procedura concordataria, come quello sottoposto all'esame della Corte d'Appello di Trieste nella pronuncia in commento).

²⁰ Cfr. Trib. Padova 20.7.2016; Trib. Treviso 4.11.2016, in www.fallimentiesocietà.it.

Si è così tentato di superare la distinzione, formulata da giurisprudenza e dottrina, tra i casi in cui il contratto di affitto di azienda era stato stipulato **successivamente** al deposito della domanda di concordato preventivo oppure **antecedentemente**²¹. Distinguo che, se accolto letteralmente, potrebbe portare a conseguenze paradossali, per esempio lasciando l'azienda in stand-by, maturando perdite in attesa del deposito del ricorso *ex art. 161* sesto comma l.f. e della procedura competitiva *ex art. 163 bis* l.f. per l'affitto, con possibile detrimento dei valori immateriali, soltanto per vedere applicata la disciplina più favorevole di cui all'art. 186-bis l.f.²².

IV. CONCLUSIONI.

La decisione in commento appartiene ad un filone interpretativo orientato a delimitare il perimetro di applicazione della disciplina del concordato in continuità sulla base di argomentazioni che sembrano sottendere la preoccupazione di favorire

²¹Nel primo caso si tratterebbe di concordato *con continuità*; nel secondo di concordato *liquidatorio*: cfr. Trib. Como 29.4.2016; Trib. Rimini 1.10.2015; Trib. Ravenna 29.10.2013 (tutte in *www.ilcaso.it*). In dottrina *ex plurimis* si veda: MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, VI ed., Padova, 2013, p. 1328; STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., p. 3218; VITIELLO, *Brevi [e scettiche] considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2013.

²²Si pensi per esempio a casi di affitto di azienda, anche precedenti al deposito della domanda di concordato, nei quali: il canone di affitto - che verrà a costituire una parte dell'attivo concordatario - sia parametrato all'andamento dell'impresa (e quindi all'andamento della gestione dell'affittuaria); l'affittuario abbia assunto l'impegno di acquisto dell'azienda subordinatamente all'omologa, ma il prezzo debba essere pagato in più soluzioni e senza alcuna garanzia; l'acquisto sia subordinato ad alcune condizioni di cui non sia certo il verificarsi, sicché vi può essere il rischio che l'azienda torni nella disponibilità del concedente, con nuove obbligazioni prededucibili, idonee a gravare sull'attivo (i.e. relative ai lavoratori dipendenti). Al riguardo cfr. 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* del 9.8.16; PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Fall.*, 9/2013, pp. 269-270; QUATTROCCHIO-RANALLI, *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazioni di principi di best practice*, in *www.ilfallimentarista.it*, 3.8.2012, p. 7.

l'abuso dei vantaggi attribuiti dal Legislatore alla fattispecie di cui all'art 186-bis l.f., piuttosto che accettarne un ampliamento degli ambiti applicativi, valorizzando l'obiettivo economico-sociale che il Legislatore a più riprese ha voluto perseguire, senza peraltro aggirare il principio della prevalenza dello specifico interesse dei creditori concorsuali.

I rilievi della Corte giuliana, se in un'ottica di lettura testuale e sistematica appaiono poco convincenti, mostrano la loro fragilità proprio perché sembrano ignorare la *ratio* normativa, anche in vista della prevedibile evoluzione della materia alla luce del disegno di legge delega elaborato dalla Commissione Rordorf che, con riguardo all'affitto di azienda, appare più una interpretazione autentica della fattispecie che non uno *jussuperveniens*.

Queste considerazioni prescindono dall'aspetto che la questione riguardi l'affitto di azienda stipulato *prima o dopo* la presentazione della domanda di concordato (*rectius*: del ricorso *ex* art. 161 sesto comma l.f.) e non dovrebbe assumere rilevanza -per contrastare questa interpretazione- il fatto che in ipotesi di affitto possano non trovare applicazione alcune regole proprie dell'art. 186 bis l.f., che potrebbero semplicemente essere riferibili a talune delle molteplici specie di "continuità". Neppure la questione del rischio imprenditoriale sollevata nella decisione in esame appare dirimente, se non dal punto di vista formale, considerato che la qualificazione della natura di un concordato preventivo da continuità a liquidatorio in presenza di affitto di azienda andrebbe ad incidere soprattutto sull'aspetto della percentuale minima da "garantire" ai creditori, ma non modificherebbe il rischio gravante sugli stessi.

Appare quindi più convincente aderire a quella parte di giurisprudenza e di dottrina che focalizza la propria attenzione sulla *voluntas legis* di favorire le ristrutturazioni aziendali incentrate sulla prosecuzione dell'attività; il che significa – di fatto – enfatizzare il valore della continuità e così favorire l'applicazione dell'istituto di cui all'art. 186-bis l.f., senza i limiti imposti dall'art. 160 ultimo comma l.f., ma con la

condizione normativamente sancita che il piano sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

Nel sistema normativo vi sono, quindi, le regole per evitare gli abusi, presupponendo la verifica dell'economicità della prosecuzione dell'azienda, onde poter integrare la clausola del "*miglior soddisfacimento dei creditori*", di cui all'art. 186-bis, comma secondo, lett. b) l.f.. E' questo il "faro" che dovrebbe orientare il debitore nella scelta del concordato in continuità rispetto a quello liquidatorio. In tal modo, la continuità d'impresa diviene funzionale al miglior interesse dei creditori così da palesarsi un valore-mezzo, a differenza dell'amministrazione straordinaria, dove la continuità è un valore-fine (con buona pace degli interessi dei creditori).