



CHIARA BRIGUGLIO

***Itinerari applicativi di intersezione tra il concordato con continuità aziendale e l'affitto d'azienda: un auspicato "esprit de transition" verso la nuova concorsualità***

Cassazione civile sez. I – 05 aprile 2022, n. 10988

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

*The composition with creditors based on business continuity governed by art. 186-bis of bankruptcy law can be configured even when the company has already been rented or is destined to be, proving to be completely indifferent to the circumstance that, by the time of the judicial admission to the composition itself, the company is exercised by the debtor or by a third party, as far as the rental contract - bearing, or not, the obligation of the tenant to proceed with the purchase of the company (and so leading, respectively, to the so-called "bridge" or the so-called "pure" rental)- can however be seen as an instrument to achieve the sale or conferment of the company without the risk of the loss of its intrinsic values, the first being the company goodwill value.*

1. - La pronuncia in epigrafe si segnala per aver chiarito, nell'orizzonte applicativo del concordato con continuità aziendale *ex art. 186-bis l.fall.*, le varie note modali di impiego dello schema negoziale dell'affitto d'azienda, tipizzato nell'*opus* normativo del 1942 all'art. 2562 c.c. Di più, come di seguito si tenterà di argomentare, il *dictum* della Suprema Corte ha il pregio di valorizzare un approccio maggiormente flessibile nella formulazione del contratto di cui *supra*, ponendosi in linea con il nuovo quadro legislativo di riferimento, confezionato – sia pure “a tappe”<sup>1</sup> - dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 e di recente entrata in vigore.

---

<sup>1</sup> Espressione mutuata da M. Fabiani, *L'avvio del codice della crisi*, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it). Ci si riferisce, in particolare, alle reiterate modifiche apportate all'originario impianto del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 dal cd. “decreto correttivo” (d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147) e dal decreto legislativo di attuazione della Direttiva europea (cd. “Direttiva Insolvency”) 1023/2019.



2. - Sul piano della *quaestio facti*, in particolare, il caso ha ad oggetto la sentenza della Corte d'Appello di Verona di rigetto del reclamo avverso il decreto di inammissibilità della domanda di concordato preventivo pronunciato dal Tribunale di Macerata, “*con assorbimento per irrilevanza di ogni ulteriore motivo di reclamo*”.

In relazione alla *quaestio iuris*, invece, si contesta l'applicazione - sia in primo grado che in sede di gravame - del cd. principio della “ragione più liquida”, secondo cui “*se, in un processo, sussiste una ragione sufficiente per la decisione, la sentenza può fondarsi su di essa anche quando il motivo della decisione si pone, da un punto di vista logico, a valle di altre ragioni, che non sono affrontate e decise*”<sup>2</sup>. Nella fattispecie in esame, infatti, si era ritenuto in contrasto con le disposizioni imperative contenute nell'art. 163-bis l.fall., (relative alla necessaria predisposizione delle procedure competitive) il piano concordatario che “*prevedendo come certa la cessione del ramo di azienda all'affittuario*”, disponeva – tuttavia – soltanto l'attribuzione di un diritto di prelazione.

3. – Il motivo di ricorso che qui si ritiene interessante esaminare, anche ai fini di una (comunque necessaria) attualizzazione con la prassi aziendalistica oggi consolidatasi in materia di affitto d'azienda, è il terzo. A mezzo dello stesso si deduce, in particolare, la violazione ovvero la falsa applicazione della disciplina di cui agli artt. 160 e 186-bis l.fall., nonché “*l'errata qualificazione della procedura concordataria, non essendo compatibile con la fattispecie del concordato in continuità l'affitto di ramo d'azienda oggetto del contratto*”, stipulato con la (futura) cessionaria.

È in questo frangente di riflessione giuridica che la Cassazione provvede a rigettare il ricorso, mostrandosi coerente con recenti orientamenti interpretativi<sup>3</sup> affermatasi in seno alla stessa Sezione I, che possono essere salutati – sia pur prodromicamente – come frangente inaugurale di un maggiore dinamismo nello scenario di esecuzione della proposta di concordato *ex art. 186-bis l.fall.* In questa direzione di senso, infatti, sembrerebbe - sempre più spesso - affacciarsi (non timidamente né faticosamente) il tentativo di disancorare la valutazione prospettica di fattibilità e, *a fortiori*, il vaglio del giudice in sede di ammissibilità dall'aprioristico inquadramento dogmatico e sistematico all'interno della nozione di continuità diretta o indiretta, rispetto alla quale – in definitiva – il giudice rimane *tendenzialmente* indifferente, senza – cioè - “soffrire” particolari conseguenze negative derivanti, ad esempio, dalle censure circa una possibile mancata realizzazione del *best interest* dei creditori.

D'altra parte, come la stessa Corte provvede a sottolineare, la presente decisione risulta seducente e condivisibile specialmente alla luce della perdurante incertezza normativa ed ermeneutica derivante dalla mancata regolamentazione - all'interno dell'art. 186-bis l.fall., - delle condizioni di praticabilità e percorribilità, rispettivamente del piano in continuità diretta ed indiretta. Nella summenzionata disposizione, peraltro, non si rintraccia nemmeno una simile dicotomia a livello terminologico-combinatorio da cui possa fisiologicamente discendere un dualismo di disciplina.

---

<sup>2</sup> F. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, II, 2021, Milano, pag. 67. Il principio, invero, trova cittadinanza all'interno del nostro ordinamento all'art. 276, comma 2 c.p.c., a tenore del quale “*Il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa*”. Da qui discende la conseguenza per cui il giudice, fermo restando il divieto di inversione dell'ordine rito-merito, ha facoltà di scegliere la questione di merito “più liquida” *ergo* di più agevole soluzione, anche se logicamente subordinata rispetto alle altre. In senso conforme, in dottrina cfr. T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, Milano, 2012, pag. 166; G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*, Napoli, 1965, p. 858; G. Fanelli, *L'ordine delle questioni di rito nel processo civile in primo grado*, Pisa, 2020. In giurisprudenza si veda – *ex multis* - Cass. Sez. VI, 26 novembre 2019, n. 30745, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Cass., Sez. lav., 26 settembre 2019, n. 24093 in [www.judicium.it](http://www.judicium.it) (con Nota di F. Ferrari, *Sul principio della cosiddetta “ragione più liquida”*).

<sup>3</sup> Il riferimento è da intendersi, qui, a Cass. civ. Sez. I, 19 novembre 2018, n.29742, (fonte: *Diritto & Giustizia* 2018, 20 novembre), il cui dispositivo viene ivi richiamato *in toto*, rinvigorendone la portata precettiva.



E', dunque, possibile osservare come l'indirizzo prevalente nella giurisprudenza di merito e di legittimità sia – evidentemente – ispirato da un (auspicato) pragmatismo sostanziale, marginalizzando, in questa sede, ogni proposito categorizzante che andrebbe a detrimento degli obiettivi della continuità intesa in senso *oggettivo*<sup>4</sup> (per cui si potrebbe financo proporre la colorita espressione *in dubbio pro continuitate!*)<sup>5</sup>.

4. – A ben vedere, però, tale flessibile orientamento risulta recepito solo recentemente: è dato riscontrare, infatti, una linea maggiormente rigorista, suffragata da un'autorevole dottrina<sup>6</sup>, secondo cui la *littera legis* dell'art. 186-*bis* l.fall., facendo riferimento alla sola “cessione” e “conferimento” dall'azienda in esercizio, tende - *ipso iure* - a sbarrare la configurabilità dell'affitto d'azienda come *autonoma* modalità esecutiva della proposta di concordato. Ciò, inoltre, anche in forza dell'ulteriore sentiero argomentativo secondo cui non si avrebbe il trasferimento della proprietà dei cespiti, ma solo il godimento dei risultati della gestione condotta dall'affittuario.

Un'altra autorevole prospettazione a sostegno della plausibilità teorica di questa tesi fonda l'impossibilità di ricorrere esclusivamente all'affitto d'azienda in base ad un *argumentum* di natura logica: l'incompatibilità strutturale tra il concordato con continuità di cui all'art. 186-*bis* l.fall., e il contratto di affitto d'azienda disciplinato all'art. 104-*bis* l.fall. Quest'ultimo referente legislativo subordina la stipula del contratto oggetto di analisi alla circostanza che la relativa durata sia coerente con le esigenze legate alla liquidazione (che *ex se* esclude la prosecuzione dell'attività). A ciò si aggiunga l'ulteriore considerazione per cui, sia nella procedura per dichiarazione di fallimento sia nel concordato, il rischio d'impresa non graverebbe sui creditori, ma esclusivamente in capo all'affittuario<sup>7</sup>.

Questi suggestivi itinerari ricostruttivi offerti dalla dottrina si riverberano, poi, nella prassi giudiziaria: emblematica, in tal senso, è la pronuncia della Corte d'Appello di Firenze che, confermando l'esito del giudizio di primo grado, ha – così – ribadito l'inammissibilità della proposta di concordato<sup>8</sup>. È – però – interessante notare come l'argomentazione addotta dal giudice di merito è andata al di là della mancata conformità ai requisiti indicati dall'art. 186-*bis* l.fall.,<sup>9</sup> pur

---

<sup>4</sup> Si noti come, comunque, l'affanno inerente alla prospettazione della continuità diretta o indiretta potrebbe essere, nondimeno, giustificato allorchè si faccia riferimento ad un piano di concordato cd. “misto”, una terminologia utilizzata in termini didascalici “*per individuare un concordato di contenuto complesso il cui piano preveda, accanto a una continuazione dell'attività d'impresa, una liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio della stessa*” (Cass. civ., Sez. I, 15 gennaio 2020, n. 734, in *Fallimento*, 2020). Ebbene, anche in questo ulteriore, ma non del tutto estraneo, possibile scenario di esecuzione del piano *ex art. 186-bis* la giurisprudenza di merito appare mossa da un lodevole pragmatismo, laddove si afferma che “*la qualificazione del concordato preventivo come concordato con continuità aziendale non è esclusa dal fatto che si tratti di una cd. continuità indiretta oppure che sia misto [...]. Spetterà al Tribunale verificare che la conservazione della realtà aziendale operativa non sia del tutto marginale ovvero meramente di facciata, essendo per il resto prevedibile che si tratti di un'azienda ridimensionata*” (Trib. Udine, Sez. II, 28 febbraio 2017, in *www.dejure.it*; in senso conforme v. Corte d'Appello Sez. I – Torino, 11 febbraio 2021, n. 158, in *www.dejure.it*). Non mancano, tuttavia, suggestioni dottrinali volte ad intendere il concetto di continuità fatto palese dal tenore letterale dell'art. 186-*bis* l.fall., come continuità *diretta* (anche detta “*in senso stretto*”), caratterizzata dalla prosecuzione dell'attività ad opera del debitore, pur riconoscendo che si tratta di “*ipotesi statisticamente non maggioritarie*” (F. D'Angelo, Il concordato preventivo con continuità aziendale nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1/2020, pag. 27).

<sup>5</sup> Cfr. A. Zuliani, *Continuità diretta e continuità indiretta: presupposti, regole, criticità*, in *www.dirittodellacrisi.it*, che parla di “*favor continuitatis*”.

<sup>6</sup> F. Lamanna, *La legge fallimentare dopo il decreto sviluppo*, Milano, 2012, pag. 47

<sup>7</sup> Per un maggiore approfondimento si rimanda a F. Di Marzio, *Affitto d'azienda e concordato in continuità*, 2013, in *www.ilfallimentarista.it*.

<sup>8</sup> Corte d'Appello, Sez. I – Firenze, 5 aprile 2017, n. 760, in *www.forumuris.it*. A fini di un'analisi più ampia della pronuncia si veda L. A. Bottai, *Concordato in continuità mediante affitto di azienda: le notevoli implicazioni della pronuncia della Cass. sulla decisione del Trib. di Firenze 11 maggio 2016*, 2019, in *www.ilfallimentarista.it*

<sup>9</sup> Per finalità di completezza, occorre chiarire che le censure addotte in sede di gravame investivano la declaratoria di inammissibilità della proposta di concordato limitatamente al capo di sentenza relativo alla mancata attestazione sulla convenienza per i creditori della prosecuzione dell'attività *ex art. 186-bis*, comma 2, lett.b), a cui si aggiungeva il mancato rispetto del termine annuale di moratoria con i crediti privilegiati.



lamentati come principali motivi di gravame, precisando – in particolare – che “*un concordato non potesse definirsi in continuità per il fatto che fosse in corso un contratto di affitto d’azienda*”, che determinava, nel caso di specie, un’intollerabile allocazione del rischio d’impresa in capo all’affittuario.

Quella che si attegga a tutti gli effetti come un’attestata corrispondenza biunivoca tra dottrina (di cui *supra*) e giurisprudenza viene presto ribaltata allorché l’impresa debitrice, soccombente anche in appello, ricorre in Cassazione, dove si statuisce che “*il patrimonio del debitore, già dal momento della sua incapacienza, è destinato ai suoi creditori, sicché il diritto della crisi d’impresa considera prioritario salvaguardarne l’integrità. Ciò può richiedere anche il tentativo di mantenere l’impresa in attività, quando essa sia dotata di un valore di avviamento [...] che verrà, poi, destinato ai creditori nelle forme che concretamente assumerà la soluzione della crisi*”<sup>10</sup>. Con questo intervento chiarificatore, che – non a caso – nella sentenza in epigrafe viene tenuto in massima considerazione, il supremo organo nomofilattico sembra voler evidenziare che la circostanza secondo cui, *ope legis*, il rischio gravi in capo all’affittuario e non in capo all’imprenditore-debitore (*ergo* ai creditori di quest’ultimo) non scalfisce la centralità del principio tutelato dall’art. 2740 c.c. né, tantomeno, pregiudica la realizzazione del “*miglior soddisfacimento dei creditori*”. Il nucleo fondamentale della pronuncia rimane, pertanto, quello di esprimere una logica di *favor* verso il profilo *oggettivo* della prosecuzione dell’attività, indipendentemente dalle soluzioni operative prescelte dall’imprenditore, tra cui si colloca – ad ogni buon conto – anche l’affitto d’azienda, sia pure nel rispetto delle cautele che si impongono a tutela dei creditori.

5. – Del dinamismo insito in questo innovativo orizzonte di esecuzione del concordato con continuità testé sunteggiato si mostra ben consapevole il legislatore del Codice della Crisi d’Impresa e dell’Insolvenza, al netto delle modificazioni apportate dal cd. “Decreto Correttivo” (d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147). Il provvedimento ha, nello specifico, positivamente inciso il versante della stipula del contratto di affitto d’azienda - inteso come *autonoma e indipendente* modalità attuativa della continuità indiretta nella panoplia di tecniche rese disponibili dall’art. 84 CCII - laddove si facoltizza l’imprenditore a stipulare il negozio in questione “anche prima” della presentazione del ricorso<sup>11</sup>.

Non irrilevante, inoltre, la precisazione secondo cui è il solo contratto di affitto d’azienda a beneficiare di tale, eventuale, meccanismo anticipatorio rispetto alla fase iniziale del concordato. Ad elidere qualsiasi perplessità sul punto interviene anche l’annotazione contenuta nella *Relazione* al “decreto correttivo”, in forza della quale tutte le alternative negoziali che realizzano il piano di continuità indiretta (diverse rispetto all’affitto) “*dovranno essere stipulate in esecuzione del piano e, quindi, dopo il vaglio di ammissibilità*”<sup>12</sup>. Non prive di conseguenze, le implicazioni economico-giuridiche: “*i frutti derivanti dai canoni d’affitto potranno quindi essere utilizzati per incrementare la massa attiva impedendo medio tempore l’aumento dell’indebitamento e proteggendo il valore di avviamento dell’azienda in esercizio*”<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Cass. civ. Sez. I, 19 novembre 2018, n.29742; fonte: [www.dejure.it](http://www.dejure.it). In senso conforme – *ex multis* - Cass. civ. Sez. Un., 31 dicembre 2021, n. 42093; Cass. civ. Sez. I, 1° marzo 2022, n. 6772; Cass. civ. Sez. I, 15 gennaio 2020, n. 734; Cass. civ. Sez. I, 21 giugno 2019, n.16808; Cass. civ. Sez. I, 25 maggio 2022, n. 16977, fonte: [www.dejure.it](http://www.dejure.it)

<sup>11</sup> E’ d’uopo richiamare il tenore letterale del citato art. 84, comma 2 CCII, secondo cui “*La continuità può essere diretta, in capo all’imprenditore che ha presentato la domanda di concordato, ovvero indiretta, se è prevista dal piano la gestione dell’azienda in esercizio o la ripresa dell’attività da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, conferimento dell’azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, o a qualunque altro titolo, ovvero in forza di affitto, anche stipulato anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso, ed è previsto dal contratto o dal titolo il mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per un anno dall’omologazione.*”

<sup>12</sup> M. Giorgetti – A. Bonafine (a cura di), *Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza, Commento al decreto legislativo 26 ottobre 2020, n. 147 (decreto correttivo)*, Pisa, 2021, pag. 51.

<sup>13</sup> *Ibidem*



# Judicium

IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA

  
Pacini  
Giuridica

Dalle precedenti considerazioni, in definitiva, è possibile affermare che questo proficuo tentativo di intersecare la prassi concordataria dell'art. 186-*bis* l.fall., (che per quanto afferente al *genus* dell'accordo tra debitore e creditori è pur sempre collocata nella cornice operativa delle procedure concorsuali) e la prassi aziendalistica rappresenta una pionieristica ed audace rotta verso i nuovi orizzonti della concorsualità, che - senza particolari affanni - unisce “i mari” del nuovo quadro legislativo di riferimento e quelli della legge del '42.

Da ultimo, la presente pronuncia sembrerebbe proiettarsi nella direzione della concreta valorizzazione dei fattori di analisi economica che determinano il fenomeno di crisi/insolvenza, anche nell'ottica di salvaguardare i residui valori attivi dell'*universum* aziendale, tra cui si colloca - come riportato all'interno della massima - il valore di avviamento. Il tutto anche alla luce della consapevolezza che l'eventualità di un inappagante concordato preventivo (in termini di margini di profitto realizzato dal regime di continuità) potrebbe, proprio per il mantenimento del valore di avviamento, rendere immediatamente disponibile l'alternativa del concordato liquidatorio *ex* art. 182 l.fall., ed *ex* art. 84, ultimo comma CCII, impedendo - così - l'aumento dell'esposizione debitoria e, al contempo, consentendo di trarre beneficio dal maggior prezzo che si ricaverebbe in sede di liquidazione grazie alla produttività dei cespiti aziendali.



# *Judicium*

IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA

  
**Pacini  
Giuridica**