

LA CESSIONE DELL'AZIENDA PRIMA DELL'OMOLOGA DEL CONCORDATO PREVENTIVO LIQUIDATORIO

Di **Marco Greggio**, Avvocato

SOMMARIO: 1. Il problema – 2. Le soluzioni interpretative sotto le previgente disciplina – 3. Le soluzioni interpretative dopo la riforma del 2006 – 4. La possibilità di cedere dell'azienda prima dell'omologa – 5. L'autorizzazione del Giudice Delegato e la vendita competitiva dell'azienda - 6. L'esclusione della responsabilità solidale per il cessionario ex art. 2560 comma secondo c.c. - 7. Per una conclusione

1. Il problema

Nell'ambito dei concordati preventivi negli ultimi tempi si avverte sempre più pressante l'esigenza di cedere l'azienda prima del decreto di omologa del concordato.

Spesso, infatti, è nell'interesse dei creditori che avvenga una rapida vendita dell'azienda, senza attendere i tempi tecnici dell'omologa, che spesso si dilatano nel tempo, ancor più allorchè le procedure concordatarie risultino assai complesse. D'altronde, lo stesso termine per l'omologazione di "sei mesi dalla presentazione del ricorso ai sensi dell'articolo 161" previsto dall'art. 181, comma 2, l. fall. ha natura ordinatoria¹, e pertanto l'omologa potrebbe arrivare dopo un

¹ Così Cass. 4.2.2009, n. 2706; nel merito cfr. Trib. Roma 24.3.2009; Corte App. Bologna 27.1.2006. Una recente pronuncia (Trib. Padova decreto 7.7.14 Pres. Rel. Santinello, in *Il caso.it*) evidenzia come "Del resto con l'introduzione del concordato c.d. in bianco ex art. 161 VI L.F. non si vede come tale termine potrebbe essere rispettato dal momento che, in mancanza di pendenza di procedimento prefallimentare, i soli termini concessi e prorogati dal Tribunale per il deposito della proposta e del piano concordatario possono raggiungere i 180 giorni". Anche la dottrina maggioritaria ritiene che il termine di cui all'art. 181 l. fall. abbia natura ordinatoria (i) mancando l'esplicita qualificazione del termine come perentorio secondo il principio di cui all'art. 152 comma 2 c.p.c. e (ii) non essendo prevista una sanzione di invalidità e di inefficacia del decreto di omologazione depositato oltre il termine (così PAGNI, *sub Artt. 179-180-181*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. Cavallini, Milano, 2010, 736 e ss.; BONFATTI e CENSONI, *La riforma della disciplina della revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, pag. 245; MAFFEI ALBERTI, in *Comm. L. F.*, sub art. 181, 2013, 1208): "a favore della tesi, senza dubbio preferibile, della natura non perentoria depone la mancanza di previsione di sanzione alcuna per l'ipotesi di mancato rispetto del termine, elemento da valutarsi alla luce del principio espresso dall'art. 152 c.p.c. secondo cui i termini di legge sono perentori soltanto ove qualificati come tali dal legislatore" (così VITIELLO, in *Cod. Comm. Fall.* diretto da Lo Cascio, 2119).

periodo di tempo di 1-2 anni dal deposito dello stesso ricorso “in bianco” di cui all’art. 161, comma 6, l. fall.

Atteso che l’economia, spesso, corre più veloce del diritto, ecco la necessità – in vari concordati - di allinearsi con i (veloci) tempi economici e, così, vendere l’azienda in tempi rapidi, portando un vantaggio alla massa dei creditori sociali. Con la (rapida) vendita (ad un soggetto economicamente “sano”), infatti, da un lato si potrebbero conservare i valori organizzativi, ed in particolare l’avviamento, dall’altro si potrebbe consentire la conclusione della procedura di esecuzione del concordato e così provvedere al relativo riparto dell’attivo².

Peraltro, l’ampia casistica delle vendite dell’azienda o dei rami d’azienda nell’imminenza dell’apertura della procedura dimostra come, in molti casi, ciò corrisponda al miglior interesse dei creditori. Per esempio, basti pensare alla positiva esperienza delle procedure bancarie, che si caratterizzano - spesso - per una vendita addirittura immediata dell’azienda, anche a fini di tutela della stabilità del sistema³.

Ebbene, *de iure condito* il problema della vendita dell’azienda prima dell’omologazione, con provvedimento definitivo, del concordato di tipo liquidatorio sussiste in quanto, non essendovi alcuna norma che disciplini espressamente tale caso - a differenza del concordato con continuità aziendale, laddove tale ipotesi è disciplinata dall’art. 186-bis l. fall. - ci si chiede se una siffatta cessione possa essere compiuta (i) in via definitiva, ossia senza possibile sopravvenuta inefficacia della cessione in caso di mancata omologa, con conseguente “retrocessione” dell’azienda compravenduta; (ii) con la disattivazione della responsabilità solidale (tra cedente e cessionario) per i debiti iscritti nelle scritture contabili, di cui all’art. 2560, comma secondo, c.c..

Vi è invero, nelle maglie del sistema, come talvolta accade, una “zona grigia”, che riguarda in particolare tre periodi:

- a) quello intercorrente tra la presentazione del ricorso c.d. “in bianco” di cui all’art. 161, sesto comma, l. fall. e la pubblicazione del decreto di ammissione del debitore al beneficio del concordato;
- b) il periodo compreso tra l’ammissione e l’omologazione del concordato;
- c) il periodo compreso tra il deposito del decreto di omologazione del concordato e la sua definitività, ossia il suo passaggio in giudicato (per esempio perché *sub*

² Riguardo l’esigenza di una rapida vendita, si è rilevato che “se davvero si vuole facilitare la conservazione dei valori organizzativi, occorre inventare un meccanismo che consenta di vendere l’azienda (ovviamente, con le opportune garanzie, sia per quanto concerne la competitività della procedura volta a selezionare l’offerta migliore, sia per quanto attiene alla salvaguardia delle pretese dei terzi), prima ancora di iniziare i sub-procedimenti con i quali, in un secondo tempo, si accerterà il passivo, si liquideranno i beni residui, o si troverà un’altra sistemazione (eventualmente anche concordataria) con i creditori” (G. TERRANOVA, *Il concordato «con continuità aziendale» e i costi dell’intermediazione giuridica*, in *Dir. fall.*, 2013, 7).

³ Tra gli altri, si ricorda il caso del Banco Ambrosiano, la cui azienda venne venduta l’8 agosto del 1982, due giorni dopo l’apertura della procedura di liquidazione coatta amministrativa (sul punto cfr. anche Cass. 17.3.1989, n. 1321, in *Fall.*, 1989, 614). In altri ambiti, si ricorda che l’azienda Chrysler è stata venduta alla società costituita da Fiat (con il governo americano e i sindacati) in circa 40 giorni dall’apertura della procedura; l’azienda Lehman Brothers è stata venduta a Barclays in meno di una settimana.

judice per reclamo innanzi la Corte d'Appello ai sensi dell'art. ex art. 183 l. fall. o perchè pende giudizio innanzi la Corte di Cassazione).

De iure condendo, non si può non ricordare come l'esigenza sopra evidenziata sia attualmente all'esame della Commissione per la riforma della legge fallimentare, chiamata a riscrivere la disciplina di riferimento.

In attesa dell'auspicata introduzione di una apposita norma regolatrice della fattispecie, nel proseguo si esamineranno le soluzioni offerte dal nostro ordinamento, nonché le opzioni interpretative offerte dalla giurisprudenza e dalla dottrina, per poi trarre le conclusioni.

2. Le soluzioni interpretative sotto le previgente disciplina

Prima della nota riforma del 2006⁴, sotto la previgente disciplina era controverso se nel concordato preventivo per cessione dei beni il debitore, prima dell'omologazione, potesse essere autorizzato alla vendita dell'intero complesso aziendale.

In un primo tempo la giurisprudenza di legittimità lo aveva inizialmente escluso, sostenendo che la liquidazione dei beni ceduti dovesse avvenire soltanto dopo il giudizio di omologazione, la cui finalità era, appunto, quella di realizzare la *cessio bonorum*⁵. Invero, tale rigido orientamento pareva frutto della disciplina del 1942, secondo cui il concordato preventivo risultava inquadrato in uno schema rigido e vincolato, pervaso da una accentuata tutela giurisdizionale e da una posizione invasiva degli organi concorsuali; risultava così conforme a tale ottica concepire limitazioni che non offrissero grossi spazi alle iniziative del debitore concordatario.

Tuttavia, come spesso accade, la giurisprudenza di merito ha riconsiderato la questione, chiedendosi se, con riferimento alla vendita dell'azienda, fosse proponibile un'azione per invalidare il provvedimento di autorizzazione del giudice delegato, oppure il reclamo endofallimentare avverso i decreti del giudice delegato od ancora l'azione di nullità da proporsi in via ordinaria; per poi, infine, decidere in senso inverso rispetto alla precedente giurisprudenza di legittimità (e così ammettendo la cessione prima dell'omologazione).⁶

Successivamente è mutato anche l'orientamento della Cassazione, indirizzato in funzione della conservazione dell'impresa. Per la Suprema Corte il giudice poteva autorizzare la cessione dell'azienda nel corso della procedura, in attuazione del

⁴ Approvata con il D. Lgs. n. 5/2006 (Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80), cui sono seguiti: i D.L. n. 83/2012 (c.d. "decreto sviluppo", convertito con legge n. 134/2012), e n. 179/2012 (c.d. "decreto crescita 2.0", convertito con legge n. 221/2012), nonché le modifiche della legge di stabilità n. 228/2012; il D.L. n. 69/2013 (c.d. "decreto del fare"), convertito con modificazioni dalla L. n. 98/2013.

⁵ Si veda la risalente Cass. 9.7.1968, n. 2354, in *Dir. fall.*, 1968, II, 948 e la più recente Cass. 15.1.1985, n. 64, in *Fall.*, 1985, 638.

⁶ Cfr. Trib. Verona 18.2.1991, con nota di LO CASCIO, *La vendita dell'azienda nel concordato preventivo*, in *Giust. civ.*, 1991, I, 1825; e con nota di M. LAZZERA, *Vendita d'azienda e concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 1992, II, 818.

piano concordatario, costituendo la conservazione dell'organismo produttivo una finalità del concordato preventivo.⁷

In buona sostanza, già negli anni che precedettero la riforma fallimentare v'era una forte spinta di rinnovamento delle vecchie concezioni concorsuali ed una rappresentazione di nuove prospettive nelle quali assumevano valore essenziale la tutela occupazionale dei lavoratori, la conservazione dell'azienda e di ogni altro diritto connesso all'organizzazione produttiva. In questo mutato contesto, l'azienda non era più considerata quale complesso di beni che dovessero essere liquidati unicamente nella sede propria della procedura onde garantire ai creditori il maggior soddisfacimento possibile.⁸

3. Le soluzioni interpretative dopo la riforma del 2006

Nel solco della suddetta spinta di rinnovamento, con la riforma del diritto fallimentare si è – come noto - accentuata la natura privatistica negoziale che caratterizza l'accordo tra debitore e creditori, spostando l'interesse perseguito con la procedura dall'imprenditore all'impresa.⁹

Sono così intervenute varie pronunzie che hanno consentito la vendita dell'azienda prima dell'omologazione della procedura di concordato preventivo. In particolare il Tribunale di Bergamo nel 2011 ha stabilito che durante la fase anteriore all'omologazione del concordato preventivo per cessione beni "si compiono atti volontari di disposizione dei beni rimessi alla valutazione del debitore ed al parere del commissario giudiziale in virtù del suo potere di vigilanza e, qualora si tratti di atti di straordinaria amministrazione o che incidano, comunque, sul patrimonio, è richiesta, al fine di renderli efficaci nei confronti dei creditori concorsuali, l'autorizzazione del giudice delegato".¹⁰

Tra le altre, vi sono state varie pronunzie che hanno autorizzato, ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall., la vendita di cespiti finanche prima dell'ammissione alla procedura di concordato, sulla scorta dell'urgenza e dell'esperimento di una procedura competitiva adeguatamente pubblicizzata, per meglio tutelare l'interesse dei creditori sociali (che su tale vendita ancora non avevano potuto esprimersi), in sostituzione dei quali il tribunale è chiamato ad esprimersi.¹¹

⁷ Cass. Sez. I 12.5.2004, n. 8960.

⁸ Sul punto cfr. G. LO CASCIO, *La vendita dell'azienda nel nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2012, 338.

⁹ Non essendovi più il giudizio di meritevolezza: sul punto cfr. G. LO CASCIO, *La vendita dell'azienda nel nuovo concordato preventivo*, cit., 339.

¹⁰ Trib. Bergamo 1.12.11, in *Fall.* 2012, 3, 335 e ss. (con nota adesiva di G. LO CASCIO): la conclusione viene tuttavia utilizzata all'unico fine di ritenere inapplicabile lo strumento della sospensione ex art. 108 l. fall. alla vendita dell'azienda autorizzata dal giudice delegato, dando per presupposto e scontato che la responsabilità ex art. 2560, comma 2 c.c. non operava (sul punto si tornerà *infra*).

¹¹ Un recente provvedimento del Tribunale di Padova – che riguardava la vendita di una *partecipazione societaria* - ha autorizzato ai sensi dell'art. 161 sesto comma l. fall. la vendita della partecipazione *prima* della stessa ammissione alla procedura concordataria, precisando che "l'autorizzazione alla liquidazione del patrimonio della società proponente nella fase del c.d. concordato in bianco, avendo natura chiaramente anticipatoria rispetto alla liquidazione post omologa, richiede al Tribunale di sostituirsi con la propria valutazione al voto dei creditori, che

Principi che, *mutatis mutandis*, potrebbero valere anche per la vendita delle azienda ante ammissione.¹²

Si sono così avuti anche casi, analoghi per quanto riguarda gli effetti della vendita, di conferimento dell'azienda in una società di nuova costituzione, autorizzato dal tribunale immediatamente dopo il deposito del ricorso e prima ancora dell'ammissione (e, quindi, prima ancora della predisposizione del piano concordatario), laddove era stata dimostrata dal debitore la convenienza dell'atto per gli interessi dei creditori.¹³

In dottrina, l'opzione maggioritaria ritiene possibile la vendita dell'azienda prima dell'omologazione, sul presupposto che essa si appalesi conveniente e risulti conforme al piano ed agli interessi dei creditori, costituendo la conservazione dell'organismo produttivo una finalità del concordato.¹⁴ Nello stesso senso si sono orientati altri studiosi, ritenendo che l'azienda prima dell'omologazione possa essere non soltanto venduta, ma anche affittata¹⁵ (come di fatto avviene in molte procedure concordatarie).

Una parte minoritaria della dottrina, invece, non ritiene possibile la vendita dell'azienda prima dell'omologazione, in quanto tale vendita anticipata renderebbe efficace la proposta ancor prima della pronuncia del decreto di omologazione¹⁶ o, ancora, perché in tal modo sarebbe illegittimamente anticipata la fase della liquidazione.¹⁷

Tuttavia, tale ultima opzione interpretativa non risulta convincente, in quanto non sembra considerare, da un lato, che il compimento di un negozio giuridico, anche se di particolare rilevanza economica (quale, appunto, la vendita dell'azienda), conformemente al contenuto del piano, non sostituisce il giudizio di omologazione con cui si esercita il controllo di legittimità dell'intera

ancora non si sono espressi sulla proposta ed, anzi, ancora non hanno potuto esaminare alcuna proposta, ritenuto allora che il principio cui il Tribunale deve ispirarsi sia quello della migliore tutela dell'interesse dei creditori, in sostituzione dei quali è chiamato ad esprimersi" (cfr. Trib. di Padova 6.3.15, in *Il caso.it*, preceduto dal provvedimento, emanato nel corso della medesima procedura, del medesimo Tribunale del 8.1.15, in *Il fallimentarista.it*).

¹² Sul punto si tornerà *infra*.

¹³ Trib. Arezzo 11.11.2010, inedito (citato da L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., 1236, nota 54): la società aveva allegato sia l'impossibilità di gestire l'azienda, di rilevanti dimensioni, in pendenza di concordato, sia l'impossibilità di procedere ad un affitto senza perdere il principale cespite aziendale, costituito dal "punzone" di marchiatura dell'oro e del connesso marchio).

¹⁴ G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, 331; M.M. GAETA, *Fallimento ed altre procedure concorsuali*, a cura di G. FAUCEGLIA-L. PANZANI, Padova, 2009, III, 1652; S. PACCHI-L. D'ORAZIO-A. COPPOLA, *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, Torino, 2009, 1869-1870; A.M. PERRINO, *Fallimento e concordati*, Torino, 2008, 1126, nota 180 (il quale rileva che la duttilità del piano favorita dalla stessa disposizione di cui all'art. 160 l.fall. consente l'iniziativa, salvo il compimento di eventuali atti di frode); G. U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 552.

¹⁵ S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, XI, Padova, 2088, 97.

¹⁶ B. PATERNÒ RADDUSA, *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da L. Chia-C. Piccininni-F. Severini, Torino, 2011, 389.

¹⁷ A. DI MAJO, *Codice commentato del fallimento*, diretto da Lo Cascio, sub art. 167, VI, 1509.

procedura; dall'altro, che la vendita viene attuata proprio in conformità al piano.¹⁸

Tali considerazioni, evidentemente, valgono laddove vi sia un *piano* concordatario e quindi difficilmente possono applicarsi nella fase successiva al deposito del ricorso in bianco e precedente il decreto di ammissione (atteso che difficilmente in tale caso sarà già stato predisposto il piano). E ancor più valgono laddove non solo vi sia il piano, ma su di esso si siano già espressi i creditori sociali (attuando in tal caso la vendita dell'azienda la loro volontà), essendo intervenuta l'omologa, ancorchè con provvedimento non ancora definitivo.

4. La possibilità di cedere dell'azienda prima dell'omologa

Analizziamo ora i motivi per cui si ritiene - condivisibilmente - che l'azienda possa essere venduta prima dell'omologa del concordato liquidatorio.

Partiamo da un dato di fatto: nessuna norma pone un divieto di cessione dell'azienda nel corso della procedura di concordato, e non si scorge alcuna ragione per trarre un divieto del genere dai principi generali dell'ordinamento.

Atteso che il concordato liquidatorio è disciplinato dall'art. 182 l. fall., che non richiama la cessione dell'azienda prima dell'omologa (definitiva), la soluzione andrà cercata facendo riferimento ad altre norme contenute nella legge fallimentare ed in particolare:

- l'art. 186-bis l. fall., che disciplina il concordato con continuità aziendale e prevede, al comma primo, la «cessione dell'azienda in esercizio» ovvero il «conferimento dell'azienda in esercizio» e, al comma terzo, che «il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento [dell'azienda], dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni». Invero, pare potersi affermare che tale disposizione sarebbe sostanzialmente inutile se destinata ad applicarsi dopo l'omologazione, soccorrendo per tale ipotesi l'art. 108, comma 2, tramite il rinvio contenuto nel nell'art. 182. Lo spirito¹⁹ e la lettera della nuova disciplina dettata dall'art. 186-bis l. fall. confermano, quindi, la possibilità di cedere l'azienda prima dell'omologa e di cancellare i gravami con provvedimento *ex art. 108 l. fall.*²⁰. La lettera della norma spinge a ritenere che tale autorizzazione del giudice abbia natura espropriativa e, quindi, purgativa

¹⁸ G. LO CASCIO, *La vendita dell'azienda nel nuovo concordato preventivo*, cit., 341.

¹⁹ Come noto, la norma ha la finalità di conservare il valore dell'azienda in esercizio, mettendolo a disposizione dei creditori.

²⁰ Sul punto Trib. Messina 8.5.2012, il *Il caso.it*, ha precisato che le vendite effettuate dal liquidatore giudiziale del concordato preventivo in conformità alle previsioni del decreto di omologa hanno natura di "vendite forzate", non riconducibili alla libera determinazione dell'imprenditore assoggettato alla procedura concorsuale. Il giudice delegato può, pertanto, ordinare, ai sensi degli articoli 108 e 182 l. fall., la cancellazione di tutte le iscrizioni pregiudizievoli gravanti sui beni oggetto di vendita coattiva, così come prevede l'articolo 2884 c.c..

dei gravami sui cespiti compravenduti²¹ E tale impostazione implica necessariamente il controllo del tribunale sulla destinazione delle somme incassate, che hanno sì natura di corrispettivo della compravendita, ma costituiscono altresì il ricavato dell'esecuzione forzata.²²

A maggior ragione tale ragionamento risulta pregnante nella fase esecutiva del concordato per cessione dei beni – quale quello di cui si discute – essendo tale tipo di concordato riconducibile ad una più vasta categoria di procedimenti di esecuzione forzata (in senso lato), al pari della procedura fallimentare²³. Al riguardo, è stato osservato che nell'ipotesi in cui il concordato consista nella *cessio bonorum ex art. 182 l. fall.*, l'art. 186-bis l. fall. avrebbe natura di norma speciale;²⁴

- l'art. 161, settimo comma, l. fall., che prevede la possibilità per il debitore, dopo il deposito del ricorso c.d. in bianco e “fino al decreto di cui all'articolo 163 l. fall., di compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni e deve acquisire il parere del commissario giudiziale, se nominato”²⁵.

²¹ Cfr. L. VAROTTI, *Tribunale di Reggio Emilia. Appunti veloci in tema di riforma della legge fallimentare del 2012* (versione aggiornata al 25.10.2012 sulla scorta dei primi casi), in *Il caso.it* (doc. 37), secondo il quale “E' evidente che tale disposizione normativa parta dal presupposto (non espresso) dalla natura forzata dell'atto di concessione o di conferimento d'azienda”. L'Autore infatti evidenzia che “è da ritenere che – laddove l'atto autorizzabile (i) assuma la forma dell'atto attuativo del programma concordatario, (ii) sia compiuto non tanto (o non solo) nell'interesse delle parti del contratto, ad es. del preliminare, ma soprattutto nell'interesse della massa dei creditori e (iii) implichi attuazione della garanzia patrimoniale generica del debitore – tale atto abbia natura espropriativa. Ne deriva la natura purgativa della vendita e la possibilità che le formalità che gravano sul cespite alienato (ad es. le ipoteche) siano cancellate su ordine del giudice, qualora le parti non acconsentano alla cancellazione volontaria”. Peraltro, tale norma fa espresso riferimento ai soli contratti pubblici, ma è evidente che la stessa natura espropriativa “devono avere anche tutti quegli atti di alienazione (autorizzabili dal tribunale) che abbiano ad oggetto assets diversi da contratti pubblici e che siano realizzati in contesti diversi dalla cessione o dal conferimento di azienda” (*ibidem*).

²² Precisa che il potere di disporre la cancellazione da parte del giudice delegato non è subordinato né all'intervenuto soddisfacimento dei creditori garantiti né al loro consenso: F. LAMANNA, *Il c.d. Decreto Sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in *Il fallimentarista.it*, 2012, 33.

²³ Al riguardo si veda Cass. sez. I 14.3.2014 “Il concordato con cessione dei beni prevede la realizzazione di un piano di tipo liquidatorio riconducibile, nella fase esecutiva, così come accade nella procedura fallimentare, alla più vasta categoria dei procedimenti in senso lato di esecuzione forzata, nel quale, pertanto, il ricavato della vendita dei beni va distribuito a favore dei creditori, i quali beneficiano dell'eventuale miglior risultato, rispetto a quello promesso, in ragione della garanzia generale per loro rappresentata dal patrimonio del debitore”. Nello stesso senso la precedente Cass. Sez. Un. 16.7.2008.

²⁴ Cfr. BALDASSARRE-PERENO, *Prime riflessioni in tema di concordato preventivo in continuità aziendale*, in *Il fallimentarista.it*, 4. Sul punto si veda anche ARATO, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il fallimentarista.it*, 8; A. GIOVETTI, *Cessione o conferimento di azienda nel concordato in continuità*, cit. 8.

²⁵ Ai fini dell'autorizzazione di cui all'articolo 161, comma 7, ci sarebbe da discutere a lungo su quali atti sarebbero da considerarsi di “straordinaria amministrazione”: sembra tuttavia prevalere l'orientamento secondo il quale essi che sono “quelli idonei ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore pregiudicandone la consistenza e compromettendone la capacità a soddisfare le ragioni dei creditori in quanto ne determinano la riduzione ovvero lo aggravano di vincoli e di pesi cui non corrisponde l'acquisizione di utilità reali prevalenti su questi ultimi” (cfr. Trib. Crotone 17.7.2014, in *Il caso.it*). Così anche App. Venezia 29.5.2014, in *Il caso.it*, parla di “oggettiva idoneità dell'atto ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza o compromettendone comunque la capacità di soddisfare le ragioni dei creditori, alla cui tutela la misura della preventiva autorizzazione è predisposta”.

In tal caso, qualora dimostrato il presupposto dell'urgenza (per esempio dato dalla perdita di valore dell'azienda con il passaggio del tempo) e l'interesse dei creditori, il tribunale, a seguito di un'analisi che dovrà essere necessariamente rigorosa - soprattutto alla luce della mancanza del piano – potrà autorizzare la vendita dell'azienda.²⁶

5. L'autorizzazione del Giudice Delegato e la vendita competitiva dell'azienda

Per altro verso, la tutela dei creditori in relazione alla vendita anticipata dell'azienda risulta garantita attraverso il sistema di vigilanza e di autorizzazioni del giudice delegato di cui all'art. 167 comma 2 l. fall. (se nella fase successiva all'ammissione) oppure ai sensi dell'art. 161 comma 6 l. fall. (se nella fase anteriore all'ammissione). Autorizzazione ritenuta necessaria, trattandosi di atto di straordinaria amministrazione.²⁷

Anche in tal caso si registrano opinioni differenti, sulla scorta dell'assunto che, trattandosi di operazioni attuative del piano concordatario, tali atti sono sottratti all'autorizzazione del giudice delegato, salvo subordinarne l'efficacia ed eseguibilità solo all'esito dell'omologa del concordato. In questa ottica, la vendita dell'azienda rappresenterebbe una concreta modalità di esecuzione del piano e, quindi, parte integrante dell'accordo; il quale, qualora accettato, diverrebbe insindacabile, in quanto "contrattualizzato".²⁸

Al riguardo, tuttavia, sembra assai difficile fare a meno dell'autorizzazione del giudice delegato, atteso che essa attua la dovuta vigilanza dell'autorità giurisdizionale sugli atti negoziali compiuti dal debitore, a presidio della tutela dei creditori e della legittimità stessa dell'atto. Infatti per le vendite effettuate nell'ambito di una procedura concorsuale, il compimento degli atti sotto il controllo degli organi della procedura in linea di principio assicura il presidio della legalità ed esclude il rischio di una vendita a prezzo vile (o, meglio, inferiore a quello di mercato). E ciò differenzia tali tipi di vendite da quelle effettuate all'infuori delle procedure, laddove la responsabilità concorrente dell'acquirente

²⁶ In tal senso cfr. L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il Fallimento* 10/2013, p. 1237 e ss.: "non si vede in nome di quale principio non potrebbe procedere ad autorizzare l'atto. In sostanza, delle due l'una: o non vi sono in concreto gli elementi per valutare se la vendita dell'azienda o il suo conferimento siano urgenti e conformi agli interessi dei creditori, oppure se tali elementi vi sono, l'atto è autorizzabile". E secondo l'Autore (ivi, nota n. 57): "Non pare inficiare questa conclusione il fatto che il debitore, entro il termine fissato dal tribunale, potrebbe non proporre alcuna domanda di concordato o proporre domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti: il legislatore ha voluto consentire atti stabili, se autorizzati, anche in relazione a tale evenienza, evidentemente sulla base di una scelta politica secondo la quale la stabilità "vigilata" è comunque in grado di produrre effetti positivi in vista della possibile soluzione della crisi d'impresa".

²⁷ G. LO CASCIO, *La vendita dell'azienda nel nuovo concordato preventivo*, cit., 341. In ordine agli atti compresi nel piano ed alla loro natura ordinaria o straordinaria, nonchè all'autorizzazione del giudice delegato v. M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011, 644; S. PACCHI-L. D'ORAZIO-A. COPPOLA, *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, Torino, 2009, 1918.

²⁸ A. GIOVETTI, *Cessione o conferimento di azienda nel concordato in continuità: aspetti operativi*, Milano 8-9.4.13, in *Paradigma.it*.

si giustifica con l'esigenza di proteggere i creditori aziendali contro il rischio di un pregiudizio (che può derivare, appunto, da una vendita a prezzo vile), oltre che dalle difficoltà pratiche di un'azione revocatoria ordinaria.²⁹

Pare opportuno precisare che, secondo parte della dottrina, l'autorizzazione del giudice delegato dovrà giungere a seguito dell'esperimento di tutte le verifiche e le procedure che assicurino che la vendita "anticipata" risponda effettivamente all'interesse dei creditori ed avvenga al miglior prezzo possibile, ottenuto mediante procedure competitive³⁰.

D'altronde, tale opzione interpretativa si inserisce nel solco tracciato dalla nota giurisprudenza meneghina, che applica costantemente la "regola della necessaria competitività delle vendite attuate ai sensi dell'articolo 182 l. fall."³¹.

Di contrario avviso altra parte della dottrina e della giurisprudenza sostiene la tesi della legittimità del c.d. "pacchetto preconfezionato" ovvero un piano concordatario che – nell'ottica della massima valorizzazione dell'autonomia privata – sia "chiuso" e determinato in tutti i suoi aspetti, tra cui la vendita all'affittuario dell'azienda, senza necessità di alcuna procedura competitiva, sulla scorta della nuova concezione privatistica dell'istituto concordatario.³²

L'opportunità della vendita competitiva, tuttavia, risulta evidente laddove i creditori non si siano ancora espressi sulla vendita dell'azienda o perché non sussiste ancora il piano concordatario o perché non si sia ancora proceduto alla votazione dello stesso.

6. L'esclusione della responsabilità solidale per il cessionario ex art. 2560 comma secondo c.c.

Ammessa la possibilità di cedere l'azienda prima dell'omologa, a seguito dell'autorizzazione del giudice delegato, v'è ora da chiedersi se alle vendite e ai conferimenti dell'azienda effettuati in pendenza di procedura si applichi il disposto dell'art. 2560, comma secondo, c.c., che prevede la responsabilità

²⁹ L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., p. 1238.

³⁰ L. STANGHELLINI, *ivi*, p. 1236.

³¹ *Ex multis* si veda Tribunale Milano 12.6.2014; Trib. Milano 27.10.11, tutte in *Il caso.it*. Lo stesso tribunale meneghino si era pronunciato in tal senso nel noto caso del concordato preventivo della Fondazione Centro San Raffaele del Monte Tabor (decreto 11.5.2011, in *Il fallimentarista.it*). In giurisprudenza si veda anche: Trib. Roma 23.7.2010, in *Il caso.it*; Trib. Piacenza 3.7.2008, in *Fall.*, 2009, 120. Sul punto si veda in dottrina: L. VAROTTI, *Tribunale di Reggio Emilia*, cit.

³² FABIANI, *Concordato preventivo per cessione dei beni e predeterminazione delle modalità di liquidazione*, in *Fall.*, 2010, 5, 593; MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009, 1031; NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, 371; Trib. Lodi, decr. 1.3.2010, in *Fallimento* 2010, 5, 593; Cass. 8.7.1985, n. 4068, in *Dir. fall.* 1985, 2, 321; Trib. S.Maria Capua V, 13 marzo 1983 in *Giur. Merito* 1985, 382. In tema di concordato fallimentare: "Con la sentenza di omologazione del concordato fallimentare, in quanto decisione "a contenuto vincolato", il tribunale non può apportare modifiche o aggiunte alla proposta di concordato, se non quelle destinate a ricondurre la stessa nell'orbita della legge" (App. Torino, 19.5.1999, in *Giur. Merito* 2001, 679). Per un'ampia panoramica sulle opinioni contrastanti in dottrina, cfr. CONCA, *Concordato Preventivo – Conflitto di interessi e poteri del Tribunale*, in *Il fallimentarista.it*.

dell'acquirente per i debiti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta e risultanti dalle scritture contabili.

Secondo la giurisprudenza si tratta di una responsabilità che va ricondotta ad un accollo cumulativo *ex lege* e dà luogo ad una solidarietà in forza di legge tra l'alienante e l'acquirente dell'azienda commerciale; solidarietà *sui generis* che non implica il diritto del primo di ripetere, neppure in parte, dal secondo quanto versato al terzo creditore.³³ Peraltro, secondo attenta dottrina, l'art. 2560, comma 2 c.c. adempie alla funzione di tutelare il creditore contro la perdita, da parte del proprio originario debitore, di quella che di solito è la componente principale del suo patrimonio: ciò alla luce della difficoltà pratica di assoggettare la cessione di un'azienda ad azione revocatoria e all'espropriazione forzata che consegue al suo vittorioso esperimento (art. 2910, comma secondo, ultima parte c.c.).³⁴

Ebbene, il problema è il seguente: se per le cessioni in esecuzione del concordato (definitivo) tale responsabilità certamente non opera, ai sensi dell'art. 105, comma 4, l. fall., richiamato dall'art. 182 l. fall., per le cessioni effettuate *in pendenza* della procedura *non* sussiste alcuna espressa disposizione in tal senso.

Così, applicando la pura esegesi letterale delle norme, di cui al brocardo *ubi lex voluit dixit ubi noulit tacuit*³⁵, non essendovi una espressa disposizione si dovrebbe escludere la disattivazione dell'art. 2560, comma 2, c.c.. Tuttavia tale conclusione appare *ictu oculi* come troppo semplicistica, in quanto:

- se operasse la suddetta responsabilità, da un lato si creerebbe una grave disparità di trattamento fra creditori, alcuni dei quali destinati ad essere soddisfatti integralmente e altri a subire il costo di tale integrale soddisfazione (essendo evidente che l'acquirente dedurrà dal prezzo che è disposto a pagare quanto dovrà corrispondere ai creditori verso cui assuma responsabilità *ex art.* 2560, comma 2, c.c., con danno dei creditori residui), dall'altro lato la stessa cessione potrebbe rivelarsi – di fatto – impossibile tutte le volte in cui l'ammontare dei debiti che l'acquirente dovrebbe accollarsi *ex lege* superi il valore dell'azienda;

- è proprio la disattivazione dell'art. 2560, comma 2, c.c., come noto, una delle ragioni d'essere delle procedure concorsuali: le regole del diritto fallimentare servono proprio a vendere le aziende di imprenditori insolventi che abbiano ancora (un qualche) valore, disattivando le regole del diritto civile (altrimenti,

³³ Cfr. Cass. 3.3.1994, n. 2108. Ciò in quanto, diversamente da quanto avviene nei casi di solidarietà ordinaria in cui il fatto costitutivo del debito è imputabile anche al condebitore nei confronti del quale si agisca poi in via di regresso (v. artt. 1292, 1294, 1298 e 1299), l'alienante, debitore, ha adempiuto un'obbligazione discendente esclusivamente dal fatto proprio, contrattuale o extracontrattuale. Per altro verso, l'iscrizione dei debiti, inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta, nei libri contabili obbligatori è elemento costitutivo della responsabilità dell'acquirente dell'azienda e non può essere surrogata dalla prova che l'esistenza dei debiti era comunque conosciuta da parte dell'acquirente medesimo (cfr. Cass. 3.4.2002, n. 4726).

³⁴ G.E. COLOMBO, *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di F. Galgano, vol. III, Padova, 1979, 150 ss..

³⁵ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, vol. I, tomo 2, Milano, 1980, 346.

non vi sarebbero compratori per aziende di debitori insolventi). E la disattivazione della norma di cui all'art. 2560, comma 2, c.c. poggia sulla circostanza che la vendita avviene sotto la vigilanza dell'autorità giudiziaria (sulla congruità del prezzo di vendita e sulla corretta distribuzione fra i creditori di quanto è stato ricavato).

Invero, dal punto di vista esegetico, va ricordato che il legislatore espressamente contempla la possibilità che vi siano fattispecie non previste né risolte da norme giuridiche, ossia l'esistenza di lacune; le quali devono, tuttavia, essere colmate dal giudice, che non può rifiutarsi di risolvere un caso pratico adducendo la mancanza di norme. E l'art. 12, comma 2, delle preleggi prevede il ricorso a disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe³⁶ ovvero, se il caso rimane ancora dubbio, ai principi generali dell'ordinamento giuridico.³⁷ Così considerazioni di carattere sistematico³⁸ e di completezza del diritto³⁹ portano a ritenere preferibile la disattivazione della responsabilità ex art. 2560, comma 2, c.c.⁴⁰. E ciò per un duplice ordine di motivi:

- *in primis*, è insita nella procedura di concordato la sostituzione della tutela individuale con la tutela collettiva, sotto il controllo del giudice. Nella sede concorsuale, la responsabilità dell'acquirente dell'azienda (tipico rimedio individuale del creditore dell'azienda ceduta) porterebbe ad una alterazione delle posizioni dei creditori: egli pagherebbe per l'azienda un prezzo minore (con danno di tutti i creditori) per il fatto di dover soddisfare soltanto alcuni di essi per intero;
- *in secundis*, va rilevato che, avendo – come visto – la responsabilità dell'acquirente natura omogenea a quella della revocatoria⁴¹, in

³⁶ È questa la c.d. *analogia legis*: “essendo data una norma che predica una qualsiasi qualificazione normativa (ad esempio un potere un obbligo, uno status) di un soggetto o di una classe di soggetti, si deve concludere che valga (che esista, che sia valida) una diversa norma la quale predichi quella stessa qualificazione normativa di un altro soggetto o classe di soggetti, che abbiano col primo soggetto o con la prima classe di soggetti una somiglianza o “analogia” assunta come rilevante in ordine alla identità di disciplina giuridica (almeno per quanto concerne la qualificazione in questione)”. Funziona, in sede interpretativa come, “come veicolo di interpretazione estensiva” (G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 350). L'*analogia legis* si basa sui seguenti presupposti: a) il caso in questione non deve essere previsto da alcuna norma; b) devono ravvisarsi somiglianze tra la fattispecie disciplinata dalla legge e quella non prevista; c) il rapporto di somiglianza deve concernere gli elementi della fattispecie nei quali si ravvisa la giustificazione della disciplina dettata dal legislatore (*eadem ratio*).

³⁷ È questa la c.d. *analogia iuris*, che prevede l'applicazione di norme ad alto grado di generalità (es.: art. 1176 c.c.), di *rango costituzionale*, di *tenore vago* (e dunque suscettibili di adattamenti interpretativi, ad esempio l'art. 2041 c.c.) o di *importanza fondamentale* per l'intero sistema giuridico (es.: art. 1322 c.c.).

³⁸ Per cui “a un enunciato normativo o a un insieme di enunciati normativi (tra loro assunti come collegati proprio ai fini della interpretazione “sistematica”) si deve attribuire il significato prescritto, ovvero non si deve attribuire il significato impedito, dal “sistema giuridico” (G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 375).

³⁹ L’“argomento della completezza della disciplina giuridica” è l'argomento per cui “non essendo reperibile una norma che, per un comportamento dato e per un dato soggetto, ascriva una qualificazione normativa a quello stesso comportamento, si deve concludere ciononostante che valga (che sia valida, che esista) una norma che ascrive al comportamento non regolato una qualche qualificazione normativa” (G. TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, p. 357).

⁴⁰ Così L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., 1237.

⁴¹ Prevedendo, in luogo di una responsabilità del terzo con i beni oggetto dell'atto revocato (art. 2910, comma secondo, ultima parte c.c.), una responsabilità del terzo cessionario dell'azienda diretta ed automatica (cfr. G.E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., pp. 150 ss.).

quest'ottica la pendenza di una procedura di concordato - e il relativo regime delle autorizzazioni giudiziali - si sovrappone completamente alla tutela dei creditori (preventiva e successiva) che opera in relazione a puri atti di autonomia negoziale che il debitore compia da solo.⁴²

D'altronde, atteso che, nell'ambito del concordato, la tutela dei creditori è *collettiva* e la tutela del creditore singolo va necessariamente a scapito degli altri, così come non opera la revocatoria per gli atti autorizzati dal giudice all'interno del concordato preventivo (art. 67, comma 3, lett. d), del pari *non* opera neppure la responsabilità di cui all'art. 2560, comma 2, c.c..

Va comunque ricordato che già prima della riforma del 2006-2007 - che ha introdotto l'art. 105, comma 4, l. fall. e l'art. 182, comma 5, l. fall. che vi fa rinvio - la disapplicazione dell'art. 2560, comma 2, c.c. nelle liquidazioni concorsuali non era prevista da alcuna norma, venendo fatta derivare, pacificamente, dai principi generali dell'ordinamento.⁴³

A *fortiori* con l'introduzione delle suddette norme la conclusione che opta per la disattivazione della solidarietà (di cui all'art. 2560, comma 2, c.c.) sembra rafforzata. E la già citata norma di cui all'art. 182, comma 5, l. fall. pare confermare la natura non puramente privatistica degli atti autorizzati dal giudice delegato e la conseguente sostituzione della tutela individuale dei creditori di fronte a tali atti con quella collettiva.⁴⁴ Del pari, la disattivazione appare consequenziale anche alle vendite e ai conferimenti dell'azienda autorizzati ex art. 161, comma 7 l. fall.: se la vendita è legittima, essa lo è con effetto *purgativo* della responsabilità del cessionario.⁴⁵

Ovviamente quanto sopra non vale per la responsabilità per i debiti verso i lavoratori ai sensi dell'art. 2112 c.c.: la responsabilità del cessionario dell'azienda per i debiti del cedente verso il lavoratore passato alle sue dipendenze è infatti più ampia, operando anche in caso di affitto d'azienda e prescindendo dalla loro iscrizione nelle scritture contabili, e sorge anche in caso di trasferimento effettuato nell'ambito di procedure concorsuali, salvo quanto disposto dall'accordo che sia stato raggiunto nell'ambito delle consultazioni sindacali.⁴⁶

7. Per una conclusione

Sulla scorta dell'opinione della maggioranza della giurisprudenza e della dottrina, applicando per analogia norme rinvenibili all'interno del sistema (art. 186-*bis*,

⁴² Cfr. L. VAROTTI, *Tribunale di Reggio Emilia*, cit..

⁴³ Si veda, ad esempio, P. PAJARDI, *Codice del fallimento*, II ed., Milano, 1994, 473.

⁴⁴ Si veda quanto detto *supra*.

⁴⁵ L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., 1238.

⁴⁶ Ai sensi dell'art. 47, commi 4 *bis* e 5 della L. 29 dicembre 1990, n. 428, come modificato dalla L. n. 134/2012. Pare così preferibile l'interpretazione secondo cui queste norme abbiano applicazione generale, mancando nel sistema delle procedure concorsuali un principio di automatica irresponsabilità del cessionario dell'azienda per i debiti lavorativi.

commi primo e terzo, ed art. 161, comma 7, l. fall.) si ritiene possibile cedere l'azienda prima dell'omologa del concordato, con disattivazione della responsabilità solidale di cui all'art. 2560 comma 2 c.c., a condizione che la cessione corrisponda ad un interesse dei creditori, sia prevista nel piano concordatario e sia autorizzata dal giudice delegato.

Conclusione ancor più condivisibile laddove i creditori si siano già espressi sul piano concordatario e la maggioranza di essi lo abbia approvato (ma l'omologa non sia divenuta ancora definitiva, per esempio perché pende il procedimento di reclamo ex art. 183 l. fall.).

Qualora, invece, manchi il piano concordatario, in quanto il debitore si trovi nella fase successiva alla presentazione della domanda con riserva, si dovrà porre massima cautela nell'autorizzare la vendita dell'intera azienda o di rami d'azienda essenziali. In tal caso, la procedura competitiva appare necessaria, onde assicurare la tutela dei creditori sociali. Potrà, quindi, essere stipulato un contratto di affitto con opzione d'acquisto a favore del debitore del conduttore, da esercitare dopo l'ammissione al concordato e in conformità alle relative regole.