

3.5.2. L'art. 186-bis L. Fall., poi, individua come casi di concordato con continuità aziendale quelli in cui il piano ex art. 161, comma 2, lett. e), L. Fall. prevede: a) la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del debitore; b) la cessione dell'azienda in esercizio; c) il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione. Il primo, senz'altro quello meno problematico, postula l'esercizio diretto dell'impresa da parte del debitore. Il secondo comporta che i creditori sono destinati ad essere soddisfatti (anche) con i proventi della cessione dell'azienda in esercizio. Tramite il terzo, che richiama la "liquidazione mediante conferimento" di cui all'art. 105, comma 8, L. Fall. il debitore conferisce l'azienda, priva di debiti se non quelli che le si intendano espressamente trasferire, in una o più società (almeno di regola di nuova costituzione), ed i creditori vengono soddisfatti direttamente dalla società conferitaria (che si ponga come assuntore), o dal debitore con il corrispettivo della cessione della partecipazione. In tutte le ipotesi descritte i creditori sono normalmente esposti, in misura e per tempi dipendenti dalla struttura del piano di concordato, ad entrambi i rischi sopra evidenziati: riduzione dei valori e maturare della predeuzione.

3.5.3. Secondo la stessa definizione dell'art. 186-bis L. Fall., dunque, la continuità può esplicarsi nelle due forme della "continuità diretta", in cui non vi è una separazione tra proprietà ed impresa in quanto l'esercizio di questa viene proseguito dallo stesso imprenditore che da quell'attività trae i flussi per la soddisfazione dei creditori, e della "continuità indiretta", in cui la continuità è finalizzata al mantenimento in funzione dell'impresa per consentire di tenere insieme i componenti aziendali ai fini della vendita o del conferimento. Sebbene accomunate nella medesima previsione legislativa, esiste, peraltro, una netta differenza tra la prosecuzione dell'attività di impresa da parte dell'imprenditore e la circolazione del going concern a terzi, che si traduce in una diversificazione in ordine alla continuità, o meglio alle finalità cui la continuità tende.

3.5.3.1. La prosecuzione dell'attività nel concordato con continuità diretta ha una funzione di risanamento, in quanto il ripristino della redditività dell'impresa entra nelle finalità della procedura come mezzo unico diretto al fine del recupero della solvibilità dell'imprenditore, che, quindi, attraverso il tentativo di ricondurre l'impresa nell'area della redditività, tende al ripristino della propria capacità di far fronte alle proprie obbligazioni ristrutturate, e, cioè, al suo ritorno in bonis.

Pertanto, la realizzazione di tale tentativo diventa, a sua volta, il metro formale per valutare il successo del programma attuato.

3.5.3.2. Anche nella continuità indiretta vi è la prosecuzione della gestione aziendale da parte dell'imprenditore, ma, a differenza del caso esaminato ove essa è di carattere duraturo, qui si ha una gestione meramente interinale, volta principalmente a conservare il valore del complesso aziendale nell'ottica di una migliore cessione e realizzo del complesso aziendale, per cui l'interesse dei creditori ritorna più prepotentemente. Qui, infatti, la procedura non tende a realizzare il recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali con la riconduzione dell'impresa nell'area della redditività, ma ha la funzione (più modesta) di garantire il mantenimento dell'unità operativa dei complessi aziendali in vista della loro cessione o del conferimento, da cui ricavare le liquidità necessarie per la soddisfazione dei creditori. Tale ipotesi non postula necessariamente una finalità risanatoria da parte dell'imprenditore concordatario oppure del cessionario o conferitario. Il legislatore ha, infatti, creato una separazione tra l'attività d'impresa prima della cessione o del conferimento e quella successiva: la continuazione prima della cessione è ampiamente favorita dalle agevolazioni descritte in precedenza proprio nell'ottica di trasferire una azienda in esercizio (come ribadisce due volte l'art. 186-bis L. Fall.) allo scopo della migliore liquidazione. Della continuità successiva alla cessione o al conferimento il legislatore si disinteressa completamente

(manca, invero, nella disciplina concordataria, come si è opportunamente rilevato in dottrina, una regola sulla valutazione dell'azienda che tenga conto del badwill, manca un riferimento all'affidabilità del cessionario e del piano di prosecuzione dell'attività imprenditoriale, non vi è alcun accenno al mantenimento dei livelli occupazionali nè la previsione di un obbligo legale dell'acquirente dell'azienda di continuare l'attività, neanche per un tempo ridotto, che sono le caratteristiche richieste dal D.Lgs. n. 270 del 1999, art. 63 per la vendita dell'azienda in esercizio nell'amministrazione straordinaria). Questo vuol dire che, nel concordato in esame, la continuazione dell'attività avviene sì nell'ottica della ricollocazione sul mercato dell'azienda, ma non necessariamente affinché un nuovo imprenditore possa risanare l'impresa o possa proseguire l'attività imprenditoriale utilizzando il complesso aziendale acquistato, dopo averlo opportunamente riorganizzato, bensì, essenzialmente, quale strumento di mantenimento dei valori aziendali nell'ottica di un miglior realizzo nell'interesse dei creditori, nel mentre rimane sullo sfondo l'augurabile prospettiva che si realizzi anche il risanamento dell'attività produttiva attraverso il mutamento della titolarità dell'impresa.

3.6. L'elencazione dell'art. 186-bis L. Fall., peraltro, può ricomprendere le ipotesi - non sempre agevolmente individuabili - di concordato in cui l'esercizio dell'azienda sia comunque rilevante, come beneficio potenziale o come rischio, per i creditori, ed inoltre, per dar luogo all'applicazione delle norme (facilitative e di cautela) connesse alla continuità aziendale, occorre che si verifichi la fattispecie, anche se in modo parziale: così, ad esempio, se la continuità si ha solo per un ramo aziendale, è in relazione a questo che si verificherà la conservazione dei contratti ai sensi del comma 3 della citata disposizione, destinata a preservarne il valore, ed è sempre in relazione a questo che, ferma la necessità di una valutazione globale, il piano e la relazione del professionista dovranno fornire le specifiche informazioni richieste dall'art. 186-bis, comma 2, lett. a) e b). Lo stesso, infine, quando l'esercizio sia temporaneo, se l'attività non cessi (la qual cosa farebbe venir meno la fattispecie: cfr. art. 186-bis, u.c.), ma sia destinata a proseguire in mani diverse.

3.7. Proprio questa ultima conclusione impone di esaminare il problema concernente il se il concordato possa dirsi con continuità aziendale anche quando l'azienda è stata affittata o è destinata ad esserlo. Sul punto si registrano, nella dottrina e nella giurisprudenza di merito, opinioni molto diverse.

3.7.1. Nei mesi successivi alla pubblicazione della legge n. 134 del 2012, un primo orientamento dottrinale e giurisprudenziale di merito ha negato l'assorbimento dell'affitto nel perimetro della continuità per motivi riconducibili principalmente all'interpretazione letterale dell'art. 186-bis L. Fall., in quanto il legislatore, nel definire i confini dell'istituto della continuità aziendale, ha considerato due differenti ipotesi attraverso cui è possibile esprimere la continuità "indiretta" dell'attività di impresa: la cessione ed il conferimento, mentre non ha previsto l'affitto. A questi argomenti letterali se ne aggiungono altri legati al rischio imprenditoriale che sarebbe connotato alla continuità aziendale come disegnata dal legislatore del 2012, ritenuto, invece, assente nella disciplina dell'affitto d'azienda. Il concordato con continuità è, infatti, caratterizzato da una intrinseca maggior rischiosità insita nella prosecuzione dell'attività di impresa in capo all'imprenditore a fronte della quale si ricollega e giustifica la necessità di una produzione documentale sussidiaria tesa a fornire un'indicazione analitica di costi e ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura. Nell'affitto d'azienda il rischio d'impresa viene, invece, trasferito sull'affittuario salvo per quanto concerne la riscossione dei canoni: pertanto, si è sostenuto, l'art.186-bis L. Fall. non trova

applicazione in presenza di aziende affittate a terzi ove il rischio incombe direttamente sull'affittuario e non sul debitore.

3.7.1.1. Un distinguo può, al più, essere operato - secondo questo orientamento - nel caso in cui l'affitto d'azienda abbia inizio dopo l'apertura della domanda di concordato, in quanto, in tale ipotesi, il rischio d'impresa graverà temporaneamente sui creditori giustificando la produzione di un business plan che sappia dare una descrizione previsionale dell'andamento dell'azienda dai cui risultati dipende il "miglior soddisfacimento" dei creditori, mentre l'affitto d'azienda stipulato anteriormente all'apertura del procedimento concordatario potrebbe essere compatibile solo con uno schema concordatario meramente liquidatorio in quanto l'affittante si limita sostanzialmente a percepire i canoni di affitto.

3.7.1.2. Un ulteriore ostacolo interpretativo è costituito dal fatto che, in presenza dell'affitto, non si giustificerebbero le agevolazioni previste dalla normativa rappresentate, come si è già visto: 1) dalla continuità contrattuale (art. 186-bis, comma 3, L. Fall.), 2) dalla moratoria di un anno per il pagamento dei creditori privilegiati (art. 186-bis, comma 2, lett. c), L. Fall.) e 3) dalla possibilità di pagamento anticipato di creditori essenziali e strategici per la continuità aziendale ex art. 182-quinquies L. Fall.. Facilitazioni che sono state previste dal legislatore per favorire la conservazione dell'azienda e non dirette all'incentivazione dell'investimento di parti terze.

3.7.2. La tesi opposta è stata, invece, propugnata da altra dottrina e giurisprudenza di merito facendo principalmente leva sull'elemento oggettivo della prosecuzione dell'attività di impresa: in questi casi, l'interpretazione letterale della norma viene scavalcata a favore dell'aspetto oggettivo della continuazione, indipendentemente dal soggetto che la prosegue. Secondo questa corrente di pensiero, la disciplina del concordato con continuità troverebbe applicazione ogni qualvolta il soddisfacimento dei creditori sia in qualche modo riconducibile alla prosecuzione dell'attività di impresa: conclusione, quest'ultima, abbracciata da diversi tribunali che hanno dato risalto al requisito che l'azienda sia in esercizio, tanto al momento dell'ammissione quanto all'atto del successivo trasferimento, e ciò indipendentemente dal soggetto che la conduce. La compatibilità del concordato con continuità aziendale al contratto di affitto d'azienda, con possibilità di applicazione analogica dell'art. 186-bis L. Fall., è rafforzata dalla convergenza verso le medesime esigenze di tutela e di ratio perseguite dal legislatore, rappresentate dal favorire il risanamento (diretto od indiretto) dell'azienda, funzionale al miglior soddisfacimento del ceto creditorio attraverso l'esercizio dell'attività d'impresa, in contrapposizione al risultato ottenibile attraverso lo schema liquidatorio che non pone attenzione alla prosecuzione aziendale.

3.7.2.1. Anche il tema del rischio d'impresa trasferito sull'affittuario viene ridimensionato dagli autori favorevoli all'affitto in quanto l'affittante, a seguito della concessione in godimento dell'impresa a soggetti terzi, rimane comunque esposto a svariati rischi, apparendo incontestabile che il rischio d'impresa continui a gravare, seppur indirettamente, sul soggetto in concordato e che l'andamento dell'attività incida, in ultima analisi, sulla fattibilità del piano.

3.7.3. Le discussioni che hanno interessato la materia hanno riguardato innanzitutto le figure dell'affitto d'azienda "puro" o "fine a sè stesso", contrapposto alla espressione "ponte", finalizzato, cioè, al trasferimento aziendale, risultando altresì molto importante, per il successo dell'operazione, il momento in cui l'affitto diviene efficace in rapporto alla domanda di concordato. Fatte poche eccezioni, l'ipotesi dell'affitto fine a sè stesso non ha raccolto i favori della giurisprudenza di merito, incontrando, invece, successo la forma di "affitto-ponte" stipulato nella prospettiva di trasferire l'attività in esercizio. Con questo schema, l'affittuario assume

irrevocabilmente un obbligo all'acquisto sotto la condizione dell'omologazione e garantisce la continuità aziendale durante la procedura (ed eventualmente anche antecedentemente ad essa), conferendo solidità alla proposta che trova nel vincolo all'acquisto un elemento di forte rassicurazione per il ceto creditorio. Un siffatto schema, peraltro, è utilizzato tanto nel caso in cui il potenziale acquirente sia un soggetto terzo, sia in quello che si tratti di una società newco costituita dall'imprenditore in crisi.

3.7.3.1. Per consentire la piena compatibilità dell'affitto nella versione "ponte" all'art. 186-bis L. Fall. sono stati individuati tre requisiti prioritari: 1) la sopravvivenza dell'azienda in esercizio in capo all'imprenditore al momento della domanda: circostanza che consente la piena applicazione della norma ex art. 186-bis L. Fall. anche con riferimento alla produzione del business plan almeno sino al momento del trasferimento dell'azienda all'affittuario; 2) la previsione dell'affitto e della successiva cessione nel piano concordatario e non in un contratto stipulato anteriormente ad esso: ciò permette di rispettare il dettato normativo di cui all'art. 186-bis L. Fall. secondo cui "quando il piano di concordato di cui all'art. 161, comma 2, lett. e), L. Fall. prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessazione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione, si applicano le disposizioni del presente articolo"; 3) la conservazione in capo al debitore della qualità di imprenditore, requisito da alcuni ritenuto incompatibile con l'affitto ma la cui sopravvivenza è stata ritenuta da altri pienamente compatibile con l'attività, ad esempio, di liquidazione dei cespiti aziendali; senza dire che, in ogni caso, l'imprenditore in crisi è chiamato alla gestione del contratto, avrà dei ricavi e dovrà sopportare dei costi dovuti ad esempio a riparazioni straordinarie poste a suo carico.

3.7.3.2. Per un numero minore di pronunce, invece, risulterebbe del tutto indifferente la circostanza che, al momento della ammissione del concordato o del deposito della domanda, l'azienda sia esercitata dal debitore o da un terzo, in quanto, in ogni caso, il contratto d'affitto costituisce un semplice strumento per giungere alla cessione o al conferimento dell'azienda senza il rischio della perdita dei valori intrinseci, primo tra tutti l'avviamento, che un suo arresto, anche momentaneo, produrrebbe in modo irreversibile. L'orientamento testè citato, però, non affronta le questioni legate alla continuità contrattuale, alla moratoria nel pagamento dei creditori privilegiati ed alla sovversione dell'ordine dei privilegi consentita dall'applicazione dell'art. 182-quinquies, comma 4, L. Fall.

3.7.3.3. La soluzione concordataria, attraverso l'applicazione del contratto d'affitto-ponte con le caratteristiche appena descritte, ha dato luogo ad uno schema frequentemente ripetuto e noto con la formula di concordato "preconfezionato" o "chiuso", secondo cui le condizioni economiche vengono concordate tra il terzo affittuario/promittente cessionario e l'imprenditore in crisi prima dell'apertura della procedura del concordato con la conseguenza che il valore target attribuito all'asset aziendale, sarà dettato non già dal valore obiettivo dell'azienda ma dal grado di soddisfacimento che si vuole dare ai creditori, con possibilità di porre in essere condotte abusive in frode ai creditori stessi.

L'ordinamento ha reagito a questi frequenti schemi di concordati, introducendo l'art. 163-bis L. Fall. che impone l'avvio di procedure competitive prima dell'adunanza dei creditori, esponendo così il bene o il ramo aziendale, oggetto della proposta, ad una valutazione di mercato che sappia alzare i profili di corrispettivo rispetto a quelli pattuiti tra debitore e affittuario. L'ipotesi di procedure competitive trova applicazione sia nel caso (previsto dall'art. 163-bis, comma 1, L. Fall.) in cui "il piano di concordato comprende una offerta da parte di un soggetto già individuato

avente ad oggetto il trasferimento in suo favore" (in cui il riferimento alle proposte "chiuse" è palese), sia nel caso (previsto dall'art. 163-bis, u.c. L. Fall.) in cui, pendente la fase prenotativa, il debitore chieda l'autorizzazione alla stipulazione di un contratto di affitto d'azienda.

3.8. Quanto fin qui esposto rappresenta, dunque, uno scenario di evidente contrapposizione, in dottrina e nella giurisprudenza di merito, quanto alla compatibilità dell'affitto di azienda con le ipotesi di concordato con continuità aziendale, mentre non risultano, allo stato, specifiche pronunce di legittimità sul tema.

3.9. Ad avviso di questo Collegio, la lettura della L. n. 134 induce a ritenere che il legislatore del 2012 abbia non solo inteso favorire la prosecuzione dell'attività d'impresa in senso tanto soggettivo quanto oggettivo (basti soltanto pensare alla compiuta disciplina sui contratti in corso di esecuzione o alla puntuale regolamentazione dei finanziamenti) - e già per questo, dunque, l'odierna pronuncia della corte fiorentina, secondo cui il concordato con continuità aziendale è tale "...in base alla modalità di adempimento dell'obbligazione di pagamento presupponente la prosecuzione dell'attività di impresa in capo al debitore..." (cfr. pag. 5 dell'impugnato decreto), non può essere qui confermata - ma si sia dimostrato anche particolarmente preoccupato degli effetti di tale scelta, così temendo una espansione incontrollabile della prededuzione a danno della concorsualità. A tal fine, è sufficiente ricordare il prescritto controllo del tribunale sui finanziamenti interinali, la disciplina degli atti di straordinaria amministrazione, il contenuto delle attestazioni cui sono oggi riconducibili significative sanzioni penali. In altri termini, è evidente che, come condivisibilmente osservatosi in dottrina, quella della "continuità aziendale" è stipulazione definitoria "contemporaneamente opaca e duttile", che va intimamente collegata al rapporto materiale e giuridico che il debitore intende mantenere con la propria azienda durante, in vista ed ai fini del risanamento. Si potrà, allora, fare riferimento ad una continuità in senso più marcato ("forte"), ove il piano concordatario preveda il pagamento dei creditori attraverso la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del debitore, oppure in senso meno evidente ("debole"), ove il risanamento venga attuato attraverso una serie di attività strumentali alla cessione dell'azienda in esercizio, come l'affitto d'azienda (eventualmente, ma non necessariamente, accompagnato da una proposta irrevocabile d'acquisto ad un prezzo garantito); tanto più "debole" sarà la continuità quanto più probabile e prossima sarà la perdita di contatto dell'imprenditore con la propria azienda. D'altro canto, il contenuto stesso del piano concordatario di cui all'art. 186-bis, comma 2, lett. a), L. Fall. e le attestazioni di cui alla lett. b) del medesimo articolo dovranno essere tanto più puntuali e penetranti quanto più la continuità possa dirsi "forte": in quest'ultima ipotesi, infatti, ancora maggiore dovrà essere la possibilità, per il tribunale, di controllare in modo puntuale, non solo la sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 186-bis, comma 2, lett. a), L. Fall., e così la formazione di crediti prededucibili, ma anche la permanenza del vantaggio per i creditori nella continuità rispetto alla liquidazione di cui alla lettera b) del medesimo disposto legislativo; e ciò soprattutto con riferimento al periodo successivo al passaggio in giudicato del decreto di omologa, quando il controllo del tribunale scompare definitivamente, salvo eventualmente ricostituirsi a seguito del procedimento per la risoluzione del concordato ai sensi del novellato art. 186 L. Fall., che ha previsto che la risoluzione del concordato non possa essere richiesta dal commissario giudiziale.

3.9.1. Nell'ambito, poi, della valorizzazione in termini oggettivi della prosecuzione dell'attività di impresa, sembra potersi ritenere affatto indifferente la circostanza che, al momento della ammissione al concordato o del deposito della domanda, l'azienda sia esercitata dal debitore o, come nel caso dell'affitto della stessa, da un terzo, in quanto, in ogni caso, il contratto d'affitto

costituisce un semplice strumento per giungere alla cessione o al conferimento dell'azienda senza il rischio della perdita dei valori intrinseci, primo tra tutti l'avviamento, che un suo arresto, anche momentaneo, produrrebbe in modo irreversibile.

3.9.1.1. In altri termini - e fatte salve le peculiarità di ciascuna fattispecie, che imporrà di verificare, caso per caso, i termini e le condizioni del piano di concordato - ogni qualvolta la prosecuzione dell'attività di impresa da parte dell'affittuario (a prescindere dal momento della stipulazione del contratto di affitto) sia rilevante ai fini del piano, e cioè influenzi la soddisfazione dei creditori concorsuali, il concordato preventivo dovrà essere qualificato come un concordato con continuità aziendale e sarà quindi soggetto alle disposizioni di cui all'art.186-bis L. Fall.

3.9.1.2. Del resto, la formulazione di quest'ultimo rende sufficientemente chiaro che ciò su cui l'attenzione del legislatore ha mostrato di appuntarsi è la "azienda in esercizio", indipendentemente dalla circostanza che essa sia condotta dal debitore, o da soggetti diversi (cessionari o conferitari, come appunto esemplifica la norma). Di qui, fra l'altro, la riconducibilità dell'affitto di azienda stipulato anteriormente al deposito della domanda nel perimetro applicativo dell'art. 186-bis (fattispecie che va sotto il nome di continuità indiretta).

3.9.1.3. Inoltre, se si muove dall'idea, qui condivisa, che il legislatore del 2012 abbia inteso favorire il risanamento "diretto" o "indiretto" dell'azienda, ed attraverso il suo mantenimento in esercizio il pagamento dei creditori concorsuali, ogni negozio giuridico prodromico e funzionale al risanamento medesimo, come anche l'affitto d'azienda, deve essere assoggettato alla disciplina della continuità aziendale. A ciò si aggiunga, anche se certo l'argomento non può essere decisivo, che l'imprenditore che affitta la sua azienda conserva ancora una serie di obblighi giuridici, come il divieto di concorrenza ex art. 2557 c.c. e la tutela dei segni distintivi, i quali non fanno venire meno la sua natura di imprenditore commerciale a prescindere dal venir meno del suo rapporto materiale con l'azienda.

3.9.2. Va poi rimarcato che la disciplina (esclusivamente) propria del concordato con continuità, per la parte che riguarda la continuità contrattuale (art. 186-bis, comma 3, prima parte), i contratti pubblici (commi 3 e 4) e la possibilità di moratoria fino ad un anno per i crediti privilegiati (comma 2, lett. c), non sembra porre particolari problemi di compatibilità con l'affitto d'azienda.

Si tratta, infatti, di disposizioni di favore dell'esercizio dell'attività d'impresa, che lo supportano mercè la naturale prosecuzione dei rapporti davvero funzionali ad un'economicità di gestione nell'interesse del miglior soddisfacimento dei creditori: e ciò anche attraverso un congruo differimento dei pagamenti più impegnativi (ai creditori privilegiati).

3.9.2.1. Più delicata è, invece, l'estensibilità della facoltà, debitamente autorizzata, di pagamento dei crediti anteriori ai sensi dell'art. 182-quinquies, comma 5, L. Fall.

3.9.2.2. Come noto, la disposizione realizza, nella sostanza, una conversione di crediti concorsuali in crediti prededuttivi, con una rottura indubbia del principio di concorsualità e, quindi, del divieto posto dall'art. 168 L. Fall., sia pure per le finalità e con le cautele indicate. Ora, se questo effetto rende problematica la giustificazione del pagamento dal debitore concordatario, affittante l'azienda, di debiti anteriori nei confronti di propri fornitori strategici, sostanzialmente in favore dell'affittuario temporaneamente garante della continuità di impresa ed evidentemente strategici anche per esso, non pare che, per ciò solo, se ne debba escludere la possibilità. Proprio il segnalato impiego dell'affitto d'azienda quale tappa di un percorso in funzione di una ricollocazione

dell'impresa competitiva sul mercato, nella prospettiva di affidabilità soggettiva dell'affittuario in relazione al piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, può ben giustificare il pagamento di crediti anteriori per prestazioni di beni o di servizi anche nell'ipotesi di continuità con affitto d'azienda. Evidentemente, non ad opera diretta del terzo affittuario in bonis, siccome soggetto estraneo al concordato, ma del debitore richiedente una specifica autorizzazione.

3.9.3. Per mera completezza, inoltre, va segnalato che la legge delega per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza (L. 19 ottobre 2017, n. 155) sancisce, all'art. 2, comma 1, lett. g), che la continuità aziendale può essere assicurata "anche tramite un diverso imprenditore", precisando, al successivo art. 6, comma 1, lett. i), n. 3), che le norme sul concordato in continuità si applicano "anche nei casi in cui l'azienda sia oggetto di contratto di affitto, anche se stipulato anteriormente alla domanda di concordato".

3.9.4. Discorso analogo vale, mutatis mutandis, per il cd. affitto puro, quello, cioè, che non risulti prodromico alla cessione dell'azienda, ma alla sua semplice dislocazione in capo all'affittuario, con successiva retrocessione, durante la fase esecutiva del piano o al termine di essa, al debitore. Non ha infatti senso annettere natura liquidatoria a tale fattispecie, nella quale il piano consente il ritorno in bonis dell'imprenditore addossando temporaneamente a terzi gli oneri ed i rischi connessi alla conduzione diretta dell'attività, senza che vi sia, tendenzialmente, alcuna dismissione di cespiti aziendali (salva l'ipotesi di alienazione di beni non funzionali alla "riperimetrata" continuità, espressamente contemplata dall'art. 186-bis L. Fall.).

3.10. Può, dunque, affermarsi il seguente principio di diritto:

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

3.11. Alla stregua di tale principio, il primo motivo del ricorso della curatela fallimentare della (OMISSIS) s.r.l. in liquidazione deve ritenersi meritevole di accoglimento, con conseguente assorbimento di ogni altra sua censura.

3.11.1. Invero, l'argomentazione decisiva utilizzata dalla corte distrettuale per riformare la precedente decisione del tribunale fiorentino (secondo cui quello proposto dalla menzionata società doveva qualificarsi come "concordato misto che contiene una componente di continuità indiretta nella forma di cessione di azienda in esercizio", in quanto "l'azienda alberghiera e di ristorazione gestita in affitto dalla Vista s.r.l. con contratto scadente il 31.7.2021 - è pienamente operante e nel ricorso non si fa il benchè minimo cenno ad una eventuale cessazione dell'attività) è nei sensi che "il concordato preventivo non possa qualificarsi come proposto ai sensi dell'art. 186-bis L. Fall. per il fatto che sia in corso un contratto di affitto di azienda: invero, il concordato con continuità aziendale deve, invece, ravvisarsi solo se esso preveda la prosecuzione dell'attività di impresa e, quindi, l'assunzione del relativo rischio (ricadente, in definitiva, sui creditori); esso, deve ritenersi qualificato dalla modalità di adempimento dell'obbligazione di pagamento che

presuppone la prosecuzione dell'attività di impresa in capo al debitore. E ciò anche considerando, oltre al dato testuale della mancata previsione dell'affitto di azienda nella norma citata, anche la ratio derivante dal fatto che sarebbe possibile parlare di continuità in quanto permanga il rischio di impresa, che non sussiste, invece, nel caso di affitto di azienda, in cui si tratta della riscossione del canone stabilito" (cfr. pag. 5 del decreto impugnato).

3.11.2. Trattasi, come è evidente, di affermazione non in linea con il principio enunciato al precedente p. 3.10.

3.11.3. Deve, altresì, rimarcarsi che, come si è ampiamente già riferito, la continuità aziendale, giusta l'art.186-bis L. Fall., è configurabile allorché vi sia un'azienda in esercizio ed il debitore preveda di continuare a gestirla e/o di cederla a terzi o conferirla in società. Anche nel caso di cessione (come nel caso in esame) o conferimento, dunque, è anzitutto necessario che oggetto dell'una e dell'altra sia un'azienda (ossia il complesso dei beni organizzati per l'esercizio dell'impresa), e non i beni separatamente considerati.

3.11.3.1. Il decreto impugnato, invece, nemmeno chiarisce, se oggetto della proposta fosse la cessione atomistica dei beni o la cessione dell'azienda, ed il punto è vivamente discusso tra le parti con riguardo proprio al contenuto fattuale della proposta, prima ancora che alla qualificazione giuridica dello stesso.

4. Concludendo, dunque, il ricorso della curatela del fallimento (OMISSIS) s.r.l. in liquidazione deve essere accolto quanto al primo motivo, con conseguente assorbimento degli altri, mentre va dichiarato inammissibile il ricorso incidentale della Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a.. Il decreto impugnato deve, quindi, essere cassato in relazione al motivo accolto, con rinvio alla Corte di appello di Firenze, in diversa composizione, per il nuovo esame dei motivi di reclamo della (OMISSIS) s.r.l. in liquidazione alla stregua del principio di diritto di cui al precedente p. 3.10, previa individuazione del se la proposta concordataria della società da ultimo indicata preveda la cessione dell'azienda ovvero dei singoli cespiti che la compongono. Il menzionato giudice di rinvio provvederà anche sulle spese del giudizio di legittimità.

4.1. Va dato atto, infine, - in assenza di ogni discrezionalità al riguardo (cfr. Cass. n. 5955 del 2014; Cass., S.U., n. 24245 del 2015; Cass., S.U., n. 15279 del 2017) - della sussistenza dei presupposti per l'applicazione, a carico della Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1-quater, inserito dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, (applicabile *ratione temporis*, essendo stato il suo ricorso incidentale proposto successivamente al 30 gennaio 2013), in tema di contributo unificato per i gradi o i giudizi di impugnazione: norma in forza della quale il giudice dell'impugnazione è vincolato, pronunciando il provvedimento che definisce quest'ultima, a dare atto della sussistenza dei presupposti (rigetto integrale o inammissibilità o improcedibilità dell'impugnazione) per il versamento, da parte dell'impugnante soccombente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione proposta.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo di ricorso della curatela del fallimento (OMISSIS) s.r.l. in liquidazione, con assorbimento degli altri, e dichiara inammissibile il ricorso incidentale della Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a.. Cassa il decreto impugnato in relazione al motivo accolto,

con rinvio alla Corte di appello di Firenze, in diversa composizione, anche per la decisione sulle spese del giudizio di legittimità.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-quater, inserito dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente incidentale Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a., dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, giusta lo stesso art. 13, comma 1 bis.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Prima Civile della Corte Suprema di Cassazione, il 12 settembre 2018.

Depositato in Cancelleria il 19 novembre 2018

Fallimenti e Società.it